

INAUGURAZIONE ANNO GIUDIZIARIO 2013

SOMMARIO

Premessa

1) Dati statistici

2) Contenuti dell'attività giurisdizionale

2.1) Provvedimenti cautelari

2.2) Materia elettorale

2.3) Diritti civili

2.4) Tutela del paesaggio e fonti

rinnovabili

2.5) Principio di effettività della tutela

PREMESSA

Sono al mio terzo intervento in questa sede come Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise per delineare i tratti essenziali dell'attività svolta nel 2012.

Ho già dato atto, nelle precedenti relazioni, agli appartenenti al foro, ai rappresentanti degli enti istituzionali ed a tutti i cittadini del Molise dei valori di solidarietà civile ed umana la cui esistenza ho potuto riscontrare direttamente durante il periodo della mia permanenza in questa sede.

Devo rinnovare, e vorrei fosse chiaro che non è un dato formale o rituale, la mia stima e la mia gratitudine ai colleghi ed a tutto il personale del Tribunale Amministrativo che hanno consentito il conseguimento dei risultati che ritengo eccellenti sia per qualità che per quantità e che sono

riconosciuti nell'ambito della Istituzione a cui apparteniamo.

La dedizione, il senso del dovere, la lealtà professionale, la compostezza nell'assolvimento dei doveri di ufficio caratterizzano, in modo a tutti percepibile, il comportamento degli appartenenti alla Giustizia Amministrativa che lavorano presso questo Tribunale Amministrativo Regionale.

Al momento, non so se questa sarà l'ultima occasione per relazionare sull'attività del Tribunale o se avremo occasione di rivederci in questa sede, quindi non rivolgo parole di saluto, ma solo di consapevole certezza della condivisione di valori etici comuni che non ritengo di poter né trascurare né dimenticare.

Questa relazione sarà diversa dalle precedenti perché, seguendo un ordine logico che avevo già rappresentato, una volta avviati a soluzione i problemi del rientro dal pesante arretrato maturato presso il TAR Molise, è venuto il

momento di sottolineare gli aspetti principali della nostra attività più direttamente incisivi del contesto civile e sociale di questa regione.

Quindi, dopo una prima parte essenzialmente di dati statistici e di analisi dell'attività svolta, mi soffermerò in modo più attento sulle più significative pronunce del TAR nell'anno 2012.

1) DATI STATISTICI

In relazione alla necessità di improntare la relazione alla sinteticità ed essenzialità ed al fine di una percezione immediata dei dati statistici, l'analisi dell'attività svolta inizia con la descrizione dei dati risultanti dagli allegati predisposti dagli uffici di segreteria.

UDIENZE		RICORSI INTROITATI E DEFINITI										
N. Udienza	Data udienza	Ricorsi introitati	Totale dei ricorsi definiti con sentenza	Ricorsi definiti con sentenza breve	Ricorsi definiti con sentenze da procedimenti speciali in C.C.	Altri ricorsi definiti con sentenza	Ricorsi definiti con decreto decisorio	Ricorsi definiti con decreto collegiale	Ricorsi definiti con decreto presidenziale	Totale ricorsi definiti	Pendenza NSIGA	Rapporto definiti / introitati
1	12-gen-12	6	0	0	0	0	0	0	0	0	2209	0,00
2	26-gen-12	18	11	2	4	5	0	0	0	11	2215	0,61
3	9-feb-12	32	24	8	4	12	17	0	8	49	2210	1,53
4	23-feb-12	39	67	8	5	54	32	0	13	112	2148	2,87
5	8-mar-12	56	81	8	5	68	40	0	15	136	2143	2,43
6	22-mar-12	69	89	8	10	71	67	0	15	171	2152	2,48
7	5-apr-12	79	96	9	10	77	75	0	19	190	2123	2,41
8	19-apr-12	96	151	11	15	125	84	0	20	255	2066	2,66
9	10-mag-12	115	182	11	15	156	87	0	25	294	2050	2,56
10	24-mag-12	127	183	11	16	156	87	0	25	295	2063	2,32
11	7-giu-12	131	192	11	16	165	87	0	25	304	2063	2,32
12	21-giu-12	143	203	12	18	173	106	0	25	334	2058	2,34
13	12-lug-12	162	258	13	18	227	114	18	25	415	2012	2,56
14	26-lug-12	184	269	15	25	229	127	72	29	497	1910	2,70
15	30-ago-12	202	314	15	25	274	127	72	32	545	1882	2,70
16	27-set-12	221	314	15	25	274	128	124	32	598	1862	2,71
17	11-ott-12	233	347	20	25	302	151	124	32	654	1798	2,81
18	25-ott-12	242	379	22	32	325	176	124	39	718	1772	2,97
19	8-nov-12	257	402	23	32	347	195	124	40	761	1742	2,96
20	22-nov-12	272	436	25	36	375	201	124	41	802	1730	2,95
21	6-dic-12	314	449	27	36	386	201	160	41	851	1735	2,71
22	20-dic-12	324	507	30	39	438	235	160	41	943	1583	2,91
31-dic-2012		339	545	33	39	473	241	162	41	989	1564	2,92

La tabella descrive il dettaglio dei ricorsi definiti e dei ricorsi introitati con riferimento all'anno 2012.

In particolare, nella prima colonna sono elencate 22 udienze di cui 21 tenutesi per l'esame delle istanze cautelari e del merito e solo quella del 30 agosto riservata esclusivamente all'esame delle istanze cautelari.

Nella sezione ricorsi introitati e definiti sono indicati progressivamente nella prima colonna i ricorsi pervenuti pari a 339 e nella nona i ricorsi definiti per un totale di 989.

