

Tribunale Amministrativo Regionale per il molise

**Relazione del Presidente Giorgio Giaccardi per l'inaugurazione dell'anno
giudiziario 2008.**

Autorità, rappresentanti delle Istituzioni, colleghi, avvocati, collaboratori, Signore e Signori.

In questo secondo anno di presidenza del Tar Molise, la prima innovazione che ho voluto introdurre riguarda proprio la scelta della sede per la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario; scelta resasi necessaria per ovviare alla constatata inadeguatezza della sala di udienza del Tar, impossibilitata a contenere tutti gli interessati a partecipare a questa giornata che una volta all'anno, all'inizio dell'anno, riunisce tutte le componenti della giustizia amministrativa per un momento di riflessione sulla attività svolta e per una previsione del cammino da intraprendere in base all'andamento generale e ai risultati particolari raggiunti, o meno, nel corso dell'anno appena decorso.

Permettetemi quindi di indirizzare, *in limine*, i miei più sentiti ringraziamenti alla Fondazione cui è affidata la gestione di questo magnifico teatro, ed in particolare al suo Presidente, nonchè Presidente

della Provincia di Campobasso, Nicola D'Ascanio, che ci ha consentito di soddisfare nel migliore dei modi questa esigenza di cambiamento, offrendoci la disponibilità di una sede così prestigiosa e qualificata quale è appunto il teatro Savoia.

La natura della sede prescelta indurrebbe logicamente l'uditorio ad attendersi uno spettacolo, o almeno una rappresentazione caratterizzata da una maggiore vivacità e forse anche da un più elevato spessore culturale rispetto a quanto viene normalmente offerto dai rituali tipici delle cerimonie di inaugurazione di anni giudiziari. Per parte mia cercherò almeno di adoperarmi per rendere l'esposizione il meno noiosa e banale possibile, evitando di dilungarmi oltre il necessario nella enunciazione di dati statistici, per i quali rinvio in gran parte alle tabelle allegare alla relazione, e cercando invece di privilegiare il più possibile gli aspetti qualitativi, volti a segnalare le più importanti e significative linee di tendenza emerse nell'attività giurisdizionale svolta da questo Tribunale nel corso dell'anno 2007, nonché le prospettive che da queste possono tracciarsi anche in relazione ad alcune importanti innovazioni del quadro legislativo e giurisprudenziale a livello nazionale.

Prima ancora, però, vorrei segnalare un importante elemento di novità che ha caratterizzato sul piano organizzativo l'attività del TAR Molise nel corso del 2007, e cioè l'inserimento del nostro tribunale, a partire

dal decorso mese di maggio, nel cosiddetto NSIGA (nuovo sistema informatico della giustizia amministrativa), con conseguente avvio, per il momento ancora parziale e sperimentale, di un nuovo modello di processo amministrativo telematico destinato a giungere a completa maturazione allorché, presumibilmente tra qualche anno, si perverrà all'introduzione della firma digitale e quindi alla completa sostituzione dei tradizionali fascicoli processuali in formato cartaceo con materiale di lavoro in formato digitale.

Non mi soffermo qui sulle caratteristiche tecniche che contraddistinguono questa importante e, per certi versi, rivoluzionaria innovazione del *modus operandi* di noi tutti operatori della giustizia amministrativa. Mi limito a rilevare come, una volta superate le prime ed inevitabili difficoltà di adattamento, anche grazie alla fattiva presenza e partecipazione, sul piano didattico e su quello direttamente operativo, di esperti forniti sia dalla società cui è affidata la gestione del sistema, sia dall'apposita struttura operativa creatasi in Roma presso il Consiglio di Stato (USAI), il processo informatico sta dando frutti sostanzialmente positivi, soprattutto in termini di celerità nella produzione delle decisioni (di norma le ordinanze cautelari, compilate direttamente su computers portatili in dotazione nella sala d'udienza, vengono pubblicate ed inserite nel sito internet della giustizia

amministrativa il giorno stesso o, al più tardi, nel corso della mattinata successiva).

Allo stato, il sistema sembra invece meno efficace nell'assolvere con chiarezza e tempestività alla propria funzione di comunicazione agli utenti interessati in ordine ad adempimenti ed esiti dell'attività giurisdizionale svolta, come ho potuto constatare direttamente anche in occasione della preparazione e stesura della presente relazione, soprattutto con riferimento alle vistose lacune riscontrate con riguardo alle decisioni pubblicate nel periodo immediatamente antecedente la c.d. trasmigrazione dei dati dal vecchio al nuovo sistema informatico (marzo-aprile 2007). E' auspicabile che nell'immediato futuro i residui problemi di funzionalità operativa del *server* centrale vengano definitivamente risolti, fermo restando che nessun addebito si può fin qui muovere né ai magistrati (vecchi e nuovi), né al personale di segreteria, gli uni e gli altri prontamente adattatisi, non senza spirito di sacrificio, alle necessarie innovazioni da apportare a consolidati metodi e tempi di lavoro.

Un ulteriore passo avanti, peraltro già sollecitato con esiti soddisfacenti nel corso del 2007, implica un più diretto ed esteso coinvolgimento nel processo di informatizzazione anche della classe forense, il cui contributo potrebbe utilmente indirizzarsi alla predisposizione e al deposito di atti difensivi e documenti, oltre che in formato cartaceo (per

il momento, come detto, ineliminabile) anche in formato digitale, sì da consentire una più sollecita e certamente meno onerosa circolazione dei dati tra le parti costituite, tra queste e gli uffici di segreteria del Tribunale, ed infine tra questi ultimi ed i magistrati componenti il collegio giudicante.

Sul piano quantitativo, è continuata anche nel 2007 la costante e virtuosa linea di tendenza caratterizzante il quinquennio precedente, con una ulteriore e non trascurabile riduzione dell'arretrato in giacenza, grazie al considerevole saldo attivo (+275) registratosi tra il numero dei provvedimenti decisori che hanno definito i relativi giudizi pendenti (pari a 840 di cui 546 sentenze e 294 decreti monocratici) ed il numero complessivo dei ricorsi depositati nell'anno 2007 (pari a 565). Ambedue i dati di riferimento sono, in valore assoluto, sensibilmente inferiori a quelli registratisi nel precedente anno 2006, in cui si ebbero 1056 ricorsi definiti a fronte di 914 ricorsi depositati. Il fenomeno ha essenzialmente due spiegazioni, l'una di carattere contingente, l'altra strutturale.

Sotto il primo profilo, va segnalato che nel 2007 è venuto sostanzialmente ad esaurimento un segmento di contenzioso in materia di pubblico impiego non contrattualizzato (nella gran parte rappresentanti delle forze dell'ordine, ma anche magistrati e docenti

universitari), che ebbe invece proprio nel 2006 la sua massima punta, traducendosi per lo più in domande giudiziali con richieste di decreto ingiuntivo aventi ad oggetto la corresponsione diretta delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dalle amministrazioni di pertinenza sugli emolumenti ad essi corrisposti, in occasione della nota normativa emergenziale conseguente al sisma del 31 ottobre 2002. I non pochi giudizi tuttora pendenti al 1° gennaio 2007 sono stati infatti sospesi, ai sensi dell'art.295 c.p.c., a seguito dell'avvenuta rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art.6, comma 1 bis del D.L. 9 ottobre 2006, n.263, introdotto dalla legge di conversione 6 dicembre 2006, n.290, in relazione agli artt.2 e 3 Cost. (cfr. le ordinanze del TAR Molise nn.96,97,98, 99 e 100 del 22 febbraio 2007, nonché, con prospettazione parzialmente diversa, l'ordinanza n.452 del 12 dicembre 2007, resa in sede cautelare, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale anche in relazione all'art.24 Cost.). La pronuncia della Corte Costituzionale, attesa verosimilmente entro la prima metà del corrente 2008, comporterà ovviamente l'immediata riattivazione del relativo contenzioso e la conseguente definizione dello stesso in conformità alle statuizioni che verranno rese dal giudice delle leggi.

