



*Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio*

***Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2008***

***Relazione del Presidente Pasquale de Lise***

*Roma, 28 febbraio 2008*

# **SOMMARIO**

## **I - INTRODUZIONE**

**INDIRIZZI DI SALUTO**

**LA TERZA RELAZIONE: UN PERCORSO PIÙ DEFINITO**

## **II – IL RUOLO DEL TAR DEL LAZIO**

**UN RUOLO SEMPRE PIÙ AL CENTRO DELL'ATTENZIONE**

**UNA NUOVA ESIGENZA DI UNITARIETÀ DI INDIRIZZI**

**LA NECESSITÀ DI “FARE IL PUNTO”**

## **III – IL TAR E L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA ALL'INTERNO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

**UNA CRESCITA UNITARIA DELLA TUTELA, GRAZIE A UNA PLURALITÀ DI FONTI**

**LA PIENEZZA DELLA TUTELA COME COMPLEMENTO DELLA EFFETTIVITÀ**

**LE MODALITÀ DELL'EVOLUZIONE SECONDO IL PARADIGMA DELLA TUTELA RISARCITORIA: L'IMPORTANZA DELLE “TECNICHE” RISPETTO ALLE COSTRUZIONI DOGMATICHE**

**UN APPROCCIO SOSTANZIALISTICO CHE CONDUCE A MODIFICARE IL DIRITTO VIVENTE**

**VERSO LA TERZA TAPPA: DA UNA TUTELA PIENA A UNA TUTELA PIENAMENTE SODISFATTIVA**

**UN PERCORSO POSSIBILE ...**

**... SOPRATTUTTO INCIDENDO SULLA TUTELA RISARCITORIA**

**ANCORA DUE ELEMENTI DI EVOLUZIONE: LA MODERNITÀ E LA COERENZA DEGLI INDIRIZZI**

## **IV – IL TAR E L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA NELL'AMBITO DELLA DUPLICITÀ DI GIURISDIZIONI**

**LA RICCHEZZA DI UNA GIURISDIZIONE PLURALE E L'ESIGENZA DI CONSERVARE LA SPECIALITÀ DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO**

**LA PERMANENTE NECESSITÀ DI UN DIALOGO TRA GIURISDIZIONI ISPIRATO AL CRITERIO DI CONCENTRAZIONE PROCESSUALE**

**LA NECESSITÀ DI EVITARE POSIZIONI DI INUTILE CONTRASTO**

**QUALCHE ACCORGIMENTO CONCRETO PER SUPERARE IL “TABÙ” DELLA PREGIUDIZIALE AMMINISTRATIVA**

**LA “BUONA PRATICA” DELLA *TRANSLATIO IUDICII***

## **GIUDICI DEL POTERE, AL PASSO CON UN CONCETTO MODERNO DI POTERE**

### **V – IL TAR NELL'ASSETTO ISTITUZIONALE**

**LE DISFUNZIONI DEL SISTEMA NORMATIVO**

**IL DISAGIO RIGUARDANTE LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

**UNA CULTURA AMMINISTRATIVA DA RIMODERNARE**

**LA DIRIGENZA E LE SUE PROBLEMATICHE**

**I RAPPORTI TRA POLITICA, AMMINISTRAZIONE E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

### **VI – RISORSE E ORGANIZZAZIONE**

**I NUMERI DEL TAR DEL LAZIO**

**UN CONTENZIOSO IMPONENTE IN QUALITÀ E QUANTITÀ**

**L'ASSEGNAZIONE NON PEREQUATA DI RISORSE E LE IRRAZIONALITÀ IN MATERIA DI ASSUNZIONI**

**IL PROBLEMA DELL'ARRETRATO, ANCOR PIÙ INQUIETANTE PER EFFETTO DELLA LEGGE PINTO ...**

**... E GLI SFORZI PER LA SUA RIDUZIONE**

**L'ESIGENZA DI UN INTERVENTO ORGANICO ...**

**... E QUELLA DI APPLICARE CON FLESSIBILITÀ LE DIRETTIVE SUI CARICHI DI LAVORO**

**LA NECESSITÀ DI DARE UN SEGNALE FORTE**

### **VII - CONCLUSIONE**

## I – INTRODUZIONE

### **INDIRIZZI DI SALUTO**

Autorità, colleghi, gentili ospiti,

un sentito grazie a tutte le Autorità politiche, civili e militari qui convenute.

Porgo un saluto deferente ai rappresentanti del nostro Organo di autogoverno, il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, nonché al neo-presidente del Consiglio di Stato Paolo Salvatore, cui mi lega un'amicizia che risale a quasi cinquanta anni fa, ed al nuovo presidente aggiunto Corrado Calabrò, mio autorevole predecessore nella presidenza di questo T.A.R.

Desidero rivolgere un riconoscente saluto, per quanto hanno dato a me e a tutta la giustizia amministrativa, ai presidenti emeriti del Consiglio di Stato Gabriele Pescatore, Giorgio Crisci, Alberto de Roberto e Mario Schinaia, e un reverente pensiero alla memoria del presidente Renato Laschena, che lo scorso anno era qui fra noi.

Un saluto cordiale a tutti i Colleghi del Consiglio di Stato e dei T.A.R., nonché a quelli delle altre Magistrature e ai rappresentanti delle Associazioni dei magistrati.

Un saluto particolare ai rappresentanti dell'Accademia, dell'Avvocatura dello Stato e del libero Foro: il loro apporto, in una dialettica franca e costruttiva, è di grandissimo aiuto nell'esercizio della nostra attività.

Avverto altresì l'esigenza di manifestare la mia profonda gratitudine a tutti coloro che, nelle aule di udienza come nelle segreterie delle sezioni e negli uffici di supporto, si impegnano quotidianamente, con la loro generosa, intelligente ed attiva collaborazione, a rendere efficiente questo Tribunale.

Come ho già detto lo scorso anno, sarebbe importante, proprio per la peculiare posizione del T.A.R. del Lazio in termini istituzionali e organizzativi, ascoltare l'opinione di tutti i soggetti che, in vario modo, partecipano all'andamento della giustizia amministrativa. Purtroppo, l'opportunità di contenere la durata di questa cerimonia – che contempla, oltre alla mia relazione, l'intervento del Vice Presidente del Consiglio di Presidenza, professore Vincenzo Lippolis – non lo consente, ma vi sarà sicuramente altra occasione

di incontro per dibattere i problemi di comune interesse e per individuare insieme le soluzioni più adeguate.

### **LA TERZA RELAZIONE: UN PERCORSO PIÙ DEFINITO**

La relazione di quest'anno, la terza dal mio insediamento, ha un significato particolare.

È certamente ancora forte in me – e mi auguro che resti sempre così – l'entusiasmo di chi vive questo lavoro come se ogni giorno fosse il primo, di chi cerca di non farsi sopraffare dalla *routine* quotidiana, di chi si fa affascinare dai profili di novità che sono offerti dalle fattispecie al nostro esame, di chi spera di poter continuare ad apportare un contributo innovativo – sia nei contenuti che nell'organizzazione – al lavoro di un Ufficio giudiziario tanto importante.

A tutto ciò si affianca, oggi, un sentimento diverso, come quando ci si volge indietro e, osservando il tratto di strada definito alle spalle, si avverte la consapevolezza di un percorso, di un'evoluzione non casuale.

Ed ecco, allora, che si riempie di elementi nuovi anche il senso del servizio al quale, sin dal principio, ho cercato di ispirare il mio mandato.

Certo, resta immutato il dovere di “rendere conto” a coloro per i quali l’Istituto opera: i cittadini e le imprese che pretendono tutela, le amministrazioni che sono interessate alla verifica della legittimità del loro operato, l’avvocatura e il mondo accademico che incoraggiano tale opera, chiedendo a loro volta il sostegno dei giudici amministrativi.

Questo senso del servizio, oggi, si arricchisce dei riflessi della importante stagione che sta vivendo la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Essa si è fortemente rafforzata negli scorsi anni e, probabilmente, si svilupperà ancora.

Proverò a spiegarlo nella relazione – che come d’abitudine risparmierò alla Vostra paziente attenzione elenchi di dati statistici, non sempre idonei a rappresentare adeguatamente la realtà del nostro Tribunale – cogliendo questa occasione per parlarVi dei risultati realizzati lo scorso anno, dei problemi non risolti e delle possibili soluzioni e, soprattutto, delle principali tendenze evolutive della giustizia amministrativa.

## **II – IL RUOLO DEL TAR DEL LAZIO**

### **UN RUOLO SEMPRE PIÙ AL CENTRO DELL'ATTENZIONE**

Mai come nell'ultimo anno il TAR del Lazio ha destato per la sua attività una così significativa attenzione; un'attenzione non solo giuridica, ma a tratti anche mediatica e politica.

Ciò non discende certo da una nostra volontà di esposizione – che abbiamo sempre evitato, tant'è che l'interesse si è concentrato sulle sentenze, e mai sui singoli magistrati – quanto piuttosto dalla collocazione della giustizia amministrativa in generale, e del TAR del Lazio in particolare, al crocevia degli assetti istituzionali del Paese.

### **UNA NUOVA ESIGENZA DI UNITARIETÀ DI INDIRIZZI**

A conferma di ciò non sono mancate, anche negli ultimi tempi, iniziative legislative volte ad affidare al TAR del Lazio ulteriori competenze in via esclusiva (ad esempio, nell'ambito generale della riforma delle Autorità indipendenti e, segnatamente, dell'Autorità per l'energia).

Al di là delle singole proposte, voglio segnalare una tendenza nuova, che emerge con chiarezza da eventi anche molto recenti.

L'esigenza di "centralizzare" gli indirizzi giurisprudenziali in alcune materie non sembra potersi più ricondurre soltanto alla *ratio* originaria della valenza nazionale dei provvedimenti impugnati (che pervade anche competenze aggiunte, come quella sugli atti degli organi di autogoverno delle Magistrature), né più solo alle necessità di *governance* dell'economia (in cui prevale un imperativo di chiarezza per i mercati: ad esempio, in tema di Autorità di regolazione).

Si va delineando un terzo filone di competenze esclusive del TAR del Lazio, che coinvolge materie a forte impatto sociale, attribuiteci negli ultimi tempi.

Queste materie vanno dal calcio alla protezione civile, ai rifiuti, ove l'opportunità di scindere il rapporto tra giudizio e territorio sembra derivare, prima ancora che dal diritto, dalla cronaca quotidiana. Un'opportunità legata – come tutti i rapporti tra diritto e società – al presente contesto storico, e che potrebbe forse essere riconsiderata negli anni a venire.

Questo indirizzo ha ricevuto l'autorevole conferma della Corte costituzionale, con la sentenza n. 237 del 26 giugno 2007, relativa ai provvedimenti in tema di protezione civile; una pronuncia che non nasconde la necessità di grande cautela quando si interviene sul riparto di competenze di un giudice (i Tribunali amministrativi), fortemente legato al territorio grazie alla sua articolazione su base regionale ai sensi dell'art. 125 Cost.

Ma l'esigenza di rinvenire un criterio rigoroso in ordine alla verifica della non manifesta irragionevolezza della disciplina processuale in esame non impone – secondo la Corte – di limitarsi a far leva sull'opportunità, largamente avvertita, dell'uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado. Consente, invece, di ricercare altre logiche, come quella della straordinarietà delle situazioni di emergenza e della eccezionalità dei poteri occorrenti per farvi fronte, che costituiscono il presupposto dei provvedimenti amministrativi la cui impugnativa è devoluta alla competenza esclusiva del TAR del Lazio.

La Consulta afferma che “il peculiare regime che connota le situazioni di emergenza” comporta, per il Governo, funzioni che “hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di

unitarietà, coordinamento e direzione” e che permettono di identificare “un esercizio non manifestamente irragionevole della discrezionalità legislativa” tale da scindere, in questi casi, il legame tra giudizio amministrativo e territorio.

Certo, non mi nascondo che può suscitare qualche perplessità l’idea che le regole processuali siano dettate dall’emergenza, se non addirittura dall’opportunità di tenere il giudice lontano dai tumulti della piazza. Anche se, a ben vedere, non è tanto l’emergenza la causa di queste disposizioni, quanto l’opportunità, riconosciuta a livello costituzionale, di assicurare, in particolari materie, attraverso un unico giudice, fin dal primo grado, il soddisfacimento delle esigenze di unitarietà dell’ordinamento.

Se questo è il contesto sociale in cui operiamo, noi continueremo a fare la nostra parte per fornire, con le pronunce del TAR del Lazio, un contributo di equilibrio e di serenità.

### **LA NECESSITÀ DI “FARE IL PUNTO”**

La posizione centrale nella società moderna induce a fare il punto sul ruolo di questo TAR e del giudice amministrativo in generale.

Si possono, così, delineare alcune possibili linee di intervento, che non si esauriscano in una ripetitiva, e forse un po' stanca, richiesta di incremento di organici e di risorse.

Ciò porta, da un lato, a ripercorrere l'evoluzione della tutela fornita dal giudice amministrativo, al fine di indicare le modalità per porla ancora di più al passo con i tempi; dall'altro, a definire il ruolo della giustizia amministrativa nell'attuale assetto, per suggerire e stimolare interventi degli altri soggetti istituzionali. Infine, saranno trattati alcuni profili relativi all'organizzazione e alle risorse, che per la qualità del servizio da noi reso ai cittadini non sono meno importanti delle questioni di principio.

**III – IL TAR E L’EVOLUZIONE DELLA TUTELA**  
**ALL’INTERNO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

L’indagine sull’evoluzione della tutela fornita dal giudice amministrativo deve, a mio avviso, muovere in due direzioni: quella che riguarda i suoi contenuti specifici e quella relativa ai rapporti con la tutela di competenza del giudice ordinario.

**UNA CRESCITA UNITARIA DELLA TUTELA, GRAZIE A UNA  
PLURALITÀ DI FONTI**

Si è avvertita fortemente, negli ultimi anni, la crescita della tutela fornita dal giudice amministrativo, che ha mutato e sta mutando la fisionomia del nostro processo.

Questa evoluzione è stata forse ancora più forte e rapida di quella che ha riguardato il processo di trasformazione dello Stato con il mutamento dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, i fenomeni di liberalizzazione e privatizzazione, la consacrazione del principio della concorrenza, l’assoggettamento di parte dell’apparato pubblico alla disciplina di diritto comune, il venir

meno del tradizionale “Stato imprenditore” e, almeno entro certi limiti, del tradizionale “Stato amministrativo”.

Molti di quegli assetti sono cambiati nel corso degli anni novanta; mentre la tutela si è evoluta soprattutto nel nuovo millennio.

Tale tendenza ha interessato soprattutto le tecniche di tutela – non più soltanto quella demolitoria, ma anche, *in primis*, quella risarcitoria, nonché quelle di accertamento, di verifica della spettanza del bene della vita nel giudizio sul silenzio e in quello sull’accesso – e poi la ragionevole durata, l’economia e la concentrazione processuale, il rafforzamento dei rimedi d’urgenza.

L’evoluzione non è stata guidata da una regia unitaria ed organica, poiché gli apporti innovatori provengono da più fonti. Penso al legislatore nazionale della legge n. 205 del 2000; al legislatore comunitario ed alla nozione di organismo di diritto pubblico – che ha portato alla impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo degli atti di soggetti privati –, al risarcimento del danno in materia di appalti pubblici, oltre che, più di recente, alla tutela *ante causam*; alla giurisprudenza – costituzionale, ordinaria e

amministrativa – con riferimento, da ultimo, alla pregiudiziale e alla *translatio iudicii*.

Le linee di evoluzione della tutela sono quindi diverse, sono state avviate e percorse da soggetti diversi, si intersecano in alcuni punti e divergono in altri.

Ciononostante, il quadro d'insieme è univoco e, tutto sommato, coerente.

L'immagine che se ne trae è quella della raggiunta pienezza della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

## **LA PIENEZZA DELLA TUTELA COME COMPLETAMENTO DELLA EFFETTIVITA'**

La pienezza della tutela è un concetto relativamente recente.

Prima l'attenzione si incentrava soltanto sulla effettività della tutela (termine ancora usato, ad esempio, nelle relazioni di un importante convegno in occasione dell'incontro tra i Consigli di Stato di Francia e d'Italia dell'ottobre 1997).

La questione non è soltanto lessicale, ma sostanziale, e consente di segnare una tappa fondamentale.

L'idea tradizionale – che ci ha accompagnato per decenni – è stata che la tutela di annullamento fosse in sé assoluta (cosa c'è di più assoluto della rimozione dell'atto lesivo?) anche se in qualche modo chiusa, limitata, perché con la stessa si esauriva l'intervento del giudice amministrativo e riprendeva quello della pubblica amministrazione.

Il massimo risultato ottenibile era garantirne, appunto, la effettività, sia nella portata conformativa della motivazione della pronuncia giudiziale sia, soprattutto, in sede di esecuzione, dove si recuperavano molti profili di tutela in concreto, arrivando spesso, per ragioni di giustizia sostanziale, a una valutazione del rapporto, pur rimanendo formalmente nell'ambito di un giudizio sull'atto.

Ma la tutela era ancora incompleta, poiché l'unica tecnica restava quella demolitoria.

In realtà, una tutela più piena dinanzi al giudice amministrativo, che andasse oltre il giudizio di annullamento, era stata già presa in considerazione con riguardo alle (all'epoca limitate) ipotesi di giurisdizione esclusiva, configurata come giurisdizione sul rapporto ed estesa alle pronunce di accertamento.

Ma anche in questo caso si trattava di una tutela incompleta, sotto diversi profili.

Da un lato, la disciplina (confermata dall'originario art. 7 della legge n. 1034 del 1971) riservava al giudice ordinario le questioni relative ai diritti patrimoniali consequenziali. Dall'altro, anche in materia di giurisdizione esclusiva gli strumenti processuali a disposizione del giudice amministrativo erano ancora insufficienti, come rimarcò la Corte costituzionale, lanciando due forti segnali intorno alla metà degli anni '80, riguardo alla tutela cautelare del lavoratore pubblico, cui si era ritenuto estensibile l'art. 700 c.p.c., ed ai poteri istruttori del giudice (il riferimento è, rispettivamente, alle sentenze n. 190 del 1985 e n. 146 del 1987).

Peraltro, almeno inizialmente, l'estensione della tutela non derivava da un riconoscimento della pienezza della posizione soggettiva dell'interesse legittimo ma – considerando solo i casi di giurisdizione esclusiva – si configurava come una risposta necessitata dalla difficoltà di distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Persino nei primi momenti della “rivoluzione copernicana” che ci ha poi condotto al quadro attuale (in particolare con la versione

originaria del d.lgs. n. 80 del 1998), pur avvertendosi l'esigenza di un cambiamento, l'attenzione era prevalentemente rivolta alla giurisdizione esclusiva e non alla giurisdizione generale di legittimità.

La prospettiva è mutata solo negli ultimi tempi, e pare quanto mai opportuna una indagine sui motivi.

### **LE MODALITÀ DELL'EVOLUZIONE SECONDO IL PARADIGMA DELLA TUTELA RISARCITORIA: L'IMPORTANZA DELLE "TECNICHE" RISPETTO ALLE COSTRUZIONI DOGMATICHE**

Una delle ragioni di fondo della mancata pienezza va rinvenuta nella nostra cultura giudiziaria, per decenni vincolata – anche quella più moderna e sensibile alle istanze di garanzia dei cittadini – al dogma della irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

Si trattava del più evidente elemento mancante nella tutela degli interessi rispetto a quella dei diritti, in un quadro in cui stavano emergendo forme di ristoro di situazioni nuove, come la perdita di *chance* o il danno esistenziale, ovvero si tentava di colmare i vuoti di tutela attraverso posizioni soggettive più evanescenti come il diritto al patrimonio.

Questa carenza di tutela aveva una notevole portata, al punto da incidere sul rapporto tra le giurisdizioni.

Difatti, l'esistenza di una barriera tra le due posizioni soggettive previste dall'art. 24 Cost. – che implicava la risarcibilità della lesione di una posizione soggettiva e non dell'altra – non solo confermava la diversità ontologica delle posizioni stesse (il che è coerente con il modello del riparto di giurisdizioni), ma comportava anche una differenza nella protezione garantita dai due diversi giudici, negando agli interessi legittimi un profilo fondamentale della tutela giurisdizionale (quella per equivalente) e quindi rendendo non piena una delle due. Tanto è vero che la giurisprudenza, nei (rari) casi in cui riteneva di dover pervenire al risarcimento, trasformava l'interesse legittimo in diritto soggettivo (si pensi alla differenza tra rifiuto illegittimo di concessione edilizia e revoca illegittima della concessione, quest'ultima ritenuta risarcibile come lesione di diritto soggettivo).

Solo nel nuovo millennio, con la legge n. 205/2000, che ha novellato l'art. 7 della legge n. 1034/1971, si è riconosciuto che anche l'interesse legittimo va protetto con tutti gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

Anche se si è dovuto attendere gli ultimi anni per sentire affermare, ai massimi livelli, la pienezza della tutela fornita dal giudice amministrativo e, con essa, la pienezza della sua dignità di giudice. Quella piena dignità che, per la verità, noi abbiamo avvertito da sempre, come insita nelle nostre funzioni, e che è stata autorevolmente confermata dalla Consulta, con la fondamentale sentenza n. 204 del 2004, quale fattore imprescindibile del nuovo diritto vivente.

Pertanto, la vicenda – per alcuni tratti non ancora conclusa – della tutela risarcitoria è paradigmatica e non è certo questa la sede per ripercorrerla dettagliatamente.

Ciò che conta è poter affermare il raggiungimento di un punto fermo, quello che comporta il completamento della effettività con la pienezza della tutela.

In particolare, vi è un profilo di cui è utile tener conto per cogliere la direzione in cui si evolvono il nostro lavoro e il nostro ruolo e per consentirci, nella successiva parte dell'analisi, di individuare il prosieguo del percorso e di identificare i prossimi obiettivi.

Il risarcimento del danno – grazie alla giurisprudenza costituzionale, amministrativa e, più di recente, della Cassazione – ha assunto la fisionomia, dopo la legge n. 205 del 2000, di una delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo.

Porre l'accento sugli strumenti e sulle tecniche della tutela indipendentemente dalla natura delle posizioni soggettive mi sembra un passaggio fondamentale nel perseguimento della pienezza, che supera definitivamente l'ottica tradizionale e ci avvicina sempre di più ad un giudice di respiro europeo, più attento all'effettività dei *remedies* che alle costruzioni dogmatiche.

## **UN APPROCCIO SOSTANZIALISTICO CHE CONDUCE A MODIFICARE IL DIRITTO VIVENTE**

Si assiste così al tramonto del vecchio dualismo tra il sistema rimediale, di *common law*, che partiva dalla globalità della tutela rispetto all'atto del Sovrano, e quello italiano, tipico di *civil law*, ancorato a una lettura dell'art. 24 Cost. che, sulla base dell'espressione "tutela dei propri diritti e interessi legittimi", distingueva le diverse giurisdizioni cui era affidata la tutela delle posizioni soggettive del cittadino, giustificando strumenti e tecniche

di intervento differenti e così escludendo, per la giurisdizione amministrativa, alcuni profili di tutela (come quella per equivalente).

Siamo di fronte – grazie all’opera di tutte le Corti supreme del Paese – a un cambiamento del diritto vivente, a una vera e propria evoluzione della costituzione materiale in tema di tutela giurisdizionale.

Un assetto che aveva già consentito – come ho ricordato nelle precedenti relazioni – alla dottrina più avvertita di effettuare una lettura unificante delle norme costituzionali in materia di tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

E che, il mese scorso, ha reso possibile al Primo Presidente della Corte di Cassazione di affermare, durante l’inaugurazione dell’anno giudiziario, che “la riflessione sul ‘diritto vivente’ si arricchisce della considerazione che il nostro sistema non è un sistema con un unico Giudice, bensì un sistema che prevede un’unica funzione giurisdizionale distribuita su più plessi giurisdizionali, che concedono in ogni caso una tutela ‘piena’ alle diverse posizioni soggettive del diritto e dell’interesse legittimo, tutela che si estende sempre sino a quella risarcitoria”.

## **VERSO LA TERZA TAPPA: DA UNA TUTELA PIENA A UNA TUTELA PIENAMENTE Satisfattiva**

Se l'obiettivo già raggiunto, e solo di recente, ha di certo un rilievo storico, non per questo dobbiamo fermarci.

Ritengo che si possa, e si debba, fare di più.

La direzione da percorrere ci viene indicata dalla strada già compiuta: una maggiore attenzione alle esigenze di giustizia sostanziale, ai rimedi concreti per i cittadini piuttosto che alle categorie dogmatiche.

Ecco, quindi, che dopo l'obiettivo della effettività della tutela, perseguito nei decenni scorsi, e quello della sua pienezza, conseguito nei primi anni del nuovo millennio, dobbiamo oggi tendere ad un ulteriore obiettivo: quello della satisfattività della tutela medesima.

Se il nuovo quadro giuridico della tutela può dirsi pressoché realizzato, occorre ora acquisire una maggiore sensibilità metagiuridica nel comprendere appieno – laddove la parte ce ne dia gli elementi – la portata effettiva della sua pretesa e della lesione economica che afferma di avere subito.

In altri termini, l'effetto delle pronunce di accoglimento del giudice amministrativo non deve essere più soltanto quello di “dare torto” alla pubblica amministrazione – come avviene se ci si limita alla tutela di annullamento o a una tutela risarcitoria troppo timida – ma quello, ben diverso, di “dare ragione” al privato, ovviamente nei limiti e con le garanzie delle tecniche processuali.

Se vi sono tante riserve, da parte dei cittadini, nei confronti di un'amministrazione spesso inerte e inefficiente, se il rapporto dei privati con il pubblico è più di sfiducia che di affidamento, ciò deriva forse anche dal fatto che noi giudici non abbiamo ancora acquisito la piena consapevolezza delle potenzialità degli strumenti di cui disponiamo per erogare una tutela pienamente soddisfattiva delle pretese di ristoro delle lesioni economiche effettivamente subite dal privato.

La giustizia – ordinaria e amministrativa – va concepita come un servizio indispensabile reso al pubblico, da erogare in tempi compatibili con le esigenze dei singoli e dell'intera società: come tale, essa non va considerata dalla parte di chi la fornisce, ma dalla parte di chi ne fruisce.

Ci stiamo già muovendo in questa direzione e ci aiuta, in ciò, la nostra antica attitudine a guardare oltre la facciata del provvedimento amministrativo.

Dobbiamo proseguire su questa strada.

Per essere al passo con i tempi e, contemporaneamente, all'altezza della sua gloriosa tradizione, il giudice amministrativo di oggi dovrà dimostrare lo stesso coraggio innovativo che i suoi predecessori hanno dimostrato, solo per fare qualche esempio, nella individuazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, nella costruzione del silenzio-rifiuto, nell'esecuzione delle pronunce cautelari, nel riconoscimento dell'obbligo di motivazione e del potere di partecipazione del privato ben prima che lo facesse, nel 1990, la legge n. 241.

### **UN PERCORSO POSSIBILE ...**

Un percorso possibile si può realizzare compiendo alcune scelte di fondo univoche, che guardino anche alla satisfattività della risposta e non si limitino alla sua correttezza giuridica, quando la scelta cade tra due opzioni, entrambe sostenibili.

Così, ad esempio, va privilegiata una risposta sostanziale (pur se negativa), che consideri di più le esigenze reali del cittadino, rispetto ad una formale, meno comprensibile per chi chiede tutela: ce lo conferma il legislatore, con il nuovo art. 21-*octies* della legge n. 241, che al secondo comma salva il provvedimento adottato in violazione di norme “sul procedimento o sulla forma”, quando è “palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Del pari, va preferita una soluzione che entri nel merito piuttosto che fermarsi solo al rito; se invece il torto risiede in un errore processuale del difensore, ciò andrebbe meglio evidenziato: la sentenza va fornita al cittadino, non al suo avvocato.

Inoltre, va considerato sempre di più il provvedimento impugnato nel suo contesto, senza perdere la visione del quadro d'insieme della controversia e senza cristallizzare la decisione sull'atto (talvolta nella consapevolezza che la lite tornerà dinanzi al giudice, per altri profili), ma tenendo conto, ove possibile, del rapporto.

Un altro elemento di tale percorso è dato da un atteggiamento aperto nei confronti dei legittimati al ricorso.

Anche in tal caso la tradizione è dalla nostra parte: non si può dimenticare la lungimiranza degli orientamenti del Consiglio di Stato che sin dalla fine degli anni '70 riconobbe, ben prima del giudice ordinario e dello stesso legislatore, la titolarità a invocare la lesione degli interessi diffusi.

Questo ci fa guardare con minore sorpresa di altri alla istituzione dell'azione collettiva risarcitoria, la cd. *class action* (cfr. l'art. 2, comma 446, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, legge finanziaria del 2008), anche se l'innovazione – che tocca aspetti molto delicati, sostanziali e processuali – avrebbe richiesto un approfondimento ben maggiore rispetto al convulso *iter* di approvazione della legge finanziaria. Peraltro, la legittimazione a proporre un'azione collettiva di associazioni e comitati costituiti *ad hoc*, adeguatamente rappresentativi dei diritti dei singoli, dovrebbe essere accompagnata – come è stato fatto notare – da misure che garantiscano un'azione unica, o quantomeno valutabile unitariamente, al fine di evitare contrasti tra giudicati per la presenza di più attori esponenziali.