Il saldo attivo tra 989 ricorsi definiti e 339 ricorsi introitati nell'anno 2012 è pari 650 unità.

I due dati sono raffrontati nelle successive colonne con riferimento, nella undicesima, al variare del rapporto fra gli stessi e, nella decima, alla relativa incidenza sulla pendenza risultante nel Nuovo Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa (di seguito NSIGA).

Nelle colonne seconda, sesta, settima e ottava sono riportati in progressione, alla data di ciascuna udienza, il numero di ricorsi definiti rispettivamente con sentenza per un totale di 545 (contro i 783 del 2011), con decreto decisorio per un totale di 241, con decreto collegiale per un totale di 162 e con decreto presidenziale di improcedibilità per un totale di 41.

Nelle colonne dalla terza alla quinta è scorporato il numero dei ricorsi definiti con sentenza, differenziando tra ricorsi definiti con sentenza breve pari a 33, con sentenza di rito camerale (accesso, ottemperanza, silenzio) pari a 39 e con sentenze emesse all'esito di discussione in udienza pubblica pari a 473.

1.1. Per una migliore comprensione dei dati di sintesi esposti nella tabella riassuntiva dell'attività del Tribunale appare utile esaminare più analiticamente i risultati di detta attività.

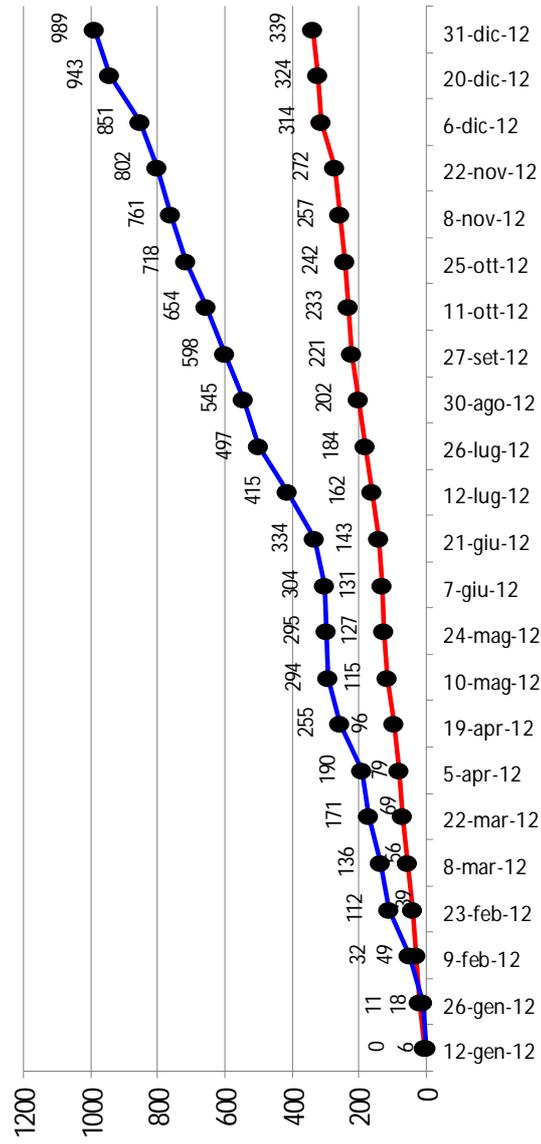
A tal fine, nel grafico n.1 è sviluppato l'andamento del totale dei ricorsi definiti e del totale dei ricorsi introitati.

Il grafico riporta il dato numerico sull'asse delle ordinate e il dato temporale, scandito dalle udienze, sull'asse delle ascisse. Pertanto, è ben visibile la netta differenza tra il numero delle cause definite (989) e quello dei ricorsi introitati (339) con un rapporto finale pari a 2,92.