Sul piano strutturale, alla segnalata riduzione del numero dei ricorsi introduttivi di nuovi giudizi ha fatto riscontro un rilevante incremento

(pari a circa il doppio: da 80 a 162) del numero di ricorsi per motivi aggiunti proposti avverso nuovi provvedimenti funzionalmente connessi ad altri già impugnati nello stesso anno o in anni precedenti. Tali impugnazioni, che fino alla riforma dell'istituto dei motivi aggiunti attuata con la legge n.205 del 2000 avrebbero formato oggetto di nuovi ed autonomi ricorsi, debbono ovviamente concorrere, anche a fini meramente statistici, alla determinazione del complessivo carico di lavoro affrontato o da affrontarsi da parte del Tribunale.

Occorre qui segnalare, per completezza espositiva, che in alcuni dei casi venuti all'esame del Collegio giudicante, in sede cautelare e/o di merito, il ricorso per motivi aggiunti ha assunto carattere meramente additivo ed integrativo rispetto a quello originario, mentre in altri casi, peraltro piuttosto numerosi, l'impugnazione dell'atto sopravvenuto si è sostanzialmente sostituita a quella del provvedimento originario, questa essendo divenuta improcedibile proprio in ragione del nuovo ed incompatibile assetto d'interessi apportato dalla nuova attività provvedimentale posta in essere dall'Amministrazione in corso di giudizio.

La frequenza e ripetitività di tali nuove manifestazioni di attività provvedimentale, evidentemente non soddisfattive degli interessi fatti valere in giudizio, ma in qualche caso anche palesemente elusive di pronunzie cautelari *medio tempore* rese, sembra denotare un certo

disagio, e fors'anche una certa insofferenza, di talune amministrazioni nel fornire efficaci ed esaustive risposte agli interessi dei consociati, soprattutto di natura pretensiva, sì da imporre reiterati momenti di controllo giurisdizionale, con relativo dispendio di tempo e di risorse, che potrebbe ragionevolmente essere evitato o quanto meno ridotto, attraverso un più meditato e obiettivo esercizio di quel potere di riesame che sempre più spesso il giudice amministrativo affida con i propri provvedimenti all'Amministrazione attiva. Le conseguenze che possono derivarne sul piano risarcitorio, sia a carico degli enti che dei funzionari preposti, dovrebbero a mio avviso rappresentare un ulteriore incentivo ad un più intenso e proficuo apporto collaborativo in funzione di una corretta composizione degli interessi in conflitto.

Infine, sempre in tema di motivi aggiunti, segnalo che nel corso del 2007 il TAR Molise, confermando un orientamento già emerso in sede cautelare di cui ebbi a fare cenno nella relazione inaugurale dello scorso anno, con sentenze nn. 263 dell'11 maggio e 458 del 25 maggio si è pronunciato negativamente sulla questione relativa all'ammissibilità di motivi aggiunti al ricorso incidentale, ritenendo che l'originario controinteressato non possa avvalersi di tale *iter* processuale accelerato e semplificato (oltre che meno oneroso sul piano fiscale) al fine di introdurre una propria autonoma domanda di annullamento di provvedimenti sopravvenuti resi dall'amministrazione nelle more del

giudizio in favore della parte originariamente ricorrente ed in pregiudizio di quella controinteressata .

Nonostante la progressiva e costante riduzione del carico pendente, rimane tuttora un consistente volume di ricorsi arretrati, pari a ben 5463, in gran parte accumulatosi nel corso degli anni '90. Di contro, come in precedenza evidenziato, un contributo determinante all'abbattimento dell'arretrato è stato, anche per il 2007, quello derivante dall'adozione di provvedimenti monocratici a contenuto decisorio, in totale pari a 294, di cui 277 dichiarativi della perenzione ultradecennale, ai sensi dell'art.9, 2° comma, L.205/2000.

In ogni caso, anche per il corrente anno 2008 il ruolo di udienza pubblica sarà, per circa la metà del carico complessivo, letteralmente "intasato" (mi si passi il termine) da controversie radicatesi nel corso degli anni 1992, 1993 e (ma solo in minima parte) 1994, in ordine alle quali le parti ritualmente interpellate ai sensi del citato art.9 hanno a suo tempo dichiarato la persistenza del proprio interesse alla decisione. L'ulteriore carico arretrato relativo al 1994 e quello radicatesi nel 1995, già completamente sottoposto a verifica ultradecennale ex art.9, potrà essere deciso solo negli anni 2009 e seguenti, mentre per parte loro gli uffici di segreteria proseguiranno con la consueta tempestività e

diligenza ad attivare la medesima procedura di verifica per i ricorsi ultradecennali radicatisi nel corso degli anni 1996 e 1997.

In definitiva, soltanto per il residuo 50% (circa) le decisioni emanate nel corso del 2007 e quelle emanate nel corrente anno hanno riguardato e riguardano invece ricorsi più recenti, assistiti da motivate domande di prelievo e/o per i quali è stata concessa una misura cautelare (comportante priorità nella trattazione del merito ex art.21, 2° comma L.1034/1971, introdotto dall'art.1, primo comma L.205/2000), o ancora ricorsi nelle materie per le quali la legge prevede corsie preferenziali accelerate, quali in particolare quelli in materia elettorale (14 decisioni pubblicate nel 2007) e quelli soggetti al rito speciale di cui all'art.23 bis della legge n.1034/1971, introdotto dall'art.4 della legge n.205/2000 (in totale n.27 decisioni, di cui nove in materia di incarichi di progettazione, dieci in materia di lavori pubblici e otto in materia di forniture e servizi).

Si è ulteriormente ridotto, scendendo da 30 nel 2006 a 11 nel 2007, il numero delle controversie definite con sentenza in forma semplificata, ex artt.21, 11° comma e 26, 4° comma, L.1034/1971, a riprova del duplice rilievo, già formulato nella mia precedente relazione e in questa sede pienamente confermato, in ordine, da un lato, alla scarsa idoneità di tale strumento processuale ai fini della definizione di giudizi

relativamente complessi e richiedenti adeguati approfondimenti sul piano logico-argomentativo, dall'altro, all'inopportunità, salvo casi eccezionali, di alterare l'ordinario criterio cronologico nella fissazione della trattazione dei ricorsi e di incidere sui criteri di ripartizione matematica nell'assegnazione dei ricorsi tra i diversi relatori.

In definitiva, nel rimettere alle competenti sedi politico-istituzionali l'individuazione di rimedi (sezioni stralcio, udienze tematiche e quant'altro) idonei ad eliminare, o almeno a ridurre in tempi ragionevoli, l'arretrato accumulatosi, mi preme tuttavia segnalare che tra le possibili cause del fenomeno, limitatamente al tribunale da me presieduto, non figura certamente la scarsa produttività dei magistrati che ne fanno parte, se è vero (come è vero) che di recente il TAR Molise è stato per così dire "indiziato" da parte del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa per una sorta di eccesso di zelo lavorativo, essendosi riscontrato da un esame dei tabulati statistici relativi al 2006 che almeno uno dei magistrati allora in servizio (ma in realtà la censura potrebbe riferirsi anche ad altri) sarebbe stato sottoposto ad un carico di lavoro individuale sensibilmente superiore a quello massimo previsto dalle ferree direttive all'uopo predisposte dal medesimo organo di autogoverno, senza che –sia detto per inciso- né il

diretto interessato né altri avessero mai sollevato contestazioni od obiezioni al riguardo.

Quanto all'esito dei giudizi di merito, nel corso del 2007 è proseguita, accentuandosi anzi sensibilmente, l'inversione di tendenza già segnalata nella relazione dello scorso anno nel rapporto numerico tra sentenze di accoglimento (totale o parziale) del ricorso (in totale 172) e sentenze di rigetto nel merito (241) o dichiarative dell'inammissibilità, improcedibilità o irricevibilità del ricorso e di estinzione del giudizio per rinuncia o cessazione della materia del contendere (in totale 119).

Tra le questioni pregiudiziali in rito, assume una crescente rilevanza quella di giurisdizione, come dimostra la frequenza con cui la relativa eccezione viene introdotta in giudizio dalle parti resistenti, anche se le sentenze declinatorie rese dal TAR Molise nel 2007 sono state numericamente limitate (6).