### ... SOPRATTUTTO INCIDENDO SULLA TUTELA RISARCITORIA

Questo nuovo indirizzo dovrà prevedere una maggiore sensibilità, da parte nostra, nel riconoscere, caso per caso, un risarcimento del danno più realistico, il più rispondente possibile alla effettiva lesione economico-patrimoniale.

È importante, in quest'ottica, il richiamo alla necessità che i giudici amministrativi acquisiscano sempre maggiore consapevolezza del fatto che il risarcimento è oggi una componente essenziale della richiesta di tutela, dimostrando di non avere alcuna remora nel condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni, causati colposamente nell'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa.

Invece, la nostra giurisprudenza è ancora (parzialmente) incerta: mi riferisco ad alcune decisioni del Consiglio di Stato (ad esempio, la n. 4401 del 2007 della IV Sezione) in cui si concepisce la tutela risarcitoria come un *tertium genus*, con elementi più sanzionatori che riparatori in senso proprio. Si tratta, a mio avviso, di riflessioni che possono distogliere dalla strada maestra della pienezza della tutela e della sua concentrazione.

Occorre invece, come ho detto, una maggiore aderenza alla realtà, un'aderenza che può andare a vantaggio, ma anche a discapito del ricorrente.

Richiamo alcuni casi emblematici.

La perdita della *chance* non andrebbe più forfezzata secondo criteri astratti, ma calata nelle diverse realtà economiche, per evitare, da un lato, che i processi diventino una forma di arricchimento indebito e, dall'altro, che l'assorbimento di motivi di ricorso conduca ad una riduzione del riconoscimento risarcitorio (sul punto, si veda l'innovativa decisione della VI Sez. del Consiglio di Stato n. 213 del 2008); occorre una maggiore sensibilità verso il danno da ritardo, anche al di là di quanto è stato ritenuto in passato, in una fase ancora di assestamento della tutela risarcitoria: qui è in gioco l'idea stessa dell'amministrazione come servizio, e l'inerzia e l'incertezza, pure in caso di provvedimento negativo legittimo, nuocciono ai cittadini e agli operatori economici. E' opportuno poi approfondire la strada aperta, di recente, in relazione a questioni di notevole impatto mediatico, sulla capacità della pubblicazione della sentenza di neutralizzare il danno

all'immagine invocato (rimedio, questo, già previsto in altri particolari ambiti: art. 140, comma 1, lett. c), del codice del consumo).

Mi sembra in linea con questa esigenza di maggiore aderenza alla realtà il recente indirizzo secondo cui il giudice “ben può, anzi deve, utilizzare qualunque fonte di prova inerente al rapporto di cui sia a conoscenza perché acquisita agli atti di quel giudizio o di un giudizio connesso. La valutazione della sussistenza dell'ingiustizia del danno, infatti, impone di chiarire se, al momento di svolgimento dell'azione amministrativa contestata, esistevano o meno le condizioni di fatto e di diritto per l'adozione di un provvedimento amministrativo soddisfacente dell'interesse sostanziale sotteso alla domanda giudiziale” (in questo senso, la sentenza della 1<sup>a</sup> Sezione del 19 novembre 2007, n. 11330, che ha ritenuto possibile trarre argomenti di prova del danno – in quel caso, della sua assenza – dal ricorso incidentale e dalle allegazioni ivi prodotte, ancorché tale ricorso fosse improcedibile).

## **ANCORA DUE ELEMENTI DI EVOLUZIONE: LA MODERNITÀ E LA COERENZA DEGLI INDIRIZZI**

Il cammino verso il traguardo di una tutela pienamente soddisfattiva comprende ancora due elementi di sistema: la modernità e la coerenza dei nostri indirizzi giurisprudenziali.

Su questi elementi mi sono già soffermato l'anno scorso, e basterà oggi soltanto un richiamo. Ma essi non possono essere tralasciati, in quanto rappresentano, da un lato (quello della modernità) la vera forza propulsiva del nostro lavoro e dall'altro (quello della coerenza) la stabilità, l'affidabilità di questa forza.

Il giudice – anche quello amministrativo – è un “formante” dell'ordinamento (IRTI), non si limita ad applicare le regole ma contribuisce alla loro evoluzione nel diritto vivente. Questo ruolo si enfatizza in un sistema in cui la legislazione ha perso in gran parte le sue caratteristiche di generalità e astrattezza.

Ciò richiede, in primo luogo, uno sforzo costante per una giurisprudenza moderna, al passo con i tempi, anche a costo di ribaltare indirizzi consolidati (e quindi più comodi da seguire) ma ormai obsoleti, per andare incontro alle esigenze della società,

dell'economia, dello sviluppo, interpretando ove possibile in modo nuovo le regole che non sono ancora riuscite a mettersi al passo.

Conforta leggere, su quotidiani di larga diffusione, opinioni autorevoli che considerano pronunce di questo Tribunale – il riferimento è all'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale in materia di fecondazione assistita – come “coraggiose decisioni”, che “rimediano ... alla situazione di inadeguatezza legislativa del nostro Paese sui grandi temi etici”, e formulano “complimenti ai magistrati che ancora dimostrano di spingersi nel terreno della difesa delle idee, là dove il Parlamento non arriva neppure a muoversi”.

In secondo luogo, la tenuta del “diritto vivente” richiede una coerenza degli indirizzi giurisprudenziali, pur nell'esigenza di procedere al passo con i tempi.

Le battaglie culturali di modernizzazione della giurisprudenza non si vincono con decisioni isolate, che costituiscono l'estemporanea affermazione di convincimenti personali, ma con indirizzi discussi e condivisi, al termine di un percorso decisionale laborioso e aperto al confronto.

La libertà piena di ogni giudice (in ogni sede, in ogni grado, in ogni collegio) deve conciliarsi con la valorizzazione del ruolo della nomofilachia, nel suo significato letterale di “garanzia dell’uniforme applicazione della legge”.

La coerenza non dev’essere imposta, ma concordata, conquistata attraverso la partecipazione e il dibattito. La nomofilachia non è una gabbia interpretativa, calata dall’alto, dal centro alla periferia, come unica interpretazione possibile, ma un risultato di condivisione, di comprensione, di dialogo, la miglior mediazione possibile tra disposizione emanata e norma applicata.

Peraltro, non si verifica nel nostro sistema la situazione per cui a un primo giudice tendenzialmente progressista si contrappone un giudice di ultima istanza conservatore, essendo ciò smentito proprio dalla circostanza che il Consiglio di Stato, sulla base della sua lunga e prestigiosa tradizione (ma anche di una spinta innovativa sempre dimostrata), ha spesso compiuto il passo decisivo verso un ampliamento delle ordinarie forme di tutela giurisdizionale.

Si può perciò affermare che il dialogo tra organi giudicanti di grado diverso risulta, in Italia, particolarmente felice: anche per questo il giudice amministrativo complessivamente considerato ha

meritato e continua a meritare il rispetto e la piena fiducia della collettività. Tale dialogo deve avere a cuore non soltanto la coerenza degli indirizzi tra primo e secondo grado, ma soprattutto l'importanza che l'uniforme applicazione della legge – sin dal primo grado – riveste per il mondo reale.

E tanto al di là del problema giuridico, al di là del caso concreto, ma anche al di là di divergenze che, pur rientrando nella fisiologia della dialettica istituzionale, talvolta appaiono poco comprensibili, come allorquando le affermazioni del TAR – che si trova ad affrontare per primo una *res litigiosa* delicata e ancora informe, in posizione di prima linea anche nei confronti dell'opinione pubblica – sono smentite da pronunce del Consiglio di Stato che sembrano basate, più che sul rilievo di veri e propri errori della sentenza gravata, su differenti opinamenti del decidente.

Del resto, una maggiore certezza sugli orientamenti, sulla loro tenuta e coerenza, determina una deflazione del contenzioso, specie se accompagnata da un più coraggioso ricorso alla condanna alle spese.

Per il giudice amministrativo, poi, l'uniformità degli indirizzi ha un valore aggiunto rispetto a quelli delle altre magistrature, poiché

rappresenta anche una guida operativa per le amministrazioni pubbliche.

**IV – IL TAR E L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA**  
**NELL'AMBITO DELLA DUPLICITÀ DI GIURISDIZIONI**

La descrizione dell'evoluzione di una tutela giuridicamente piena che tende a divenire economicamente soddisfattiva deve completarsi in rapporto a quella fornita dal giudice ordinario, in un sistema che –come si è detto- non prevede un unico giudice, ma un'unica funzione giurisdizionale esercitata da giudici diversi.

Una visione deformata di tale rapporto comporterebbe, inevitabilmente, un difetto di erogazione della tutela da parte del giudice amministrativo.

**LA RICCHEZZA DI UNA GIURISDIZIONE PLURALE E L'ESIGENZA DI  
CONSERVARE LA SPECIALITÀ DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO**

Innanzitutto – come è stato autorevolmente affermato nei mesi scorsi in più sedi, dottrinarie e ufficiali – va ribadito che, una volta confermata la pari dignità tra i giudici, la loro diversità, nell'omogeneità della funzione giurisdizionale, costituisce una ricchezza per il Paese e un vantaggio per il cittadino.

Difatti, a parità di pienezza di tutela e di completezza delle tecniche, la maggiore specializzazione dei giudici (pur nell'ambito di due giurisdizioni entrambe generali) non può che portare ad un approfondimento del sindacato, ad una sua maggiore pregnanza, ad un suo più consapevole adattamento all'oggetto della controversia, in relazione all'esercizio in concreto del potere pubblico.

Di conseguenza, se prima ho sostenuto che noi giudici amministrativi dobbiamo proseguire nella nostra crescita culturale attraverso un'applicazione pratica della tutela risarcitoria, ora aggiungo che non possiamo dimenticare la nostra gloriosa tradizione di giudici sorti per ovviare ad un vuoto di tutela nei confronti della discrezionalità amministrativa, né la nostra professionalità nel sindacato del potere pubblico. La stessa specialità dei rapporti che intercorrono tra cittadini-ricorrenti e cittadini il cui interesse è perseguito dalla pubblica amministrazione si riverbera sul piano processuale, consentendo di conservare, anche nei giudizi risarcitori, la specificità che distingue comunque il processo amministrativo da quello civile.

Il giudice amministrativo deve quindi continuare ad essere il tutore del cittadino di fronte all'esercizio del potere ed insieme il monitore dell'amministrazione pubblica, con compiti di indirizzo e di impulso; l'arbitro della costante dialettica tra autorità e libertà, in un contesto in cui la fisionomia di tale dialettica sta assumendo connotati diversi, passando dal rapporto binario - appunto, autorità-libertà - a un equilibrio plurale, *inter alia*, fra potere pubblico, potere privato, libertà, concorrenza.

La nostra crescita culturale deve intendersi non nell'accezione di "civilizzazione", ossia di acquisizione *sic et simpliciter* di modelli del processo civile ma, al contrario, nel senso di fornire sempre una tutela davvero completa, anche oltre il rassicurante orizzonte dell'annullamento.

#### **LA PERMANENTE NECESSITÀ DI UN DIALOGO TRA GIURISDIZIONI, ISPIRATO AL CRITERIO DI CONCENTRAZIONE PROCESSUALE**

La condivisione dell'obiettivo di una tutela piena e soddisfatta, se non deve far perdere le specificità della tutela resa da ciascun giudice, deve anche condurre a una rappresentazione meno

separata e divisa dei sistemi di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione.

Se vi è un'idea che vado ripetendo costantemente e che non mi stancherò mai di ribadire, è quella della necessità di un dialogo istituzionale costruttivo con i colleghi della giurisdizione ordinaria.

A questo riguardo va ricordato l'autorevole richiamo operato dal Primo Presidente della Corte di Cassazione in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario, dove, nel ricordare la funzione cruciale della Cassazione come giudice della giurisdizione, ha ricordato come le Sezioni Unite, nelle più recenti pronunce, abbiano “sempre privilegiato la concentrazione delle varie tecniche di tutela in capo ad un unico Giudice, piuttosto che la rivendicazione o la dismissione di competenze”.

Occorre, allora, seguire l'ammonimento del primo Magistrato d'Italia e segnare un'inversione di tendenza nei rapporti tra le giurisdizioni: non più fondati su una sorta di *actio finium regundorum*, ma ispirati a operare in sintonia, per meglio svolgere il servizio giustizia a tutela del cittadino.

In particolare, è bene sottolineare che, dietro l'invito della Cassazione, vi è l'affermazione del principio della concentrazione

processuale dinanzi allo stesso giudice come parte integrante, ormai costituzionalizzata, del giusto processo.

Tale impostazione consente di risolvere a favore del cittadino la delicata questione del riparto di giurisdizione: la tutela deve essere piena non solo nei contenuti ma anche nei tempi e, quindi, va concentrata dinanzi ad uno stesso giudice.

L'esigenza di concentrazione dinanzi al giudice amministrativo della intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica vale, altresì, per i diritti fondamentali, anche costituzionalmente garantiti (tra cui quello alla salute), quando essi sono coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa (in questo senso, il percorso è stato completato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 140 del 2007).

Ecco, allora, che la nuova costituzione materiale in materia di diritto di difesa di cui si è parlato prima completa la sua evoluzione su due pilastri: da un lato, la non giustificabilità di diverse gradazioni della tutela giurisdizionale (pur nella differenza di posizioni soggettive e di àmbiti giurisdizionali), che deve essere sempre estesa a tutte le tecniche, inclusa quella risarcitoria; dall'altro, la ragionevole durata, e quindi la concentrazione, del processo (che

ha portato al superamento del meccanismo risarcitorio a doppio procedimento della legge n. 142 del 1992 e che è alla base della più recente giurisprudenza della Cassazione).

L'attuazione congiunta dei due principi, della pienezza e della concentrazione della tutela, che si ricava dalla lettura unificante delle nostre norme costituzionali sulla tutela giurisdizionale, costituisce anche un più coerente adeguamento del nostro sistema a uno *ius commune* europeo.

#### **LA NECESSITÀ DI EVITARE POSIZIONI DI INUTILE CONTRASTO**

In tale ottica non posso non rilevare come non appaia coerente con l'esigenza di proseguire il dialogo tra giurisdizioni la decisione dell'Adunanza Plenaria 22 ottobre 2007, n. 12, la quale, in un amplissimo *obiter dictum*, ha riaffermato la tesi della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto all'azione risarcitoria.

Il superamento del dogma della irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi e il riconoscimento al giudice amministrativo del potere di condannare al risarcimento dei danni la pubblica amministrazione sono conquiste acquisite dopo lunghi

decenni di attesa, al di fuori di una riforma generale del processo amministrativo e soprattutto attraverso scarse e laconiche espressioni del legislatore.

Una realtà siffatta dovrebbe imporre la ricerca di un confronto costruttivo tra le giurisdizioni, pur nel rispetto dei propri convincimenti, invece di acuire i contrasti.

La posizione assunta dalla Adunanza Plenaria con l'anzidetta decisione – andando ben al di là rispetto a quanto ritenuto da una pronuncia appena precedente della stessa Plenaria, la n. 9 del 2007, unanimemente apprezzata, la quale aveva rimandato ad una sede più consona l'esame *funditus* di questa problematica – conduce a conclusioni che, come è stato osservato (CLARICH), non è detto siano le migliori “per il cittadino, per l'amministrazione e per lo stesso giudice amministrativo”.

A questo riguardo va rimarcato che le Sezioni Unite, con una ordinanza di poche righe del gennaio 2008, hanno ribadito l'orientamento delle note pronunce del giugno 2006, confermando la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento, anche se non sia stata tempestivamente proposta l'azione di annullamento.

Per altro verso, va segnalata una recente sentenza, sempre delle Sezioni Unite, che, sulla *vexata quaestio* degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario; il che, peraltro, nonostante la motivazione fornita, appare in controtendenza rispetto al principio, tante volte ribadito, di concentrazione della tutela.

Questa è stata la risposta della Cassazione che ha così inteso riaffermare il suo ruolo di giudice finale della giurisdizione!

### **QUALCHE ACCORGIMENTO CONCRETO PER SUPERARE IL “TABÙ” DELLA PREGIUDIZIALE AMMINISTRATIVA**

Se il rischio è quello di rinchiuderci in noi stessi, allora è preferibile rompere gli indugi e pronunciarsi apertamente – come peraltro la più attenta dottrina sta già facendo – contro una visione formalistica del “tabù” della pregiudiziale amministrativa.

Da una lettura serena delle pronunce della Cassazione del giugno 2006 emerge chiaramente che esse non intendono sindacare il modo di operare del giudice amministrativo sulla tutela risarcitoria. Qualunque valutazione di merito sull'esistenza e

sull'ammontare del danno non è stata mai censurata dalla Cassazione: la eventualità di un suo intervento è presa in considerazione solo nel caso di rifiuto totale, da parte del giudice amministrativo, di procedere alla tutela risarcitoria.

Le stesse pronunce paiono, piuttosto, incoraggiarci a compiere quell'esame nel merito, in concreto, della pretesa, esame che può anche concludersi a sfavore del richiedente, rendendo così la mancata domanda di annullamento un elemento di infondatezza (o di solo parziale fondatezza) della pretesa – ad esempio, attraverso l'applicazione dell'art. 1227, secondo comma, del codice civile, a fronte di una pretesa risarcitoria avanzata a distanza di tempo e in assenza di ogni iniziativa precedente – piuttosto che una causa di inammissibilità della stessa.

Certo, residuano ancora alcune problematiche.

Come ho detto prima, per fugare le perplessità sopra esposte occorrerà coniugare le esigenze espresse dalla Cassazione con le altrettanto importanti esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico: ma questo si potrà ottenere anche senza (re-) introdurre le limitazioni contestateci dal giudice del riparto (e, quindi, prevedibilmente destinate a durare poco) e responsabilizzando,

invece, il cittadino ad un corretto uso congiunto della tutela demolitoria con quella risarcitoria.

Se ciò non si riuscirà ad ottenere con il dialogo tra le giurisdizioni, allora vuol dire che dovrà intervenire, in qualche modo, il legislatore (qualche utile indicazione si rinviene, ad esempio, nella decisione della V Sezione del Consiglio di Stato n. 2822 del 2007), il cui intervento appare in ogni caso necessario in relazione alla previsione di un più breve termine (di decadenza meglio che di prescrizione, in ragione della peculiarità dei rapporti pubblicistici) per la proposizione dell'azione risarcitoria.

Qualunque sia, alla fine, la soluzione, il giudice amministrativo dovrà disporsi ad utilizzare a pieno tutte le tecniche di tutela poste a sua disposizione per fornire un servizio coerente con gli *standard* comunitari e con gli imperativi costituzionali.

### **LA “BUONA PRATICA” DELLA *TRANSLATIO IUDICII***

Dalla affermazione del principio della concentrazione e della connessione della tutela risarcitoria con quella di annullamento in capo ad un unico giudice, è derivato un ulteriore assestamento dei rapporti tra giurisdizioni con l'introduzione, ormai praticata sia dal

giudice ordinario che dal giudice amministrativo, della *translatio iudicii* (cfr. Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77).

Alla radice del concetto vi è l'obiettivo di non far ricadere sul cittadino le conseguenze dell'aver erroneamente adito un giudice in luogo di un altro.

Trova attuazione l'idea di ANDRIOLI che, partendo dalle posizioni soggettive "paritariamente" tutelate (interessi legittimi o diritti soggettivi posti sullo stesso piano), affermò che giudice ordinario e giudice amministrativo non rappresentano più due mondi incomunicabili; se il criterio che li distingue si riallaccia all'oggetto delle rispettive cognizioni, ne discende che la competenza giurisdizionale non è un presupposto della domanda, ma è la condizione di validità del provvedimento del giudice.

Il principio fondamentale, da osservare nonostante l'assenza di una disciplina legislativa specifica, è che il processo si concluda al più presto, con una pronuncia di merito da parte del giudice dotato della giurisdizione, a prescindere da come sia iniziato, trattandosi pur sempre di un mezzo volto a riconoscere o negare

una tutela e che non può diventare in se stesso una ragione del diniego.

Nel rendere giustizia, si deve evitare che i contrasti giurisprudenziali sui non semplici criteri di riparto – ma anche un uso temerario delle questioni di giurisdizione – possano contribuire a creare incertezza, a disorientare il cittadino, ad allontanare la decisione finale di merito.

È significativa la circostanza che questo tema emerga adesso, solo dopo che si è preso atto del cambiamento della costituzione materiale attraverso la lettura unificante sulla tutela giurisdizionale di cui ho parlato prima.

Certo, occorrerà mettere a punto meccanismi processuali ben calibrati, che consentano un reale risparmio di tempo, che non siano di pregiudizio ad un esame attento delle questioni sottostanti a quella di giurisdizione e che non si prestino ad un uso dilatorio e strumentale.

L'importante è, comunque, che il cittadino sia messo in condizione di recuperare quanto più possibile l'attività processuale già svolta, senza essere penalizzato da quella diversità di giurisdizioni che dovrebbe risultare un elemento di vantaggio.

Se il nostro lavoro – come sempre mi piace ricordare – consiste nell'erogazione di un servizio e non nell'esercizio di un potere, il servizio va reso nell'interesse del suo destinatario: il cittadino che ci chiede giustizia.

Come bene è stato affermato di recente (PAJNO), le pronunce della Corte costituzionale e della Cassazione sulla *translatio*, pur differendo sulla portata della disciplina positiva attuale, adottano una concezione sostanzialmente identica della funzione giurisdizionale: unitaria, pur se articolata su una pluralità di giudici.

Anche ove non vedesse la luce la legge auspicata dalla Corte costituzionale, la giurisprudenza sembra avere ormai ripreso il proprio cammino, dando comunque attuazione al principio di conservazione degli effetti della domanda già proposta nel nuovo processo instaurato a seguito della declinatoria di giurisdizione.

Perché la stasi del legislatore non significa l'inerzia del diritto.

## **GIUDICI DEL POTERE, AL PASSO CON UN CONCETTO MODERNO DI POTERE**

L'ulteriore evoluzione della tutela dalla pienezza alla satisfattività – con un approccio di giustizia sostanziale e anche

metagiuridico – e l'approfondimento della nostra specialità in una giurisdizione plurale sono elementi di un unico quadro d'insieme del sistema di giustizia amministrativa.

Questi elementi conferiscono contenuti nuovi a una definizione antica, ripresa di recente dalla Corte costituzionale per fondarvi il criterio di riparto di giurisdizione, che è quella che ci vede come “giudici del potere”.

Se, oggi, il potere amministrativo si caratterizza più per la sua utilità per i cittadini che per la sua autoritatività; se esso esiste in funzione di un servizio erogato e non di garanzie acquisite; se l'efficienza sostanziale viene privilegiata rispetto all'obbedienza alle forme, il sindacato da parte del giudice del potere non può limitarsi ai modi di esercizio del potere medesimo, ma deve estendersi a tutti gli effetti che esso ha prodotto sulle posizioni dell'interessato, sulle sue aspettative, sulle sue *chances*, sul suo patrimonio. Il giudice del potere di oggi è quindi un giudice la cui tutela deve essere soddisfattiva.

## **V – IL TAR NELL'ASSETTO ISTITUZIONALE**

Se quanto finora esposto deve costituire uno stimolo costante per noi giudici amministrativi per far sempre progredire la nostra tutela, non possiamo esimerci dall'indicare alcuni fattori esogeni di problematicità al fine di suggerire e stimolare interventi degli altri soggetti istituzionali.

### **LE DISFUNZIONI DEL SISTEMA NORMATIVO**

Il primo fattore è costituito dal deterioramento della qualità della normazione.

Mi ci sono soffermato nella relazione dello scorso anno: basterà qui ribadire che il compito del giudice di applicare la legge diventa arduo di fronte ad una produzione legislativa che da troppo tempo ha perso quei caratteri di sistematicità, di generalità e di astrattezza che dovrebbero contraddistinguerla.

Tale difficoltà aumenta per un giudice, quale quello amministrativo, privo della "bussola" di un codice e costretto a navigare a vista tra la miriade di normative speciali che disciplinano la nostra amministrazione pubblica.

Si assiste alla produzione di leggi *omnibus*, disordinate nei contenuti e nelle scelte di orientamento del sistema, o di leggi-provvedimento, che intervengono direttamente su singoli atti o rapporti giuridici per travolgerli nel nome della sovranità del legislatore (fino al punto di far sorgere dubbi sulla loro compatibilità con le previsioni del Trattato e con i principi comunitari in materia di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento: cfr. l'ordinanza della 1<sup>a</sup> Sezione 23 maggio 2007, n. 880, che ha sottoposto al vaglio della Corte di giustizia la disposizione che prevede la revoca delle concessioni relative alla realizzazione delle tratte ferroviarie ad alta velocità).

Anche quest'anno la legge finanziaria (l. 24 dicembre 2007, n. 244) ha superato i mille commi (sono 1193, ripartiti in tre articoli). Una riduzione troppo modesta rispetto ai 1364 commi dello scorso anno, stigmatizzati dal Capo dello Stato come un "numero abnorme", che "rende sempre più difficile il rapporto tra i cittadini e la legge".

Da almeno un decennio, peraltro, la legge finanziaria è divenuta l'occasione per gli interventi più disparati, privi di qualsiasi organicità, meditazione e dibattito, tanto da ingenerare il fenomeno

per cui ciascuno degli innumerevoli commi costituisce, in realtà, una sorta di leggina a sé, spesso di natura interpretativa, con inevitabile incidenza – oltretutto – anche sui processi in corso.

Conseguentemente, cresce la percezione di tali interventi come incrinature del principio della separazione dei poteri o dell'autonomia dei giudici, posto che l'esito del processo non dovrebbe essere influenzato da interventi esterni, sia pure del legislatore.

Questo fattore di crisi si acuisce in presenza dell'orientamento assunto dalla Corte europea dei diritti umani secondo cui l'obbligo di garantire un "giusto processo" è violato dall'intervento del legislatore che stabilisce imperativamente il senso di una disposizione da applicare ad una controversia già pendente dinanzi ai giudici, al fine di determinare l'esito della lite che invece deve essere rimesso esclusivamente all'interprete (cfr. CEDU, 7 novembre 2000, Anagnostopoulos c. Governo greco, n. 39374/98: punti 19, 20 e 21; 29 luglio 2004, Scordino c. Governo italiano, n. 36813/97: punti 78, 79 e 80).

Ovviamente, la Corte europea non contesta la potestà del legislatore di emanare norme d'interpretazione autentica, ma suggerisce di escluderne l'applicabilità ai giudizi in corso.

La parcellizzazione della normativa finisce, inoltre, con il provocare un *vulnus* all'effettività: come risultato, le innumerevoli disposizioni sono sempre meno conosciute, applicate, osservate, sanzionate, rendendosi talora necessario un intervento *ex post* a mezzo di condoni o sanatorie, che finiscono con il minare ulteriormente la credibilità della legge.

Che questo insieme di fattori si ripercuota anche sul ruolo e sulla funzionalità della giustizia amministrativa è evidente, traducendosi talvolta – quando non sia possibile rivolgersi alla Corte costituzionale o alla Corte europea – in una sostanziale ingiustizia, creando una irragionevole discriminazione tra i cittadini, legata esclusivamente alla diversa durata del processo, nel quale ciascuno di essi si sia trovato per avventura coinvolto, dando a quel processo un esito differente, non per ragioni di buon diritto, ma solo per il sopravvenuto intervento interpretativo del legislatore in relazione al momento in cui è posto in essere.

E' senz'altro indispensabile rivedere un sistema siffatto. Così come occorre insistere sullo sforzo di una moderna "codificazione" di settori organici dell'ordinamento, pure avviata in questi anni. Quando essa viene perseguita trova sempre riscontri positivi: da ultimo, segnalo la importante sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 2007 sul codice dei contratti pubblici, che ha sottolineato la stabilizzazione della normativa che si verifica mediante il riordino codicistico.

### **IL DISAGIO RIGUARDANTE LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

Il secondo fattore esogeno di problematicità deriva da un disagio che riguarda, in generale, la pubblica amministrazione italiana.

Il Presidente della Corte dei conti ha affermato, pochi giorni fa, che "l'organizzazione della Repubblica vive un momento di diffuso malessere ed incertezza. Assistiamo per tanti versi al crescere confuso di strutture, di modelli amministrativi, di sovrapposizioni di competenze tra amministrazioni centrali e enti locali, disarmonicità, conflitti irrisolti". Non si può non condividere tale opinione.