Grafico n.1

● Ricorsi introdotti

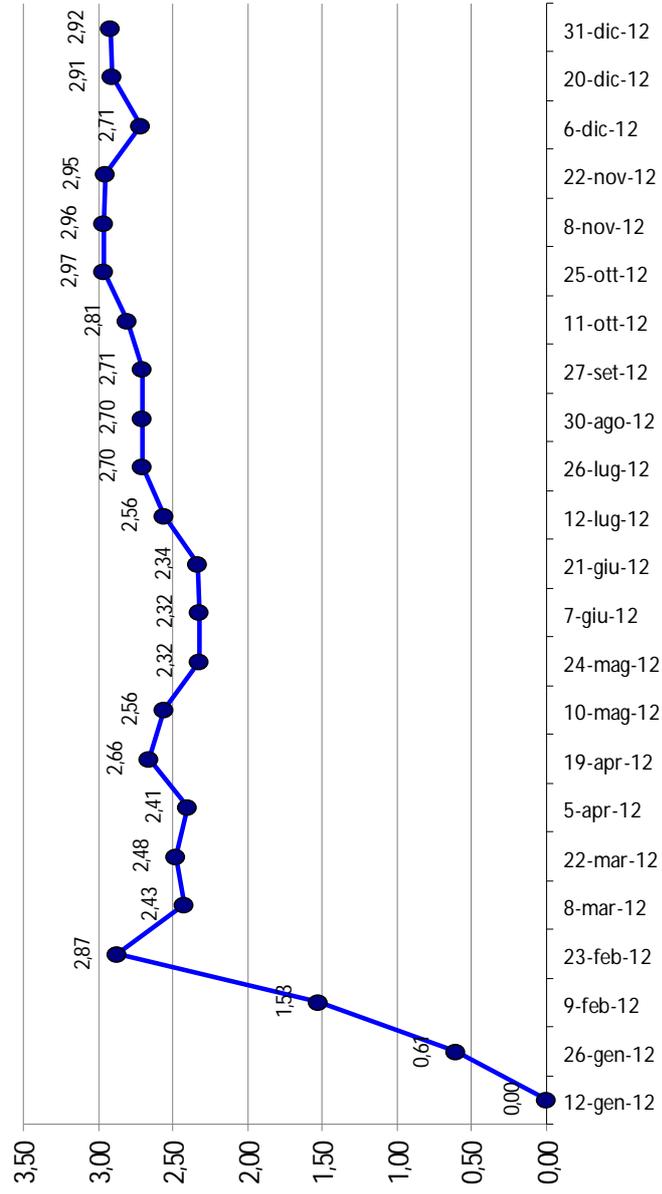
● Ricorsi definiti



Questa differenza risulta visivamente dal grafico n.2 nel quale si percepisce che, a partire dal mese di febbraio, il rapporto è rimasto sostanzialmente invariato.

Grafico n.2

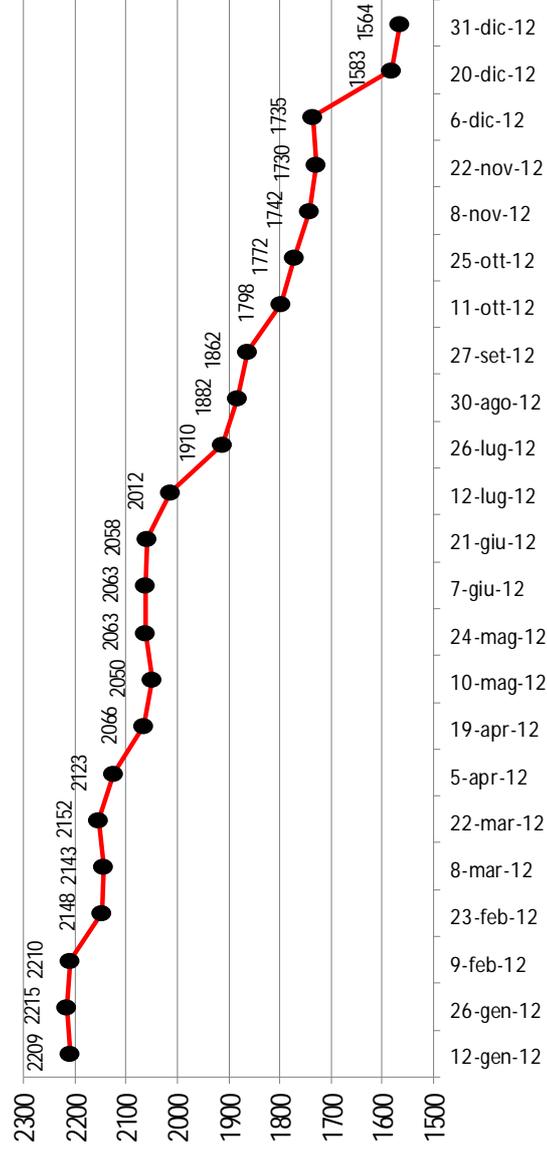
● Rapporto tra ricorsi definiti e ricorsi introitati



In sostanziale corrispondenza a questo andamento sul grafico n.3 si percepisce agevolmente che il numero dei ricorsi pendenti è sceso in modo graduale e costante.

Grafico n.3

● Numero dei ricorsi pendenti rilevati da NSIGA

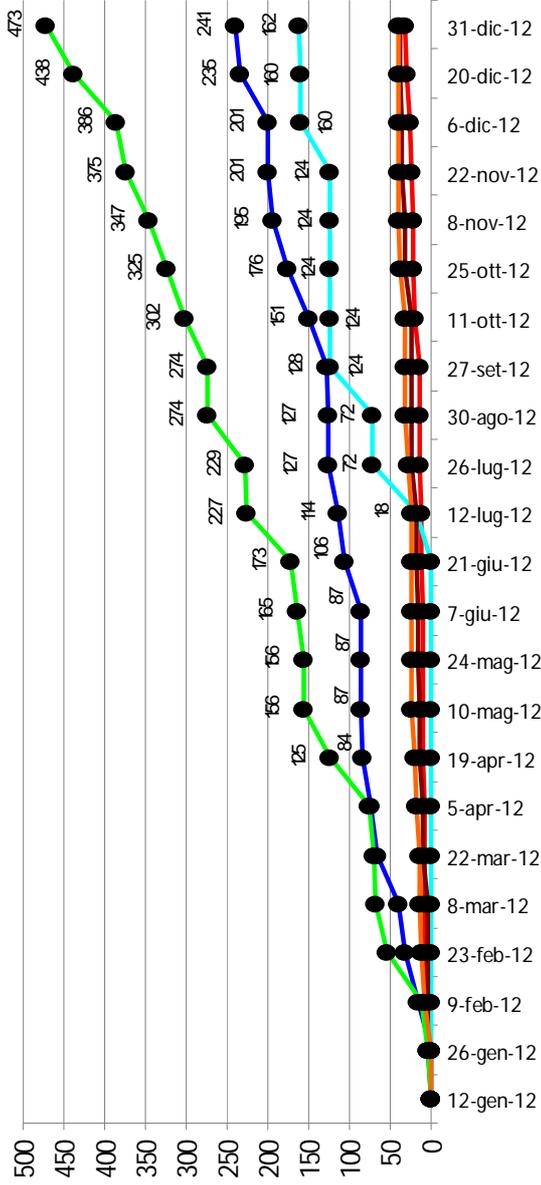


Per una analisi più dettagliata della tipologia dei provvedimenti decisorii si può fare riferimento al grafico n.4 nel quale, con una opportuna evidenziazione cromatica, sono distinte le diverse tipologie di provvedimento con l'indicazione dei numeri riferiti a ciascuna:

- ricorsi definiti con sentenze brevi (colore rosso) n. 33;
- ricorsi definiti con sentenze da procedimenti speciali in C.C. (colore marrone) n. 39;
- ricorsi definiti con altre sentenze (colore verde) n. 473;
- ricorsi definiti con decreti monocratici (colore blu) n. 241;
- ricorsi definiti con decreti collegiali (colore azzurro) n. 162;
- ricorsi definiti con decreti presidenziali (colore arancio) n. 41.