Rivedendo, almeno in parte, le considerazioni svolte nella relazione introduttiva dello scorso anno (in cui mi era parso di ravvisare una sostanziale assimilazione delle innovazioni in tema di riparto introdotte dapprima con la legislazione del 1998 sul pubblico impiego e, più di recente, dalle pronunzie della Corte Costituzionale nn.204 del 2004 e 191 del 2006 in tema di servizi pubblici, edilizia ed urbanistica ed

espropriazione per pubblica utilità), sarei invece portato a guardare con una certa preoccupazione all'espansione di un fenomeno tipicamente italiano, che non trova riscontro -almeno in pari misura- negli ordinamenti a noi più vicini, e che si risolve in un fattore produttivo di pesanti ed inaccettabili ritardi e disfunzioni nell'esercizio dell'attività giurisdizionale se è vero, come è vero, che occorrono spesso parecchi anni e reiterati gradi di giudizio non già per addivenire ad una decisione definitiva sulla pretesa sostanziale azionata in giudizio, ma soltanto al fine di pervenire all'identificazione del giudice competente a pronunciarsi su di essa.

Molto si è detto e scritto sulle cause di tale fenomeno, tra le quali assume un rilievo certamente non secondario il vigente assetto costituzionale, che da un lato affida il riparto a criteri quanto mai labili ed evanescenti, sia per quanto attiene alla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, sia con riguardo alla previsione delle "speciali materie" attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e che, dall'altro, attribuisce il compito di dirimere i conflitti di giurisdizione, anziché ad un organismo terzo o almeno a composizione mista, direttamente ad una delle parti in conflitto nella sua massima espressione rappresentativa (le Sezioni Unite della Corte di Cassazione), sì da provocare frequenti reazioni di rigetto ad iniziativa dell'altra parte confliggente, il cui organo di vertice (l'Adunanza

Plenaria del Consiglio di Stato) mai come in questi ultimi anni si è dimostrato sensibile alle problematiche del riparto, per lo più in funzione gelosamente rivendicativa della propria sfera di giurisdizione.

Va segnalato tuttavia un dato positivo emergente dal complessivo contesto giurisprudenziale del 2007, rinvenibile a mio avviso nella motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n.77 del 12 marzo che ha dichiarato, come noto, l'illegittimità costituzionale del'art.30 L. T.A.R. "nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito di giurisdizione" (c.d. principio della *translatio iudicii*). Oltre al significativo riconoscimento, da parte del giudice delle leggi, della fondatezza del rilievo mosso da TAR remittente in ordine al diffuso disagio derivante dai gravi e non di rado irreparabili inconvenienti provocati da una disciplina rigorosamente incentrata sull'assoluta inidoneità dell'atto introduttivo del giudizio radicato dinanzi a giudice sfornito di giurisdizione a produrre gli effetti sostanziali e processuali ad esso altrimenti propri, mi piace qui riferire integralmente, senza aggiungere alcun superfluo commento, il passaggio motivazionale della sentenza costituzionale secondo cui:

"Il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi – comprensibile in altri momenti storici quale retaggio della concezione cosiddetta patrimoniale del potere giurisdizionale e quale frutto della progressiva vanificazione dell'aspirazione del neo-costituito Stato unitario (legge sull'abolizione del

contenzioso amministrativo) all'unità della giurisdizione, determinata dall'emergere di organi che si conquistavano competenze giurisdizionali – è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali.

Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti – per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato – è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta”.

Passando all'esame dei dati relativi alla tutela cautelare esercitata nel 2007 dal TAR Molise, rilevo subito come sembra essersi arrestato il *trend* degli ultimi anni, caratterizzato da marcata prevalenza delle ordinanze di accoglimento rispetto a quelle di rigetto, riscontrandosi un sostanziale equilibrio tra le une e altre, ed anzi una sia pur lieve prevalenza numerica delle seconde (180) sulle prime (170).

Resta da verificarsi se il fenomeno complessivamente considerato della prevalenza quantitativa delle pronunzie reiettive rispetto a quelle di accoglimento, sia in sede cautelare che di merito, possa costituire di per sé un indicatore di segno positivo in ordine ad un auspicabile incremento del tasso di legittimità dell'azione amministrativa. Riterrei

peraltro plausibile, per quanto specificamente riguarda i dati relativi alla materia cautelare, che sugli stessi abbia influito anche una linea più rigorosa, rispetto al recente passato, adottata dal Tribunale nella valutazione dei presupposti che sorreggono la concessione della sospensiva (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), anche nell'ottica di un doveroso bilanciamento tra interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda amministrativa di cui è causa. Nella parte conclusiva della presente relazione verranno offerte alcune indicazioni esemplificative di tale linea di tendenza affiorante nella più recente giurisprudenza del TAR Molise in alcune materie particolarmente sensibili, quali ad esempio la tutela ambientale e la sanità.

Rimane in ogni caso fermo il dato relativo alla netta preponderanza numerica dei ricorsi accompagnati da domanda incidentale di sospensione rispetto a quelli privi della relativa istanza (422 su 565 complessivi, con una percentuale di circa il 74%, lievemente superiore a quella caratterizzante il contenzioso 2006), ad ulteriore conferma del ruolo centrale e talvolta esaustivo che la tutela cautelare è venuta assumendo nell'economia complessiva del processo amministrativo.

Quanto alla tipologia delle pronunzie cautelari, si conferma anche nel 2007 una forte propensione del TAR all'adozione di ordinanze di accoglimento c.d. propulsive, finalizzate al riesame, alla luce dei motivi di ricorso, degli interessi pretensivi di cui si invoca la tutela. Permane

tuttavia, come poc'anzi segnalato, un atteggiamento delle amministrazioni destinatarie prevalentemente orientato a rivendicare e mantenere ferma la propria autonomia decisionale rispetto agli indirizzi enunciati in sede di provvedimento cautelare, con conseguenti frequenti reiterazioni di provvedimenti di rigetto, o mantenimento di situazioni di inerzia provvedimentale, comportanti a loro volta reiterazioni di iniziative giurisdizionali sia in sede cognitoria (ripetuti ricorsi per motivi aggiunti) sia in sede di esecuzione del c.d. giudicato cautelare.

Si è altresì confermato, in ripetute occasioni, l'orientamento del TAR in ordine all'uso della tutela cautelare nelle materie di cui all'art.23 bis L.1034/1971, con concessione della sospensiva solo in presenza di situazioni di "estrema gravità ed urgenza", ai sensi del comma quinto della norma citata, e semplice fissazione dell'udienza di merito entro il più breve termine consentito dal carico di lavoro già programmato, ai sensi del precedente terzo comma, in caso di positiva delibazione degli ordinari presupposti del *fumus* e del *periculum*.

A valutazione ancora più rigorosa sono state, infine, assoggettate le domande cautelari in tema di procedure espropriative e di gare d'appalto finalizzate alla realizzazione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, disciplinate dal titolo III, capo IV, parte II del D.Lgs n.163/2006 (codice dei contratti pubblici), a fronte delle quali sono state rese, ai sensi dell'art.246, 3° comma, dello stesso

Codice, ordinanze di rigetto specificamente motivate con riguardo alla necessaria considerazione del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, nonché alla comparazione del pregiudizio allegato da parte ricorrente con l'interesse del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

Per alcuni ulteriori profili della tutela, sia cautelare che di merito, in materia di contratti pubblici, anche alla luce degli orientamenti recentemente emersi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, rinvio *ratione materiae* alla seconda e conclusiva parte della relazione.

Si registra un lieve incremento delle domande di decreto cautelare *inaudita altera parte*, ex art.21, 8° comma, della legge n.1034/1971, introdotto dall'art.3 della legge n.205 del 2000, passate dalle 47 del 2006 alle 53 del 2007. Tali domande hanno trovato accoglimento nel 50% (circa) dei casi, essendosi confermata la linea di tendenza secondo cui, in difetto di contraddittorio pieno ed attuale con la pubblica amministrazione e con gli eventuali controinteressati, il giudice monocratico deve limitarsi a sospendere interinalmente l'esecuzione del provvedimento impugnato solo in presenza di effetti irreparabili ed irreversibili suscettibili di prodursi nel limitato arco temporale antecedente la trattazione in sede collegiale della domanda cautelare.

La diversità del metro di giudizio caratterizzante la decisione cautelare monocratica rispetto a quella collegiale spiega, d'altro canto, il non infrequente ribaltamento dell'esito, sia di accoglimento che di rigetto, provvisoriamente sancito dal decreto ad efficacia interinale da parte della successiva ordinanza: ed infatti, su 27 decreti di accoglimento, solo 12 hanno trovato conferma in sede collegiale, mentre in 16 dei 25 casi in cui la domanda di tutela interinale ha avuto esito negativo, la sospensiva è stata successivamente concessa con ordinanza resa in esito alla trattazione in camera di consiglio.