Ciò investe direttamente il giudice amministrativo, al quale è affidata la garanzia dell'unità del sistema delle amministrazioni

pubbliche. Come è stato autorevolmente sostenuto (CAMMELLI), in un modello amministrativo ormai irreversibilmente differenziato e policentrico, l'operato del giudice amministrativo costituisce anche indicazione per le amministrazioni della strada da seguire. Così è sempre stato e nelle condizioni attuali lo è molto di più: non solo, infatti, le amministrazioni pubbliche compaiono in misura crescente tra i ricorrenti, ma gli indirizzi espressi dalla giurisprudenza amministrativa concorrono a formare l'intelaiatura di insieme per un sistema tanto ricco di articolazioni e di autonomie, quanto pericolosamente povero di cerniere e di elementi connettivi. Il che spiega perché il nuovo Titolo V della Costituzione, nel legittimare l'assetto policentrico, individui nell'operato del giudice uno degli elementi di ricomposizione del sistema.

La riserva della giurisdizione alla legislazione statale di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., è, certo, garanzia generale di uguaglianza per i diritti dei cittadini ma, nel caso del giudice amministrativo, è qualcosa in più: è garanzia dell'unità del sistema, almeno tanto quanto le altre cerniere (penso, fra l'altro, ai principi fondamentali o ai livelli essenziali) previste dalla Carta costituzionale.

In quest'ottica, i momenti di difficoltà vissuti dai pubblici poteri si ripercuotono pure sulle funzioni del giudice amministrativo, che è chiamato, suo malgrado, a un intervento suppletivo (non a una supplenza), quale giudice "nell'amministrazione".

### **UNA CULTURA AMMINISTRATIVA DA RIMODERNARE**

Il problema di fondo è, a mio avviso, quello di una cultura amministrativa che sembra evolversi meno rapidamente di quanto sia necessario.

Occorre che il sistema cambi soprattutto dall'interno. Il giudice amministrativo può fare poco di fronte alla mancata diffusione di una cultura dei risultati; al mancato apprezzamento dei valori del merito rispetto a quelli della mera anzianità; a un ossequio rigido delle forme che talvolta si pone come sola alternativa alla loro violazione; ai ritardi nella digitalizzazione (siamo tutti ancora legati al cartaceo, pur in tempi di firma elettronica); a un'amministrazione che continua troppo spesso a rifugiarsi nel porto tranquillo del non agire. Attitudine, quest'ultima, destinata a provocare il fallimento di piani e programmi, la dilapidazione delle risorse, nonché a rendere

opaco e incerto il confine tra la scelta discrezionale e la colpevole omissione.

Per contro, quando tale cultura è diffusa, quando l'amministrazione dimostra prontezza ed efficienza, il contenzioso si riduce o si può, comunque, risolvere più facilmente (si pensi ai casi dell'amministrazione "per consenso": ad esempio, il contenzioso in materia di conferenza di servizi è, tutto sommato, modesto rispetto a quello relativo ad altri istituti della legge n. 241).

### **LA DIRIGENZA E LE SUE PROBLEMATICHE**

Per favorire questo cambiamento di cultura, occorre prestare particolare attenzione al *management*, vero centro motore dell'amministrazione pubblica: la dirigenza.

Si assiste invece, in modo preoccupante, al consolidarsi di una natura fiduciaria di fatto del rapporto tra politici e vertici dell'amministrazione, sia a livello centrale che locale, anche dopo gli interventi della Corte costituzionale che hanno ridimensionato i meccanismi di *spoils system*. Tale fenomeno rischia di alimentare rapporti di contiguità – se non di appartenenza – politica, persino sui livelli non apicali della dirigenza, che non possono essere

trascurati dalla giustizia nell'amministrazione, comportando gravi ripercussioni sulle prestazioni pubbliche erogate.

Nella relazione del Governatore della Banca d'Italia si legge che “la qualità dei servizi forniti deve divenire il cardine per la valutazione delle amministrazioni pubbliche e dell'azione dei suoi dirigenti. Gli obiettivi devono essere chiari e verificabili. Un trattamento economico differenziato, in parte fondato sulla produttività individuale, valutata in maniera omogenea e trasparente, aiuterebbe a raggiungerli”.

## **I RAPPORTI TRA POLITICA, AMMINISTRAZIONE E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

Ma la situazione non è sempre scoraggiante. Anzi. La burocrazia non è – e non può essere reputata – sempre un freno alla competitività.

Va, infatti considerato che un modo trasparente di funzionare della società è possibile perché esiste una burocrazia, ovvero un grande sistema, nel complesso trasparente, di trascrizione dei processi, dei dati, dei negoziati.

In questo senso, la burocrazia consente di conoscere il perché delle scelte di gestione pubblica (si pensi, ad esempio, alle scelte infrastrutturali, ai grandi contratti pubblici, alle nomine di alta amministrazione) che altrimenti sarebbero tutte nascoste dietro una sovrana discrezionalità politica.

Per queste ragioni, anche la burocrazia –intesa come il mondo del *civil servant*- va tutelata.

Si giunge così al terzo e ultimo profilo di disagio che, oltre alla legislazione e all'amministrazione, riguarda la politica.

Sorprende leggere – sullo stesso quotidiano di cui poco prima ho riportato gli elogi – che il nostro TAR, a proposito di note e rilevanti vicende in materia di revoca di importanti incarichi, “sentenza in modo anti-istituzionale”, in “palese distorsione d'un principio essenziale dello Stato di diritto e della divisione dei poteri”, e ciò perché, secondo tale impostazione, “la debolezza politica dei governi ha incoraggiato i tribunali amministrativi a proclamare la propria competenza anche sugli atti politici”.

È vero il contrario: la debolezza è quella di trasformare in politici atti che hanno natura di provvedimenti amministrativi, seppure di alta amministrazione.

Il giudice amministrativo si accosta a questi temi con rispetto istituzionale e cautela. Ne tratta perché vi è una specifica richiesta di giustizia, non avendo, a differenza del magistrato penale o contabile, un potere di iniziativa. E, come ho detto, non si lascia coinvolgere da processi mediatici e da forme di personalizzazione.

Vorrei sottolineare che, se siamo qui per riconoscere tutela a chiunque, anche al più semplice degli impiegati delle categorie su cui abbiamo giurisdizione, la stessa tutela non può e non deve essere negata alle cariche più elevate.

Quando una violazione è evidente e non investe il pur ampio ambito discrezionale che si riconosce all'alta amministrazione – ad esempio, in caso di patente violazione di norme procedurali, di garanzia del contraddittorio, di impossibilità di esporre le proprie ragioni – noi siamo tenuti a rendere giustizia perché ce lo richiede l'art. 113 Cost., che prevede la giustiziabilità di tutti gli atti amministrativi, e perché, altrimenti, la stessa civiltà giuridica sarebbe a rischio.

Si aprirebbe la strada a quell'arbitrio contro il quale proprio il giudice amministrativo ha fatto da argine in diverse epoche e in vari Paesi.

Un esponente politico che è anche un apprezzato giurista, il senatore VILLONE, ha affermato che “un sistema politico e istituzionale si mantiene in equilibrio e in buona salute solo se il potere è assoggettato a uno scrutinio continuo ed efficace. Controlli, limiti, paletti insuperabili sono elementi essenziali di un sistema democratico e più in generale dell’efficienza delle istituzioni”.

Chi fa politica deve governare un Paese sviluppato, con il carico di complessità che ciò comporta.

Il nostro assetto istituzionale è fatto di pesi e contrappesi; se un peso si sbilancia troppo, provoca inevitabilmente una reazione a catena degli altri.

Correggere – se richiesti – questi sbilanciamenti non significa intromettersi nella politica, ma soltanto garantire che essa non fuoriesca dal suo alveo. Significa evitare – e ciò costituisce un nostro dovere – che vengano alterati rapporti che dovrebbero essere regolati dal diritto e non da scelte politiche, le quali implicano l’assenza di criteri oggettivi di valutazione e quindi l’irresponsabilità e l’arbitrio.

## **VI – RISORSE E ORGANIZZAZIONE**

Dopo avere trattato delle questioni istituzionali da cui si possono ricavare possibili rimedi, interni ed esterni, per migliorare il servizio-giustizia amministrativa, occorre ora muovere dall'aspetto qualitativo a quello quantitativo, che non è meno importante per il raggiungimento di risultati concreti per i cittadini.

Pertanto, mi soffermerò brevemente su alcuni elementi relativi all'organizzazione e alle risorse della giustizia amministrativa con riferimento al nostro TAR. Anche in questo caso, proverò ad individuare rimedi sia interni, di auto-organizzazione, che esterni.

### **I NUMERI DEL TAR DEL LAZIO**

Solo pochi dati appaiono sufficienti a descrivere la complessità *sui generis* della macchina del TAR del Lazio.

Se il numero dei ricorsi introitati (11.957) è sostanzialmente stabile rispetto a quello degli ultimi anni, il saldo attivo rispetto ai giudizi definiti (13.932) ha determinato un'ulteriore flessione dei

ricorsi pendenti che, al 31 dicembre 2007, ammontano a 160.315, rispetto ai 162.290 che risultavano pendenti al termine del 2006.

Tali riscontri numerici, pur nella loro freddezza, riescono a rendere chiaramente l'idea della mole di lavoro che ha impegnato sia il personale di magistratura che quello amministrativo del TAR del Lazio.

### **UN CONTENZIOSO IMPONENTE IN QUALITÀ E QUANTITÀ**

L'aspetto quantitativo non riflette, però, l'intero panorama di operatività poiché, come noto, il contenzioso del nostro Tribunale presenta profili peculiari soprattutto di tipo qualitativo, ove si consideri la competenza in una molteplicità di materie dal notevole impatto sociale ed economico.

Si pensi, oltre ai casi menzionati in precedenza, ai ricorsi relativi a operazioni di concentrazione e a intese restrittive della concorrenza; ai ricorsi a protezione dei consumatori (pubblicità occulta o ingannevole); alla determinazione dei limiti massimi di uso personale delle sostanze psicotrope; alle impugnative in tema di comunicazioni (televisiva o telefonica); al contenzioso relativo ai provvedimenti del CSM; alle prime applicazioni del codice dei

contratti pubblici; alla materia sportiva, fino a giungere ai ricorsi sul nulla osta alla proiezione del film “Apocalypto” o sulla restituzione alla Libia della statua della Venere di Cirene.

Un altro profilo peculiare al TAR del Lazio attiene alla “corsia preferenziale” dei ricorsi ex art. 23-*bis* della legge n. 205 del 2000, in costante aumento, viste le nostre competenze esclusive. I ricorsi che viaggiano su questa corsia preferenziale generano un traffico assai più pesante rispetto agli altri e la priorità loro attribuita rischia di congestionare il traffico ordinario ed infine di rallentare la rapidità della stessa corsia veloce.

Va, infine, segnalato che vi è una massa sommersa di lavoro ulteriore che non è agevolmente misurabile, anche se incide in modo rilevante sulla nostra attività: si tratta di ricorsi che in passato sarebbero stati introitati come ricorsi nuovi, ma che oggi si incardinano come motivi aggiunti di ricorsi già pendenti, pur se riguardano provvedimenti diversi.

Sono i costi invisibili del passaggio da un giudizio sull’atto a un giudizio sul rapporto, e siamo pronti a sopportarli di buon grado.

Ma dobbiamo attrezzarci meglio.

## **L'ASSEGNAZIONE NON PEREQUATA DI RISORSE E LE IRRAZIONALITÀ IN MATERIA DI ASSUNZIONI**

A fronte di questo straordinario impegno, è doveroso ribadire che le risorse professionali e finanziarie destinate al TAR del Lazio si rivelano non proporzionali rispetto agli altri uffici d'Italia, nonostante si noti finalmente qualche segnale di miglioramento rispetto all'anno scorso, almeno in relazione al personale di magistratura.

Il numero complessivo dei magistrati, compresi i presidenti, che a fine 2007 era di 57 unità, è passato ora a 67. Di essi, però, soltanto 54 sono a tempo pieno, in quanto cinque sono fuori ruolo e otto a carico ridotto perché impegnati anche presso il Consiglio di Presidenza ed altri uffici.

Per ciò che riguarda il personale di supporto, si continua a non tener conto delle necessità ulteriori che derivano dalla maggiore incidenza dei ricorsi ponderosi e di quelli seriali.

Il personale amministrativo in servizio è attualmente pari a 103 unità, oltre a cinque distaccati, con un rapporto complessivo con il personale di magistratura pari a circa 1,5: il più basso da sempre, probabilmente il più basso d'Italia.

A fronte di ciò, non si può non rimpiangere il mancato, modesto aumento di organico, almeno del personale amministrativo, previsto durante l'*iter* della legge finanziaria.

Così come non si può non denunciare l'irrazionalità della situazione in materia di assunzioni: l'ultimo concorso per referendario TAR si è concluso nel maggio 2007, ma i vincitori, per ragioni finanziarie, hanno preso servizio soltanto nel dicembre 2007.

#### **IL PROBLEMA DELL'ARRETRATO, ANCOR PIÙ INQUIETANTE PER EFFETTO DELLA LEGGE PINTO ...**

Con questi dati appare già sorprendente come si riesca a non incrementare, e anzi a ridurre, l'arretrato.

Tuttavia le prospettive appaiono inquietanti, soprattutto se si considerano gli effetti dell'attuazione della legge Pinto.

Credo che se ne sia parlato nelle cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario in tutto il Paese, a cominciare dalla Cassazione, ma non posso non accennare anch'io a questa purtroppo incombente realtà.

Il *trend* delle richieste è inesorabilmente crescente e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo si vanno moltiplicando i ricorsi presentati contro l'Italia per la violazione della disciplina sugli indennizzi concessi per l'eccessiva durata dei processi.

Ciò comporta, oltre al costo della riparazione in sé, anche il paradossale effetto dell'aumento delle risorse organizzative da dedicare alla risoluzione di queste controversie.

A causa della legge Pinto, poi, per noi giudici amministrativi sta diventando purtroppo infruttuoso persino quell'utilissimo strumento che si era rivelato l'uso dei c.d. ruoli aggiunti. Ormai, quasi tutte le parti dichiarano di avere ancora interesse alla trattazione, soltanto per poi chiedere i benefici economici della legge Pinto.

Per ovviare a tale situazione, accanto ad interventi rivolti più in generale alla riduzione della durata dei processi, non può che ribadirsi in questa sede, in modo accorato, l'urgenza di rivisitare la disciplina della legge in questione, ovviamente nell'ambito degli spazi consentiti dalla giurisprudenza della CEDU, soprattutto per evitare che i principi di civiltà giuridica, cui la legge stessa è ispirata, possano essere utilizzati in modo distorto e strumentale.

Come ha affermato il Primo Presidente della Cassazione, “nessun Paese può consentirsi l’assurdità di una giustizia sempre più impegnata nel risolvere controversie in cui le parti chiedano di essere indennizzate per la eccessiva durata di altri processi, così instaurandone di nuovi ed indirettamente provocando un ulteriore rallentamento nella definizione degli altri. Non sarebbe meglio destinare queste ingenti risorse, invece che a risarcire i danni dell’arretrato, a finanziare misure idonee per smaltirlo e impedire che si riformi in futuro?”.

### **... E GLI SFORZI PER LA SUA RIDUZIONE**

Sono quindi comprensibili le preoccupazioni espresse sul problema dell’arretrato dal Presidente del Consiglio di Stato in occasione del suo insediamento.

Debbo però ribadire quanto ho già rappresentato negli anni passati, e cioè che i tempi della nostra giustizia sono certamente meno drammatici di quelli di tutte le altre giurisdizioni.

La corsia preferenziale introdotta dalla legge n. 205 per alcune categorie di controversie dimostra di funzionare bene: di regola, è sufficiente qualche mese per giungere alla sentenza definitiva in

primo grado. Ad esempio, nella recentissima vicenda Alitalia-Air One, tra il ricorso e la decisione nel merito sono passati soltanto ventidue giorni: ciò dimostra che, anche laddove vengono giurisdizionalizzate vicende che dovrebbero nascere e concludersi esclusivamente nell'ambito del mercato e delle sue regole, questo Tribunale si pronuncia in tempi brevissimi, consentendo il ritorno della questione nella sede propria per la sua definizione.

Il contenzioso ordinario funzionerebbe anch'esso bene con il nuovo regime processuale, se non vi fosse l'arretrato accumulatosi prima della riforma, anche se in buona parte si tratta di un arretrato "apparente", costituito da ricorsi per i quali le parti, a seguito della successiva attività dell'amministrazione o per il semplice decorso del tempo, hanno perso ogni interesse, salvo quello derivante – come ho già rilevato – dall'applicazione della legge Pinto.

La tempestività della nostra giustizia va rimarcata ancor di più per la tutela cautelare, che può fornire una anticipazione ragionevole degli effetti del processo e, almeno a volte, il pieno soddisfacimento della pretesa del ricorrente in tempi rapidissimi.

Ciò ove si consideri che, anche se circa due ricorsi su tre contengono un'istanza di sospensiva, le richieste di tutela cautelare

provvisoria vengono decise *ad horas*, anche di sabato e d'estate, mentre le istanze ordinarie sono decise di regola nella prima camera di consiglio successiva al deposito del ricorso (quando necessario, sono fissate camere di consiglio straordinarie: sta accadendo proprio in questi giorni per i ricorsi elettorali), per cui non esiste arretrato nelle richieste cautelari.

Tornando ai rimedi per la riduzione dell'arretrato, l'esperienza dimostra che dobbiamo cercare soluzioni soprattutto al nostro interno, con un incremento della produttività che a mio avviso appare possibile con alcuni accorgimenti organizzativi – che devono avere valenza più strategica – e con un limitato incremento di risorse, puntando soprattutto sul personale amministrativo. Il tutto, ovviamente, senza perseguire logiche meramente “produttivistiche”, che comporterebbero la riduzione degli spazi di indipendenza e della qualità delle singole decisioni, ma perseguendo l'obiettivo della funzionalità del servizio.

Stiamo facendo tutto il possibile a livello di rimedi interni, ma purtroppo non basta.

Faccio un esempio.

Nello scorso mese di novembre ho presieduto un'udienza straordinaria, nella quale sono stati portati a sentenza oltre 800 ricorsi.

A questa udienza hanno partecipato, su base strettamente volontaria, magistrati di tutte le Sezioni, che vorrei elogiare nominativamente: si tratta dei colleghi De Leoni, Politi, De Bernardi, Ferrari, Martino, Caponigro, Di Nezza, Tomassetti, Bottiglieri e Mangia.

Ai nomi di questi colleghi vanno aggiunti quelli del Segretario Generale del TAR, il dott. Gai, della dirigente della Prima Sezione, la dott.sa Manzo e di tutto il personale di segreteria, che hanno profuso un impegno eccezionale, a monte e a valle dell'udienza, per consentirci di raggiungere questo notevole risultato.

Ma, purtroppo, se per i magistrati, con impegno e dedizione, siffatto risultato è raggiungibile in aggiunta all'ordinario carico di lavoro, lo stesso non vale, pure a parità di sacrificio, per il personale amministrativo. Per gli adempimenti di cancelleria, infatti il singolo ricorso di un gran numero di affari "seriali" comporta esattamente lo stesso carico di lavoro del ricorso che segna grandi svolte giurisprudenziali.

Per queste ragioni, ad esempio, gli effetti benefici dell'udienza straordinaria sono stati purtroppo compensati, in negativo, dalla impossibilità di lavorare alla individuazione dei ricorsi perenti.

Tuttavia l'esperienza non potrà essere ripetuta perché non si può ulteriormente distogliere il personale esistente dagli impegni delle udienze ordinarie.

### **L'ESIGENZA DI UN INTERVENTO ORGANICO ...**

Di fronte ad una realtà, a tratti sconcertante, occorre sostenere queste iniziative con un intervento più organico, coordinato dal Consiglio di Presidenza.

Se non è possibile avviare a breve le sezioni-stralcio senza un intervento legislativo (allo stato, non ipotizzabile), si può certamente varare subito, a legislazione e a risorse vigenti, un programma straordinario di smaltimento dell'arretrato che dovrebbe soprattutto concentrarsi sulla archiviazione digitalizzata dei fascicoli più risalenti (che in un TAR quale è quello di Roma è ancora lungi dall'essere compiuta), e su di una trattazione informatica dei ricorsi, grazie a una sorta di spoglio preventivo, all'interno di ciascuna Sezione, compiuto affiancando alcuni magistrati al personale di

segreteria. Ciò consentirebbe di accertare l'effettiva consistenza qualitativa e quantitativa dell'arretrato e di preparare attentamente le udienze per trattare il maggior numero di affari "simili" con il minore sforzo possibile.

Senza gli odierni strumenti tecnologici, questa operazione sarebbe stata impossibile; oggi appare praticabile, con investimenti economici modesti, che andrebbero destinati soprattutto ad incentivi straordinari per il personale amministrativo ed all'eventuale assunzione di personale *ad hoc*, per un tempo breve e determinato, dedicato all'archiviazione informatica.

Siffatto, non eccessivo, investimento consentirebbe non solo di fornire una doverosa risposta a quelle istanze di giustizia da troppo tempo formulate, nel rispetto dell'attuale art. 111 Cost. e del principio della ragionevole durata del processo – e già questo basterebbe a giustificare uno sforzo straordinario – ma altresì di compiere, in prospettiva, un'operazione di grande convenienza economica. Ciò, per due ragioni.

Da un lato, il costo è certamente inferiore agli oneri derivanti dai ritardi da "legge Pinto"; dall'altro, l'operazione potrebbe essere alimentata da una sorta di "autofinanziamento", investendo le

cospicue risorse prodotte dal nuovo contributo unificato per le spese della giustizia amministrativa: i soli ricorsi presentati al TAR del Lazio nel 2007 hanno apportato un introito di oltre 5 milioni di Euro; cifra ingente, superiore a quella stanziata per le assunzioni del personale di magistratura nell'anno passato e quasi doppia rispetto al costo annuo di un ipotetico incremento di organico di 100 unità di personale amministrativo.

#### **... E QUELLA DI APPLICARE CON FLESSIBILITÀ LE DIRETTIVE SUI CARICHI DI LAVORO**

Certo, occorre lavorare tenendo conto degli indirizzi del Consiglio di Presidenza relativi ai limiti massimi dei carichi di lavoro dei magistrati.

Ma occorre altresì rimarcare che la funzione giurisdizionale amministrativa mal si presta, per sua natura e per dimensione qualitativa, a forme di misurazione meramente quantitative.

Inoltre, la natura del contenzioso, soprattutto al TAR del Lazio, visto anche l'altissimo numero di ricorsi ex art. 23-*bis*, richiede una sollecita trattazione nel merito, anche per non incorrere in omissioni fonte di pretese risarcitorie. Difatti, sovente è proprio il decorso del

tempo a rendere irreversibile l'esecuzione dell'atto impugnato, con conseguente necessità di tutelare la situazione lesa attraverso il risarcimento. In altri termini, dalla eccessiva dilatazione dei tempi del processo amministrativo non solo possono essere sacrificate le aspettative delle parti ad una celere decisione, ma può derivare che l'eventuale sentenza di annullamento non sia più idonea, per l'esecuzione del provvedimento *medio tempore* avvenuta e non più reversibile, a rendere piena tutela al ricorrente vittorioso, cui residua perciò la sola strada del risarcimento dei danni con il conseguente pregiudizio per la finanza pubblica.

È dunque auspicabile una maggiore flessibilità nel fissare i limiti massimi di carico per i magistrati, specie nei casi di udienze straordinarie o seriali, volte a trattare questioni urgenti anche nel merito o a smaltire l'eccezionale arretrato.

### **LA NECESSITÀ DI DARE UN SEGNALE FORTE**

In conclusione, mi sia consentito richiamare le efficaci parole del Presidente del Consiglio di Stato, che soltanto pochi giorni fa ha incoraggiato tutto il sistema della giustizia amministrativa a

ricercare soprattutto dentro di sé i rimedi alla situazione esistente, ancor prima di invocare misure straordinarie ed eccezionali.

Dal canto nostro, non ci limitiamo alla solita richiesta di incremento di risorse: continuiamo ad aumentare la produttività anche se i mezzi diminuiscono e dimostriamo oggettivamente l'esigenza di alcuni investimenti mirati, quasi del tutto autofinanziabili e abbondantemente compensati, in prospettiva, da minori spese.

Con l'ausilio dell'informatica, un'efficace organizzazione, tanta buona volontà e un po' di incentivi economici, possiamo dare un segnale forte, come mai in passato, ai cittadini e al Paese.

Anzi, dobbiamo darlo.

## VI – CONCLUSIONE

La chiave di lettura della relazione di quest'anno, ovvero la crescita della tutela fornita dal giudice amministrativo nei confronti del pubblico potere attraverso rimedi qualitativi e quantitativi, interni ed esterni, ci fa comprendere come occorra, prima e più di tutto, uno sforzo da parte nostra, con una visione aperta al futuro, ma ferma nella salvaguardia dei principi, custode di una tradizione gloriosa, da ravvivare e perpetuare pur nelle inevitabili trasformazioni.

La necessità di questo rafforzato impegno mi porta a concludere con uno sguardo alla ragion d'essere del giudice, ma anche del giurista, della giurisdizione ma anche del diritto: la difesa dei più deboli e l'attuazione dello Stato di diritto. E la loro intima, reciproca connessione.

Come diceva Rudolf VON JEHring nel "La lotta per il diritto", ogni singolo che si trova costretto ad affermare il diritto suo, partecipa alla costruzione del Diritto. Chi combatte per un suo diritto combatte per il Diritto.

Ciò è valido per un individuo come per un popolo, e sono avviati a sicura decadenza gli individui e i popoli che rinunciano a resistere a una ingiustizia e, sopportandola, quasi giungono a giustificarla.

Dinanzi al giudice amministrativo, la controversia non riguarda soltanto l'accrescimento o la tutela di una posizione giuridica individuale, ma, in definitiva, il rispetto della legalità nell'agire pubblico.

In questi casi, è ancora più apprezzabile – dice JEHRING – il sacrificio personale che il cittadino è chiamato a sopportare per questa lotta, in confronto al beneficio materiale che dovrebbe conseguire.

In questi casi, è ancora più doveroso – aggiungerei – il compito del giudice amministrativo di ascoltare e soddisfare la richiesta del cittadino, quando essa è fondata. Superando ogni ostacolo: dai legami con il passato alle esigenze di opportunità, alla comodità del non fare più di quanto strettamente necessario che conduce alla resa. Mentre il Diritto non può esimersi dal lottare.

“Per questo – conclude JEHRING – la Giustizia, mentre con una mano tiene la bilancia con la quale pesa il Diritto, porta con l'altra la

spada, necessaria ad affermarlo. La spada senza la bilancia è violenza, forza nuda e cruda; ma questa senza quella sarebbe l'impotenza del Diritto”.

Non possiamo permetterlo.

Perché, come diceva GANDHI, “la giustizia nei confronti dell'individuo, fosse anche il più umile, è tutto. Il resto viene dopo”.

# APPENDICE

# RASSEGNA DELLE SENTENZE DI PARTICOLARE RILIEVO

PUBBLICATE NEL 2007

*(a cura del Cons. Giulia Ferrari)*

**SOMMARIO: 1. QUESTIONI DI RILEVANTE IMPATTO ECONOMICO E/O SOCIALE. 2. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI. 2.1. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (AGCM). 2.2. AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI (AGCOM). 2.3. AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI. 2.4. COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA. 2.5. BANCA D'ITALIA. 3. ASSICURAZIONI. 4. APPALTI E CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 5. ENTI LOCALI. 6. EDILIZIA. 7. AMBIENTE. 8. PUBBLICO IMPIEGO. 9. PROFESSIONI. 10. MILITARI. 11. TRASPORTI. 12. TUTELA DELLA SALUTE. 13. TUTELA DEI CONSUMATORI. 14. ADOZIONI INTERNAZIONALI. 15. ALLOGGI DEMANIALI. 16. DIRITTO SPORTIVO. 17. CITTADINANZA. 18. IMMIGRAZIONE. 19. SILENZIO DELL'AMMINISTRAZIONE. 20. ACCESSO AI DOCUMENTI. 21. GIURISDIZIONE. 22. PROCESSO.**

## **1. Questioni di rilevante impatto economico e/o sociale**

Fra le decisioni adottate dal Tar del Lazio nel corso dell'anno 2007 ed aventi un particolare rilievo anche sul piano sociale una particolare segnalazione deve essere riservata alla sentenza 21 marzo 2007, n. 2487 (Sez. III *quater*), con la quale è stato annullato il d.i. della sanità (di concerto con il Ministero della giustizia e sentito il Ministro della solidarietà sociale) 4 agosto 2006, indicante i limiti quantitativi massimi, riferibili ad uso esclusivamente personale, delle sostanze psicotrope elencate nella tabella I t.u. 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49. Alla base del *decisum* del Tribunale è al circostanza che il decreto in questione non reca alcuna motivazione delle ragioni sottese alle scelte operate (raddoppio della dose di cannabis ai fini del detto uso) né queste ultime vengono adeguatamente giustificate sulla base di approfondimenti

specifici sugli effetti dannosi della sostanza stupefacente. Ha infatti osservato il Tribunale che la motivazione addotta per giustificare il raddoppio del fattore moltiplicatore, da 20 a 40, è estremamente generica, soprattutto se rapportata agli elementi, anche se non scientificamente tutti apprezzabili nella stessa misura, forniti dalla commissione tecnica, per discostarsi dai quali andava quanto meno fornita una spiegazione; e ciò con particolare riguardo ai criteri di scelta e di individuazione del c.d. "fattore moltiplicativo". Ha aggiunto che in base al principio di riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., deve ritenersi che l'atto amministrativo che individua i limiti massimi di quantità di principio attivo di sostanza stupefacente detenibile ad uso esclusivamente personale, previsto dall'art. 73, comma 1 *bis*, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, comporta l'esercizio di discrezionalità tecnica e quindi deve essere basato su elementi scientifici in certo senso vincolanti. Ove, al contrario, si ritenesse che tale atto implichi l'esercizio di un potere "politico" altamente discrezionale, la norma che conferisse all'amministrazione tale potere sarebbe incostituzionale, in quanto sottrarrebbe al Parlamento il potere "politico" di individuare precise fattispecie di reato e relative sanzioni previsto dalla Costituzione, a vantaggio di una scelta della stessa natura rimessa a singoli soggetti certamente politici, ma deputati istituzionalmente ad indirizzare l'attività amministrativa nell'ambito del potere esecutivo.