Grafico n.4

- Ricorsi definiti con sentenza breve
- Ricorsi definiti con decreto monocratico
- Ricorsi definiti con decreto collegiale
- Ricorsi definiti con sentenze da procedimento speciale in CC
- Altri ricorsi definiti con sentenza
- Ricorsi definiti con decreto presidenziale



1.2. Alcune brevi considerazioni: il numero dei ricorsi (339) è sceso anche quest'anno di circa il 25% rispetto all'anno precedente (433) e si conferma in linea con la media nazionale.

E' ben evidente che il nuovo regime del contributo unificato e l'obbligo per il giudice di condannare la parte soccombente al pagamento delle spese processuali influiscono fortemente su questa tendenza in un momento di crisi economica e sociale del paese sul quale niente devo aggiungere perché il fenomeno è sin troppo noto.

Il numero dei ricorsi introitati nel 2012 va incrementato di 60 atti recanti motivi aggiunti. Questo dato è inferiore di circa il 30% rispetto ai 93 motivi aggiunti depositati nell'anno 2011.

Il numero dei ricorsi definiti con sentenza è diminuito di circa il 30% (545 a fronte dei 783 del 2011). Anche il numero dei decreti monocratici di

estinzione è diminuito nella misura del 45% (282 rispetto ai 498 del 2011).

E' utile anche tener conto dei dati di sintesi dell'esito dei giudizi definiti con sentenza di cui: a) sono stati accolti integralmente 243 ricorsi; b) sono stati respinti 115 ricorsi; c) sono stati dichiarati improcedibili 81 ricorsi; d) sono stati dichiarati inammissibili 48 ricorsi; e) sono stati definiti con declinatoria di giurisdizione 25 ricorsi; f) sono stati dichiarati irricevibili 5 ricorsi, per 12 è stata dichiarata l'estinzione, per 16 la cessazione della materia del contendere.

Sono state emesse 33 sentenze con rito immediato di cui 12 di accoglimento, 7 di reiezione, 3 di improcedibilità, 8 di inammissibilità di cui 6 con difetto di giurisdizione, 2 di irricevibilità ed una interlocutoria.

La tutela cautelare si è articolata in 160 provvedimenti contro i 208 del 2011, con una riduzione percentuale di circa il 25%

sostanzialmente corrispondente a quella del numero dei ricorsi proposti. I provvedimenti cautelari sono così suddivisi per esito: 86 ordinanze di accoglimento con fissazione di udienza pubblica, le ordinanze di reiezione sono state 68 e le rimanenti 6 hanno avuto esiti vari.

Nel corso dell'anno 2012 le richieste di misure cautelari urgenti sono state 40 contro le 51 del 2011 e sono stati emessi 25 decreti di accoglimento, 15 di reiezione.

Sono state adottate 574 ordinanze presidenziali istruttorie che hanno consentito, in molti casi, la definizione nel merito di ricorsi anche risalenti nel tempo, attraverso l'acquisizione di una documentazione completa ed aggiornata.

1.3. L'attività sin qui svolta consente di confermare nella sostanza l'obiettivo prefissato nel programma predisposto a tenore dell'art. 37 comma 1 del Decreto Legge 6 luglio 2011 n.98 convertito, con modificazioni, in Legge 15 luglio

2011 n. 111, recante disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria.

Le attività svolte per raggiungere questo obiettivo:

- si sono tenute due udienze pubbliche nel mese di luglio e una nella seconda quindicina di settembre;

- sono venuti in missione numerosi magistrati anche per il 2012;

- è stata, altresì, calendarizzata una udienza straordinaria per il 25 maggio 2012 per la chiamata, su ruolo aggiunto, delle cause pendenti per i ricorsi presentati dal 1 settembre 2006 al 31 dicembre 2008 (n. 508 ricorsi). Questa chiamata ha consentito di procedere alla dichiarazione di estinzione, per perenzione o altra causa, per 162 ricorsi fissati per detta udienza.

- Ulteriori 39 ricorsi sono stati definiti con il rito camerale, 33 ricorsi con sentenza breve adottata in camera di consiglio.

1.4. Lo scorso anno avevo previsto per la fine del 2012 una giacenza complessiva di poco inferiore ai 1700 ricorsi, stimando il numero dei ricorsi in ingresso in circa 400-450. L'obiettivo è stato raggiunto in quanto, a fronte di 339 ricorsi introitati (circa 100 in meno della previsione effettuata), la giacenza complessiva a fine 2012 è scesa a 1564 ricorsi, ovvero di oltre 100 unità in meno rispetto alla giacenza prevista.

Soggiungo peraltro, che ad oggi il dato corrisponde a 1479 ricorsi pendenti.