Segnalo infine che in una occasione (decreto n.208 del 4 giugno 2007), la richiesta di provvedimento *inaudita altera parte* è stata dichiarata pregiudizialmente inammissibile, in quanto avente ad oggetto non già l'adozione di misure cautelari provvisorie, bensì di misure atte ad assicurare la provvisoria esecuzione di una pregressa ordinanza cautelare, ai sensi dell'art.21, comma 14, della L.1034/1971 e s.m.i., la quale norma, a differenza del precedente comma 9, non contempla l'adozione di provvedimenti monocratici in difetto di contraddittorio.

Si è confermata anche nel 2007 la linea di tendenza, frutto peraltro di un'evoluzione relativamente recente, che anticipa dalla fase di merito a quella cautelare gli adempimenti istruttori ritenuti dal giudice necessari ai fini di una compiuta ed esaustiva disamina della *res* controversa, sia

attraverso la richiesta di documenti e/o chiarimenti, sia attraverso l'esperimento di verificazioni istruttorie affidate ad altre amministrazioni, sia infine attraverso l'esperimento di consulenze tecniche d'ufficio, ex art.16 L.205/2000. A fronte di 19 ordinanze interlocutorie rese in sede di merito, si registrano infatti 52 provvedimenti istruttori adottati in sede di esame delle domande di sospensiva, accompagnati o meno dall'adozione di misure interinali, al fine di consentire una delibazione pur sempre sommaria, ma non superficiale, del *fumus boni juris*, e di utilizzare quindi il relativo apporto istruttorio anche ai fini della successiva decisione del merito della causa.

A conclusione della prima parte di questa relazione, dedico alcune considerazioni ai procedimenti con rito camerale diversi da quelli inerenti la trattazione delle domande cautelari, e quindi in particolare a quelli in materia di silenzio della P.A., ex art.21 bis della legge n.1034/1971, introdotto dall'art.2 della legge n.205/2000 (n.8 ricorsi), quelli in materia di diritto di accesso ex art.25 L.241/1990 (n.19 ricorsi) e quelli in tema di esecuzione di giudicato (n.46 ricorsi), ivi compresi i ricorsi per l'esecuzione di sentenze non definitive, oltre a quelli per l'esecuzione di provvedimenti cautelari.

In tema di silenzio, con sentenza 3 ottobre 2007, n.682 il Tribunale ha statuito che il rito speciale previsto dal menzionato art.21 bis, caratterizzantesi per la sua brevità e finalizzato esclusivamente ad obbligare l'Amministrazione a pronunciarsi con un provvedimento espresso, se del caso conformemente a quanto stabilito nella sentenza che definisce il ricorso, non può estendersi all'impugnativa di puntuali provvedimenti, ancorché funzionalmente connessa alla contestazione in parallelo di un comportamento inerte, con conseguente inammissibilità *in parte qua* del relativo gravame.

La pronuncia citata si pone sostanzialmente in linea di continuità con l'orientamento di doverosa cautela, già evidenziato nella precedente relazione, con cui la giurisprudenza ha accolto l'innovazione legislativa introdotta dall'art.3, comma 6 bis, del D.L. 14.3.2005, n. 35, convertito dalla L. 14.5.2005, n. 80, in forza della quale il giudice amministrativo investito di ricorso ex art.21 bis "può conoscere della fondatezza dell'istanza". Al riguardo vanno comunque segnalate due decisioni di questo Tribunale, relative a condizioni modalità di applicazione della citata novella del 2005: con la prima (sentenza n.603 del 6 luglio 2007) è stata riconosciuta la spettanza del diritto fatto valere in giudizio attraverso un ricorso ex art.21 bis, in ragione del contenuto vincolato del provvedimento richiesto all'amministrazione (decreto di imposizione di servitù su terreni contigui ad impianto di produzione di

energia eolica); con la seconda pronunzia (sentenza n.853 del 12 dicembre 2007), al riconoscimento dell'illegittimità del silenzio non si è invece accompagnata la richiesta pronunzia nel merito della pretesa azionata, sia in ragione della parziale inerenza della relativa domanda a materia appartenente alla giurisdizione dell'A.G.O. (rapporti di vicinato), sia in ragione del fatto che, per la parte residua, la domanda di accertamento coinvolgeva profili implicanti valutazioni a carattere discrezionale, nonché lo svolgimento di un rinnovato iter procedimentale comportante accertamenti complessi, tali da non consentire al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione.

In materia di accesso, permane la tendenza delle parti a ricorrere al giudice amministrativo in proprio, senza ministero di difensore, con conseguente inevitabile esposizione ad elevati rischi di inammissibilità del gravame: si citano, al riguardo, la sentenza n.49 del 24 gennaio 2007, che ha ritenuto inammissibile il ricorso per esecuzione del giudicato in materia di accesso presentato personalmente dalla parte, e la sentenza n.584 del 21 giugno 2007 che ha affermato, sulla scorta di dominante giurisprudenza del giudice d'appello, la perentorietà del termine d'impugnazione avverso il diniego espresso o tacito o il differimento di accesso, con conseguente irricevibilità del ricorso

proposto oltre lo spirare del termine di 30 giorni previsto dall'art.25, 5° comma L.241/1990 e s.m.i..

In tema di esecuzione di giudicato, segnalo due pronunzie rese nel 2007 dal TAR Molise che hanno attribuito una portata innovativa e, al tempo stesso, limitativa alla disciplina introdotta dall'art.21 septies, 2° comma, della legge n.241/1990 introdotto dall'art.14 della legge n.15/2005 in tema di nullità degli atti emessi in violazione o elusione di giudicato. In particolare, secondo l'orientamento espresso da questo Tribunale (sentenze nn.157 e 158 del 7 marzo 2007), la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo precluderebbe la possibilità di far valere la relativa doglianza attraverso lo strumento del giudizio di ottemperanza (pertanto limitato alle sole ipotesi di totale inesecuzione del giudicato), imponendo invece l'instaurazione di un ordinario giudizio cognitorio in sede di giurisdizione esclusiva (ben diversa, come noto, dalla giurisdizione "anche di merito" a cui si ascrive il ricorso ex art.27, n.4 T.U. 1054/1924). La questione è attualmente al vaglio del giudice di appello che peraltro, pronunziandosi sulla domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione, ex art.37 L.1034/1971, sembrerebbe almeno implicitamente orientato a non condividere la soluzione accolta dalle citate sentenze di primo grado.

Resta , infine, confermata, ed anzi si accentua ulteriormente, la valutazione critica già formulata nella precedente relazione in ordine alla scarsa propensione delle amministrazioni molisane, o quanto meno di gran parte di esse, a dare corretta, puntuale e tempestiva esecuzione alle pronunzie giurisdizionali, si tratti di sentenze passate in giudicato, di sentenze immediatamente esecutive soggette a gravame ma non sospese o di ordinanze cautelari non riformate in appello, come si evince, oltre che dal numero tutt'altro che trascurabile di ricorsi in ottemperanza, dalla frequenza dei casi richiedenti la nomina di commissari ad acta, e degli incidenti di esecuzione di varia natura spesso sollevati in correlazione all'attività svolta da questi ultimi.

=°=°=°=°=

Nella seconda e conclusiva parte di questa relazione dedicherò la mia attenzione, come anticipato, ad alcuni fra i più significativi settori di attività amministrativa sui quali ha particolarmente inciso l'attività giurisdizionale del TAR Molise nel corso dell'ultimo anno, rinviando ancora una volta, per quanto attiene ai dati statistici, agli allegati prospetti *([Provvedimenti pubblicati per esito](#) – Ricorsi depositati per classificazione ([Parte 1](#), [Parte 2](#)) – Ricorsi definiti con sentenza per classificazione – [Parte 1](#), [Parte 2](#)) recanti la suddivisione per gruppi di

materie omogenee del contenzioso 2007, sia in termini di ricorsi depositati che di sentenze emesse.

Incomincio la rassegna dalla materia elettorale, che rappresenta forse il settore di attività giurisdizionale del TAR Molise su cui maggiormente si sono accesi i riflettori nel corso del 2007, con il contorno di polemiche talora anche molto accese.