Di palese impatto sociale è anche la sentenza (sez. II *quater*, 14 marzo 2007, n. 2301) avente ad oggetto il nulla osta per la proiezione del film *Apocalypto*, rilasciato dal Ministero dell'ambiente senza alcun divieto di visione per il pubblico minorile. Il Tar ha accolto il ricorso, nell'esercizio della giurisdizione di merito riconosciutagli dall'art. 8, l. 21 aprile 1962, n. 161, ritenendo il film non adatto ai minori di quattordici anni per la presenza di scene di particolare violenza verso uomini o animali e crudezza di immagini. A parziale modifica dell'impugnato nulla osta, il Tar ha pertanto disposto il divieto di visione del film *Apocalypto* ai minori di quattordici anni per l'inosservanza dei parametri di riferimento dettato dagli artt. 5, primo comma, l. n. 161 del 1962 e 9, primo comma, del regolamento di esecuzione emanato con d.P.R. 11 novembre 1963, n. 2029. Ha chiarito che la strumentalità delle scene rispetto alle finalità artistiche non è idonea da sola a consentire la visione a un pubblico minorile, dovendosi comunque valutare l'incidenza delle sequenze sulla sensibilità del minore nel contesto in cui esse sono inserite

Di notevole interesse è certamente l'ordinanza n. 880 del 23 maggio 2007, con la quale la Sez. I ha rimesso alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la questione: "se la disposizione di cui all'art. 12, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni nell'art. 13, l. 2 aprile 2007, n. 40, nella parte in cui dispone la revoca delle concessioni relative alla realizzazione delle tratte ferroviarie ad alta velocità ivi indicate, con estensione dei relativi effetti alle convenzioni stipulate con i *general contractors*, nonché nella parte in cui limita l'indennizzo riconoscibile in favore di questi ultimi secondo quanto stabilito dal comma 8-duodevicesies, sia in contrasto con le previsioni di cui agli artt. 43, 49 e 56 del Trattato, nonché con i principi comunitari in materia di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, secondo quanto indicato in motivazione al punto 5". Ha innanzi tutto osservato che il citato art. 43, nell'escludere la legittimità di restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini e delle imprese di uno Stato nel territorio di altro Stato membro, trova applicazione – pena, altrimenti, l'evidente violazione del principio di non discriminazione – anche nei confronti delle imprese appartenenti allo stesso Stato membro. Analogamente deve ritenersi per la prescrizione dettata dal successivo art. 49 del Trattato (riguardante il divieto di restrizioni all'espletamento di attività industriali, commerciali e simili) nei confronti delle imprese operanti nel territorio dell'Unione Europea, nonché con riguardo alla disposizione, di cui all'art. 56 del Trattato stesso, che garantisce la libera circolazione dei capitali. Se, conseguentemente, dai principi evincibili dalle richiamate disposizioni comunitarie è lecito estrarre una regola di carattere generale che postula una fondamentale esigenza di trattamento paritario fra operatori economici appartenenti a qualunque Stato facente parte dell'Unione (e, quindi, appartenenti, o meno, allo Stato membro la cui normazione venga in considerazione), va parimenti considerato come tale principio – nei limiti dell'interesse riveniente dalla definizione delle presenti controversie – direttamente concerna il riconoscimento della libertà, consentita dalla citate previsioni del Trattato, di espletare all'interno dell'Unione un'attività economica. Il Tribunale ha poi richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui qualsiasi provvedimento nazionale, che possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle dette libertà è giustificabile solo se soddisfa quattro condizioni: a) applicazione in modo non discriminatorio; b) soddisfacimento di ragioni imperative di interesse pubblico; c) idoneità a garantire il

conseguimento dello scopo perseguito; d) non eccedenza oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo. Ad avviso della Sezione è dubbio che il provvedimento legislativo in questione soddisfi il complesso di condizioni sopra enucleate dalla giurisprudenza comunitaria, atteso che: a) rivela chiaro contenuto discriminatorio, giacché la disposizione trova applicazione, in maniera evidentemente selettiva, nei confronti di taluni soltanto dei soggetti titolari di rapporti contrattuali per la realizzazione di opere pubbliche (in particolare, i *general contractors* incaricati dell'esecuzione delle tratte ferroviarie precedentemente indicate); b) non enuncia la presenza di chiare ed individuate ragioni di pubblico interesse sottese alla revoca delle concessioni ed alla derivata caducazione dei contratti (*rectius*: convenzioni) stipulati con gli stessi *general contractors*, fuori da motivi di convenienza economica (ipotizzati minori oneri rivenienti dall'affidamento della realizzazione delle opere a mezzo di pubbliche gare) i quali, allo stato, hanno carattere meramente eventuale e sono insuscettibili di una quantificazione, quanto meno indiziante, tale da conferire compiuta emersione e consistenza all'interesse pubblico stesso; c) non fornisce alcuna garanzia in ordine all'idoneità dell'atto legislativo all'esame rispetto al conseguimento dello scopo perseguito, non soltanto con riferimento all'omessa dimostrazione della effettiva realizzabilità di una riduzione degli occorrenti oneri ma, vieppiù, in relazione alla tempistica occorrente per la realizzazione delle opere pubbliche in discorso (al riguardo sottolineandosi come la revoca delle esistenti concessioni e l'accessiva caducazione delle conseguenti convenzioni renda necessario l'avvio di una nuova procedura di affidamento, con inevitabile dilatazione dei tempi di realizzazione delle tratte ferroviarie in discorso); d) esclude la percepibilità di un chiaro nesso di stretta correlazione fra mezzi impiegati e finalità da perseguire. Il Tar ha dunque rimesso alla Corte di giustizia la compatibilità con i principi comunitari di un intervento legislativo nazionale – quale quello realizzato dalle riportate disposizioni normative – che non dà contezza non soltanto della presenza e consistenza di un necessario e corrispondente interesse pubblico, ma neanche dell'adeguatezza dello strumento concretamente impiegato (e, con esso, del realizzato sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive degli operatori economici presi in considerazione dalla norma) al fine della realizzazione dell'interesse stesso.

In materia di operazioni di concentrazione di notevole interesse è la sentenza della Sez. I 10 luglio 2007, n. 6230, con la quale sono stati accolti due ricorsi, proposti dalle Assicurazioni Generali e dalla società Nuova Tirrena, avverso il provvedimento con cui l'Autorità antitrust, autorizzata l'operazione di acquisizione del controllo esclusivo di Toro Assicurazioni s.p.a. da parte di Generali, disponeva al contempo che quest'ultima compagnia assicurativa cedesse Nuova Tirrena "a favore di un soggetto in possesso dei requisiti di indipendenza da Assicurazioni Generali s.p.a. e da Mediobanca – Banca di Credito Finanziario s.p.a. [...] e che non abbia realizzato nel 2005, in Italia, in entrambi i mercati dell'assicurazione auto, una raccolta premi a livello di gruppo superiore a quella del gruppo Toro".

La Sezione, giudicata anzitutto condivisibile la ricostruzione degli "stretti legami" tra Assicurazioni Generali, Fonsai e Mediobanca ha chiarito che la posizione di "dominanza collettiva" (*joint dominance*) – nella specie ascritta dall'Autorità a carico di Generali e Fonsai – si verifica nel caso di "oligopolio collusivo" (che si ha quando le imprese coinvolte nella concentrazione e una o più altre imprese sono in grado di comportarsi come un cartello pur in assenza di un accordo esplicito) e ha recepito l'orientamento espresso in sede comunitaria circa l'aggravamento dell'ordinario onere probatorio, occorrendo, nell'ambito del *merger review*, "un attento esame in particolare delle circostanze che, a seconda di ciascun caso, si rivelano pertinenti per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante". Nella fattispecie non sono state in particolare chiarite le ragioni per le quali le imprese estranee alla concentrazione, titolari di una elevata quota di mercato (pari al sessanta per cento), non fossero in grado di agire esercitando una pressione concorrenziale. La Sezione ha poi rilevato l'illegittimità della mancata partecipazione di Nuova Tirrena a un procedimento che la vedeva coinvolta quale oggetto della cessione di azienda.

Altra questione rilevante di cui si è recentemente occupato il Tar Lazio (Sez. III *ter*, 16 novembre 2007, n. 11271) è quella relativa alla revoca di un consigliere di amministrazione della Rai s.p.a. da parte del suo socio di maggioranza (*id est*, il Ministero dell'economica e delle finanze).

Preliminarmente il Tar ha affermato la propria giurisdizione in considerazione della natura giuridica degli atti impugnati. Ha infatti escluso la possibilità di riconoscere ad essi i connotati propri dell'atto politico, come tale insindacabile ex art. 31, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, e cioè di atto emanato "dal Governo", (*id est*, dall'Autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica), "nell'esercizio di un potere per sua natura politico". Ad avviso del Tar la direttiva impartita dal Ministero dell'economia e delle finanze al cda della Rai s.p.a., volta a provocare la revoca di uno dei suoi consiglieri, può qualificarsi al più come atto di alta amministrazione, sindacabile in quanto tale dal giudice amministrativo. Trattasi, difatti, di uno strumento di chiara natura amministrativa, che trova la sua ragion d'essere nel rapporto concessorio che lega il predetto Ministero alla Rai s.p.a., nell'ambito del quale deve riconoscersi al concedente la possibilità di procedere alla revoca non solo della concessione, ma anche dell'atto di nomina di un soggetto incaricato insieme ad altri del suo esercizio, se finalizzata a rimuovere, nell'interesse generale, un intollerabile ostacolo al corretto funzionamento del servizio stesso.

Nel merito il Tar ha premesso che, in ragione del rapporto di cui si è detto, deve riconoscersi al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di procedere alla revoca, per ragione di interesse pubblico, sia della concessione, sia dell'atto di nomina di soggetto incaricato insieme ad altri del suo esercizio, ed al quale sia addebitabile la disfunzione dell'organo collegiale. Con riferimento a questa seconda ipotesi ha aggiunto che l'esistenza di tale potere si deduce anche dalla considerazione che l'organo pubblico, *ex lege* autorizzato a conferire un incarico sulla base di un rapporto fiduciario con il soggetto da designare, può sempre motivatamente revocarlo adducendo fatti che ragionevolmente giustifichino il venir meno della fiducia, salvo che detta possibilità non sia esclusa esplicitamente dalla norma attributiva del potere di nomina, che nell'ipotesi in questione manca. Peraltro, nel caso al suo esame lo stesso Tar ha dichiarato illegittima, per sviamento di potere, l'impugnata revoca dell'incarico perché utilizzata per scopi estranei alle regole di buona e trasparente amministrazione della cosa pubblica, ossia nell'interesse di un determinato schieramento politico. Ad avviso del Tribunale, infatti, l'asserita disfunzione del cda Rai, peraltro per nulla addebitabile al consigliere di cui è stata chiesta la revoca, secondo quanto dichiarato in sede parlamentare dallo stesso Ministro, costituiva solo un

pretesto al fine di preconstituire le condizioni per realizzare una nuova maggioranza, di diverso colore politico, all'interno dello stesso cda.

Altra decisione (Sez. II, 15 dicembre 2007, n. 13361) di indubbio rilievo è quella che ha accolto il ricorso avverso la rimozione del Comandante generale della Guardia di finanza. Ha chiarito il Tribunale che gli atti di alta amministrazione, come le sostituzioni dei titolari degli organi di vertice, pur configurandosi come provvedimenti assunti in base a criteri eminentemente fiduciari, devono essere adeguatamente motivati e sono soggetti ad un sindacato giurisdizionale attenuato, ma non escluso, in ragione dell'elevato potere discrezionale connesso alla nomina di alte cariche pubbliche. In applicazione di questi principi il Tar ha annullato l'impugnato provvedimento per violazione dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, non essendo stata la rimozione dalla carica preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, nonché del giusto procedimento e del principio del contraddittorio.

Il Tar Lazio ha avuto occasione di pronunciare anche sulla questione relativa alla legittimità dei provvedimenti che hanno rimosso dall'incarico un consistente numero di commissari straordinari. Le decisioni emesse nella materia *de qua* hanno peraltro avuto esiti diversi.

Con riferimento alla sostituzione di un Commissario straordinario di Consorzio agrario il Tar (Sez. III *ter*, ord. 19 dicembre 2007, n. 1500) ha rimesso alla Corte costituzionale la questione relativa alla legittimità degli artt. 1, comma 1076, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007) e 1, comma 9 *bis*, d.l. 18 maggio 2006, n. 181 nella parte in cui dispongono la sostituzione automatica di tutti i commissari monocratici dei Consorzi agrari in stato di liquidazione, in carica alla data di entrata in vigore della cit. l. n. 233 del 2006, con altri commissari monocratici. Ha premesso il Tribunale che l'art. 1, comma 1076, l. n. 296 del 2006, con una disposizione *in parte qua* interpretativa, ha affermato che il comma 9 *bis* dell'art. 1 d.l. n. 181 del 2006 deve essere inteso nel senso che per i Consorzi agrari in stato di liquidazione l'Autorità di vigilanza (*id est*, i Ministeri dello sviluppo economico e delle politiche agricole, alimentari e forestali) deve nominare un commissario unico in sostituzione dell'organo commissariale (monocratico o collegiale) in carica alla data del 18 luglio 2006 (data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 181),

anche nel caso in cui il Consorzio sia in stato di concordato. Ad avviso del Tar la norma viola l'art. 97 Cost. perché priva l'Autorità di vigilanza di una funzione sua propria, cioè del potere-dovere di valutare nell'interesse generale l'opportunità di continuare ad utilizzare i servizi di un commissario che sta svolgendo in modo soddisfacente l'incarico affidatogli, conservando peraltro alla stessa amministrazione la responsabilità finale dell'esito della procedura liquidatoria. Tale norma contrasta con la regola dell'efficienza dell'azione amministrativa perché non considera affatto le indubbe difficoltà che il commissario subentrante incontrerà – nel termine unico e ridotto fissato per la conclusione di tutte le procedure, quale che sia il loro stato attuale e il diverso grado di complessità delle problematiche a ciascuna di esse connesse - nel prendere conoscenza di fatti a lui sconosciuti fino al momento del conferimento dell'incarico, con possibili riflessi negativi sulla qualità delle soluzioni che i tempi ristretti lo costringono comunque ad adottare, e soprattutto non compara tali possibili difficoltà con la posizione dell'attuale commissario, che potrebbe invece rapidamente portare a termine la liquidazione.

La stessa Sezione (17 dicembre 2007, n. 13367) è giunta però a diversa conclusione con riferimento ai Commissari di gestione liquidatorie sostituiti ai sensi dell'art. 1, comma 498, l. 27 dicembre 2006, n. 206 (legge finanziaria 2007).

Ha in primo luogo dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale che i ricorrenti avevano dedotto sul rilievo che il cit. comma 498 introdurrebbe una forma di *spoils system*. Ha osservato il Tribunale che nel caso al suo esame il Ministro aveva assicurato la partecipazione degli interessati al procedimento, trasmettendo ad essi una nota con la quale, in ragione dell'intervenuta riforma legislativa, li invitava a presentare una relazione sull'evoluzione e sull'attuale stato della procedura a ciascuno di essi affidata, corredata da una breve illustrazione dei risultati raggiunti e degli adempimenti ancora da eseguire, nonché dalle eventuali osservazioni che ognuno avesse ritenuto opportuno formulare. Aveva aggiunto che, sulla base della documentazione trasmessa e delle controdeduzioni svolte, avrebbe dato attuazione all'art. 1, comma 498, l. n. 296 del 2006. I commissari sostituiti in applicazione di tale norma non sono quindi "decaduti automaticamente", ma a seguito di una valutazione dell'operato di ciascuno al fine di individuare il commissario da non confermare. Peraltro nel merito il Tar ha

accolto il ricorso sul rilievo che il Ministro, che correttamente aveva procedimentalizzato la scelta dei commissari da non confermare e quelli, invece, da proporre anche ad altre amministrazioni straordinarie, aveva omesso di dare un'effettiva motivazione della scelta operata. Si era limitato a richiamare, quale criterio informatore del provvedimento, la *ratio* individuata dal comma 498 dell'art. 1, l. n. 296 del 2006 per giustificare l'accorpamento delle procedure (assicurare sinergie organizzative e conseguenti economie gestionali) ma non aveva in concreto giustificato la scelta di un commissario in luogo di quello in carica.

Da segnalare anche l'ordinanza 6 dicembre 2007, n. 12623, con la quale la Sez. III *quater*, pronunciando in materia di prestazioni sanitarie, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, d.m. Sanità 12 settembre 2006 (recante "Ricognizione e primo aggiornamento delle tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie"), nella parte in cui, per individuare le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale a carico del Servizio Sanitario Nazionale, fa immotivato riferimento ad un decreto ministeriale (del 22 luglio 1996) annullato con decisione della Sez. IV del Consiglio di Stato 29 marzo 2001, n. 1839, senza neppure procedere ad una autonoma istruttoria. Il Tar ha poi rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lett. o), l. 27 dicembre 2006, n. 296, nella parte in cui prevede, ai fini della remunerazione delle prestazioni sanitarie di specialistica ambulatoriale erogate dalle strutture private accreditate, l'applicazione dello sconto pari al 2% degli importi indicati per le prestazioni specialistiche dal d.m. 22 luglio 1996 e pari al 20% degli importi indicati dal medesimo decreto per le prestazioni di diagnostica di laboratorio. Il Tribunale ha infatti ritenuto che la norma violasse gli artt.: a) 24 e 113 Cost., perché rende applicabile un decreto ministeriale, quello del 22 luglio 1996, che era stato annullato, con sentenza coperta da giudicato, dal Consiglio di Stato; b) 41 Cost., perché la tariffa viene fissata con legge e la relativa norma si limita ad imporre uno sconto (oltretutto anche del 20%) sulle tariffe vigenti, senza dare conto delle ragioni della misura fissata; c) 32 Cost., atteso che le strutture private accreditate potrebbero incontrare difficoltà a garantire la piena funzionalità dei servizi il che, in un sistema che vede la sanità pubblica non in grado di assicurare tempestivamente l'erogazione delle prestazioni sanitarie, può compromettere il diritto alla salute e il diritto di libera scelta dei cittadini-utenti; d) 97

Cost., in quanto la P.A. (e la cosa vale anche per il Legislatore-amministratore, ovviamente) deve sempre porre a base del proprio operato un'adeguata conoscenza dei fatti, della quale deve dare conto nella motivazione del provvedimento terminale; e) 117 Cost., nel momento in cui lo Stato non si limita a dettare i criteri per la fissazione delle tariffe da parte delle Regioni, ma le fissa direttamente. Nel caso di specie, però, il Legislatore statale non si è limitato a ciò, in quanto lo sconto del 2% e del 20% viene applicato al tariffario vigente nella sua globalità, con la conseguenza che lo Stato finisce per rideterminare nel dettaglio le tariffe in questione.

Altra decisione di rilievo è l'ordinanza della Sez. III *bis* 1 ottobre 2007, n. 1143, con la quale è stata dichiarata non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 97, 98, 35 comma 1 e 36 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 159, 160 e 161, d.l. 31 ottobre 2006, n. 262, convertito con modifiche dalla l. 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui stabilisce che, decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo, cessano non solo gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 dell'art. 19, e cioè gli incarichi attinenti alle posizioni dirigenziali di vertice delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, ma anche gli incarichi dirigenziali non generali di cui ai commi 5 *bis* e 6. Ad avviso del Tribunale remittente dette disposizioni contrastano con gli artt.: a) 3, primo comma, Cost. atteso che con esse vengono ricondotti sotto una medesima disciplina, implicante l'interruzione automatica e anticipata della funzione dirigenziale (art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001), due situazioni affatto distinte, sicché la loro assimilazione giuridica non trova razionale giustificazione; b) 97 Cost., atteso che dette disposizioni, riducendo sul piano temporale la durata degli incarichi dirigenziali conferiti dall'amministrazione, comprime lo spazio costituzionalmente riservato a quest'ultima in ordine alla possibilità di scegliere modi, mezzi e tempi della propria organizzazione amministrativa. Ipotizzare invece, come consente il sistema legislativo *de quo*, di azzerare *ope legis* gli incarichi contrattualmente assunti, lungi dal realizzare l'esigenza costituzionale del buon andamento dell'amministrazione, sottende l'intento di favorire il reclutamento "di nuovi dirigenti *legati* al nuovo Esecutivo"; c) 98 Cost., per il quale gli impiegati pubblici sono "al servizio esclusivo della Nazione". La disposta turnazione degli incarichi dirigenziali in questione rende, infatti, l'assegnazione di questi ultimi legata soltanto al gradimento politico, così privando di rilevanza le capacità

professionali dimostrate nel corso di svolgimento di detti incarichi; d) 35, primo comma, Cost., atteso che la risoluzione *ex lege* del rapporto di lavoro è lesiva dell'affidamento ingenerato in capo ai ricorrenti dall'avvenuta stipula del relativo contratto e della loro dignità di lavoratori, in quanto incisi da un provvedimento che in sostanza si atteggia come "ingiusto licenziamento"; e) 36 Cost., atteso che l'anticipata cessazione del rapporto di lavoro, incidendo ingiustificatamente sui rapporti contrattuali ancora in corso di svolgimento, ha arrecato ai ricorrenti un pregiudizio patrimoniale connesso con il venir meno degli effetti economici dei contratti già stipulati.

Di rilievo è anche la sentenza 20 aprile 2007, n. 3518 (Sez. II *quater*), che ha respinto il ricorso proposto dall'Associazione Nazionale Italia Nostra per l'annullamento del provvedimento con il quale il Ministero per i beni e le attività culturali aveva disposto il passaggio al patrimonio dello Stato libico della statua marmorea acefala di Afrodite (cd. Venere di Cirene), copia romana di un originale di età ellenistica custodita nel Museo Nazionale romano. In esecuzione di un accordo concluso tra lo Stato italiano e lo Stato libico detta statua doveva infatti essere restituita alla Libia. Il Tar ha premesso che l'opera, facente parte del complesso statuario delle Grandi Terme di Cirene, non appartiene al demanio statale (con conseguente inapplicabilità dell'art. 826 c.c.) essendo stata rinvenuta, il 28 dicembre 1913, dalle truppe italiane in territorio libico, in occasione dell'occupazione militare della Pirenaica e successivamente tradotta in Patria nel 1915 al fine di preservarla dal rischio di distruzione nel periodo bellico. Ha aggiunto che l'obbligo di restituzione discende anche da norme internazionali che impongono la restituzione dei beni archeologici trovati durante il periodo bellico al patrimonio culturale ed artistico del Paese di appartenenza dal momento in cui quest'ultimo riacquista l'autonomia e l'indipendenza dall'occupazione straniera. Ha aggiunto il Tar che seppure si volesse ritenere invocabile l'art. 826 c.c., ciò non comporterebbe l'impossibilità giuridica della dismissione di tale bene, che va invece ammessa alla luce del combinato disposto degli artt. 828, secondo comma, dello stesso codice e 23 e 24, l. 1 giugno 1939, n. 1089.

Il Tar del Lazio, chiamato a pronunciare sul ricorso proposto avverso il diniego di autorizzazione alla fusione di Autostrade s.p.a. con Albertis Infraestructuras S.A., ha chiarito, con

sentenza della Sez. III n. 563 del 25 gennaio 2007, che la concessione di costruzione e di gestione di autostrade, prevalentemente ricondotta nel *genus* della concessione dei servizi pubblici, è connotata da un ineliminabile spessore pubblicistico, derivante dal fatto stesso di enucleare un'ipotesi di ufficio in concessione ovvero di impresa titolare di ufficio, cui viene trasferito il diritto di gestire un servizio rivolto al pubblico. Da ciò discende un assetto di sistema per cui sono ampiamente salvaguardate le esigenze di interesse pubblico le quali, a fronte di una fattispecie complessa e di particolare rilievo anche economico, quale è la concessione della rete autostradale, non possono che tradursi anche in un potere di controllo, esprimendosi *sub specie* di autorizzazione in funzione di controllo, del soggetto concessionario al verificarsi di vicende di trasformazione societaria che, quanto meno indirettamente, lo interessino, al fine di vigilare sul mantenimento delle condizioni di affidabilità nell'adempimento degli obblighi derivanti dalla concessione stessa. Sulla base di questa premessa, e ricostruita nei suoi esatti termini la vicenda contenziosa, il Tar ha respinto il ricorso.

## **2. Autorità amministrative indipendenti.**

### **2.1. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.**

Circa le intese restrittive della concorrenza, nell'anno 2007, sono state affrontate dalla Sez. I nuove e delicate questioni, legate anche all'interpretazione ed all'applicazione di istituti introdotti da recenti innovazioni legislative.

Con sentenza 14 settembre 2007, n. 8952, è stato ritenuto illegittimo il provvedimento cautelare emesso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell'art. 14 *bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (secondo cui, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constatati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari), in assenza dalla previa comunicazione di avvio del procedimento, atteso che la norma nazionale deve essere interpretata anche alla luce dei principi rivenienti dalla normativa comunitaria, sicché la determinazione di

avviare un procedimento per l'adozione di un provvedimento cautelare in materia *antitrust* deve essere preceduta dalla relativa comunicazione onde consentire, sia pure in un tempo contenuto e compatibile con le esigenze cautelari, la possibilità per i soggetti interessati di partecipare al procedimento stesso esprimendo le proprie osservazioni sui relativi addebiti. La fonte del potere cautelare in materia *antitrust*, infatti, non è costituita dalla legge generale sul procedimento ma dalla norma speciale di cui all'art. 14 *bis*, l. n. 287 del 1990 e la stessa non fornisce alcuna indicazione in ordine alla possibilità di adottare misure cautelari *inaudita altera parte*, sicché la norma deve essere interpretata tenendo conto, da un lato, che il principio del contraddittorio è immanente nell'ordinamento nazionale e comunitario, dall'altro, che la previsione comunitaria, alla quale la previsione interna è ispirata, stabilisce l'audizione delle imprese coinvolte nel procedimento relativamente agli addebiti; rimane comunque fermo che, ove sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, ove cioè il rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza possa prodursi *ad horas* per cui sarebbe pregiudizievole attendere anche il limitato tempo necessario per l'audizione delle parti, occorre ritenere che il provvedimento cautelare possa essere adottato *inaudita altera parte*, salvo poi procedere alla conferma o alla revoca dello stesso a seguito dell'audizione delle parti sugli addebiti secondo lo schema di cui all'art. 14 *bis*, l. n. 287 del 1990 interpretato in ragione dell'opzione ermeneutica in precedenza descritta.

Le sentenze 4 dicembre 2007, n. 12460 e 29 dicembre 2007, n. 14157 hanno affrontato la importante questione dell'interpretazione ed applicazione dell'art. 14 *ter*, l. n. 287 del 1990 secondo cui, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della stessa legge o degli artt. 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

Le decisioni, nel respingere i ricorsi proposti avverso il rigetto degli impegni nell'ambito di procedimenti relativi all'accertamento di intese nei settori, rispettivamente, dei pannelli truciolari e delle vernici marine, hanno ritenuto legittimo l'operato dell'Autorità che, nell'esercizio della propria

discrezionalità, ha richiamato l'orientamento comunitario, desumibile dal 13° considerando al Reg. CE 1/2003, che sconsiglia l'accettazione degli impegni quando si intenda irrogare una sanzione pecuniaria, vale a dire nei casi di intese che, al momento dell'adozione della decisione sugli impegni, appaiono di rilevante gravità (cc.dd. violazioni *hard core*), rispetto alle quali l'accettazione degli impegni priverebbe la sanzione della propria efficacia deterrente. La percezione della gravità dell'intesa, quindi, è stato ritenuto un corretto parametro sulla cui base effettuare, *rebus sic stantibus*, la valutazione relativa all'accettazione o meno degli impegni proposti

La sentenza 4 dicembre 2007, n. 12460, ha altresì sancito la non applicabilità al procedimento volto all'esame degli "impegni" della norma di cui all'art. 10 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, sull'obbligo di preavviso del diniego, in quanto tale norma è espressione di un principio di carattere generale, mentre l'art. 14 *ter*, l. n. 287 del 1990 è una norma speciale, relativa alla specifica ipotesi del procedimento avviato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia *antitrust*, con conseguente prevalenza di quest'ultima sulla norma generale.