1.5. Devo confermare le valutazioni svolte nei due anni precedenti relativamente alla adeguatezza della risposta del TAR Molise rispetto alla richiesta di giustizia avanzata dalla popolazione molisana: a) i ricorsi per i quali sia presentata istanza di prelievo vengono fissati entro un anno dalla data del prelievo e decisi, di regola, nei sei mesi successivi; b) tutti i ricorsi con rito speciale vengono definiti nei modi e secondo

le priorità indicate dalla legge (espropri, elettorali, appalti etc.); c) le istanze cautelari vengono tutte rigorosamente fissate per la prima camera di consiglio utile, dopo decorsi i termini previsti per la notifica ed il deposito dell'istanza stessa; d) in caso di eccezionale urgenza, con decreto monocratico presidenziale l'istanza cautelare è esaminata immediatamente, in vista della prima camera di consiglio utile. Mediamente questa esigenza viene riscontrata in una percentuale delle istanze cautelari pari al 20%; e) i ricorsi decisi in camera di consiglio (per l'esecuzione del giudicato, per il silenzio della Pubblica Amministrazione e per l'accesso agli atti) vengono fissati compatibilmente con la disponibilità dei ruoli; f) ovviamente tutti i provvedimenti decisi, salvo casi eccezionali, conseguenti alla riserva della decisione intervenuta in camera di consiglio, ai sensi

dell'art. 73 comma 2 del CPA, sono emessi nei termini di legge.

1.6. Con evidenza, coerentemente con quanto appena esposto, il problema della applicazione della legge 24 marzo 2001 n.89 e delle implicazioni finanziarie per lo Stato continua a perdere rilievo, anche se, devo dire, in una situazione di grave difficoltà economica e finanziaria per il paese, non costituisce un buon indizio di efficienza il reiterarsi di condanne per la definizione tardiva di giudizi anche amministrativi.

Tuttavia ripetendo l'esperienza degli ultimi due anni ho tenuto una apposita udienza con una semplice chiamata di ruolo il 27 febbraio scorso per cause depositate fino alla fine di aprile 2010 al fine di confermare l'interesse alla decisione, con possibilità di portare in decisione i ricorsi, per i quali detto interesse sia confermato, presumibilmente entro la primavera del 2014.

2) CONTENUTI DELL'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

2.1) Provvedimenti cautelari

Vanno segnalati alcuni provvedimenti di particolare interesse emessi in sede cautelare.

In particolare rilevano quelli relativi alla delicata questione della impugnazione di alcuni provvedimenti del commissario ad acta per il rientro dal disavanzo sanitario che andavano ad incidere pesantemente sulla funzionalità del servizio sanitario regionale.

Con una serie di ordinanze cautelari (rese, tra gli altri, nei ricorsi nn. rg. 2012/262, 2012/271, 2012/295, 2012/298), il TAR ha sospeso parzialmente le determinazioni commissariali dei tetti di spesa per l'acquisto di prestazioni diagnostiche e terapeutiche nei confronti di

strutture sanitarie private accreditate con il servizio sanitario.

Il TAR ha osservato che i decreti commissariali impugnati apparivano contraddittori laddove, da un lato, individuavano la causa dell'eccesso di spesa nella carenza di appropriatezza prescrittiva e, dall'altro, per perseguire gli obiettivi di contenimento della spesa, anziché incidere sulla causa, disponevano una riduzione dell'offerta di prestazioni diagnostiche erogata dalle strutture private accreditate, senza peraltro accertare la compatibilità delle misure adottate con il rispetto dei tempi massimi di attesa; il Tribunale ha ritenuto che il disposto di cui all'art. 15, comma 14, del d. l. n. 95 del 2012, convertito in legge n. 135 del 2012, che indica la percentuale dello 0,5 per cento di riduzione della spesa complessiva annua - riferibile all'acquisto di prestazioni sanitarie da soggetti privati accreditati per

l'assistenza specialistica ambulatoriale e per l'assistenza ospedaliera - non dovesse essere applicato meccanicamente ed acriticamente, trattandosi più di un obiettivo da realizzare che di una misura da applicare indiscriminatamente a tutti i singoli contratti ed accordi vigenti nell'esercizio 2012; sarebbe stato doveroso, piuttosto, applicare, di volta in volta, "una riduzione dell'importo e dei corrispondenti volumi di acquisto" tenendo conto delle caratteristiche delle singole prestazioni sanitarie (ambulatoriali, specialistiche, strumentali, in regime di ricovero) nonché dei dati epidemiologici della Regione Molise.

In occasione della decisione delle istanze cautelari, inoltre, il TAR ha ritenuto di dover esprimere perplessità sulla stessa legittimità costituzionale dell'art. 15 del d. l. n. 95 del 2012, quanto meno per la sua intrinseca

contraddittorietà, laddove, in relazione all'obiettivo di riduzione della spesa complessiva annua, impone risparmi di spesa per l'acquisto di prestazioni sanitarie erogate da soggetti privati accreditati, anche nelle ipotesi in cui siffatte prestazioni abbiano un costo unitario di gran lunga inferiore rispetto a quelle erogate dalle strutture pubbliche; inoltre, la norma applicata sembra attribuire al commissario ad acta una eccessiva ampiezza di poteri, andando ad incidere sulla sfera di attribuzioni legislative riservate, in materia di sanità, alle regioni. Il TAR ha concluso che la cennata questione di legittimità costituzionale potrà essere oggetto di più approfondita disamina in sede di esame dei ricorsi nel merito.

Peraltro, nella stessa sede cautelare, il TAR non ha mancato di considerare anche il contrapposto interesse della Pubblica

Amministrazione a disporre di un tetto di spesa definito per l'anno 2012; a tal fine, si è ritenuto congruo limitare gli effetti della sospensione dei provvedimenti impugnati al 30.9.2012, termine oltre il quale la giusta tutela dell'affidamento riposto dalle imprese sanitarie ricorrenti nei tetti di spesa più ampi, precedentemente in vigore, è stata valutata recessiva rispetto alle contrapposte esigenze rappresentate dal commissario ad acta che, pertanto, per l'ultimo trimestre dell'anno trascorso, ha conservato il potere di delimitare unilateralmente i tetti massimi di spesa sanitaria, almeno nelle more della decisione di merito.