Mi riferisco, in particolare, alla sentenza 18 aprile 2007, n.224, con la quale vennero annullate le elezioni del Consiglio Comunale e del Sindaco di Campobasso tenutesi nel giugno del 2004, in esito ad una laboriosa e complessa verifica istruttoria, svolta dagli uffici della locale Prefettura, dalla quale emerse che in 40 delle 54 sezioni elettorali erano state commesse gravi irregolarità tali da invalidare l'esito complessivo della consultazione.

Come noto, la sentenza di questo Tribunale è stata immediatamente sospesa in sede cautelare dal Consiglio di Stato, dapprima con decreto monocratico *inaudita altera parte* e successivamente con ordinanza collegiale; attualmente si è in attesa del deposito della motivazione della sentenza di merito, di cui, peraltro, è già noto il dispositivo, di accoglimento degli appelli proposti dalle parti soccombenti in primo grado. In questa sede, come ovvio, non interessa entrare nel merito della vicenda processuale, né tanto meno soffermarsi sui risvolti politici

della stessa, a suo tempo enfatizzati oltre misura dalla stampa e da esponenti politici locali. Mi preme invece sottolineare come, a mio giudizio, gli esiti divergenti verificatisi tra i due gradi di contenzioso siano essenzialmente imputabili a due diverse concezioni dell'azione popolare che la legge riconosce ad ogni cittadino elettore nella materia *de qua*.

Secondo la sentenza di primo grado, una volta respinta per comprovata infondatezza nel merito la domanda principale proposta dal ricorrente in qualità di candidato non eletto (domanda, questa, evidentemente ed esclusivamente finalizzata a subentrare all'ultimo degli eletti della medesima lista), residua comunque la legittimazione del medesimo soggetto, in qualità di cittadino elettore, a contestare in linea subordinata la validità di singole o (come nella specie) plurime operazioni elettorali al fine di ottenere l'annullamento, in tutto o in parte, della consultazione e la rinnovazione della stessa: e ciò a prescindere da qualsiasi verifica in ordine all'idoneità o meno delle censure dedotte a sovvertire ovvero a modificare l'esito sancito dal verbale di proclamazione degli eletti, tanto più in presenza di vizi di natura e consistenza tali da non consentire in alcun modo la ricostruzione dell'effettivo manifestarsi della volontà del corpo elettorale nelle diverse sezioni prese in considerazione.

Viceversa, secondo l'orientamento espresso in sede cautelare dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, anche la domanda subordinata proposta *uti civis*, richiede, quale condizione di ammissibilità, il superamento della c.d. prova di resistenza, e cioè la dimostrazione che per effetto dell'eventuale accoglimento, in tutto o in parte, delle censure dedotte si verrebbe ad una modifica dell'esito della consultazione elettorale quale risultante dal verbale di proclamazione: il che equivale a dire, mi sembra, che la legittimazione del c.d. attore popolare assume in ogni caso carattere meramente surrogatorio rispetto a quella dei partecipanti alla tornata elettorale, dovendo necessariamente mirare ad una modifica dell'esito della consultazione in favore di una o più liste o di uno o più candidati, e non potendo viceversa esprimersi attraverso una mera richiesta di annullamento di operazioni inficiate da comprovate irregolarità, per quanto numerose e rilevanti esse siano.

Sempre in materia elettorale, si segnalano alcune decisioni nelle quali sono state risolte *in limine* delicate questioni processuali, di cui è opportuno fare brevemente cenno.

Con sentenza n.203 del 5 aprile 2007 si è negata la legittimazione sia a proporre ricorso incidentale che ad intervenire *ad adjuvandum* in capo a soggetti che, rivestendo la posizione di cointeressati e non avendo tempestivamente impugnato il verbale di proclamazione degli eletti, non possono surrettiziamente introdurre le proprie doglianze nel

giudizio tempestivamente instaurato da altro soggetto, volto ad ottenere modifiche nei criteri di computo di voti di lista e/o di preferenza delle quali lo stesso ricorrente incidentale o interveniente potrebbe giovare.

Più recentemente, sono stati affrontati anche alcuni aspetti controversi concernenti, per così dire, la linea di demarcazione esterna della sfera di competenza giurisdizionale amministrativa nella materia (*lato sensu*) elettorale.

In particolare, con sentenza breve n.24 dell'11 gennaio 2008 è stata negata l'ammissibilità dell'azione popolare, in deroga alle ordinarie regole in tema di legittimazione processuale, per un ricorso avente ad oggetto l'impugnativa di un provvedimento di sospensione di un Consiglio comunale da parte del Prefetto territorialmente competente, sul rilievo che, ai sensi dell'art. 6 della L. 6.12.1971, n. 1034 e s.m.i., i ricorsi elettorali, che seguono il rito speciale di cui all'art. 84 del D.P.R. 16.5.1960, n. 570 e s.m.i., sono unicamente quelli che innestano controversie in materia di operazioni per le elezioni dei consigli comunali, provinciali e regionali.

Di maggior rilievo appare, peraltro, la questione delibata in sede cautelare, dapprima con decreto monocratico n.378/07 e successivamente con ordinanza collegiale n. 383/07, in ordine all'impugnazione proposta da un consigliere regionale dichiarato ineleggibile con sentenza dell'A.G.O. non passata in giudicato, avverso

l'atto con il quale il Presidente del Consiglio Regionale ne ha disposto l'immediata surrogazione con il primo dei non eletti della medesima lista. Anche in questo caso, sembra registrarsi un netto contrasto tra l'orientamento espresso dal TAR e quello manifestato, in sede di appello cautelare, dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato. Il giudice di primo grado ha infatti ritenuto sussistente la propria giurisdizione sul presupposto che la controversia non investe *ex se* la questione relativa al diritto di elettorato passivo, sulla quale è infatti pendente il giudizio dinanzi ad altro plesso giurisdizionale, ma concerne esclusivamente la legittimità dell'atto (non politico ma) amministrativo posto in essere dal Presidente del Consiglio in ritenuto difetto di attribuzione ed in ritenuta violazione della norma di legge statale (art.2, lett.d, della legge-quadro n.65 del 2004) che garantisce al consigliere eletto il mantenimento della carica fino a che non intervenga pronuncia definitiva che ne dichiari l'ineleggibilità. Di contro, il Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia di primo grado, respingendo la domanda cautelare e ravvisando *tout court* il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e l'appartenenza della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di ineleggibilità.

Solo per completezza segnalo che, con altra sentenza resa nel 2007 (n.79 del 9 febbraio) il Tar ebbe a dichiarare il proprio difetto di giurisdizione in una fattispecie –obiettivamente diversa da quella dianzi

considerata- nella quale era stato impugnato il provvedimento di decadenza di un Sindaco e di consequenziale scioglimento del Consiglio Comunale, ravvisando in tal caso quale *petitum* sostanziale del ricorso la lesione del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo.

Un secondo settore di attività amministrativa sul quale ha inciso in misura sensibile l'attività giurisdizionale svolta dal TAR Molise nel corso del 2007, anche in questo caso non senza echi significativi a livello di *mass media* e di opinione pubblica, è stato quello dei pubblici appalti di lavori, forniture e servizi.

I dati statistici di cui alle tabelle allegate in calce, pur con qualche imprecisione ed approssimazione già segnalate nella relazione dello scorso anno e non ancora corrette in modo adeguato dal sistema informatico, offrono quanto meno un'idea dell'entità quantitativa del carico di lavoro che ha impegnato il Tar, sia in sede cautelare che di merito, in questo delicatissimo segmento di azione amministrativa.

In concreto, l'attività giurisdizionale ha spaziato su molteplici nodi della complessa materia, sia in applicazione delle tradizionali legislazioni settoriali, sia sempre più frequentemente con riguardo a problematiche poste dalla normativa unitaria introdotta dal Codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. n.163 del 2006, il tutto con

attenzione costantemente rivolta anche alle sovraordinate fonti comunitarie e ai vincoli che ne derivano per la potestà legislativa statale e regionale.

Tra le altre, si richiama in proposito la sentenza n.118 del 26 febbraio 2007, con la quale è stato parzialmente accolto un ricorso proposto dall'Associazione Industriali del Molise avverso un bando e capitolato di gara pubblica inficiato da molteplici vizi di legittimità, alcuni dei quali direttamente riferibili a violazione della normativa comunitaria, tali da impedire o rendere particolarmente difficoltosa la partecipazione alla gara da parte delle imprese associate.