Con la sentenza 29 dicembre 2007, n. 14157, in relazione ad un'intesa nel settore delle forniture delle vernici marine, è stata esercitata, ai sensi dell'art. 23, l. 24 novembre 1981, n. 689 applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31, l. n. 287 del 1990, la giurisdizione di merito sul profilo sanzionatorio, sicché il Tribunale non si è limitato ad annullare il provvedimento nella parte in cui ha provveduto a quantificare le sanzioni nei confronti delle imprese, ma ha anche modificato l'entità delle stesse in base a proprie valutazioni di ragionevolezza, provvedendo, in particolare, a ridurre il *quantum* per l'insufficienza del supporto probatorio alla produzione di effetti dell'intesa sul mercato e, quindi, per la non corretta percezione del grado di gravità dell'infrazione.

La sentenza 15 gennaio 2007, n. 204 ha respinto l'impugnativa proposta avverso il provvedimento dell'Autorità di accertamento di un'intesa avente ad oggetto la ripartizione dei mercati rilevanti e specificamente della clientela nel settore dei gas tecnici in violazione dell'art. 2, l. n. 287 del 1990, accogliendo peraltro il ricorso nella parte relativa al diniego di autorizzazione in deroga di imprese comuni ed alle misure "strutturali" imposte (*sub specie* di sostanziale obbligo per

le imprese madri di dismettere le imprese comuni attraverso una radicale modifica del controllo societario delle stesse). In tale decisione è stato tra l'altro evidenziato che l'unico presupposto perché l'intesa possa essere considerata anticoncorrenziale è costituito dall'aver per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, per cui, ai fini della sussistenza dell'illecito è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente dell'effetto. Per quanto riguarda il diniego di autorizzazione in deroga delle imprese comuni ai sensi dell'art. 4, l. n. 287 del 1990, la pronuncia ha fatto presente che l'amministrazione è tenuta a compiere un giudizio di tipo prognostico, nel senso che per valutare il possibile soddisfacimento dei requisiti previsti dalla norma deve guardare al futuro, non al passato, onde verificare *cum grano salis* se è plausibile ritenere che il funzionamento di un'impresa comune, in linea generale vietato ai sensi dell'art. 2, secondo comma, l. n. 287 del 1990, che dia luogo a miglioramenti nelle condizioni dell'offerta sul mercato, possa comportare un sostanziale beneficio per i consumatori senza determinare una restrizione della concorrenza su una parte sostanziale del mercato.

Con sentenza 27 febbraio 2008, n. 1748, è stata respinta l'impugnazione del provvedimento dell'Autorità di accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza ex art. 81 trattato CE, volta alla ripartizione del mercato della fornitura di *jet fuel* e all'impedimento dell'ingresso di nuovi operatori; la decisione ha peraltro accolto il ricorso nella parte in cui l'Autorità ha imposto alle imprese sanzionate misure di carattere "strutturale". La pronuncia ha tra l'altro ribadito che gli scambi di informazioni tra concorrenti, anche qualora non emerga una più ampia ed ulteriore concertazione anticompetitiva, possono essere censurati, a determinate condizioni, anche in modo autonomo e diretto. Ed infatti la giurisprudenza comunitaria formatasi in materia ha esonerato la Commissione europea dal compimento di precise verifiche dell'impatto concreto sul mercato delle fattispecie di scambio di informazioni cadute *sub judice*, avallandone l'impostazione della sufficiente dimostrazione da parte sua di effetti anticoncorrenziali anche solo meramente potenziali, purché sufficientemente sensibili. L'adozione di misure "strutturali" (*sub specie* di iniziative atte ad eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale di imprese comuni), invece, è stata ritenuta illegittima in ragione del principio di proporzionalità, attesa

l'assenza di una motivata valutazione di inefficacia dei rimedi "comportamentali", peraltro anch'essi contenuti nel dispositivo del provvedimento, e l'omessa comparazione fra i rimedi in termini di onerosità a carico delle imprese interessate.

Rilevanti principi di derivazione comunitaria e nazionale in materia di diritto della concorrenza sono stati altresì espressi dalla sentenza 14 settembre 2007, n. 8951, relativa ad un'intesa volta all'alterazione della concorrenza nella fornitura del servizio di trasporto aereo sulle rotte nazionali, e dalla già citata sentenza 29 dicembre 2007, n. 14157, relativa ad un'intesa volta alla ripartizione delle forniture di vernici marine.

Quanto agli abusi di posizione dominante, con la pronuncia della Sez. I 30 marzo 2007, n. 2798 sono stati parzialmente accolti i ricorsi proposti dalle società Eni (controllante) e Trans Tunisian Pipeline Company (controllata) avverso la sanzione di 290 milioni di euro irrogata per violazione dell'art. 82 Tratt. CE, a seguito della rilevata interruzione della procedura di potenziamento del gasdotto c.d. TTPC (algerino-tunisino). Chiarito che l'inapplicabilità dei principi in tema di essential facility ("infrastruttura essenziale") non impedisce l'apprezzamento dell'illiceità di specifiche condotte in termini di abuso di posizione dominante, si è affermato, in punto di trattamento sanzionatorio, che dai relativi Orientamenti comunitari non è possibile "inferire l'esistenza di presunzioni assolute in termini di gravità dell'infrazione, evidenziandosi la necessità di un approfondito esame delle fattispecie concrete in relazione ai parametri di legge"; ciò in quanto "pure le infrazioni in astratto qualificate come 'molto gravi' [...] sono tuttavia passibili, a seconda delle specifiche circostanze caratterizzanti i casi di specie, di un giudizio di gravità semplice" (in particolare, tali Orientamenti condizionano il giudizio di gravità qualificata alla contemporanea sussistenza di due elementi: una posizione di dominanza monopolistica o quasi-monopolistica dell'operatore e un abuso "incontestabile", o *clear-cut abuse*, ciò che dimostra come la mera qualità dell'autore non sia sufficiente a connotare di maggiore offensività l'illecito anticoncorrenziale).

Anche nel 2007 la Sez. I ha affrontato numerose questioni relative alla protezione del consumatore.

In particolare, con sentenza 24 aprile 2007, n. 3531, in materia di pubblicità di bevande alcoliche, si è approfondito il rapporto esistente tra la libera manifestazione del pensiero, di cui anche l'attività pubblicitaria è espressione, e i limiti alla stessa derivanti da indici normativi, espressione della protezione accordata a valori di pari rilievo costituzionale. Si è in particolare evidenziato che il criterio che vieta di collegare la pubblicità di bevande alcoliche "con la guida di autoveicoli", per quanto operante esclusivamente nel settore della pubblicità diffusa attraverso il mezzo televisivo, è comunque espressivo di un principio di disfavore nei confronti di messaggi che associno l'alcol alla guida. Pertanto, anche sotto il profilo dell'apprezzamento dell'ingannevolezza, le valutazioni dei competenti organismi devono essere ispirate a un particolare rigore.

Sul piano sanzionatorio, peraltro, relativamente al *claim* che enfatizzava l' "essere in regola con il codice della strada" di una nota marca di birra, ha rilevato che le bevande alcoliche non sono di per sé "pericolose" per la salute e la sicurezza degli assuntori, dipendendo piuttosto qualsiasi profilo di rischio dall'uso smodato dell'alcol, e che è per altro verso notorio che il consumatore medio è perfettamente a conoscenza delle gravi conseguenze di tale consumo eccessivo. Pertanto, dalla lettura dei messaggi, non si poteva desumere una induzione dei destinatari a "trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza", poiché, al contrario, i messaggi stessi, incentrandosi sulla configurabilità dell'illecito di guida in stato di ebbrezza, valevano a richiamare l'attenzione proprio sul rigoroso limite stabilito dal codice della strada per l'assunzione di bevande alcoliche; onde i consumatori sono indotti, più che a "trascurare" le anzidette regole, a porvi la giusta attenzione.

Con sentenza 19 aprile 2007, n. 3451, è stato ribadito, in adesione ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, che ha poi trovato riscontro anche nelle recenti modifiche al Codice del Consumo (che, come noto, attribuiscono ormai l'iniziativa d'ufficio all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), che la denuncia del consumatore non è assimilabile ad un ricorso. Pertanto, una volta investita della questione dell'ingannevolezza di un determinato messaggio

pubblicitario, l'Agcm non è in alcun modo vincolata nel suo accertamento ai motivi indicati in tale atto di iniziativa e può censurare la pubblicità anche per aspetti non segnalati da esso.

Con sentenza 24 luglio 2007, n. 6884 si è ritenuta legittima l'inibizione di un messaggio idoneo a far credere erroneamente che la certificazione CE rilasciata dalla società pubblicizzata, riguardante la rispondenza ai requisiti essenziali di sicurezza di determinati prodotti indicati da una direttiva comunitaria, sia obbligatoria. Allo stesso modo, si è ritenuto ingannevole il messaggio che induca l'utenza a credere che la società pubblicizzata sia l'unica ad avere l'autorizzazione da parte dell'autorità pubblica competente, a rilasciare una data certificazione di conformità ai requisiti comunitari di sicurezza di determinati prodotti.

Con sentenza 9 maggio 2007 n. 4185, si sono ulteriormente precisati i criteri di apprezzamento della natura promozionale di un messaggio, con particolare riferimento alla pubblicità c.d. redazionale, e al *product placement*. Quest'ultima forma di pubblicità occulta, in particolare, prescinde dalla presentazione del prodotto in termini elogiativi, riuscendo a veicolarlo, ugualmente, allo spettatore, tramite la sua collocazione in precisi contesti sociali e psicologici che contribuiscono al riconoscimento del brand e delle qualità ad esso attribuite; il ricorso a questa forma di comunicazione commerciale è indipendente dalla chiara ed esplicita presentazione del prodotto e, soprattutto, prescinde dall'adozione dello stile elogiativo ed enfatico tipico della pubblicità, che costituisce invece il principale elemento distintivo tra informazione giornalistica e messaggi promozionali c.d. redazionali.

## **2.2. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom)**

Numerosi sono stati gli interventi della Sez. III *ter* in giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere dell' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Con la sentenza n. 307 del 17 gennaio 2007 in tema di pubblicità occulta, la Sezione ha innanzitutto riconosciuto la competenza dell'Agcom ad adottare provvedimenti sanzionatori ove il messaggio sia stato diffuso a mezzo stampa o per via radiofonica o televisiva. Ciò in quanto le disposizioni dettate dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, non hanno abrogato per incompatibilità l'art.

8, secondo comma, l. 6 agosto 1990, n. 223, per il quale la “pubblicità televisiva e radiofonica deve essere riconoscibile come tale ed essere distinta dal resto dei programmi con mezzi ottici e acustici di evidente percezione”. Ha aggiunto il Tribunale che la competenza concorrente (quand’anche residuale, o comunque certamente connotata in termini di specialità) dell’Agcom rispetto all’Antitrust viene rafforzata anche dalla considerazione che il rispetto delle disposizioni sulla pubblicità rileva sotto una pluralità di profili, non solo contenutistici ma anche di tipo estrinseco, concernenti le modalità attuative (ad es. la riconoscibilità della pubblicità mediante utilizzo di mezzi ottici ed acustici), la cui verifica non rientra nei compiti dell’Antitrust.

In tema di comunicazione televisiva è da segnalare la sentenza n. 2235 dell’8 marzo 2007, con la quale la Sez. III *ter* ha pronunciato in materia di passaggio dal sistema analogico al digitale terrestre. In particolare il Tribunale ha preliminarmente chiarito che la Rai s.p.a., pur rivestendo lo status di concessionario del pubblico servizio radiotelevisivo, agisce in regime di concorrenza con gli altri operatori operanti nel sistema radiotelevisivo ed è quindi tenuta al rispetto delle regole economiche che governano il mercato, con la conseguenza che, ai sensi dell’art. 14, l. 3 maggio 2004, n. 112, legittimamente l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni procede all’accertamento nel mercato radiotelevisivo di posizioni dominanti senza fare distinzione fra gli operatori in esso presenti. Ha poi chiarito che ai sensi degli artt. 14 e 15, l. n. 112 del 2004, il potere attribuito all’Agcom di intervenire nel Sistema integrato delle comunicazioni (S.i.c.) e nei mercati rilevanti che lo compongono, al fine di rimuovere eventuali posizioni dominanti e di impedirne la formazione di nuove, presenta le seguenti caratteristiche: a) è esercitabile nei confronti degli operatori sia pubblici che privati; b) attiene ai singoli mercati rilevanti di cui il S.i.c. si compone; c) riguarda tutte le posizioni anche se formatesi anteriormente all’entrata in vigore della L. n. 112 cit. Ha aggiunto che la circostanza che l’attività del concessionario del pubblico servizio sia regolata dalla Convenzione per la concessione del servizio e dal Contratto di servizio integrativo, non priva l’Agcom del potere di imporre, a tutela del pluralismo nel mercato radiotelevisivo, le misure rimediale di cui all’art. 2, settimo comma, l. 31 luglio 1997, n. 249, anche nei riguardi di tale soggetto. Difatti, il contratto di servizio, avendo natura pattizia, deve conformarsi alle regole e ai principi fissati dalla normativa statale e comunitaria, nonché alle determinazioni di

detta Autorità, in qualità di organismo deputato ad assicurare il rispetto di dette disposizioni a tutela di interessi superiori a quelli propri delle parti stipulanti. Infine, il Tar ha dichiarato non contrastante con alcuna norma e principio di diritto la determinazione dell'Autorità di prolungare, sino alla completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale, l'obbligo, di cui all'art. 2 *bis*, primo comma, l. 20 marzo 2001, n. 66, di riservare l'accesso alle reti digitali terrestri a fornitori indipendenti, per una quota pari al 40%. Difatti l'Autorità, essendo competente ad adottare le misure necessarie al riequilibrio del sistema in funzione di tutela del pluralismo, può ben assumere un'iniziativa di tal genere, ove l'abbia giudicata idonea a realizzare l'obiettivo perseguito dal legislatore nel 2001, vale a dire consentire l'ingresso sul mercato di nuovi operatori.

Altra sentenza di particolare interesse, questa volta in tema di comunicazioni telefoniche, è la n. 5450 del 14 giugno 2007 (Sez. III ter), con la quale il Tar ha dichiarato la legittimità della delibera Agcom n. 694/06/Cons, che include, tra i servizi rientranti nell'offerta WLR (Wholesale line rental), il cosiddetto *bonus* del traffico telefonico già previsto da Telecom Italia come condizione di abbonamento per i propri clienti. Il Tribunale ha altresì affermato che, ai sensi dell'art. 19, secondo comma, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, l'analisi del mercato della telefonia finalizzata a valutare il carattere effettivamente concorrenziale dello stesso e ad adottare le necessarie misure in presenza di imprese che dispongano di un significativo potere di mercato, è svolta dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni periodicamente e, comunque, ogni diciotto mesi, con la conseguenza che qualora da un'analisi successiva emerga che il mercato è divenuto concorrenziale, viene meno la necessità di mantenere in vita le misure già adottate allo scopo di incrementare il livello di apertura della rete di accesso.

### **2.3. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici**

Meritevole di una particolare segnalazione è la sentenza n. 1922 del 2 marzo 2007, con la quale la Sez. III ha accolto il ricorso proposto da una società di attestazione avverso la delibera dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici che obbliga le SOA ad avvalersi per l'attività di promozione solo di personale dipendente. Il Tar ha dichiarato l'illegittimità di tale delibera per

mancata valutazione dell'impatto normativo e per aver proceduto senza una previa consultazione delle parti interessate, con moduli partecipativi più avanzati di quelli previsti in generale dalla legge sul procedimento e necessari per una completa acquisizione di elementi e di proposte utili a risolvere i problemi segnalati con modalità e soluzioni alternative. Il Tribunale ha ritenuto la determina viziata anche per violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. L'Autorità, infatti, pur nell'ambito dei vasti poteri ad essa attribuiti dalla legge, ha fatto cattivo uso della propria libertà d'azione, in quanto ha imposto una soluzione estremamente pesante per le SOA, mentre avrebbe potuto agire secondo altre direzioni, di minor impatto per i soggetti regolati.

Con sentenza n. 3389 del 18 aprile 2007 la Sez. III ha respinto il ricorso proposto avverso la revoca dell'attestazione SOA e l'inserimento della relativa annotazione nel casellario informatico sul rilievo che il potere dell'Amministrazione di accertare illeciti amministrativi (nella specie, il rilascio di false attestazioni) e di applicare le relative sanzioni non è sottoposto a pregiudiziale penale. Ha aggiunto che, ai fini della revoca dell'attestazione di qualificazione da parte dell'Autorità di vigilanza, ciò che rileva è il fatto oggettivo della falsità dei documenti sulla base dei quali essa era stata conseguita, indipendentemente da ogni ricerca sulla imputabilità soggettiva del falso, ma con la precisazione che la non imputabilità della falsità all'impresa subentrante acquista invece rilevanza ai diversi fini del rilascio di nuova attestazione in suo favore, in quanto in tal caso risulta soddisfatto il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione alle gare per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

#### **2.4. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa**

La Sez. I, con sentenza 1 febbraio 2007, n. 756, ha esaminato le disposizioni contenute nel nuovo regolamento del personale della CONSOB, con il quale è stato posto un inderogabile principio di perequazione retributiva in base al quale, a parità di qualifica e, quindi, di funzioni svolte e di anzianità di servizio presso la CONSOB, spetta l'identico trattamento economico, a prescindere dal fatto che il dipendente sia stato assunto a tempo indeterminato o a tempo determinato.

A fronte delle censure proposte dalla parte ricorrente, la Sezione ha avuto modo di rilevare che la mancata previsione di eccezioni a tale regola ha determinato l'inevitabile caducazione – sulla base dei principi secondo cui *lex posterior derogat priori e ubi lex voluit dixit* – della norma contenuta nell'art. 8, primo comma, di cui alla delibera 23 ottobre 1998 n. 11412 e, di conseguenza rende illegittima (*rectius*: illecita) la delibera CONSOB 10 maggio 2005, n. 15023, nella parte in cui, all'art. 2, stabilisce che, in relazione agli anni di esperienza lavorativa maturati nello svolgimento di mansioni analoghe a quelle contrattualmente stabilite, ai vincitori della selezione saranno riconosciuti aumenti periodici di stipendio, anziché prevedere, così come desumibile dal nuovo regolamento del personale, l'identico trattamento stabilito per il personale di ruolo avente pari qualifica di nuova assunzione

## **2.5. Banca d'Italia**

Con sentenza n. 5411 del 13 giugno 2007 la Sez. I – a fronte di un ricorso proposto avverso un provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio di attività di intermediazione finanziaria (disposto dal Ministro dell'Economia e delle Finanze su proposta della Banca d'Italia) – ha analizzato l'incidenza rivestita da riscontrate problematicità operative e gestionali, nonché da irregolarità e difficoltà di conseguimento di un apprezzabile equilibrio finanziario (rilevate dalla stessa Banca d'Italia in sede di svolgimento del previsto esercizio di poteri ispettivi), sulla persistente idoneità dell'intermediario al mantenimento del titolo abilitativo.

Nella circostanza, si è proceduto alla verifica della rilevanza assunta, a tali fini, da elementi quali il disequilibrio gestionale, la compromissione delle potenzialità espansive e reddituali della società di intermediazione, la progressiva erosione delle disponibilità patrimoniali: dandosi atto che, nella fattispecie, ricorressero i presupposti individuati dall'art. 57, d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 affinché la competente Autorità ministeriale (Ministro dell'Economia e delle Finanze), su proposta della Banca d'Italia o della CONSOB, potesse attivare i poteri di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria.

### **3. Assicurazioni**

Con riferimento al settore delle assicurazioni sono stati decisi tre complessi ricorsi aventi ad oggetto il Regolamento n. 5 del 2006 in materia di “disciplina dell’attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa”, emanato dall’Isvap ai sensi del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private). Si tratta delle sentenze della Sez. I, nn. 5522, 5523 e 5524 del 18 giugno 2007, proposte rispettivamente da agenti (Sindacato nazionale agenti di assicurazione – SNAA), broker assicurativi (Associazione italiana brokers – AIBA) e compagnie assicurative (ANIA e numerose imprese associate), nelle quali, affermata la centralità del “giusto procedimento” quale strumento di legittimazione del potere normativo dell’Isvap, è stata riconosciuta la conformità delle delicate scelte assunte dall’Istituto alle inerenti norme comunitarie e nazionali e ai principi da esse desumibili.

### **4. Appalti e contratti della pubblica amministrazione**

Numerose sono state le sentenze con le quali il Tar Lazio ha offerta una prima interpretazione delle disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Da segnalare è innanzitutto la sentenza n. 12103 del 3 dicembre 2007, secondo cui le imprese della Repubblica di San Marino possono partecipare alle gare di appalto bandite da soggetti aggiudicatori italiani.

Ha chiarito il Tar che è ben vero che la Repubblica di San Marino non ha aderito alla Comunità Europea e che essa dunque, in quanto “Paese terzo”, non è diretta destinataria della normativa comunitaria sugli appalti pubblici prevista nelle direttive recepite dalla legislazione italiana e dalla regolamentazione statale. Ritiene tuttavia non questa non sia una ragione di per sé sufficiente per escludere le imprese sanmarinesi dalla partecipazione a pubbliche gare d’appalto indette in ambito comunitario. Invero l’ordinamento comunitario, anche in tema di pubblici appalti, non è chiuso e protezionistico ma è al contrario tendenzialmente aperto ed ispirato a principi di apertura degli appalti stessi alla concorrenza internazionale. Aggiungasi che possono ben esistere

trattati bilaterali fra l'Italia, o qualunque altro paese della Comunità europea, e un Paese terzo extra comunitario, che stabiliscano criteri di completa reciprocità per l'accesso dei soggetti appartenenti ai due diversi ordinamenti a procedure pubbliche d'appalto previste nei due Stati stipulanti, uno solo dei quali direttamente destinatario della normativa comunitaria. Nella specie è proprio un trattato internazionale di questo genere che fonda la legittimazione della concorrente della Repubblica di San Marino a partecipare alla gara in contestazione. Infatti, la Convenzione di amicizia e buon vicinato tra l'Italia e la Repubblica di San Marino del 31 marzo 1939, cui è stata data esecuzione con l. 6 giugno 1939, n. 1320 (tuttora vigente) sancisce all'art. 4 che "I cittadini [ma il Tar ritiene agli stessi equiparabili le persone giuridiche] di ciascuno dei due Stati saranno ammessi, nel territorio dell'altro, all'esercizio di qualsiasi industria, commercio, professione o arte, e potranno accedere a qualsiasi pubblico impiego a parità di condizioni con i nazionali".

Di interesse è anche la sentenza n. 13914 del 21 dicembre 2007, secondo la quale gli artt. 36, quinto comma, e 37, settimo comma, d.lgs. n. 163 del 2006, che vietano la partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e dei consorziati ovvero la partecipazione dei concorrenti alla gara in più di un raggruppamento temporaneo di impresa o consorzio ordinario o anche in forma individuale quando si è partecipato in R.T.I. o consorzio ordinario, hanno lo scopo di tutelare la libertà delle gare e si applicano ai casi in cui in seguito alla doppia partecipazione vengono presentate offerte autonome e non già un'unica offerta.

Con sentenza n. 4409 del 15 marzo 2007 la Sez. II *ter* ha chiarito, in tema di subappalto, che ai sensi dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici è legittimo il divieto di subappalto non solo per opere a qualificazione obbligatoria riguardo ad imprese non qualificate, ma anche per opere a qualificazione non obbligatoria ma connotate da un grado di adeguata specializzazione.

Il Tribunale è pervenuto a tale conclusione partendo dall'assunto che il bando disciplina le gare di appalto di opere pubbliche secondo esigenze funzionali alle amministrazioni appaltanti. Pertanto la normativa in esso contenuta può, secondo criteri logici e in ragione delle predette esigenze, derogare alle clausole legislative o regolamentari che non siano obbligatorie. Hanno certamente carattere vincolante le disposizioni che impongono la qualificazione per l'esecuzione di

opere rientranti nelle categorie specializzate cd. "a qualificazione obbligatoria" (tabella all. A al d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34), con la conseguenza che l'impresa aggiudicataria dell'appalto può eseguirle direttamente solo se possiede i requisiti ad esse relativi. Ha aggiunto il Tar che l'art. 37, undicesimo comma, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce il divieto di subappalto per i lavori prevalenti e per le opere "per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti od opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori". La contestuale lettura delle predette disposizioni induce a concludere, sempre ad avviso del Tribunale, che — a parte le opere della categoria prevalente, per la quale l'art. 37 cit. esclude senza ombra di dubbi la possibilità di subappaltarle — non esiste equivalenza tra categorie di lavori a qualificazione obbligatoria e divieto di subappalto, nonché tra categorie a qualificazione non obbligatoria e libertà di subappalto. Invece è il contenuto e la complessità dell'opera a giustificare la logica — certamente coesa alle esigenze di controllo, da parte delle amministrazioni appaltanti, della competenza e del grado di specializzazione delle ditte chiamate ad eseguire lavori di alto livello tecnologico o specialistico — e la legittimità delle clausole dei bandi che proibiscono il subappalto. Occorre, dunque, guardare al contenuto dell'opera, piuttosto che alla sua qualificazione normativa, per stabilire se l'amministrazione nel vietare il subappalto si è correttamente avvalsa della potestà interdittiva, secondo logica e norme superiori. Infine, ha affermato il Tar che non è sufficiente la determinazione 20 dicembre 2001, n. 25 dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (citata nella memoria conclusionale delle ricorrenti), la quale definisce alcuni profili interpretativi in materia di bandi di gara ed esecuzione dei lavori, indicando le categorie specializzate a qualificazione obbligatoria per le quali si applica il divieto di subappalto. Anche categorie a qualificazione non obbligatoria possono tuttavia presentare, secondo il tipo di opere richieste, contenuti di specializzazione tecnologica tali da giustificare la clausola interdittiva.

Sempre in relazione alla documentazione di gara la Sez. III (sentenza n. 8927 del 14 settembre 2007) ha giudicato legittima l'esclusione dalla gara d'appalto della ditta che alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà firmata dal dichiarante non aveva allegato fotocopia del documento d'identità del sottoscrittore. Ciò in quanto in materia di dichiarazione sostitutiva di

atto di notorietà l'allegazione di un valido documento di identità, stabilita dagli art. 38 e 47, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, costituisce un fondamentale onere del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare (per di più, con la valenza di monito per il dichiarante delle responsabilità cui va incontro in caso di dichiarazioni false) non soltanto le generalità del dichiarante, ma ancor prima l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica. Il Tar ha escluso che possa surrogare la mancata allegazione della copia del documento d'identità del sottoscrittore la produzione di una procura notarile del dichiarante a favore di un dipendente della società che consentiva di "accertarne l'identità personale con ben maggior forza rispetto alla mera allegazione di una semplice fotocopia". Infatti, se la *ratio legis* consistesse nell' accertamento dei dati anagrafici del sottoscrittore, allora al quesito dovrebbe darsi risposta positiva. Ma così non è in quanto la norma, imponendo la produzione di copia di un documento di identità, intende assicurare l'identità tra autore apparente e autore reale della dichiarazione tale da giustificare il principio di autoresponsabilità, tant'è che nella fattispecie delineata dal legislatore in caso di false dichiarazioni il dichiarante va incontro a responsabilità penali, mentre una simile responsabilità non verrebbe a gravare su colui che alla dichiarazione falsa non allegasse copia del documento di identità.

In tema di presentazione della documentazione di gara, richiesta dalla *lex specialis*, la Sez. Il *ter*, con sentenza n. 12574 del 5 dicembre 2007 ha affermato l'obbligo della stazione appaltante di chiedere l'integrazione documentale. Nella fattispecie all'esame del Tribunale era accaduto che un concorrente non aveva allegato all'offerta, come invece richiesto dal bando, procura del suo rappresentante legale rilasciata all'istitutore che aveva sottoscritto la domanda di partecipazione alla gara. Il Tar ha affermato che, poiché nella disciplina di gara non sono previsti termini di decadenza o preclusioni, la stazione appaltante può richiedere la trasmissione della procura anche in fase integrativa dei documenti allegati all'offerta, secondo le regole di cui agli artt. 42, secondo comma, e 46, d.lgs. n. 163 del 2006. Dette disposizioni, sempre ad avviso del Tar, richiamano il principio secondo il quale la documentazione non direttamente utile alla valutazione dell'offerta può

essere acquisita d'ufficio senza che la sua originaria carenza determini l'inammissibilità della domanda di partecipazione alla gara.