Provvedimenti decisorivi definitivi

2.2) Materia elettorale

2.2.1. Nell'anno 2012 è stato particolarmente significativo il contenzioso in materia elettorale. Va segnalata, in particolare, non per il rilievo istituzionale e l'attenzione dell'opinione pubblica, ma per gli aspetti tecnici e di interpretazione la sentenza n. 224/2012 (conf. da Consiglio di Stato sentenza n. 5504 del 2012) con cui è stata annullata la proclamazione degli eletti, a seguito della competizione del 16 e 17 ottobre 2011, per il rinnovo della Giunta e del Consiglio regionale del Molise.

In essa sono stati affermati i seguenti principi:

1.- Nella sentenza in questione si è analizzata, in primo luogo, la questione di Costituzionalità

degli articoli 129 e 130 del c.p.a., laddove non estendono la possibilità di immediata impugnazione a tutti gli atti del procedimento preparatorio delle elezioni, ritenuti immediatamente lesivi, e non solo agli atti di esclusione delle liste e dei candidati.

In sostanza, l'eccezione era sollevata al fine di ottenere l'inammissibilità, per tardività, del ricorso principale, con il quale l'ammissione di alcune liste è stata impugnata solo al termine del procedimento elettorale, unitamente all'atto di proclamazione degli eletti.

Quanto alla manifesta infondatezza, in realtà la previsione normativa ha introdotto la possibilità non l'obbligo di immediata impugnazione, proprio in ragione delle esigenze garantistiche delle posizioni giuridiche immediatamente lese (come illustrato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 7 luglio 2010 n.236, quindi all'indomani

della pubblicazione del c.p.a. nella gazzetta ufficiale, il 2.7.2010).

Ed è proprio nell'ottica della garanzia di tutela effettiva delle posizioni giuridiche azionate che si giustifica la facoltà di anticipare l'azione giudiziaria nel solo caso di ricorsi avverso l'esclusione.

Solo la posticipazione dell'impugnabilità degli atti di esclusione di liste o candidati, alle fasi successive allo svolgimento delle elezioni, preclude la possibilità di una tutela giurisdizionale efficace e tempestiva delle situazioni soggettive immediatamente lese dai predetti atti, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost..

Ciò, atteso che, in caso di esclusione, si verifica già l'irrimediabile arresto procedimentale, per i rappresentanti delle liste e per i candidati esclusi.

Il Collegio ha ritenuto, in ogni caso, l'inammissibilità della questione, atteso che -

anche nella remota ipotesi di un accoglimento con sentenza additiva, che introducesse addirittura l'onere, e non solo la facoltà, di immediata impugnazione, e che lo estendesse addirittura ad ogni elettore della Regione, e non solo ai candidati e delegati delle liste ammesse (con tutte le conseguenze in ordine al pregiudizio che deriverebbe all'esigenza di celerità del procedimento elettorale) - comunque, in quel giudizio, i controinteressati non avrebbero potuto eccepire la tardività del ricorso principale, visto che un termine di decadenza non può decorrere prima del momento in cui il diritto può essere fatto valere (cfr. per una soluzione analoga, seppure con argomentazioni in parte diverse ed ulteriori, Consiglio di Stato, sentenza n. 5345 del 2011).

2.- Il TAR ha altresì disatteso la tesi dei resistenti secondo la quale dal comma 9 dell'articolo 130 c.p.a. ("il tribunale amministrativo, quando accoglie il ricorso, corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegittimamente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo") si desumerebbe che il G.A. potrebbe quando del caso correggere, ma non anche annullare le operazioni e gli esiti elettorali.

In sostanza, in materia di elezioni, sarebbe intestato al Giudice amministrativo solo un potere correttivo del risultato elettorale, e non anche un potere di annullamento.

A tal proposito si è osservato, in primo luogo, che la giurisdizione tradizionalmente definita come "estesa" al merito (così, ancora oggi, gli artt. 134 e 7 c.p.a.) corrisponde ad un'area in cui al Giudice sono attribuiti poteri di intervento aggiuntivi ed ulteriori (sui quali si è quindi

comprensibilmente focalizzata l'attenzione del legislatore nella redazione della norma speciale) rispetto a quello puramente demolitorio: potere, questo secondo, la cui esistenza, essendo connaturale alla giurisdizione amministrativa di legittimità, non ha bisogno di essere ricordata ad ogni passo e in ogni articolo di legge.

Inoltre, si è osservato, che la lettura proposta nell'eccezione presenterebbe il difetto di lasciare (curiosamente) prive di tutela giurisdizionale proprio le fattispecie di irregolarità più gravi, in cui le operazioni elettorali siano state inficiate da vizi tanto radicali da non permettere l'applicazione del principio di conservazione, e da non lasciare alternativa al nuovo ricorso alle urne.

3.- Il TAR ha anche affrontato, e respinto, l'eccezione riguardante l'applicazione, alle forme di partecipazione elettorale, del principio del

raggiungimento dello scopo e dell'illegittimità non caducante (articolo 21 octies della legge n.241/1990), per il fatto della vittoria delle liste che presentavano tali illegittimità.