Maggiore attenzione vorrei dedicare, peraltro, ad una problematica di natura prevalentemente processuale che ha in qualche modo coinvolto i giudizi relativi a due fra le più importanti gare di appalto svoltesi nel corso dell'anno in Molise, e cioè quelle indette dall'Azienda speciale "Molise Acque" per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione, rispettivamente, dell'acquedotto molisano centrale ed interconnessione con lo schema Basso Molise, e dei lavori di ristrutturazione dell'acquedotto molisano destro. Con due coeve sentenze (nn.628 e 629 in data 18 luglio 2007) il Tribunale ha accolto tre ricorsi proposti da imprese partecipanti alle rispettive gare e collocatesi al secondo o terzo posto nelle rispettive graduatorie, ravvisando vizi di legittimità concernenti le modalità di conduzione

della gara, con particolare riguardo alla fase di valutazione delle offerte tecniche e di attribuzione dei relativi punteggi numerici, nonché, in uno dei due ricorsi, anche alcuni vizi inficianti i requisiti di partecipazione, e quindi di ammissione alla gara, del raggruppamento risultato aggiudicatario. Ambedue le sentenze, peraltro, hanno escluso la giuridica possibilità di far luogo a reintegrazione in forma specifica, o mediante diretta attribuzione dell'aggiudicazione all'impresa seconda graduata o quanto meno mediante rinnovazione del procedimento di gara, limitandosi invece a pronunciare condanna al risarcimento dei danni per equivalente (ai sensi e nei limiti di natura oggettiva e soggettiva previsti dall'art.2043 cod.civ.) in applicazione del disposto dell'art.246, 4° comma, del citato d.lgs. n.163/2006, in forza del quale, con riguardo alle opere di interesse strategico, quali quelle cui si riferivano la progettazione esecutiva ed i lavori oggetto degli appalti *de quibus*, "l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente".

Merita segnalare come, in ambedue i giudizi all'esame, il disposto del citato art.246, 4° comma avesse già pesantemente inciso anche in sede di disamina delle rispettive domande cautelari, precludendo in ambedue i casi la concessione delle richieste sospensive in ragione della intervenuta stipulazione dei contratti con le A.T.I. aggiudicatarie: e ciò,

si badi, sebbene nell'uno dei due procedimenti di gara la stazione appaltante avesse disatteso la norma di cui all'art. 11, 10° comma del citato D.Lgs. n. 163/2006, secondo la quale, con previsione tassativamente inderogabile per le infrastrutture strategiche, "il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione ". Su quest'ultimo punto si legge infatti nella sentenza n.628 che l'art.11, 10° comma cit., avente natura sostanziale, è norma che si indirizza alle stazioni appaltanti e non già al giudice, vincolato invece all'applicazione di quella di carattere processuale contenuta nell'art.246, 4° comma, rispetto alla quale essa deve necessariamente recedere, di fronte all'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere di che trattasi, senz'altro prevalente su quello particolare delle imprese partecipanti alla gara, salva in ogni caso l'esperibilità della tutela risarcitoria per equivalente, come in concreto avvenuto.

Tanto premesso, sembra evidente come le due sentenze esaminate, riferendosi espressamente alle sole grandi opere infrastrutturali già previste dalla c.d. legge-obiettivo ed oggi disciplinate dal titolo III, capo IV, parte II del D.Lgs n.163/2006, postulino viceversa, almeno implicitamente, che al di fuori di tale specifico ambito settoriale la pronunzia con cui il giudice amministrativo annulla l'aggiudicazione dell'appalto ben possa (ed anzi debba) estendere la propria efficacia

automaticamente caducante anche al contratto che sia stato *medio tempore* stipulato, con conseguente possibilità, una volta rimosso quest'ultimo, di addivenire anche a reintegrazione in forma specifica in favore della parte risultata vincitrice in giudizio.

Sul punto, segnalo peraltro (senza approfondire in questa sede le complesse implicazioni che ne derivano) che con recente pronuncia del dicembre 2007 la Corte di Cassazione a sezioni unite sembra rimettere in discussione l'intera tematica, affermando la giurisdizione dell'A.G.O. per le controversie aventi ad oggetto la dichiarazione di nullità, l'annullamento o la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente, e circoscrivendo correlativamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui agli artt.6 e 7 L.205/2000 alle sole controversie strettamente inerenti la fase pubblicistica delle procedure di gara.

Nella materia dell'edilizia ed urbanistica, il 2007 ha segnato una vera e propria svolta nella giurisprudenza del TAR Molise, adoperatosi in particolare a definire il segmento di contenzioso caratterizzato (come già facevo presente nella relazione dello scorso anno) da una tutt'altro che fisiologica contrapposizione tra le due amministrazioni istituzionalmente preposte alla tutela e salvaguardia del territorio:

quella comunale da un lato (con particolare riferimento a due fra i più importanti Comuni della Regione, Campobasso e Termoli) e quella regionale.

Con una cospicua serie di pronunzie, rese in particolare tra il mese di maggio e quello di luglio anche a seguito della celebrazione di udienze (quasi)tematiche finalizzate a sciogliere i nodi più complessi e rilevanti, il Tribunale ha avuto modo di enunciare alcuni principi direttivi, fra i quali cito, a titolo di esempio: a) la titolarità, in capo al Comune, della legittimazione ad impugnare gli atti con cui la Regione procede alla nomina di commissari ad acta, o comunque si determina a procedere in via sostitutiva sia nell'adozione di scelte pianificatorie a carattere generale o attuativo, sia nel rilascio di singoli titoli abilitativi in favore di privati, trattandosi di provvedimenti comunque invasivi della sfera di autonomia dell'ente locale ricorrente; b) la nullità per difetto assoluto di attribuzione, ai sensi del già citato art.21 septies L.2441/1990 e s.m.i., del controllo sostitutivo attuato in carenza degli specifici e tassativi presupposti ai quali lo stesso è legislativamente subordinato, e tra questi, in particolare, l'inerzia del Comune per l'intero arco temporale previsto dalla norma di riferimento; c) la nullità in via consequenziale del provvedimento di amministrazione attiva adottato dall'organo commissariale, con caducazione automatica dello stesso senza necessità di impugnazione che, ove proposta, va dichiarata inammissibile per

difetto d'interesse; d) per contro, l'inammissibilità dell'impugnazione proposta in via esclusiva nei confronti dell'atto adottato in via sostitutiva dal commissario, il quale, una volta ritualmente nominato, diviene ad ogni effetto organo straordinario dell'ente comunale, a cui imputa direttamente il proprio operato; e) la legittimità dell'intervento in via di autotutela da parte degli organi comunali sugli atti sostitutivi posti in essere dal commissario regionale, nel rispetto dei principi di cui all'art.21 nonies L.241/1990 e s.m.i. ; f) l'illegittimità dei provvedimenti comunali di diniego o di annullamento in autotutela di permessi di costruzione, ove questi risultino conformi a strumenti urbanistici attuativi adottati in via sostitutiva dalla Regione o da commissario ad acta da essa nominato, e mai caducati.

E'auspicabile che le linee-guida sopra indicate, unitamente alla definizione di alcune delle più ricorrenti e controverse questioni di merito affiorate negli ultimi anni nel contenzioso tra privati, amministrazioni comunali e regione (fra le molte: i rapporti tra la pianificazione ordinaria e gli accordi di programma, o simili, adottati in deroga alla stessa; la legittimità, o meno, di piani di lottizzazione che prevedano l'asservimento a servizi di aree estranee al perimetro degli stessi; il carattere sostanzialmente espropriativo, o meramente conformativo, di vincoli di destinazione urbanistica comportanti limitate e tipologicamente ben definite possibilità edificatorie private; i

limiti di utilizzabilità dello strumento della localizzazione di interventi di edilizia residenziale pubblica, ex art.51 L.865/1971), possano positivamente contribuire a ricomporre i momenti di conflittualità tuttora presenti, e a ricondurre a canoni di certezza, imparzialità e trasparenza, secondo il principio di “leale cooperazione” già evocato nella relazione dello scorso anno, l’azione amministrativa complessivamente intesa in una materia così sensibile e delicata quale quella dell’assetto del territorio, evitando altresì quegli “ingorghi giurisdizionali” che hanno viceversa caratterizzato il contenzioso dell’ultimo anno, con intrecci a volte inestricabili tra ricorsi di privati cittadini e contrapposti ricorsi dei Comuni, relativi ricorsi incidentali (agli uni e agli altri) e serie reiterate di motivi aggiunti ad ogni nuovo “muover di foglia”.