Con sentenza n. 5896 del 2 luglio 2007 la Sez. I *bis* ha affrontato il problema dell'esclusione da una gara di un concorrente che aveva dichiarato di volersi avvalere dei requisiti tecnico operativi di una ditta cinese insediata nella Repubblica popolare cinese e non avente sede o filiali in ambito comunitario. Il Tar ha giudicato legittima detta esclusione atteso che la Repubblica popolare cinese non ha sottoscritto l'accordo sugli appalti pubblici che risulta nell'allegato 4 dell'Accordo istitutivo del WTO, con la conseguenza che le sue imprese, come non possono partecipare direttamente ad appalti comunitari, così non possono parteciparvi, quali imprese ausiliarie di imprese comunitarie dirette concorrenti, con il ricorso all'istituto dell'avvalimento. Ha chiarito che l'art. 47, d.lgs. n. 163 del 2006 ammette la partecipazione ad appalti pubblici delle ditte extracomunitarie stabilite in Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità. Tale postulato deve ritenersi operativo sia nelle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ad appalti comunitari che nell'ipotesi di partecipazione indiretta che, chiaramente, si realizza col ricorso all'istituto dell'avvalimento. Ciò in quanto l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente (l'ausiliario è infatti tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante), e tale impegno costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione. L'impresa ausiliaria diviene quindi titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti. Egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'Amministrazione. Ha aggiunto il Tribunale che detta conclusione non trova ostacolo neanche

nei principi comunitari posti a presidio del valore della libera concorrenza, e ciò in quanto tale valore trova il suo diretto equipollente in quello della *par condicio* degli operatori economici e non in un allargamento acritico della base di partecipazione a favore di ditte i cui costi di gestione ambientale, operativi e tecnici non sono paragonabili a quelli delle imprese comunitarie.

Con la sentenza 7 agosto 2007, n. 7722 la Sez. III *ter* ha affermato, in relazione alla fornitura di dispositivi, apparecchiature e altri mezzi elettronici di controllo e regolazione del traffico, inclusi i varchi che presidiano le zone a traffico limitato, che è legittimo il diniego di qualificazione opposto all'impresa ricorrente per mancanza di omologazione ministeriale dei propri strumenti, tenendo conto che se è vero che la stazione appaltante può avvalersi della possibilità di definire la specifica tecnica mediante riferimento a norme tecniche nazionali, è altresì vero che, anche in assenza di previsioni della *lex specialis* e ai sensi dell'art. 68, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, non deve ritenersi operante in via di integrazione il principio di equivalenza, con conseguente facoltà dei concorrenti di fornire la prova dell'equipollenza dei propri prodotti alla specifica tecnica nazionale, in questo caso qualificata come obbligatoria

In relazione ai problemi connessi alla qualificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa la Sez. II *ter*, con sentenza 13256 del 13 dicembre ha ritenuto legittima la disposizione della *lex specialis* di gara che ha qualificato il vantaggio economico facendo ricorso all'art. 73, primo comma, lett. b, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, e cioè considerando più vantaggiosa l'offerta che si avvicina alla percentuale di ribasso indicata in una scheda segreta predisposta in precedenza dalla commissione di gara e che rappresenta la soglia di anomalia. Alla base di questa conclusione è il rilievo che l'art. 83 del Codice dei contratti rimette alle amministrazioni aggiudicatrici la definizione del criterio di qualificazione dell'offerta più vantaggiosa. Aggiunge il Tar che i criteri di qualificazione del vantaggio indicati dalla suddetta norma sono meramente esemplificativi e non tassativi.

La cit. sentenza n. 13256 del 2007 ha esaminato anche la questione relativa alla possibilità di escludere la verifica di congruità dell'offerta più vantaggiosa ma al di sotto della soglia di anomalia, prevista dall'art. 86, d.lgs. n. 163 del 2006 ed ha concluso nel senso che tale scelta

rientra tra le attività discrezionali dell'amministrazione. Ha però aggiunto che la regola di cui all'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 e logiche di garanzia dei principi costituzionali di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa richiedono che l'esercizio della facoltà delle amministrazioni appaltanti di escludere la valutazione della congruità delle offerte sia preceduto dall'esplicitazione dei motivi di non convenienza alla stregua della valutazione dell'interesse pubblico, come in tutti i casi di esercizio di attività discrezionali.

Importante è anche la sentenza della Sez. II *quater* nella sentenza 19 dicembre 2007 n. 13774, che ha interpretato il terzo comma dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 nella parte in cui dispone che *“La commissione giudicatrice, prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando”*. Ad avviso del Tar nessun dubbio sussiste, atteso l'inequivoco tenore letterale della disposizione, che la predeterminazione dei criteri motivazionali ai quali attendersi per l'attribuzione del punteggio tra il minimo ed il massimo indicato nel bando è attività preliminare allo svolgimento delle attività valutative vere e proprie, che per sua stessa natura deve essere effettuata prima dell'apertura delle buste in quanto consistente nella fissazione di criteri generali, *id est* di criteri utili per individuare il punteggio attribuibile a ciascun elemento di valutazione, entro il minimo e il massimo indicato nel bando. Detto onere è stato dal legislatore delegato previsto incondizionatamente, non essendone subordinato il rispetto ad alcun presupposto o condizione.

Con sentenza n. 10893 del 5 novembre 2007 la Sez. III *ter* ha affermato due importanti principi.

In primo luogo ha chiarito che nelle gare d'appalto di fornitura sottosoglia comunitaria non si applica l'art. 88, quarto comma, d.lgs. n. 163 del 2007, che prevede la convocazione dell'offerente con un preavviso non inferiore a cinque giorni lavorativi, e dunque tale da configurare l'audizione del medesimo, e cioè il contraddittorio orale, come condizione di legittimità del provvedimento di esclusione. Trova infatti applicazione, in quanto appalto sotto soglia, il regime derogatorio di cui all'art. 124, ultimo comma, dal quale si desume la possibilità di una disciplina semplificata del

subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, tale da consentire anche l'automatica esclusione.

Il secondo rilevante principio affermato nella cit. sentenza n. 10893 del 2007 è che l'appalto in questione, avente ad oggetto la fornitura di gasolio per il riscaldamento degli uffici di Poste Italiane s.p.a., non è soggetto alla disciplina speciale prevista per il settore postale ex art. 211 del codice dei contratti pubblici, ma al regime derogatorio relativo ai contratti pubblici sottosoglia comunitaria, nel settore ordinario, di cui agli artt. 121 e ss.. Difatti, l'attività in questione non è riconducibile al suddetto settore speciale, non ponendosi la stessa in relazione, neppure strumentale, con i servizi postali enucleati dal citato art. 211, consistenti, a titolo esemplificativo, nella raccolta, smistamento, trasporto, distribuzione di invii postali, od in servizi a questi connessi, o, ancora, in particolari servizi finanziari o di filatelia.

Con sentenza n. 10227 del 22 ottobre 2007 la Sez. III ha affermato che nelle gare di appalto il danno da lucro cessante deve essere risarcito applicando, in via analogica, il disposto dell'art. 136 del Codice dei contratti con l'importo forfettario del 10% dei quattro quinti dell'offerta, comprensivo di tutti pregiudizi economici conseguenti alla mancata aggiudicazione del contratto e, quindi, anche al mancato incremento della classifica. Ad avviso del Tribunale, se nel caso di recesso dall'appaltatore è previsto che il danno risarcibile debba essere quantificato complessivamente nel 10% dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dall'impresa, ricomprendendo, quindi, in tale importo tutti i pregiudizi economici subiti dall'impresa in conseguenza del recesso, non si vede la ragione per cui, in caso di mancata aggiudicazione dell'appalto, l'ambito applicativo della suddetta disposizione dovrebbe essere inteso in senso più restrittivo di escludere dall'importo da essa determinato ulteriori ed autonome voci risarcitorie. Infatti anche in caso di recesso è individuabile il depauperamento della capacità tecniche ed economiche dell'impresa necessarie ai fini del mantenimento della qualificazione, per cui la mancata previsione di un autonomo ristoro per tale pregiudizio economico è indice della volontà del legislatore di considerarlo ricompreso *tout court* nella quantificazione del danno determinata con il criterio di cui sopra. In tale contesto, sempre ad avviso del Tribunale, risulterebbe giuridicamente incoerente che il citato pregiudizio venisse ad assumere un'autonoma

connotazione giuridica in sede di individuazione e quantificazione dei danni conseguenti alla mancata aggiudicazione del contratto, ove è ritenuta applicabile la medesima norma stabilita in tema di recesso.

Di rilievo è anche la sentenza della Sez. III del 2 ottobre 2007, n. 9630, che ha disapplicato – perché in contrasto con gli artt. 47 e 48 della direttiva n. 18/2004/Ce – gli artt. 186, secondo comma, e 191, nono comma, del Codice dei contratti

Ha affermato il Tar che le disposizioni suddette, prese congiuntamente in considerazione, vanno lette nel senso che la partecipazione dei contraenti generali in forma associata è consentita soltanto quando nell'ATI costituita o costituenda almeno uno dei contraenti generali sia da solo in possesso di classifica di qualificazione adeguata alla gara cui si intende partecipare, non essendo invece possibile, ai fini della necessaria qualificazione, la sommatoria delle qualificazioni possedute dai vari soggetti associati o associandi. In questo modo viene impedito a contraenti generali di minori dimensioni (e con correlati requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi) di allearsi, unendo tali requisiti, per concorrere all'affidamento di contratti di rilevanti dimensioni e dai quali altrimenti sarebbero inesorabilmente esclusi. Senonché, ad avviso del Tar, la predetta normativa nazionale, così disponendo, vanifica la *ratio* stessa dell'istituto dell'ATI ed anzi, poiché non impedisce che tutte le imprese associate siano in possesso anche da sole delle competenti classifiche di partecipazione, rende addirittura possibile l'utilizzo della veste esteriore dell'ATI per il perseguimento di scopi anticoncorrenziali ed oligopolistici. In particolare la predetta normativa statale viola gli artt. 47 e 48 della cit. Direttiva del 2004. Questi ultimi articoli, infatti, trattando proprio dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali degli operatori economici concorrenti in pubbliche gare d'appalto, stabiliscono, in primo luogo, che tali operatori possono, "se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro "legami con questi ultimi", in tal caso dovendo peraltro dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporranno "dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti"; e soprattutto, per quanto interessa in questa sede, sanciscono che "alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o

di altri soggetti". La normativa comunitaria stabilisce quindi espressamente la possibilità per i soggetti riuniti in ATI di concorrere ai fini della dimostrazione dei requisiti tecnico, economico-finanziari necessari per la partecipazione alla gara.

Con riferimento alla realizzazione di infrastrutture strategiche, la sentenza della Sez. I 19 novembre 2007, n. 11330, premesso che ai sensi dell'art. 246, quarto comma, d.lgs. n. 163 del 2006 la sospensione o l'annullamento in sede giurisdizionale dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente, ha dichiarato improcedibile sia il ricorso principale proposto dalla seconda classificata in quanto, essendo stato *medio tempore* stipulato il contratto tra l'aggiudicataria e l'amministrazione, non avrebbe potuto ottenere una nuova aggiudicazione in suo favore, sia il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, in quanto la stessa non avrebbe potuto ricevere alcun documento, conservando comunque titolo all'esecuzione dell'opera in ragione dei rapporti obbligatori derivanti dal contratto stipulato, insensibile agli effetti di un eventuale giudicato di annullamento. Pertanto, è stato rilevato che, nel caso di specie, sussiste *ope legis* l'impossibilità per la parte ricorrente di conseguire un'effettiva utilità dalla eventuale statuizione di annullamento del provvedimento impugnato in ragione del verificarsi di circostanze sopravvenute, *id est* la stipulazione del contratto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicataria, con la conseguenza che la tutela sostanziale della posizione giuridica della ricorrente principale può avvenire soltanto attraverso lo strumento risarcitorio.

Il Tribunale ha affrontato in modo innovativo la problematica della risarcibilità dei danni da lesione dell'interesse legittimo pretensivo. La decisione - ribadito che per valutare la fondatezza della pretesa il giudice deve accertare la sussistenza dell'ingiustizia del danno, verificando, attraverso un giudizio prognostico, se il bene della vita sarebbe effettivamente spettato al titolare dell'interesse - ha indicato che, nello svolgimento di tale giudizio, il giudice deve esaminare tutti gli aspetti del rapporto a prescindere dalla prospettazione fornita dalle parti, anche con l'eventuale esercizio di poteri istruttori attivabili d'ufficio, ben potendo, anzi dovendo, utilizzare qualunque fonte di prova inerente al rapporto di cui sia a conoscenza in quanto acquisita agli atti di quel giudizio o di un giudizio connesso. Nel caso di specie, pur avendo dichiarato improcedibili sia il ricorso

principale che il ricorso incidentale, la domanda risarcitoria è stata respinta atteso che, sulla base di argomenti desumibili dal ricorso incidentale nonché delle relative allegazioni documentali, è stato accertato che le condizioni di fatto e di diritto per l'adozione di un legittimo provvedimento di aggiudicazione nei confronti della ricorrente principale, seconda classificata in una gara d'appalto, non sussistevano in quanto la stessa, avendo contravvenuto a talune prescrizioni tassative previste dalla *lex specialis*, sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara.

Con sentenza n. 14081 del 27 dicembre 2007 la Sez. III *ter* ha affermato, motivatamente discostandosi dalle conclusioni cui erano pervenute altre decisioni del giudice amministrativo, che il principio di pubblicità delle gare deve essere applicato anche negli appalti concernenti i settori speciali. Alla base di tale conclusione è l'assunto secondo cui il principio di pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è inderogabile per ogni tipo di gara, almeno per quanto riguarda la fase di verifica della integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, e di apertura dei plichi stessi. L'unica eccezione riguarda la fase della valutazione tecnico - qualitativa dell'offerta, che deve essere effettuata in sede riservata onde evitare influenze sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice. Dunque, sempre ad avviso del Tar, il principio di pubblicità, costituente "principio generale dell'attività amministrativa" ex art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241), deve informare tutta la disciplina della c.d. evidenza pubblica. Tale conclusione, applicabile anche alle disposizioni previgenti il Codice, trova rafforzato fondamento nella nuova disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, il cui art. 2 (richiamato dal successivo art. 206), al primo comma, ricomprende fra i detti principi generali anche quello di pubblicità "con le modalità indicate nel presente codice", aggiungendo poi, al terzo comma, che "per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 ...".

La sentenza 31 luglio 2007, n. 7283 (Sez. I) ha un indubbio rilievo di carattere sistematico avendo per la prima volta affrontato la questione della possibile acquisizione, da parte di una pubblica amministrazione, della progettazione di un'opera pubblica elaborata ad iniziativa di

soggetti terzi al di fuori della procedura comunitaria e nazionale di scelta del contraente. Il Tribunale, dopo avere rilevato che la fase della progettazione deve essere svolta dalla stessa amministrazione competente ad occuparsi dell'affidamento dell'opera e della sua esecuzione, ha in particolare evidenziato che il sistema complessivo delineato dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture postula che l'incarico di progettazione di un'opera pubblica di importo pari o superiore a 100.000 euro sia svolto direttamente dall'amministrazione o sia dalla stessa affidato a professionisti esterni sulla base di una procedura ad evidenza pubblica in esito ad un procedimento avviato e gestito dall'amministrazione interessata. E' il titolare della potestà pubblica che deve agire per perseguire l'interesse pubblico affidato alle sue cure dalla norma attributiva del potere e, nell'ipotesi in cui sia necessario affidarsi a professionisti esterni, occorre avviare una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi ai quali il "codice" è ispirato, vale a dire la scelta del "miglior contraente" possibile sotto il profilo qualitativo ed economico e la tutela della libertà di concorrenza tra tutte le imprese del settore potenzialmente interessate a partecipare alla gara per l'aggiudicazione dell'incarico. Nella stessa decisione, premesso che i soggetti promotori dell'iniziativa hanno posto in essere un'attività di gestione d'affari in favore della pubblica amministrazione, si sostiene che dalla richiamata normativa di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 emerge una vera e propria *prohibitio legis* a che sia un soggetto diverso dall'amministrazione interessata ad avviare e gestire il procedimento volto all'affidamento di un incarico di progettazione di un'opera pubblica, sicché è da escludere che nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ovvero di progettazione per la realizzazione di un'opera pubblica, sussista la possibilità di una *negotiorum gestio* in favore della pubblica amministrazione interessata. In definitiva, dal *corpus* normativo in vigore, deve trarsi il principio che per la stipulazione di un contratto pubblico è necessario che l'intera fase pubblicistica antecedente, finalizzata alla individuazione del contenuto del contratto e alla scelta del contraente, sia svolta dall'amministrazione aggiudicatrice che sarà parte del contratto stesso.

La sentenza ha anche ritenuto che una fondazione bancaria, ricorrendo i tre presupposti per la sua qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico, è soggetta alla disciplina sui contratti pubblici di cui al Codice dei contratti.

Con sentenza della Sez. I 15 gennaio 2007, n. 209, che ha respinto il ricorso proposto avverso l'annullamento dell'approvazione della convenzione, è stata qualificata come contratto d'appalto la convenzione stipulata tra il Ministero degli Affari Esteri ed un'Organizzazione non Governativa avente ad oggetto la realizzazione di un programma di sviluppo in Egitto ed è stata ritenuta conseguentemente applicabile alla fattispecie la normativa sul Codice dei contratti pubblici atteso in particolare che il termine "operatore economico", di cui all'art. 3 del Codice, comprende, tra le altre, la generica figura del prestatore di servizi e che un'eventuale questione sull'applicabilità della normativa *de qua* riguarderebbe semmai la natura giuridica della stazione appaltante, questione nel caso di specie non sussistente in quanto l'amministrazione aggiudicatrice è un'amministrazione dello Stato.

Sempre in tema di gare pubbliche la Sez. III, con sentenza n. 5047 del 31 maggio 2007 ha affermato che i servizi opzionali offerti come da capitolato, ancorché non suscettibili di valutazione tecnica ed economica, concorrono alla redditività dell'offerta assoggettata a valutazione di anomalia (fattispecie relativa ad una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di telefonia e di trasmissione dati a favore delle Amministrazioni pubbliche).

Altra sentenza di sicuro interesse è la n. 5192 del 5 giugno 2007 (Sez. II), che ha dichiarato legittima l'esclusione dalla gara d'appalto di servizi di una società mista (aggiudicataria provvisoria) la cui ammissione, in fase di verifica dei requisiti dichiarati in sede di prequalificazione, era risultata incompatibile con il divieto per le Società a capitale interamente pubblico o misto di partecipare e aggiudicarsi gare non indette dagli Enti loro partecipanti, introdotto (nelle more) dall'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248. Tale norma prevede che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di detti enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati né in affidamento diretto né a seguito di gara. Ha chiarito il Tar che possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti i beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di

natura pubblicistica di cui resti titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso provveda al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (che formano oggetto di specifica eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Ed infatti, anche se tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che esse siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale.

La stessa sentenza ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 13, d.l. n. 223 del 2006 sollevata per asserita violazione dell'art. 41 Cost., che pone limitazioni alla iniziativa economica privata sul libero mercato, sia per tutelare interessi generali di rilievo pubblicistico sia per garantire esigenze della concorrenza in conformità ai principi comunitari costantemente affermati dalla Corte di Giustizia. Ha chiarito il Tar che il cit. art. 13, lungi dal violare l'art. 41 Cost. ne costituisce immediata applicazione mirando dichiaratamente a preservare il mercato da alterazioni e fenomeni distorsivi delle regole della concorrenza.

Con sentenza n. 7119 del 27 luglio 2007 la Sez. Il *ter* ha chiarito che nel caso di rinegoziazione di alcune condizioni di esecuzione del contratto, aggiudicato in esito a procedura concorsuale, da parte dell'Amministrazione appaltante e del soggetto prescelto come contraente — e indipendentemente dalla verifica in concreto dell'essenzialità della clausola oggetto di rinegoziazione — risultano violate norme imperative e inderogabili sulla capacità contrattuale dell'Ente, con conseguente nullità del contratto posto in essere e inidoneità di esso a produrre effetti. (Nella specie, il divieto di rinegoziazione è stato dichiarato in un'ipotesi di dismissione di una società pubblica da parte del Comune di Roma, operata per mezzo dell'istituto derogatorio della trattativa diretta, come previsto dall'art. 1, secondo comma, l. 30 luglio 1994, n. 474, in quanto la procedimentalizzazione, attraverso la pubblicazione del bando e lo svolgimento della previa gara

informale, aveva comportato esercizio di potere da parte dell'Amministrazione, che si era in tal modo autovincolata, con correlativa posizione di interesse legittimo in capo ai partecipanti).

Di particolare interesse è anche la sentenza n. 4828 del 25 maggio 2007, con la quale la Sez. III *quater* ha accolto il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione della procedura ristretta accelerata per l'affidamento del servizio di tesoreria, affermando il principio che, nel fissare i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tutti gli elementi economici o tecnici che siano necessariamente espressi in forma numerica o percentuale (ad es.: ore lavoro, quantità, prezzi, percentuali di ribasso, consumi d'uso, KW, ore manutenzione) non possono essere valutati se non mediante il c.d. "giudizio di risultato", cioè con un criterio matematico-proporzionale, essendo irragionevole che la stazione appaltante, utilizzando un "giudizio di valore" (ad es.: insufficiente, sufficiente, buono, ottimo), attribuisca punteggi fortemente diversi ad elementi espressi in termini numerici lievemente diversificati fra loro. Infatti, un giudizio di valore (in termini di migliore o peggiore aggettivazione) può essere utilizzato per la valutazione di quelle componenti dell'offerta che non possano essere indicate in cifra o che siano valutabili solo mediante considerazioni tecnico-scientifiche ampiamente discrezionali. Pertanto, la valutazione in punti degli elementi, la cui espressione sia prevista dagli atti di gara in termini numerici o proporzionali, deve essere effettuata con un criterio neutro che accerti la convenienza dell'offerta in misura diretta e proporzionata al suo valore economico o tecnico.

Con sentenza n. 2336 del 16 marzo 2007 la Sez. III *quater* ha accolto il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione dell'appalto per la realizzazione di un *contact center* integrato presso l'INPS, affermando, tra gli altri, sia il principio che un'impresa singola, ma componente di una costituenda ATI, è legittimata ad agire a tutela di un suo diretto e personale interesse alla correttezza dello svolgimento della procedura di gara, sia il principio per il quale, ove il bando di gara, anteriore alla c.d. legge Biagi, richieda che il personale da impiegare nell'aggiudicando servizio sia dipendente delle imprese offerenti o da esse regolarmente assunto, deve trattarsi di personale legato alle imprese stesse con contratto di lavoro subordinato, e non anche mediante

contratti di collaborazione coordinata e continuativa, ovvero a progetto, e neppure da rapporti di apprendistato in carenza di precisazioni circa la formazione ed il futuro inquadramento.

La sentenza 3 maggio 2007, n. 3893 (Sez. I) ha posto in rilievo che le norme sul *project financing* disciplinano la realizzazione delle opere pubbliche su iniziativa del promotore secondo un procedimento unitario complesso, articolato in varie fasi che trovano momento culminante nell'aggiudicazione della concessione attraverso una procedura negoziata da svolgere fra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte selezionate, ovvero, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un solo soggetto, fra quest'ultimo ed il promotore; di talché, in ragione dell'unitarietà della procedura preordinata all'aggiudicazione della concessione, non è applicabile lo *ius superveniens* atteso che il principio *tempus regit actum* attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale e non anche ad attività interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio.

Di interesse anche la sentenza della Sez. I 26 gennaio 2007, n. 572, ha annullato il d.P.C.M. 18 novembre 2005 - con cui sono stati tra l'altro disciplinati le caratteristiche e i requisiti anche finanziari delle società di capitali che svolgono l'attività di gestione dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto – nella parte in cui è imposto che le società emittenti abbiano un capitale sociale minimo interamente versato pari a € 750.000 (art. 3, comma 1) ed è sancito che il loro bilancio sia assoggettato a revisione ad opera di una società iscritta nell'elenco dell'art. 161, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 158 ovvero iscritta nel registro istituito per il Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 2409 *bis* cod.civ. (art. 3, terzo comma), atteso che le prescrizioni non sono in linea con gli scopi avuti di mira dal legislatore, apparendo irragionevoli, eccessivamente penalizzanti e sproporzionate rispetto all'oggetto sociale di tali imprese.

## 5. Enti locali

La sentenza 24 settembre 2007, n. 9264 (Sez. I) ha affrontato la rilevante questione dello scioglimento di un consiglio comunale, disposto ai sensi dell'art. 143, t.u. 18 agosto 2000, n. 267, per infiltrazioni mafiose.

Tale decisione ha evidenziato che il decreto di scioglimento dei consigli comunali, pur non potendosi qualificare atto politico, non costituisce neppure misura a carattere sanzionatorio, bensì è da qualificare come una misura di carattere straordinario per fronteggiare una emergenza straordinaria, a tutela della funzionalità degli organi elettivi e della rispondenza a fondamentali canoni di legalità dell'apparato dell'ente locale interessato, in un quadro di lotta alla criminalità organizzata e di connesso avanzamento della soglia di prevenzione rispetto a fatti anche sintomatici di interferenze malavitose sulla fisiologica vita democratica dell'ente. In conclusione, lo scioglimento di un Consiglio comunale ai sensi dell'art. 143, t.u. n. 267 del 2000 rappresenta la risultante di una valutazione il cui asse portante è costituito, da un lato, dalla accertata o notoria diffusione sul territorio della criminalità organizzata e, dall'altro, dalle precarie condizioni di funzionalità dell'ente in uno o più settori, sensibili agli interessi della criminalità organizzata. Nel caso di specie - rilevato che il potere di scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione della criminalità organizzata ha una valenza, se non propriamente politica, quantomeno di alta amministrazione ed implica, in quanto tale, un elevato tasso di discrezionalità sia nell'accertamento sia soprattutto nella valutazione dei fatti acquisiti al procedimento, per cui il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del potere di scioglimento non può spingersi al di là della verifica della ricorrenza di un idoneo e sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una motivazione logica, coerente e ragionevole – l'impugnativa è stata respinta in quanto il quadro indiziario complessivamente delineato dal Ministero dell'Interno e posto a base del decreto presidenziale di scioglimento del consiglio comunale non è stato ritenuto illogico, irragionevole o basato su un travisamento dei fatti.

## 6. Edilizia

Particolarmente intenso è stato il contenzioso in materia edilizia definito nel corso del 2007.

Da segnalare la sentenza (Sez. II *bis*) 19 giugno 2007, n. 1366, che ha accolto il ricorso proposto dall'acquirente di un immobile messo all'asta nel corso di una procedura esecutiva, per l'annullamento del provvedimento con il quale un Comune aveva negato il condono per decorrenza del termine di 120 giorni previsto dall'art. 40, ultimo comma, l. 28 febbraio 1985, n. 47. Ha rilevato il Tribunale che la formula normativa ("120 giorni dall'atto di trasferimento") deve essere interpretata nel senso che il termine decorre dal momento in cui, per effetto del trasferimento, il nuovo proprietario sia stato posto concretamente in grado di prendere conoscenza degli eventuali abusi edilizi da sanare e predisporre la documentazione necessaria. Tale momento non può essere anteriore a quello in cui il decreto di trasferimento dell'immobile emesso dal giudice dell'esecuzione, in mancanza di opposizioni, sia stato portato a conoscenza dell'aggiudicatario, che può quindi avvalersene ai fini del rilascio dell'immobile stesso e dell'eventuale sanatoria edilizia. Tale interpretazione, ha chiarito il Tar, si pone sicuramente in linea, dal punto di vista del piano della *ratio legis*, con il trattamento che il legislatore ha riservato agli aggiudicatari degli immobili totalmente o parzialmente abusivi assoggettati a procedure esecutive, interessati ad una domanda di accertamento di conformità ex art. 13, l. n. 47 del 1985, essendo stato previsto dall'art. 17, ultimo comma, della medesima legge che, ove sussistano i presupposti per l'accertamento in parola, il termine di 120 giorni per la presentazione della domanda decorre "dalla notifica del decreto emesso dall'autorità giudiziaria".

Con sentenza n. 8578 del 5 settembre 2007 la Sez. II *bis* ha affermato il principio secondo cui la trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni, che l'art. 18, l. 28 febbraio 1985, n. 47 ravvisa nelle ipotesi delle lottizzazioni c.d. negoziali, presuppone frazionamenti e vendite riconducibili ad atti di volontaria negoziazione che, nella ricorrenza degli elementi indiziari indicati nello stesso art. 18, consentono di individuare l'inequivoca finalizzazione degli stessi atti ad un vietato scopo edificatorio. Segue da ciò che eventuali anteriori suddivisioni del terreno derivanti da atti di non volontaria privata destinazione, in quanto riconducibili a provvedimenti espropriativi per

destinazioni di interesse pubblico, non possono di per sé, in assenza di ulteriori elementi, costituire indizi dell'esistenza di una lottizzazione abusiva dei terreni a scopo edificatorio.

Di sicuro interesse è anche la sentenza n. 401 del 23 gennaio 2007, con la quale la Sez. I *quater* ha affrontato il problema relativo agli interventi che possono essere effettuati sugli immobili oggetto di domanda di condono edilizio, senza che per questo si determini il venir meno dell'effetto della sospensione degli procedimenti sanzionatori, espressamente sancito dall'art. 38, l. 28 febbraio 1985, n. 47. Al riguardo, la Sezione ha riconosciuto il persistere di tale effetto nei casi in cui i nuovi interventi realizzati non si traducano in un'opera nuova e del tutto diversa rispetto a quella interessata dalla domanda diretta a regolarizzare l'illecito edilizio e, dunque, persista compatibilità tra il manufatto al momento esistente ed il manufatto oggetto della domanda di condono, fatto, comunque, salvo l'esito di quest'ultima.