A tal fine, si è rilevato che la fase della presentazione delle liste e della loro ammissione è del tutto distinta da quella, successiva, delle operazioni di voto (e anche la manifestazione di volontà dei promotori e degli elettori è ontologicamente diversa); e inoltre che il requisito del numero minimo di sottoscrizioni per ogni lista è stato inequivocabilmente prescritto dalla legge, come forma di protezione, quindi *ad substantiam*, e per ciò stesso se ne impone il rispetto; viceversa, del resto, si giungerebbe all'inaccettabile risultato pratico di una pura e semplice *interpretatio abrogans* della normativa del cui rispetto si tratta.

4.- Il Tribunale ha ritenuto illegittima, tra l'altro, la presentazione di una lista di candidati in quanto buona parte delle sottoscrizioni ad essa allegate sarebbero state raccolte in violazione dell'articolo 9 della legge n. 108 del 1968.

Gli elenchi in questione recavano solo sul frontespizio il simbolo della lista e le altre indicazioni prescritte; inoltre tutte le pagine risultavano tra loro spillate e congiunte da un timbro tondo dell'ente locale, lo stesso timbro posto a margine della sottoscrizione del pubblico ufficiale che aveva autenticato le firme.

Si è ritenuto, pertanto, che da tali modalità di sottoscrizione e di giunzione emergesse che, in effetti, "non v'è certezza sulla circostanza che, al momento della sottoscrizione, i fogli già fossero uniti tra loro e, soprattutto, al frontespizio" contenente gli elementi previsti dalla legge.

Il Tribunale ha puntualizzato, anche in tale occasione, che gli elementi formali di cui all'articolo 9 della legge n. 108 del 1968 devono essere ritenuti essenziali, rientrando tra le cd. forme di protezione, che non ammettono ontologicamente equipollenti.

Si è rilevato che in tali fattispecie, il problema che la formalità legale mira a risolvere riguarda il profilo della prova.

La genuinità e la consapevolezza di una scelta, appartenendo alla sfera psichica, interiore al soggetto, non possono essere indagate, se non attraverso presunzioni.

Per evitare incertezze e soluzioni ondivaghe, che potrebbero inficiare la celerità ed attendibilità delle competizioni elettorali, allora, il legislatore ha scelto, anche in tal caso, una presunzione legalmente tipica.

Nel senso che, la firma, per essere genuina e consapevole, è necessario che sia apposta in un modulo contenente, tra l'altro, il simbolo della lista e l'elenco dei candidati di quest'ultima.

La presenza del simbolo e dell'elenco dei candidati, nei fogli destinati a raccogliere le sottoscrizioni, difatti, mira a garantire la consapevolezza e genuinità della scelta dei sottoscrittori, in ordine alla lista e ai candidati, nel preciso momento in cui si appongono le firme.

Secondo la valutazione legislativa, pertanto, ogni firma deve indefettibilmente essere apposta in un modulo contenente, tra l'altro, il simbolo della lista e l'elenco dei candidati di quest'ultima.

Pertanto, in generale, non basta a far ritenere rispettata la norma di legge la mera giunzione dei singoli fogli, ove non risulti in modo incontrovertibile che, già al momento delle sottoscrizioni, il singolo foglio - o altro foglio, unito

però ad esso in precedenza - recasse il simbolo e l'elenco.

Le modalità descritte nella questione sottoposta al TAR, viceversa, non impedivano in senso assoluto di ritenere che il timbro e le spille di giunzione potessero essere stati apposti solo dopo l'acquisizione delle sottoscrizioni, avvenuta, sì, alla presenza del pubblico ufficiale, ma - si poteva ben ipotizzare - solo su fogli ancora isolati, ed in sé privi del simbolo della lista e dell'elenco dei candidati.

Difatti, mentre il timbro tondo dell'Amministrazione locale ha un rilievo neutro, non essendo evidenziato il momento in cui esso è stato apposto (con la spillatura dei fogli), viceversa la presenza di spillature pregresse (la Prefettura ha rilevato, appunto, che "per tutti gli elenchi esaminati risultano fuori di spillature pregresse") depone piuttosto in senso contrario

ad una preventiva, stabile e definitiva unione dei fogli sin dal momento della sottoscrizione.

Il Tribunale ha rilevato, in sostanza, la mancanza, tra i fogli sottoscritti ed il frontespizio con il simbolo, di quello che la giurisprudenza ha definito come "richiamo sostanziale", costituito da "scritte o simboli inequivocabili", funzionali allo scopo del legislatore di assicurare che ciascun presentatore sia effettivamente cosciente di quanto sottoscrive, al momento in cui sottoscrive, a garanzia della sua piena consapevolezza in ordine ai candidati cui si riferisce l'atto di presentazione.

5.- Il Tribunale, nella sentenza in commento, si è dovuto occupare anche dell'effetto invalidante della mancata ammissione di alcune liste provinciali sull'elezione diretta del presidente della Regione.

A tal fine, si è premesso che, allorché l'elettore si esprima solo in favore di una determinata lista circoscrizionale, scatta, come è pacifico, una sorta di presunzione legale che egli abbia inteso votare anche per la lista regionale del candidato presidente collegata alla prima, alla quale quindi *ope legis* il voto si comunica (art. 2 della legge 23 febbraio 1995, n. 43).

Questo è certamente una ragione di ricaduta dell'illegittima partecipazione al voto della singola lista provinciale sul voto per il presidente.

Ma, ha osservato il TAR, essa non è affatto l'unica.

Si è valorizzata, a tal fine, l'indubbia influenza che il collegamento politico tra le liste si esercita, ancor prima della sua manifestazione, sulla stessa formazione della volontà dell'elettore, quali che siano poi, in pratica, le modalità in cui il suo voto individuale si manifesterà (solo per la lista

provinciale, o anche per il relativo candidato presidente).