L’attenzione della giurisprudenza molisana alle problematiche di tutela ambientale si è espressa, nel corso del 2007, soprattutto nel settore della programmazione e realizzazione di impianti di produzione di energia eolica.

L’orientamento già espresso dalla sentenza n.984 del 2006, con la quale era stata annullata la delibera della Giunta Regionale che, in attesa dell’adozione del documento di programmazione regionale per la produzione e distribuzione dell’energia (DPER) e dei relativi piani

attuativi, attuava un regime di sospensione (moratoria) dei processi autorizzativi regionali di nuovi insediamenti per la produzione di energia eolica o di ampliamento di quelli esistenti per un periodo di 180 giorni, è stato confermato con la sentenza n.20 del 2007, che ha annullato *in parte qua* la delibera del Consiglio Regionale di adozione delle Linee programmatiche al Piano Energetico Ambientale Regionale, sul presupposto che, fermo restando il potere-dovere per l'Amministrazione regionale di valutare compiutamente, caso per caso, la compatibilità dell'intervento con i valori ambientali e paesaggistici, la mera sospensione a tempo indeterminato nel rilascio di nuove autorizzazioni non assolve di per sé ad alcuna seria e concreta funzione programmatica, integra una chiara violazione dell'art. 12 del D. Lgs. 29.12.2003, n. 387 – a sua volta attuativo della Direttiva 27.9.2001, n. 2001/77/CE -, contravviene altresì allo spirito di massimo *favor* rispetto a tale tipologia di impianti, che traspare dall'intero decreto nonché, a monte, dalla Direttiva, di cui esso costituisce attuazione, e da altri accordi conclusi a livello internazionale, tesi alla produzione di energia pulita, quale il protocollo di Kyoto, ed infine si pone in contrasto con l'art. 41 Cost., in quanto impedisce all'iniziativa economica, ivi tutelata, di potersi esplicare nel campo in argomento per tutto il periodo necessario all'adozione delle previste linee guida.

Dalle sentenze sopra menzionate è emersa pertanto una linea di indirizzo tesa a verificare in concreto e caso per caso, soprattutto attraverso l'*iter* istruttorio ed il supporto motivazionale dei singoli provvedimenti di rilascio o diniego di autorizzazione, la corretta e ponderata valutazione degli interessi pubblici e privati in gioco, e fra questi, in particolare, dell'interesse allo sviluppo di impianti produttivi di fonti energetiche alternative (espressamente dichiarati "di pubblica utilità" nonché "indifferibili ed urgenti" dal sopra citato art.12), in comparazione con l'interesse alla salvaguardia dei valori paesaggistici e, più in generale, ambientali, del sito preso in considerazione.

In tale ottica si collocano anche alcune recenti pronunzie rese dal TAR in sede cautelare che, con riguardo ad impugnative proposte avverso provvedimenti autorizzativi di nuovi impianti, hanno adottato soluzioni tra loro divergenti, privilegiando a seconda dei casi l'una o l'altra tipologia di valori ed interessi, con precipuo riferimento alle peculiari caratteristiche delle singole realtà territoriali di volta in volta coinvolte: si vedano, in particolare, le ordinanze nn.425 e 421 del 5 dicembre 2007, la prima delle quali ha sospeso un provvedimento autorizzatorio regionale in quanto adottato senza adeguata considerazione della valutazione negativa *medio tempore* resa dall'autorità preposta alla salvaguardia dei valori archeologici e paesaggistici propri del sito prescelto, mentre la seconda ha denegato la sospensiva richiesta da

un'associazione ambientalista e da un'organizzazione di imprenditori agricoli, accordando prevalenza all'interesse pubblico primario perseguito con i provvedimenti impugnati rispetto agli interessi, parimenti pubblici ma nel caso recessivi, fatti valere dalle associazioni ricorrenti.

Un ulteriore importante settore di attività amministrativa nel quale si è egualmente imposto, soprattutto ai fini della tutela cautelare, un corretto ed equilibrato bilanciamento di diversi interessi pubblici tra loro concorrenti e in qualche caso confliggenti, è stato quello della sanità.

La Regione Molise, come noto, è stata inclusa nell'elenco delle regioni "non virtuose" in materia di contenimento della spesa sanitaria, ed è quindi stata assoggettata *ex lege* alla predisposizione ed approvazione, d'intesa con i Ministeri della Salute e dell'Economia, di un piano di rientro volto all'individuazione di interventi idonei al perseguimento dell'equilibrio economico, ai sensi dell'art. 1, comma 190 della legge 30 dicembre 2005 n. 311. Talune previsioni attuative di detto piano di rientro sono state contestate con impugnative giurisdizionali da parte dei soggetti gestori di strutture sanitarie operanti sul territorio regionale, che hanno in particolare lamentato l'eccessiva riduzione del numero dei posti letto in dotazione e l'eccessiva contrazione del *budget* in regime di accreditamento. Anche in questo caso la concessione, o meno,

dell'invocata misura cautelare (in funzione, come ovvio, meramente sollecitatoria di un riesame alla luce dei motivi di ricorso delle determinazioni assunte da parte delle amministrazioni competenti), ha condotto ad esiti diversificati in ragione della diversa tipologia delle strutture sanitarie coinvolte, e quindi della diversa rilevanza degli interessi, pubblici e privati, di cui le ricorrenti si rendevano di volta in volta portatrici, a fronte dell'unico e granitico interesse pubblico all'abbattimento della spesa sanitaria sotteso all'adozione dei provvedimenti impugnati. In particolare, con ordinanze nn.245, 246 e 247 del 4 luglio 2007 si è disposto il riesame delle posizioni delle rispettive ricorrenti, in precipua considerazione delle peculiarità delle strutture, con riguardo ai servizi sanitari offerti ai cittadini (d'eccellenza e/o assicurati in forma esclusiva nell'ambito regionale) e correlativamente all'utenza dei servizi stessi (regionale ed extraregionale), nonché alle attività di ricerca scientifica e di formazione universitaria ivi espletata.

Di contro, con ordinanze da n.255 a n.261 del 18 luglio e nn.322 e 323 de 29 agosto, sono state respinte le richieste di sospensione avanzate da numerose altre strutture sanitarie prive delle connotazioni qualificanti sopra enunciate, accordandosi in tali casi rilievo prioritario all'interesse pubblico alla riduzione della spesa sanitaria rispetto al diritto dei

cittadini di scegliere tra strutture pubbliche e strutture private accreditate, con il concorso finanziario della Regione.

Sempre nel quadro degli interventi attuativi del piano di rientro della spesa sanitaria si collocano, infine, le impugnative proposte da alcune aziende farmaceutiche avverso provvedimenti regionali con i quali sono stati stabiliti prezzi massimi di rimborso di alcuni farmaci appartenenti a categorie terapeutiche omogenee, limitando la spesa addebitabile a carico del S.S.N. al solo costo dei farmaci generici. Con alcune sentenze pubblicate in data 7 dicembre 2007 (nn.824, 827, 829 e 830) il TAR Molise ha accolto i suddetti ricorsi, sia sotto il profilo della violazione dell'art. 48 comma quinto lett. f) del D.L. n. 269/2003, nonché all'art. 1 comma 796 lett. l) della legge n. 296/2006 (finanziaria 2007), nella parte in cui è previsto che le misure regionali per il contenimento della spesa farmaceutica convenzionata debbano consistere nella apposizione del "ticket" per confezione di farmaco e quelle alternative al "ticket" debbano, comunque, essere congrue, sia sotto il profilo dell'eccesso di potere per illogicità, disparità di trattamento, nonché carenza di istruttoria e di motivazione, in ordine al trattamento discriminante operato tra farmaci di fascia A, costituenti un livello essenziale di assistenza (L.E.A.) che, proprio in quanto tale, non può essere modificato nelle singole Regioni, stante il diritto del

cittadino di fruire di un accesso uniforme al predetto livello minimo, a prescindere dalla sua collocazione geografica.