Con sentenza n. 8998 del 17 settembre 2007 la Sez. II afferma il principio secondo cui l'opera abusiva costruita dal conduttore non può essere acquisita al patrimonio comunale. Ove il proprietario non abbia partecipato alla commissione dell'illecito è necessario che al medesimo sia consentita la possibilità di agire in giudizio per ottenere la demolizione del manufatto. In mancanza, il provvedimento di acquisizione del bene al patrimonio comunale è illegittimo.

Di rilievo anche la sentenza n. 13241 del 13 dicembre 2007, con la quale la Sez. II *bis* ha affermato il principio secondo cui l'ente gestore di un parco regionale è tenuto, in assenza di un procedimento diretto alla revisione della perimetrazione del parco, a dare applicazione alla classificazione contenuta nel piano paesistico e ad applicare, di conseguenza, gli indici di fabbricabilità previsti dalla legge regionale per quella particolare tipologia di beni. Nella Regione Lazio la norma di riferimento è l'art. 26, quarto comma, l. reg. n. 24 del 1998, che deve essere interpretata in combinato disposto con le disposizioni dei commi precedenti, che prevedono l'attivazione di uno speciale procedimento, di competenza regionale, diretto alla correzione delle errate perimetrazioni. Poiché il Comune, nel caso all'esame del Tribunale, non ha mai attivato alcun procedimento in tal senso, ne consegue che l'ente di gestione del parco è vincolato a tener

conto solo delle classificazioni contenute nei provvedimenti di apposizione del vincolo, senza poter svolgere ulteriori accertamenti di ordine fattuale.

Con sentenza n. 6305 dell'11 luglio 2007 la Sez. Il *quater* ha respinto il ricorso per l'annullamento del nulla osta provvisorio rilasciato dalla Soprintendenza per i beni ambientali ed architettonici per il Lazio per la realizzazione di un manufatto in metallo e vetro adibito a serra e giardino d'inverno sulla terrazza di un appartamento, facente parte di un immobile sottoposto a vincolo di tutela monumentale, ai sensi del d.lgs. 29 ottobre 10900, n. 490. Il Tar ha accolto il ricorso sul rilievo che il nulla osta temporaneo era stata rilasciato dopo aver accertato che il manufatto poteva essere rimosso ed aveva carattere provvisorio e, quindi, tale da non compromettere la tutela del vincolo monumentale. Ha inoltre chiarito che la demolizione delle opere in questione, disposta nell'ambito di un giudizio civile di tutela possessoria, non è rilevante ai fini della decisione amministrativa, atteso che gli interessi che la Soprintendenza deve tutelare sono diversi da quelli che ricevono tutela in sede civile.

Molte le decisioni in materia di installazione di impianti di telefonia. Con sentenza n. 9225 del 21 settembre 2007, la Sez. Il *bis* ha respinto il ricorso proposto da una società operante nel settore della telefonia mobile per l'annullamento di un provvedimento comunale di diniego dell'autorizzazione edilizia all'installazione di un impianto di telefonia mobile, in quanto contrastante con il piano di localizzazione dei sistemi e degli impianti radioelettrici. Ha affermato il Tar che alle Regioni ed ai Comuni è consentito, ai sensi degli artt. 3, primo comma, lett. d), e 8, primo comma, lett. e) e 6, l. 22 febbraio 2001, n. 36, introdurre criteri localizzativi degli impianti radioelettrici (ancorché espressi in negativo), come i divieti di installazione su "specifici" edifici (ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido); non è invece consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, recanti criteri distanziali "generici ed eterogeni", come la prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi.

Con sentenza n. 8582 del 5 settembre 2007 la stessa Sez. II *bis* ha respinto il ricorso presentato da terzi contro il rilascio di una concessione edilizia per l'installazione di strutture per una stazione radio base, affermando l'inapplicabilità dell'obbligo della previa comunicazione di avvio del procedimento, attesta l'indeterminatezza e la conseguente impossibilità di individuare soggetti che potrebbero ritenersi lesi dall'accoglimento della domanda.

## **7. Ambiente**

La Sez. I è stata chiamata ad affrontare numerose questioni legate a situazioni emergenziali, in virtù della competenza attribuita al Tar del Lazio con l'art. 3, comma 2 *bis*, d.l. 30 novembre 2005, n. 245 (aggiunto dalla l. di conversione 27 gennaio 2006, n. 21), secondo cui, nelle situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, primo comma, l. 24 febbraio 1992, n. 225, "la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei conseguenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma".

Al riguardo, con sentenza n. 12470 del 5 dicembre 2007 si è affermata la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità di siffatta normativa processuale, sottolineando che la concentrazione presso il TAR del Lazio della questioni inerenti la legittimità dei provvedimenti adottati nelle situazioni di emergenza ambientale è giustificata dal rilievo nazionale dei provvedimenti oltre che dallo scopo di "delocalizzare" il relativo contenzioso e che tale esigenza sussiste anche con riguardo a provvedimenti che siano connessi ai primi, ovvero incidano sugli stessi. Al riguardo la Sezione è stata peraltro confortata dalla Corte costituzionale (sentenza 26 giugno 2007, n. 237), la quale ha osservato che non solo i provvedimenti commissariali sono atti dell'amministrazione centrale dello Stato (in quanto emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo) ma che essi sono in definitiva finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse, quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte. È stato quindi confermato l'orientamento secondo cui spetta al

legislatore un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali, con il solo limite della non irrazionale predisposizione degli strumenti di tutela, pur se tra loro differenziati; discrezionalità di cui il legislatore fruisce anche nella disciplina della competenza.

Con la sentenza n. 14155 del 28 dicembre 2007, si è dato atto che la possibilità di deroga alla legislazione vigente si atteggia quale misura estrema, pur nell'ambito di una situazione intrinsecamente emergenziale, con la conseguenza che, affinché l'eccezionale potere di deroga possa considerarsi legittimo e possa dirsi scongiurato "qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti" (cfr. Corte costituzionale 14 aprile 1995, n. 127), è imprescindibile che l'autorità amministrativa si faccia carico ex ante di individuare "le principali norme" che, applicabili in via ordinaria, pregiudicherebbero invece l'attuazione degli interventi di emergenza.

Si è pertanto ritenuta illegittima l'ordinanza con cui il Presidente del Consiglio dei Ministri, nel dichiarare l'emergenza nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti solidi urbani con conferimento della delega a provvedere al Prefetto, abbia sancito genericamente la derogabilità, in contrasto con i principi di cui all'art. 5, l. 24 febbraio 1992, n. 225, ad un intero corpo normativo (nella fattispecie la l. 109/94 in materia di lavori pubblici, nonché l'intero settore posto a tutela delle bellezze naturali) senza la circostanziata individuazione ex ante della principali norme che, applicabili in via ordinaria, avrebbero pregiudicato l'attuazione degli interventi stessi.

Secondo la Sezione, inoltre, ove le ordinanze presidenziali adottate ai sensi dell'art. 5, l. n. 225 del 1992 non rechino la puntuale indicazione delle norme suscettibili di deroga, ma la derogabilità venga consentita con riferimento ad interi corpi legislativi, i provvedimenti attuativi debbono comunque contenere la puntuale e motivata indicazione del nesso di strumentalità tra l'esercizio della deroga e l'emergenza da soddisfare.

## **8. Pubblico impiego**

In relazione al contenzioso in materia di pubblico impiego meritano di essere segnalate alcune questioni, trattate dalla Sez. I, che hanno riguardato i magistrati ordinari e gli appartenenti al Corpo diplomatico.

Su un piano generale, in occasione di alcune controversie relative al conferimento di uffici direttivi magistratuali, il Tribunale, chiamato ad applicare le innovative disposizioni di ordinamento giudiziario sancite da un limite di età di sessantasei o sessantotto anni per l'accesso a detti uffici, ha sollevato con ordinanze nn. 1656 e 1657 del 23 febbraio 2007, questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, comma 45, l. 25 luglio 2005, n. 150 e 3, d.lgs. 16 gennaio 2006, n. 20, nella parte in cui non tenevano conto della possibilità concessa ai magistrati di prolungare la loro permanenza in servizio fino al compimento del settantacinquesimo anno di età. Con sentenza 3 luglio 2007, n. 245, la Corte costituzionale ha condiviso le argomentazioni del rimettente, dichiarando l'illegittimità costituzionale: a) delle anzidette disposizioni "nella parte in cui non prevedono che alle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi direttivi di uffici giudiziari di primo e di secondo grado possano partecipare i magistrati che, per avere esercitato il diritto al prolungamento del servizio oltre la data di ordinario collocamento a riposo, previsto dalle norme vigenti, assicurino comunque la permanenza nell'incarico per almeno quattro anni"; b) in via consequenziale (ai sensi dell'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87) degli artt. 2, comma 45, l. n. 150 del 2005 e 2, d.lgs. n. 20 del 2006, "nella parte in cui non prevedono che alle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi direttivi di uffici giudiziari di legittimità possano partecipare i magistrati che, per avere esercitato il diritto al prolungamento del servizio oltre la data di ordinario collocamento a riposo, previsto dalle norme vigenti, assicurino comunque la permanenza nell'incarico per almeno due anni". La pronuncia della Consulta è stata da ultimo recepita con la l. 30 luglio 2007, n. 111 che, intervenendo sul d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 ha introdotto l'art. 34 *bis* (limite di età per il conferimento di funzioni semidirettive) e ha sostituito l'art. 35 (limiti di età per il conferimento di funzioni direttive).

Quanto alle fattispecie singolari, va anzitutto ricordata la sentenza 5 aprile 2007, n. 3036, con cui è stato deciso il ricorso proposto avverso la deliberazione del Consiglio superiore della magistratura avente ad oggetto la nomina a Primo Presidente della Corte di cassazione. In particolare, il Tribunale, precisati i limiti del sindacato del giudice amministrativo sugli atti con cui l'Organo di autogoverno della magistratura provvede al conferimento degli incarichi direttivi, ha

annullato il provvedimento impugnato per ingiustificato contrasto con precedenti determinazioni favorevoli al ricorrente.

La pronuncia 5 febbraio 2007, n. 845 ha avuto invece ad oggetto il tema dei benefici non economici dei magistrati ordinari che prestano servizio nelle sedi disagiate. In questa decisione è stato tra l'altro affrontato il complesso tema dell'estensione della sfera entro cui il potere legislativo può legittimamente incidere sul rapporto di servizio dei pubblici dipendenti.

Passando al Corpo diplomatico, merita di essere segnalata la sentenza 21 settembre 2007, n. 9189, concernente la promozione di alcuni diplomatici al grado di ambasciatore. Il Tribunale ha in questa occasione esaminato il nuovo sistema di avanzamento della carriera diplomatica, ricordando che le nomine ai gradi di vertice (ministro plenipotenziario e, in misura maggiore, ambasciatore) sono espressive di un tasso di discrezionalità particolarmente elevato, in ragione delle peculiari funzioni connesse ai relativi incarichi e della connotazione in certo qual senso "fiduciaria" della nomina (ciò che si desume, tra l'altro, dalla configurazione normativa del procedimento, caratterizzato dalla intestazione dei poteri di iniziativa e decisori in capo all'organo di vertice dell'Esecutivo).

Con riferimento alle procedure concorsuali, con sentenza n. 8848 dell'11 settembre 2007 la Sez. II *bis* ha respinto il ricorso proposto dal concorrente ad un concorso per avere censurato l'operato della commissione giudicatrice che aveva ommesso di valutare un titolo da lui non indicato nella domanda di partecipazione, ma posseduto dalla stessa Amministrazione. Ha affermato il Tribunale che in tema di concorsi per la copertura di posti della Pubblica amministrazione, la Commissione deve prendere in considerazione solo i titoli indicati dall'aspirante nella domanda di partecipazione, a nulla rilevando che il documento attestante il titolo ommesso sia detenuto dalla P.A., in quanto l'obbligo di collaborazione che grava su quest'ultima non può arrivare fino al punto da imporle di sostituirsi all'interessato nell'individuazione dei titoli di studio o di servizio suscettibili di positiva valutazione da parte del collegio giudicante.

Sempre in tema di assunzioni, di indubbio interesse è la sentenza n. 6049 del 5 luglio 2007 (Sez. I *bis*), con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso il diniego di assunzione diretta nel Corpo dei vigili del fuoco prevista per i congiunti di vigili del fuoco deceduti o divenuti permanente inabili al servizio per effetto di ferite o lesioni riportate nell'espletamento delle attività istituzionali, nella considerazione che la norma di favore è applicabile sempre che sussista un nesso causale diretto ed immediato tra l'evento esterno (verificatosi del corso dell'espletamento dell'attività istituzionale) e la ferita o la lesione generatrice della permanente inabilità al servizio (nella specie il diniego di assunzione era motivato sul rilievo che l'infermità psicopatologica che aveva determinato la cessazione dal servizio attivo del genitore del ricorrente, in conseguenza di una ferita riportata in attività di servizio, aveva una relazione solo indiretta e mediata, trattandosi di disturbo *post traumatico da stress ad insorgenza tardiva*).

Di particolare interesse è anche la sentenza n. 6736 del 19 luglio 2007 (Sez. III *quater*), che ha accolto il ricorso proposto da un medico convenzionato di medicina generale avverso le graduatorie regionali per l'attribuzione degli incarichi nelle zone carenti, nonché il presupposto d.P.R. 28 luglio 2000, n. 270 nelle parti in cui si dispone una riserva di posti dell'80% per i medici in possesso di attestato triennale di frequenza di medicina generale e si prevede l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo di punti 7,20 per il possesso di detto titolo. E' stato infatti ritenuto in contrasto con l'art. 30, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, attuativo della direttiva 93/16/CE, l'art. 3, comma 6, d.P.R. n. 270 del 2000, nella parte in cui prevede una riserva maggioritaria per l'esercizio della professione, nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, per i medici in possesso del predetto attestato. Peraltro, è stato affermato che l'attestato triennale di frequenza di medicina generale non può essere valutato con il punteggio aggiuntivo (punti 7,20) ove costituisca titolo per l'ammissione in graduatoria, mentre può ben comportare l'attribuzione di ulteriori punti 7,20 quando costituisca un titolo aggiuntivo per i medici abilitati prima del 31 dicembre 1994 i quali possono (*ex art. 30 cit.*) essere ammessi, in deroga, nelle dette graduatorie.

La sentenza n. 11669 del 23 novembre 2007 (Sez. I *bis*) si è occupata della tutela dei lavoratori che assistono familiari portatori di handicap. Ha chiarito che, anche dopo il venir meno

del requisito della convivenza del familiare lavoratore con il disabile da assistere, è necessario che l'Amministrazione di appartenenza valuti ancor più rigorosamente l'esistenza dell'altro requisito richiesto dall'art. 33, quinto comma, l. 5 febbraio 1992, n. 104, vale a dire che sia dimostrata l'assistenza continua ed esclusiva del lavoratore che propone la domanda, soprattutto laddove nella medesima zona risiedano altri familiari idonei ad accudire la persona disabile. Come ha precisato la Corte costituzionale con la sentenza n. 325 del 29 luglio 1996, in occasione dello scrutinio di costituzionalità della norma in argomento, il legislatore ha inteso salvaguardare l'assistenza in atto, al fine di evitare rotture traumatiche del rapporto instauratosi tra soggetto disabile e lavoratore destinatario del beneficio in parola, sicché allorquando, come nella specie sottoposta al giudizio del Tar, il rapporto di continua assistenza più non sussiste a causa della notevole distanza che separa la sede di servizio del ricorrente dal Comune di residenza del disabile, la norma in questione non ha possibilità applicative.

Con sentenza n. 1984 del 3 marzo 2007 la Sez. I *bis* ha chiarito che in caso di sospensione cautelare dal servizio di un pubblico dipendente per pendenza di procedimento penale, un periodo di servizio attivo è incomputabile ai fini del calcolo del quinquennio al compimento del quale vengono meno gli effetti della sospensione, e ciò anche nel caso in cui tale periodo di servizio attivo costituisca *factio juris* per essere stata revocata con effetto retroattivo la misura della sospensione cautelare obbligatoria a suo tempo disposta in conseguenza di misura restrittiva della libertà personale.

Di sicuro interesse è la sentenza della sez. III *bis* n. 3208 del 13 aprile 2007, che ha svolto un'ampia e approfondita analisi delle voci di danno patrimoniale e non patrimoniale conseguenti a destituzione illegittima di un pubblico dipendente prima della privatizzazione del rapporto di impiego con le Pubbliche amministrazioni. Ha preliminarmente chiarito, con riferimento alla normativa all'epoca vigente, che appartengono alla giurisdizione amministrativa esclusiva tutte le controversie relative al risarcimento dei danni dei pubblici dipendenti, senza che sia dato distinguere tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana dell'Ente pubblico non economico datore di lavoro, non potendo ricondursi quest'ultima — sempre che sussista un

collegamento non occasionale tra comportamento illegittimo e rapporto di lavoro — alla categoria delle questioni attinenti ai diritti patrimoniali consequenziali. Si è poi soffermata ad analizzare la prova che deve essere dedotta in giudizio, motivatamente discostandosi dalla giurisprudenza che ritiene sufficiente l'allegazione degli elementi di prova che siano idonei a consentire al giudice di sviluppare la successiva istruttoria. Ha quindi seguito la linea più rigorosa, chiarendo che il ricorrente è tenuto a indicare i fatti, gli elementi di diritto e i mezzi di prova di cui intende avvalersi. Ad avviso del Tribunale questa impostazione risulta essere non solo maggiormente conforme al carattere dispositivo del processo su diritti soggettivi, ma anche pienamente coerente: a) con il tradizionale assunto secondo cui il principio dispositivo opera sempre incondizionatamente, qualora si tratti di materiale probatorio la cui produzione in giudizio rientri nella piena disponibilità della parte interessata; b) con l'impostazione rigorosa rinvenibile nella giurisprudenza della Cassazione in ordine all'onere probatorio ricadente sulla parte privata anche nel processo contro una pubblica amministrazione.

La sentenza 10 maggio 2007, n. 4251 (Sez. I) ha delineato la distinzione tra danno biologico e danno esistenziale evidenziando che, in tema di demansionamento e dequalificazione nel pubblico impiego, il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica accertabile da un punto di vista medico, mentre il danno esistenziale è da intendere come ogni pregiudizio, di natura non meramente emotiva e interiore ma oggettivamente accertabile, che alteri le abitudini del soggetto ed i suoi assetti relazionali, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno; ne consegue che il danno esistenziale, essendo legato indissolubilmente alla persona, e, quindi, non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare utilizzato per la determinazione del danno biologico, necessita di precise indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, indicando le circostanze comprovanti l'alterazione delle sue abitudini di vita.

In materia di risarcimento del danno da mobbing la sentenza 17 aprile 2007, n. 3315 (Sez. I *quater*) ha fissato alcuni principi: a) stante quanto disposto dalla Corte di Cassazione a SS.UU. con la sentenza n. 8438 del 4 maggio 2004, è rilevante accertare la natura giuridica dell'azione di

responsabilità proposta, in quanto solo l'azione di responsabilità contrattuale è ritenuta rientrante nella cognizione del giudice amministrativo, mentre deve ritenersi di competenza del giudice ordinario l'azione proposta in via extra-contrattuale; b) nell'ambito della responsabilità contrattuale rientra indiscutibilmente il demansionamento, in quanto si traduce nella violazione di specifici obblighi contrattuali; c) proprio in relazione a situazioni riconducibili a mobbing – normalmente connesse a vizi che interessano una serie di atti – va ritenuto di particolare rilievo “il più recente indirizzo della Corte di Cassazione a Sezioni Unite”, il quale “consente di superare il precedente orientamento giurisprudenziale (Cons. St., Ad. Plen. 26.3.2003, n. 4), secondo cui l'azione risarcitoria, proposta davanti al giudice amministrativo per lesione di interessi legittimi è ammissibile – dopo il pronunciamento della Corte di Cassazione a SS.UU. con sentenza n. 500 del 1999 – ma dovrebbe essere preceduta, entro gli ordinari termini decadenziali, da tempestiva impugnazione degli atti ritenuti affetti da vizi di legittimità”; d) ancorché non necessiti la tempestiva impugnazione dei singoli atti, la domanda risarcitoria deve tuttavia essere ritenuta inammissibile nei casi in cui non si sia proceduto quanto meno all'individuazione chiara dei provvedimenti lesivi ed all'enunciazione dei vizi che determinerebbero l'illegittimità di ciascuno di essi, nonché a fornire un principio di prova in ordine al danno morale e biologico patito.

## **9. Professioni**

Di interesse è la sentenza n. 11148 del 12 novembre 2007 (Sez. III *quater*), che respinge il ricorso di un soggetto in possesso di una qualificazione professionale con ampia garanzia di attendibilità, riconosciuta a livello internazionale, il quale pretendeva l'iscrizione in Italia alla sez. A, settore “a” (quello cioè riservato ai possessori di laurea specialistica o di laurea del vecchio ordinamento), dell'Albo degli ingegneri ed impugna il provvedimento ministeriale di reiezione della domanda di riesame in autotutela del precedente diniego. E' stato affermato che il principio comunitario della libera circolazione di professionisti nell'ambito europeo, di cui all'art. 52 del Trattato di Roma, comporta che lo svolgimento di un'attività lavorativa in uno degli Stati membri deve risultare neutro (ossia non discriminato rispetto a quello svolto in altro Stato membro), ma non può comportare lo svolgimento di attività professionali in uno Stato in elusione di norme

tassative nazionali in materia di formazione professionale. In particolare, trattandosi di una professione per il cui esercizio la Comunità non ha stabilito il livello minimo di qualifica necessario, gli Stati membri conservano la facoltà di stabilire il predetto livello allo scopo di garantire la qualità delle prestazioni fornite sul loro territorio e di assicurare l'integrità fisica ed economica dei manufatti realizzati, nonché la pubblica incolumità. E' stato quindi affermato che, se è vero che lo Stato italiano non può imporre ad un cittadino di un'altro Stato membro di acquisire i diplomi rilasciati nel quadro dei suoi sistemi nazionali di insegnamento, può pur sempre pretendere che le qualifiche acquisite in un altro Stato membro siano corrispondenti a quelle prescritte dalle disposizioni nazionali. In caso contrario, infatti, si finirebbe per discriminare i cittadini italiani muniti delle prescritte qualificazioni didattiche e professionali. Pertanto, posto che l'accesso alla professione di ingegnere senior è subordinato al compimento di un corso di studi universitari o equivalente di durata superiore a quattro anni, tale accesso deve essere consentito soltanto ai possessori di un diploma che certifichi il compimento di un corso di studi universitario o per lo meno di un titolo ad esso assimilabile. E' stato anche affermato che, a prescindere dalle effettive capacità professionali del ricorrente, sul piano formale, se ai fini dell'ammissione della Sez. A all'Albo degli ingegneri è necessario il possesso di un diploma di laurea formalmente valido, ancorché conseguito all'estero, tale elemento non può essere supplito da corsi privati di formazione professionale di non acclarata natura e qualificazione in termini didattici.

Da segnalare anche la sentenza n. 12974 del 12 dicembre 2007 (Sez. III *quater*), che ha respinto il ricorso, proposto da diversi Consigli di ordini provinciali dei dottori commercialisti e da singoli dottori commercialisti, avverso il decreto ministeriale di convocazione delle assemblee per la prima elezione dei costituenti consigli dell'ordine "dei dottori commercialisti ed esperti contabili" previsto dalla l. 24 febbraio 2005, n. 34, il relativo regolamento elettorale, il provvedimento di fissazione dei seggi e la proclamazione degli eletti. Con riguardo alle varie censure dedotte dalla parte ricorrente, in gran parte volte a sollevare questioni di costituzionalità di alcune norme dettate dalla l. n. 34 del 2005 e dal d.lgs. n. 139 del 28 giugno 2005, è stato affermato che: nessuna disposizione della legge succitata prevede l'unificazione delle casse di previdenza come necessariamente propedeutica all'unificazione dei collegi degli ordini professionali. Non risultano

violati: a) l'art. 117 Cost., in quanto la materia in esame non rientra in quella delle "professioni" appartenente alla legislazione concorrente, bensì nell'ambito della lett. g) (ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti nazionali) delle materie di legislazione esclusiva dello Stato; b) l'art. 67 Cost., per non aver rispettato il criterio di delega della proporzionalità e rappresentatività nella composizione dei consigli locali e nazionale, in quanto la norma che detta i criteri di proporzionalità e rappresentatività sembra riferirsi essenzialmente ai rapporti tra gli iscritti ai due ordini, onde non consentire prevalenze illegittime; c) gli artt. 3 e 76 Cost., in quanto l'aver attribuito i quattro quinti dei seggi alla lista che avrà conseguito il maggior numero di voti validi, ed i restanti seggi alla lista solo seconda per voti validi conseguiti, risulta essere un criterio maggioritario, che non viola alcun principio costituzionale e che consente comunque una rappresentatività anche agli appartenenti alla lista non vincitrice, essendo pacifico che il sindacato proposto incontra il limite della legittima discrezionalità legislativa, il cui esercizio, nella specie, non si palesa affatto irragionevole od in contrasto con criteri di rappresentatività; e ciò vale anche per il regime transitorio che deve realizzare, in sede di prima elezione, l'unificazione dei consigli; d) gli artt. 2, 3, 4, 23 e 33 Cost. dalla norma che prevede la confluenza nella sez. A, relativa ai dottori commercialisti, anche dei ragionieri attualmente iscritti al proprio albo, trattandosi evidentemente di disposizione transitoria riguardante solo la fase di prima attuazione e quindi di norma in certo senso eccezionale che non inficia l'impianto generale dell'ordinamento, peraltro accompagnata da correttivi quali l'indicazione che trattasi di ragioniere commercialista, del titolo di studio e professionale posseduti, dell'anzianità d'iscrizione e dell'albo di provenienza; correttivi posti a garanzia del corretto esercizio della professione e che hanno solo una incidenza in sede di prima attuazione delle procedure elettorali sulla unificazione, con temperamenti quali la presentazione separata delle liste. D'altro canto, sono state ritenute irrilevanti le questioni poste con riguardo alle norme relative ad ipotesi di incompatibilità, obblighi del segreto, attribuzioni dei consigli, procedimenti disciplinari, poiché esulano completamente dalla fattispecie dedotta in ricorso che attiene alla procedura di elezione, trattandosi cioè di disposizioni che non hanno alcun collegamento, nemmeno indiretto, con gli atti impugnati.

## 10. Militari

La sentenza della Sez. I *bis* n. 3112 del 19 aprile 2007 si è preoccupata di definire le condizioni che devono ricorrere perché il militare possa fruire di un alloggio ovvero di servizio e alloggio connesso al servizio. Nel primo caso trattasi di un vero e proprio “beneficio” che l’Amministrazione concede al militare e che, proprio perché tale, può essere normativamente graduato - in relazione a scelte ampiamente discrezionali del soggetto concedente - con minor o maggior larghezza. Nel secondo caso, invece, non si tratta di un beneficio ma di assegnazione strumentalmente necessaria per il corretto svolgimento di un determinato servizio. Ciò è quanto avviene, ad esempio, allorquando: il militare si trovi “di stanza” in una zona ove non vi sia materiale disponibilità di alloggi; ovvero occorra la presenza costante e permanente (diurna e notturna) del militare, per ragioni di sicurezza e/o di difesa, entro una certa area o entro un determinato sito; sia vietato al militare (o sia per lui obiettivamente impossibile, per fatti e/o circostanze da lui non dipendenti) allontanarsi, alla fine del turno di servizio, dal luogo di svolgimento dello stesso, o dal mezzo entro cui esso si svolge (si pensi alle ipotesi di stazioni operative situate in zone impervie o difficilmente accessibili o “coperte” da dispositivi di sicurezza e di difesa non agevolmente varcabili; ovvero al servizio prestato su mezzi mobili come navi, sommergibili, stazioni spaziali etc.). E’ evidente che in casi di tal genere l’espletamento dell’incarico diviene impossibile senza l’assegnazione in uso, al militare coinvolto nel servizio, dell’alloggio. Ne discende che nei predetti casi sussiste per l’Amministrazione l’obbligo di assicurare al militare la fruizione di un alloggio.

Con la sentenza n. 1595 del 22 febbraio 2007 la Sez. I *bis* ha affermato che un tatuaggio, ove non visibile ovvero non esteticamente sgradevole o raccapricciante, non può costituire di per se solo motivo di non idoneità all’arruolamento nell’Arma dei Carabinieri.

Peraltro, sempre in tema di tatuaggio con la sentenza n. 6831 del 20 luglio 2007 la stessa Sez. I *bis* ha sostenuto che un tatuaggio va considerato dalla Commissione di concorso come alterazione estetica che, se rilevante, comporta inidoneità all’arruolamento.