Il contenzioso in materia di pubblico impiego si è mantenuto anche nell'anno decorso su livelli piuttosto elevati riguardando, come ovvio, in gran parte controversie di vecchia data, radicatesi prima del 1998; laddove per i ricorsi proposti in epoca successiva, ma riferentisi al periodo pregresso alla *translatio jurisdictionis*, l'orientamento di questo Tribunale è costantemente nel senso di ritenerne l'inammissibilità non già per difetto di giurisdizione, bensì, eventualmente, per decadenza rispetto allo spirare del termine perentorio del 15 settembre 2000, previsto dall'art.69, 7° comma, del D.Lgs.165/2001 (cfr. le sentenze nn.109 del 22 febbraio e 188 del 26 marzo 2007).

Tra le pronunzie relative a controversie radicatesi in epoca più recente, nei residui limiti in cui permane la giurisdizione del giudice amministrativo, va segnalata, per l'importanza delle affermazioni di principio in essa contenute, soprattutto sul piano della gerarchia delle fonti, la sentenza n.160 del 9 marzo 2007, con la quale il Tribunale ha annullato il regolamento regionale recante la disciplina delle selezioni e delle altre procedure di assunzione, nonché il bando di concorso e gli atti della procedura concorsuale per l'assunzione di due dirigenti regionali, sul duplice presupposto: a) dell'antinomia esistente, in tema

di requisiti di ammissione, tra la norma regolamentare impugnata e la più rigorosa, sovraordinata disciplina legislativa regionale di rango primario (art.19, 2° comma, L.r. n.7/1997); b) della prevalenza da accordarsi a quest'ultima fonte rispetto alla disciplina legislativa statale di cui al D.Lgs. 30.3.2001, 165, sopravvenuto rispetto al D.Lgs. 3.2.1993, n. 29, dei cui principi costituiva invece applicazione la citata L.r. n. 7/1997. Con riguardo a questo secondo profilo motivazionale il Tribunale ha osservato, in particolare, che l'inapplicabilità della norma di legge statale sopravvenuta a quella regionale discende direttamente dal quadro costituzionale scaturente dalla riforma del titolo V attuata con legge costituzionale n.3 del 2001, ed in particolare dalla riconducibilità della materia dell'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti, nella quale s'inquadra anche la tematica concorsuale, alla competenza legislativa esclusiva delle regioni, in quanto non ricompresa nell'elenco tassativo delle materie a competenza legislativa concorrente di cui al testo novellato dell'art.117, 3° comma, Cost., né in quello delle materie riservate alla competenza legislativa statale esclusiva, ai sensi del precedente secondo comma (in senso conforme, Corte cost. 24.7.2003, n. 274 e 14.12.2004, n. 380).

Da ultimo, segnalo che anche nel 2007 una cospicua fetta di contenzioso ha avuto ad oggetto interventi attuati da organi straordinari

dello Stato, ed in particolare dal Presidente della Regione in veste di commissario delegato, ai sensi dell'art.5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n.225, per far fronte a situazioni straordinarie di emergenza, tra cui in particolare (ma non solo) quella conseguente al tragico evento sismico dell'ottobre 2002 .

In particolare, si è riproposta all'attenzione del Collegio la questione, già affrontata nel 2006 e richiamata nella relazione introduttiva dello scorso anno, in ordine ai limiti della competenza funzionale a conoscere delle relative controversie, attribuita come noto al TAR del Lazio dall'art.3, commi 2 bis, ter e quater del D.L. 30 novembre 2005, n.245, nel testo risultante dalla legge di conversione 27 gennaio 2006, n.21. Con sentenze nn.458 del 25 maggio e 610 del 9 luglio 2007 il Tribunale ha ribadito che la deroga all'ordinario criterio di competenza territoriale può ritenersi operante solo allorché si tratti di interventi funzionali al mero superamento nell'immediato di una situazione di effettiva emergenza, ritenendo pertanto la propria competenza sia in tema di affidamento di incarichi di progettazione per la ricostruzione postsismica, sia con riguardo ad una procedura di gara finalizzata all'erogazione di aiuti agli investimenti in un determinato settore produttivo (imprenditoria artigiana), la quale, seppure indetta e gestita dal Commissario straordinario nel quadro degli interventi finalizzati al superamento dell'emergenza causata dal sisma del 2002, assolveva in

realità alla più ampia funzione di favorire il rilancio produttivo dell'economia locale.

La sentenza n.610/07 va segnalata anche sotto un altro aspetto, avendo la stessa ravvisato un vizio nell'instaurazione del contraddittorio nei confronti della Regione Molise, pur rappresentata *ope legis* dal'Avvocatura Distrettuale dello Stato, e non invece nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla quale il Presidente della Regione imputa direttamente la propria attività, quale soggetto delegato da tale organo statale, di cui il Dipartimento della Protezione civile è parte integrante.

=°=°=°=°=

A conclusione di questa forse troppo lunga ed elaborata relazione, non mi resta che rivolgere a tutti i presenti il più sentito ringraziamento, anche per la pazienza dimostrata, rinviando all'appuntamento del prossimo anno per un'occasione di ulteriore incontro, confronto e verifica dei risultati raggiunti alla luce delle indicazioni emerse nella giornata odierna.

Rivolgo un saluto e ringraziamento particolari, oltre che alla Fondazione Teatro Savoia e alla Provincia di Campobasso per la squisita ospitalità offerta, a tutte le istituzioni molisane che hanno voluto gratificarci con la presenza, o quanto meno con il saluto

beneaugurante, dei propri rappresentanti. Passando poi agli “addetti ai lavori”, non mi accontento qui di un saluto verbale né di un ringraziamento formale, ma porgo invece la mia mano destra per una vigorosa, quanto imparziale ed equanime stretta, a tutti gli avvocati del foro molisano e ai rappresentanti dell’Avvocatura dello Stato, ribadendo quanto avevo già avuto modo di anticipare nella mia relazione dello scorso anno (con tono forse più sommesso, data la non ancora consolidata conoscenza, oggi invece compiutamente acquisita), e cioè che il livello di professionalità, di equilibrio e –mi si consenta- di umanità nella più lata e comprensiva accezione del termine, che ho avuto modo di riscontrare a più riprese sia nei rappresentanti del libero foro che in quelli del foro erariale trovano pochi riscontri nelle mie precedenti e diversificate esperienze giurisdizionali in varie regioni italiane.

Passo, infine, dalla stretta di mano ad un unico corale abbraccio nel quale coinvolgo ed accomuno tutti i collaboratori in servizio presso il TAR Molise, magistrati e personale amministrativo, in posizione di ruolo, di *interim* o di comando, ivi incluso naturalmente anche chi nel corso del 2007, o in questo primo scorcio del 2008, ha lasciato il Tribunale per altra destinazione ovvero per concedersi finalmente un più che meritato riposo. Il contributo di tutti loro, inutile sottolinearlo, è stato davvero prezioso ed insostituibile ai fini del raggiungimento dei

risultati –tutto sommato direi positivi- che la presente relazione si è sforzata di evidenziare.

Come alcuni fra i presenti ricorderanno, in apertura delle prime due udienze del gennaio 2008 abbiamo avuto occasione di celebrare una sorta di passaggio di consegne, dapprima porgendo (non senza una punta di malinconico rammarico) ai colleghi Rita Tricarico e Antonio Massimo Marra il nostro più affettuoso e bene augurante saluto in vista degli impegni professionali dai quali sono attesi presso le nuove sedi giudiziarie in cui hanno cominciato ad operare, e poi un caldo e cordiale saluto ed augurio di buon lavoro ai colleghi Luca Monteferrante e Massimiliano Balloriani, che sono loro subentrati nel non facile compito di amministrare giustizia in questa Regione. Oggi sono veramente lieto di vedere la maggior parte di loro riuniti attorno a questa tribuna, unitamente ben inteso ad Orazio Ciliberti che rimane ad ogni effetto la vera, unica ed insostituibile colonna portante della componente magistratuale del Tar Molise, in segno di ideale continuità nello svolgimento di una funzione nella quale tutti noi crediamo profondamente e alla quale abbiamo dedicato e continuiamo a dedicare il nostro impegno e le nostre esperienze professionali.