Con sentenza n. 2714 del 28 marzo 2007 la Sez. II ha annullato la sanzione disciplinare a carico di un appartenente al Corpo della Guardia di finanza per omessa contestazione degli addebiti, ritenendo non equivalente, ai fini dell'avvio del procedimento disciplinare, le mere richieste di chiarimenti.

## 11. Trasporti

In materia di trasporti va segnalata innanzitutto la sentenza della Sez. III *ter* 4 giugno 2007, n. 5146, che ha respinto il ricorso proposto da una società aeroportuale per l'annullamento dei provvedimenti del Ministro dei trasporti e dell'Enac con i quali erano stati ridotti gli importi dei diritti aeroportuali, in applicazione degli artt. 11 *sexies* e 11 *terdecies* d.l. 30 settembre 2005, n. 3. Preliminarmente il Tar ha escluso che le disposizioni adottate dal Ministro costituissero una forma di aiuto di Stato a favore della compagnia di bandiera Alitalia. Infatti, ai sensi dell'art. 87 n. 1 Trattato U.E., costituiscono aiuti di Stato, incompatibili con le regole del mercato unico, gli interventi: a) effettuati con risorse statali; b) destinati ad incidere sugli scambi fra gli Stati membri; c) finalizzati a concedere un indebito vantaggio ad un'impresa; d) aventi effetti pregiudizievoli per la concorrenza, nel senso di favorire solo alcune imprese e non la totalità di esse. Ad avviso del Tribunale, nel caso sottoposto al suo esame manca certamente il requisito *sub c)*, atteso che la riduzione dei diritti aeroportuali operata dal Legislatore nazionale è destinata ad incidere su tutti i vettori, prescindendo quindi dalla nazionalità degli stessi. E' carente, dunque, il requisito della selettività. Che poi i vettori stranieri, a differenza di quelli nazionali, beneficerebbero di detto sgravio una sola volta, e cioè quando atterrano nell'aeroporto italiano, non è fattore sufficiente a conferire alla misura natura di aiuto, atteso che salva l'ipotesi, del tutto casuale, in cui i diritti aeroportuali imposti in Italia sono identici a quelli di altro Stato comunitario, la differenza *in melius* o *in pejus* della debenza rappresenta la regola, mai tacciata di anticoncorrenzialità. Infine, non vale ad attribuire la natura di aiuto di Stato ai benefici in questione il fatto che la diminuzione degli oneri a carico dei vettori comporti una perdita economica per i gestori aeroportuali, atteso che questi ultimi

non si trovano in regime di concorrenza con i vettori. Il Tribunale ha poi escluso che le disposizioni in questione violino il principio comunitario di non discriminazione degli operatori esteri in quanto, oltre ad applicarsi a tutti i vettori di qualsiasi nazionalità, introducono un meccanismo che consente agli operatori economici di garantirsi la copertura dei costi affrontati.

## **12. Tutela della salute**

Di notevole interesse è la sentenza della Sez. III n. 8917 del 14 settembre 2007, che ha annullato in parte la circolare della Regione Lazio relative alle residenze sanitarie assistenziali, nella parte in cui limita a soli due giorni le assenze consecutive autorizzabili ai ricoverati pena la perdita del posto. Ha chiarito che se i giorni di assenza autorizzabili nell'anno sono in totale dieci, non si comprende perché di essi l'ospite della RSA non possa anche complessivamente e in una sola volta godere. Oltretutto, due soli giorni di assenza volta per volta autorizzabili sembrano effettivamente tali, per limitatezza del periodo temporale, da impedire la libera esplicazione dei movimenti e delle libere scelte di relazione sociale dell'assistito anche al di fuori della struttura che lo ospita, in sostanziale contrasto con i principi di tutela delle libertà individuali al riguardo sottolineati e ribaditi anche dalla stessa legislazione regionale

Importante è anche l'ordinanza n. 845 del 6 luglio 2007 emessa dalla Sez. III *quater* sul ricorso proposto da diverse Case farmaceutiche avverso le determinazioni del 27 settembre 2006 dell'Agenzia Italiana del Farmaco, relative alla manovra per il governo della spesa farmaceutica convenzionata e non convenzionata, nonché al completamento e definizione della manovra di ripiano della spesa stessa onde anticiparne gli effetti al fine di ridurre il disavanzo per l'anno 2006 e contestualmente evitare il cumulo di possibili disavanzi nel 2007. La decisione su tali ricorsi si è dovuta fare carico anche della sopravvenuta legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296 che, all'art. 1, comma 796, lett. f), ha confermato, per gli anni 2007 e seguenti, le misure di contenimento della spesa farmaceutica assunte dall'Agenzia Italiana del Farmaco con precedenti determinazioni oltre che con quelle sopra ricordate. Con detta ordinanza è stato sospeso il giudizio

e sono state poste questioni interpretative alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE, con riferimento, in particolare, alla direttiva 21 dicembre 1988 n. 89/105/CE riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia. I quesiti rivolti alla Corte di Giustizia con riferimento agli articoli della direttiva possono così essere sintetizzati: a) dopo che gli artt. 2 e 3 hanno modulato il rapporto tra le pubbliche autorità di uno Stato membro e le imprese farmaceutiche -- nel senso di affidare la determinazione del prezzo di una specialità medicinale o il suo aumento alle indicazioni fornite dalle prime ma nella misura riconosciuta dall'autorità preposta e, quindi, sulla base di una interlocuzione tra le imprese stesse e le autorità preposte al controllo della spesa farmaceutica -- l'art. 4, paragrafo 1, si preoccupa di disciplinare "il blocco dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie" configurandolo come un mezzo di carattere generale da sottoporre a verifica, al fine di stabilirne il mantenimento, almeno una volta all'anno con riferimento alle condizioni macroeconomiche esistenti nello Stato membro. La disposizione attribuisce alle autorità competenti un termine di 90 giorni per provvedere, prevedendo che queste, allo spirare di esso, debbano annunciare quali sono le eventuali maggiorazioni o diminuzioni di prezzo apportate. Tale essendo il quadro normativo di riferimento si è chiesto di conoscere se l'interpretazione di tale disposizione, nella parte che si riferisce alle "eventuali diminuzioni previste", è nel senso che, oltre al rimedio generale costituito dal blocco dei prezzi di tutte o di certe categorie di specialità medicinali sia previsto o no anche un altro rimedio generale, costituito dalla possibilità di una riduzione dei prezzi di tutte e di certe categorie di specialità medicinali ovvero se l'inciso "eventuali diminuzioni" deve essere riferito esclusivamente alle specialità medicinali già sottoposte al blocco dei prezzi; b) si è altresì chiesto di conoscere se l'art. 4, paragrafo 1 -- nella parte in cui impone alle Autorità competenti di uno Stato membro di verificare, almeno una volta all'anno, nel caso di blocco dei prezzi, se le condizioni macroeconomiche giustificano la prosecuzione del blocco medesimo -- può essere interpretato nel senso che, ammessa la riduzione dei prezzi come risposta al quesito numero 1, è possibile il ricorso a tale misura anche più volte nel corso di un unico anno e nel ripetersi di molti anni (a partire dal 2002 e fino al 2010); c) se, ai sensi del predetto art. 4 -- da leggere alla luce delle premesse che si soffermano sullo scopo principale delle

misure di controllo dei prezzi delle specialità medicinali individuate nella “promozione della salute pubblica attraverso un’adeguata disponibilità di specialità medicinali e prezzi ragionevoli e dall’esigenza di evitare disparità di misure che possano ostacolare o falsare il commercio intercomunitario di dette specialità” – possa ritenersi compatibile con la disciplina comunitaria l’adozione di misure che facciano riferimento ai valori economici della spesa solo “stimati” anziché “accertati” (il quesito riguarda entrambe le fattispecie); d) se le esigenze connesse al rispetto dei tetti di spesa farmaceutica, che ogni Stato membro è competente a determinare debbano essere collegati puntualmente alla sola spesa farmaceutica oppure se possa ritenersi rientrante nella sfera di potestà degli stati nazionali la facoltà discrezionale di tener comunque conto anche dei dati relativi alle altre spese sanitarie; e) se i principi di trasparenza e partecipazione delle imprese interessate ai provvedimenti di blocco o riduzione generalizzata dei prezzi dei farmaci, desumibili dalla direttiva, debbano essere interpretati nel senso che sia necessario prevedere sempre e comunque una possibilità di deroga al prezzo imposto (art. 4, secondo comma della direttiva) ed una partecipazione concreta dell’impresa richiedente, con conseguente necessità per l’amministrazione di motivare l’eventuale diniego.

### **13. Tutela dei consumatori**

In materia di tutela dei consumatori, e con precipuo riferimento alle associazioni dei consumatori, la Sez. III *ter* con sentenza 22 febbraio 2007, n. 1560 ha annullato l’iscrizione dell’associazione Cittadinanzattiva al Consiglio Nazionale dei consumatori e degli Utenti (CNCU) per avere detta Associazione ricevuto contributi in denaro da società farmaceutiche per i cui prodotti la stessa ha svolto campagne informative più propriamente qualificabili come campagne promozionali. Ha infatti chiarito il Tribunale che la formulazione letterale dell’art. 5, terzo comma, l. 30 luglio 1998, n. 281 consente di dare della norma un’interpretazione ancora più restrittiva di quella offerta dal Ministero, nel senso di inibire in assoluto alle suddette associazioni qualsiasi forma di pubblicità, diretta o indiretta, in favore dell’attività svolta dalle suddette imprese, a prescindere da un’eventuale controprestazione economica e dal titolo per la quale essa è data. Ciò in quanto la norma vieta alle associazioni dei consumatori e degli utenti “ogni attività di promozione

e di pubblicità commerciale avente per oggetto beni o servizi prodotti da terzi” nonché “ogni connessione di interessi con imprese di produzione e di distribuzione”; in altri termini preclude non solo qualsiasi forma di pubblicità, a qualunque titolo sia fatta, ma anche ogni rapporto con imprese di produzione e di distribuzione, dovendosi porre, proprio per il delicato ruolo che svolgono, in una posizione di totale terzietà con tutte le aziende produttrici di beni e fornitrici di servizi.

#### **14. Adozioni internazionali**

La Sez. I, con sentenza n. 3037 del 5 aprile 2007 ha affrontato le problematiche inerenti all'esercizio dei poteri di vigilanza e sanzionatori, da parte della Commissione per le Adozioni Internazionali (C.A.I.) istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con riferimento alle attività espletate, nel quadro della richiesta di adozione internazionale, presso Stati esteri da associazioni all'uopo autorizzate. È stato valutato ed esaminato – anche alla luce delle criticità operative che connotano l'attività in discorso all'interno di scenari caratterizzati, da un lato, da un sovradimensionamento della domanda rispetto alle potenzialità adottive di taluni Stati esteri e, dall'altro, da non sottovalutabili fenomeni di illecito – il rapporto intercorrente fra lo svolgimento della funzione di vigilanza e l'attivazione dei poteri sanzionatori (entrambi rimessi alla C.A.I.), alla luce della ritenuta preminenza degli interessi tutelati dagli artt. 31 e 32 Cost., inerenti alla promozione e tutela della famiglia, della maternità e dei figli (principi, che si è ritenuto non possano non trovare espansione anche con riferimento alla prole non naturale).

#### **15. Alloggi demaniali**

Di interesse è la sentenza n. 3109 del 10 aprile 2007 della Sez. I *bis*, con la quale è stato affermato il principio in base al quale esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il canone di un bene demaniale ove oggetto del contendere non sia l'uso del potere amministrativo discrezionale dell'Amministrazione concedente ma la modalità operativa che si assume viziata da un errore nel calcolo. La giurisdizione resta invece incardinata presso il giudice amministrativo ogniqualvolta si contesti non tanto il risultato dell'attività di

rideterminazione (c.d. "adeguamento") del canone (in sé e per sé considerata) quanto, piuttosto, la legittimità degli atti regolamentari a contenuto normativo generale con i quali l'amministrazione ha fissato, nell'esercizio del potere discrezionale di cui è titolare, i criteri di base per effettuare tale operazione.

## **16. Diritto sportivo**

Con sentenza n. 5645 del 21 giugno 2007 la Sez. III *ter*, dopo aver ribadito la competenza del giudice amministrativo a conoscere le controversie aventi ad oggetto le sanzioni inflitte a società sportive per illecito sportivo nonché la necessità della previa impugnazione degli atti federali dinanzi alla Camera arbitrale in quanto condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale, ha riconosciuto la legittimità della penalizzazione irrogata ad una squadra di calcio nei cui confronti è stata accertata la responsabilità oggettiva o presunta per un illecito sportivo concernente l'alterazione del risultato relativamente anche ad una sola gara. L'illecito sportivo (di cui all'art. 6 del Codice di giustizia sportiva), infatti, si configura come illecito di pericolo o, meglio, a consumazione anticipata, concretandosi nel "compimento, con qualsiasi mezzo, di atti diretti ad alterare lo svolgimento o il risultato di una gara ovvero ad assicurare a chiunque un vantaggio in classifica", con la conseguenza che, ai fini della sua configurabilità, è sufficiente dimostrare che il soggetto ha posto in essere atti idonei a mettere in pericolo il bene protetto. Lo stesso Tribunale ha poi affermato che legittimamente le intercettazioni telefoniche sono state valutate in sede amministrativa, in conformità del principio di libera utilizzazione degli elementi di prova acquisiti in procedimenti diversi, che opera in assenza di un principio di tipicità dei mezzi di prova. Quanto poi alla loro valenza probatoria, il Tar ha chiarito che anche la giurisprudenza penale, ai diversi fini del giudizio penale, costantemente afferma che nell'interpretazione dei fatti comunicativi le regole del linguaggio e della comunicazione costituiscono il criterio di inferenza (premessa maggiore) che, muovendo dal testo della comunicazione o comunque della struttura del messaggio (premessa minore), consente di pervenire alla conclusione interpretativa. Sicché le valutazioni del giudice di merito sono censurabili solo quando si fondino su criteri interpretativi inaccettabili (difetto della

giustificazione esterna), ovvero applichino scorrettamente tali criteri (difetto della giustificazione interna).

Con sentenza 8 giugno 2007, n. 5280 la Sez. III *ter*, chiamata a pronunciare anche in questo caso in ordine alla legittimità di una sanzione inflitta (questa volta ad un arbitro) per illecito sportivo ha risolto in senso positivo il problema della competenza della CAF a giudicare quale organo di prima istanza nei confronti di un tesserato della Federazione che non sia dirigente della stessa (in luogo delle Commissioni disciplinari, previste dall'art. 25 del Codice di giustizia sportiva). Ciò in applicazione dei principi di *vis attractiva*, sancito dai successivi artt. 37 e 38 dello stesso Codice, che opera allorché per uno stesso fatto vengono deferiti agli organi della giustizia sportiva un tesserato con qualifica dirigenziale ed altro che tale qualifica non possiede.

Infine, con sentenza 5 novembre 2007, n. 10911 la Sez. III *ter* ha dichiarato l'assoluto difetto di giurisdizione nella controversia proposta da un arbitro non iscritto nei ruoli effettivi della Commissione Arbitri Nazionale per la Serie A e B (CAN) dell'Associazione Italiana Arbitri (A.I.A.). Ha chiarito la Sezione che ai sensi del d.l. 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla l. 17 ottobre 2003, n. 280, i rapporti tra l'ordinamento sportivo e quello statale sono regolati in base al principio di autonomia, con conseguente sottrazione al controllo giurisdizionale degli atti a contenuto tecnico sportivo. Tale criterio trova una deroga solo nel caso di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo; in tale ipotesi, le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria ove abbiano per oggetto i rapporti patrimoniali tra Società, Associazioni ed atleti, mentre ogni altra controversia avente per oggetto atti del C.O.N.I. o delle Federazioni sportive nazionali è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In altri termini, la giustizia sportiva costituisce lo strumento di tutela per le ipotesi in cui si discute dell'applicazione delle regole sportive, mentre quella statale è chiamata a risolvere le controversie che presentano una rilevanza per l'ordinamento generale, concernendo la violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi. Con precipuo riferimento al principio, introdotto dall'art. 2, d.l. n. 220 del 2003 cit., di autonomia dell'ordinamento sportivo da quello statale, che riserva al primo la disciplina delle questioni aventi

ad oggetto “i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l’irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive”, la Sezione ha richiamato propri precedenti in cui si chiariva che detta norma, letta unitamente all’art. 1, secondo comma, dello stesso decreto legge, non appare operante nel caso in cui la sanzione non esaurisce la sua incidenza nell’ambito strettamente sportivo, ma rifluisce nell’ordinamento generale dello Stato. Nel caso all’esame del Tribunale oggetto della controversia era un giudizio di carattere tecnico espresso dalla Commissione Arbitri Nazionali che si rifletteva sulla decisione di non iscrivere l’arbitro nei ruoli effettivi della CAN A e B, con conseguente mancanza della connotato della rilevanza esterna all’ordinamento sportivo degli effetti del provvedimento, che si esauriscono all’interno del predetto ordinamento non avendo alcun riflesso, né diretto né indiretto, nell’ordinamento generale il giudizio di scarsa capacità tecnica resa nei confronti dell’arbitro.

## **17. Cittadinanza**

In tema di cittadinanza è da segnalare la sentenza n. 12555 del 5 dicembre 2007 (Sez. II *quater*), che ha respinto il ricorso proposto da una straniera avverso il diniego di concessione della cittadinanza italiana, opposto dal Ministero dell’interno per carenza del requisito dell’autosufficienza, essendo la ricorrente mantenuta dal marito, anch’egli cittadino straniero. Ha chiarito il Tribunale che i criteri di valutazione per la concessione della cittadinanza italiana possono legittimamente comprendere la verifica di congruità dei redditi dell’aspirante, i quali devono essere tali garantire in ogni caso l’autosufficienza economica, consentendogli di provvedere adeguatamente e continuativamente al mantenimento suo e della sua famiglia senza gravare (in negativo) sulla comunità nazionale e concorrendo anzi (in positivo) all’adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale connessi al rapporto di cittadinanza. Ha aggiunto il Tar che ai fini della concessione della cittadinanza ciò che conta è solo il reddito personale ed attuale dell’istante, perché è irrilevante in fatto di poter disporre del sostegno economico familiare, come quello del marito, cittadino straniero sul quale non grava alcun dovere di solidarietà economica e sociale nei confronti dell’Italia della quale la ricorrente ha chiesto la cittadinanza.

## 18. Immigrazione

Il contenzioso in materia di immigrazione permane molto elevato.

Interessante è la sentenza (Sez. II *quater*) n. 5557 del 19 giugno 2007, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da un extracomunitario avverso il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo, opposto sia perché la relativa domanda era stata presentata con eccessivo ritardo sia perché priva del visto di ingresso per lavoro sul territorio nazionale. Ha chiarito il Tribunale che nell'esaminare le domande tardive l'Amministrazione deve verificare se il ritardo può ritenersi giustificato perché dovuto a forza maggiore e, quindi, non imputabile all'istante (nella specie, ritardo dell'Ambasciata del Paese di provenienza dell'istante nel rilasciare il rinnovo del passaporto, tempestivamente richiesto).

## 19. Silenzio dell'amministrazione

In materia di silenzio è da segnalare la sentenza n. 8992 del 17 settembre 2007 della Sez. II *bis*, che ha affermato il principio secondo cui l'art. 20, nono comma, t.u. 6 giugno 2001, n. 380 — a norma del quale, decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio rifiuto — deve essere coordinato con la l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha introdotto il principio che obbliga la Pubblica amministrazione a rispondere in modo espresso e motivato alle richieste formulate dai privati, in ottemperanza al principio, di portata generale, che impone ad essa l'osservanza degli obblighi di trasparenza, chiarezza e leale collaborazione nell'esercizio della sua attività. Data la premessa la conseguenza è che il silenzio-diniego, formatosi a seguito della domanda di permesso di costruire, non esclude l'obbligo dell'Amministrazione di adottare un provvedimento espresso e conclusivo né è sufficiente la comunicazione di un mero preavviso di diniego, ai sensi dell'art. 10 *bis*, l. n. 241 del 1990, che si configura come un adempimento endoprocedimentale, proprio della fase istruttoria.

Con sentenza n. 7119 del 27 luglio 2007 la Sez. II *ter* ha chiarito che nel caso in cui la richiesta del privato ha per oggetto il riesame in autotutela di un proprio precedente provvedimento

amministrativo non sussiste in capo all'Amministrazione un obbligo di provvedere che possa essere fatto valere attraverso lo speciale procedimento del silenzio-rifiuto, attesa la natura discrezionale dell'esercizio del detto potere di autotutela.

## **20. Accesso ai documenti**

In materia di accesso ai documenti è da segnalare la sentenza 14 marzo 2007, n. 2300, con la quale la Sez. II *quater* ha chiarito che sussiste una posizione qualificata e differenziata dei candidati non esclusi da un concorso a non vedere divulgato il contenuto dei propri elaborati concorsuali connotati da notevole grado di soggettività. Ha aggiunto che il diritto di accesso agli atti può essere riferito alle sole prove oggettive (ad es. i test di ingresso a scelta multipla o risposte brevi a contenuto nozionistico) ma non è suscettibile di automatica applicazione al caso di prove scritte complesse (*id est*, i temi) che, pur condividendo con le prove oggettive la funzione strumentale di essere destinate al superamento delle selezioni concorsuali, costituiscono nella loro sostanza, anche una forma di espressione della personalità del loro autore ed un'occasione per il candidato di rappresentare opinioni (eventualmente anche politiche o attinenti a settori sensibili) o ad esprimere giudizi che non si vorrebbe veder divulgati in sedi diverse da quella (ristretta) della fase concorsuale ovvero nel caso di elaborati di tipo tecnico-scientifico, esporre tesi frutto di ricerche e studi personali in corso di pubblicazione di cui altri potrebbero indebitamente appropriarsi in caso di diffusione non autorizzata.

Con sentenza 9 febbraio 2007, n. 1090 (Sez. I), è stata riconosciuta la legittimazione delle associazioni dei consumatori ad esercitare il diritto d'accesso ai documenti amministrativi, precisando però che tale legittimazione va sempre verificata in concreto. La circostanza che tali associazioni siano portatrici di interessi diffusi comporta l'esigenza di una lettura estesa dell'interesse che ne legittima l'accesso, ma non consente di configurare il diritto d'accesso, in tali ipotesi, come un'azione popolare, dovendosi accertare, ai sensi dell'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, anche per dette associazioni, la sussistenza di un interesse concreto e attuale all'accesso. Nel caso di specie, si è pertanto ritenuto legittimo il rifiuto opposto alla richiesta di un'associazione

dei consumatori di accedere ai documenti inerenti la procedura di affidamento della progettazione e realizzazione di un'opera pubblica, posto che tale domanda è stata formulata in vista della predisposizione di un'eventuale attività difensiva in sede giudiziaria, paventando un *vulnus* economico per i consumatori, derivante dalla realizzazione dell'opera de qua, meramente ipotetico.

## 21. Giurisdizione

Va segnalata la sentenza n. 10653 del 30 ottobre 2007, con la quale la Sez. I *quater* ha fatto applicazione dei principi fissati dal giudice delle leggi, con la decisione n. 77 del 12 marzo 2007, in materia di *translatio iudicii*. In particolare, ha ritenuto non necessario disporre la remissione in termini richiesta dal ricorrente – il quale si era già rivolto per la tutela della propria posizione giuridica al giudice ordinario, ottenendo una dichiarazione di difetto di giurisdizione – proprio in ragione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 30, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Sulla ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo va segnalata la sentenza 12875 del 10 dicembre 2007 della Sez. I relativa alla sospensione delle procedure di pubblicazione dei bandi di gara finalizzati alla realizzazione di un ospedale a Tirana, avvenuta nel quadro dei finanziamenti destinati dal Ministero degli Affari Esteri alla cooperazione allo sviluppo. La Sezione ha affermato che la materia della cooperazione attiene interamente alla sfera politica, trattandosi di attività che non rientra fra quelle di competenza dello Stato-amministrazione. In tale ottica, anche l'esercizio di un'attività di controllo sull'utilizzo del contributo, non può che avere la stessa natura, non essendo finalizzata alla cura di un interesse pubblico concreto ed attuale, ma piuttosto a garantire il raggiungimento dell'obiettivo "politico" perseguito dal Governo italiano.

Nella materia del pubblico impiego da segnalare la sentenza n. 4784 del 24 maggio 2007 della Sez. I, relativa alla costituzione di un rapporto di impiego con il Senato delle Repubblica, si è riaffermata l'autodichia degli organi parlamentari, la quale non è limitata ai soli rapporti di lavoro già esistenti, ma ricomprende anche i rapporti in fieri, sia per l'evidente analogia delle due situazioni, sia perché anche nell'ipotesi di costituzione di un nuovo rapporto di lavoro va evitata ogni possibilità di interferenza da parte di altri poteri od organi pubblici. Si è in particolare evidenziato che l'art. 12 del Regolamento del Senato (atto di normazione primaria sottratto a sindacato di legittimità costituzionale, come affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 154 del 1985), pur non contenendo un'espressa devoluzione agli Organi di autodichia della cognizione sui ricorsi proposti dall'extraneus, è stato costantemente interpretato dal Giudice della giurisdizione in tal senso.

Di interesse anche la sentenza 3 aprile 2007, n. 2879 (Sez. I), con la quale si è affermato che restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti gli atti amministrativi che riguardano le linee ed i principi fondamentali dell'organizzazione degli uffici (nel cui quadro i rapporti di lavoro si costituiscono e si svolgono) e che sono caratterizzati da uno scopo esclusivamente pubblicistico, rimanendo irrilevante la circostanza che tali atti eventualmente influiscano anche sugli atti di gestione di diritto privato dei rapporti di lavoro dei dipendenti (fattispecie relativa all'organizzazione degli Uffici Unep).

## **22. Processo**

### A) Termine per l'impugnazione.

Da segnalare la sentenza n. 3692 del 24 aprile 2007 della Sez. II *ter*, che ha ritenuto applicabile anche agli atti di carattere generale il principio secondo cui sono da ritenere soggetti interessati, ai quali deve essere comunicato o notificato il provvedimento, ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, non solo coloro che risultino nominativamente contemplati nell'atto ma anche coloro che possono essere individuati come soggetti sulle cui posizioni l'atto specificamente incide in ragione del suo contenuto. Si tratta quindi di soggetti che,

pur non specificamente menzionati nel provvedimento, da questo ricevono posizioni di svantaggio o vantaggio in via immediata e che per essere in numero estremamente limitato sono agevolmente identificabili sulla base della documentazione in possesso della stessa Amministrazione emanante. Data la premessa la conseguenza è che per questi il termine per impugnare non decorre dalla pubblicazione del provvedimento ma dalla sua notifica ovvero dalla piena conoscenza di esso.

#### B) Ricorso incidentale

Con sentenza 22 febbraio 2007, n. 1560 la Sez. III *ter* ha dichiarato inammissibile la notifica del ricorso incidentale al domicilio eletto dal ricorrente principale ma non al suo procuratore, come invece richiesto dall'art. 37, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054. Ha precisato che la necessità di considerare detta prescrizione come tassativa ed inderogabile si giustifica con la considerazione che nel momento in cui il ricorrente incidentale notifica il proprio gravame non è più il ricorrente principale a scegliere la strategia difensiva da opporre ai rilievi mossi dal controinteressato sia con il controricorso che, eventualmente, con il ricorso incidentale, ma è il procuratore costituito al quale il cliente ha conferito, come nel caso in esame, ampio mandato non solo a rappresentarlo in giudizio, ma anche ad adottare le iniziative da lui ritenute più idonee ad assicurare un'adeguata tutela delle proprie ragioni. Il Tribunale ha inoltre chiarito che il ricorso incidentale non è neanche sanabile per effetto del disposto dell'art. 17, r.d. 17 agosto 1907, n. 642, in base al quale la comparizione dell'intimato sana la nullità o l'irregolarità dell'atto di notificazione salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione. Ciò in quanto, avendo la sanatoria effetto dalla comparizione, se quest'ultima ha luogo dopo la scadenza del termine entro il quale una regolare notifica doveva essere effettuata, il ricorso non è più sanabile.

#### C) Spese legali

Con sentenza n. 3089 del 10 aprile 2007 la Sez. I *bis* ha respinto il ricorso con il quale era stato impugnato il diniego di rimborso delle spese sostenute da un sottufficiale dei Carabinieri assolto con formula piena da gravi reati. Ha preliminarmente chiarito che in tema di rimborso delle spese legali sostenute da un pubblico dipendente relativamente ad un processo penale conclusosi con sentenza di piena assoluzione, compete all'Avvocatura dello Stato e non all'Amministrazione,

che non è provvista di competenza tecnica al riguardo, il giudizio sulla sussistenza dei presupposti costitutivi, in quanto momento propedeutico e inscindibile dalla successiva fase valutativa. Ha aggiunto che ai sensi dell'art. 18, d.l. 25 marzo 1997, n. 67 il rimborso delle spese legali spetta allorquando il giudizio promosso è conseguente ad atti o a fatti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali, essendo irrilevante la natura del reato (proprio o comune) ed il fine (egoistico o funzionale al pubblico interesse) che ha animato l'interessato.