E' parso indubbio, infatti, che, in concreto, per una certa frazione (pur di impossibile identificazione) dei voti che sono stati espressi, in forma congiunta, per una delle due liste illegittimamente ammesse e per il presidente risultato eletto, il voto in favore del presidente sia stato un voto indotto, espresso, cioè, per il fatto che tale candidato era espressione di una coalizione di forze politiche, la partecipazione tra le quali della lista votata era per l'elettore motivo determinante.

Per questa parte, dunque, in caso di ipotetica rinnovazione delle operazioni senza le liste indebitamente ammesse, l'eventualità di una reiterazione del voto in favore del medesimo presidente sarebbe tutta da verificare, atteso che i fattori che inducono l'elettore ad una

particolare espressione di voto sono molteplici e di varia natura, ma comunque indubbiamente influenzati dagli appentamenti tra le liste partecipanti.

Per tali ragioni, si è esclusa l'utilità di un'eventuale istruttoria, tesa a verificare quanti, tra i voti congiunti, recassero, oltre alla preferenza di lista illegittima, anche un'espressa scelta per il presidente risultato vincitore.

L'eliminazione ex post di una lista da una competizione elettorale determina un'insuperabile impossibilità di stabilire a chi quei voti sarebbero andati. Non essendoci più la lista (indebitamente ammessa) che tali voti aveva raccolto, il comportamento dei suoi elettori sarebbe sicuramente cambiato, ma non si può accertare con esattezza in che modo, essendo dato di ragionare solo su mere ipotesi. Sicché i voti assegnati ad una lista illegittimamente

ammessa sono ontologicamente dei voti incerti, che anche le ipotizzate verificazioni avrebbero lasciato tali.

Pertanto, l'influenza può essere solo stimata, sulla base dello scarto tra i due schieramenti.

Tale influenza, o effetto perturbatore, è direttamente proporzionale ai voti ottenuti dalle liste illegittimamente ammesse ed indirettamente proporzionale allo scarto tra i due schieramenti.

Se minore è lo scarto e maggiore sono i voti ottenuti dalle liste illegittimamente ammesse, allora maggiore sarà conseguentemente l'effetto di perturbazione determinato sull'esito finale da tale illegittima ammissione.

2.2.2. Sempre in materia elettorale assume particolare rilevanza, per l'originalità della questione proposta, la sentenza n. 611/2012

(riform. da Consiglio di Stato sentenza n. 6534 del 2012).

Con tale sentenza è stato annullato lo scioglimento degli organi elettivi del Comune di Isernia, sulla base delle dimissioni *ultra dimidium* presentate prima della proclamazione degli eletti.

Il TAR ha affermato i seguenti principi:

1.- Premesso che ai sensi dell'articolo 38 comma 8 del d.lgs. n.267 del 2000, "Le dimissioni dalla carica di consigliere ... sono irrevocabili, non necessitano di presa d'atto e sono immediatamente efficaci. Il consiglio ... deve procedere alla surroga dei consiglieri dimissionari ... seguendo l'ordine di presentazione delle dimissioni quale risulta dal protocollo. Non si fa luogo alla surroga qualora, ricorrendone i presupposti, si debba procedere allo scioglimento del consiglio a norma dell'articolo

141” il TAR ha rilevato che da tali previsioni normative emerge, con sufficiente chiarezza, che solo la surroga dei consiglieri per dimissioni è impedita dall’ipotesi di dimissioni *ultra dimidium*, non quella per ineleggibilità.

Inoltre, se è vero che le dimissioni della maggioranza assoluta sono immediatamente efficaci (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 7166 del 17 novembre 2009), esse tuttavia conducono allo scioglimento del Consiglio comunale, solo previo accertamento della ricorrenza dei presupposti di cui all’articolo 141; e, nella verifica di tali presupposti, l’autorità amministrativa non può limitarsi ad una mera conta del numero dei dimissionari, ma, secondo i principi generali che regolano la rilevanza per il diritto delle fattispecie fattuali, deve accertarsi (o comunque attendere che tale accertamento sia compiuto dall’organo a ciò deputato per legge) che le dimissioni

abbiano i presupposti minimi di validità ed efficacia.

L'autorità amministrativa, in sostanza, così come deve accertare la ritualità della presentazione delle dimissioni contestuali (cfr. la citata sentenza n. 4936 del 12 agosto 2009 del Consiglio di Stato), non può esimersi dal verificare, quantomeno, che ogni dimissionario abbia legittimazione in tal senso (essendo, come noto, la legittimazione un requisito, quantomeno di efficacia, degli atti giuridici).

2.- Anche se, sul piano fattuale, ciò non fa differenza (atteso che il soggetto è comunque libero di non partecipare più a quelle funzioni), giuridicamente non si può rinunciare ad una carica che non si è mai acquisita: sotto il profilo oggettivo mancano la funzione e l'oggetto dell'atto (non si può rinunciare a ciò che non si

ha), e quindi la sanzione è la nullità radicale; sotto quello soggettivo, manca anche il potere e la legittimazione (la carica è già venuta meno per ineleggibilità).

In ogni caso, la sanzione è quella della inefficacia assoluta: la fattispecie non produce effetti e quindi non può essere assunta a presupposto, tra l'altro, di provvedimenti amministrativi (qual è appunto il decreto di scioglimento dell'Ente).

3.- Chi è in una causa di ineleggibilità originaria (cioè sussistente prima della proclamazione) è ineleggibile sin dal momento della proclamazione degli eletti.

Dal combinato disposto degli articoli 41 e 69, del d.lgs. n.267 del 2000, difatti, emerge che le cause di ineleggibilità originarie hanno efficacia sin dal momento dell'elezione, mentre nel caso di

cause di ineleggibilità sopravvenute alla elezione stessa, è concesso all'eletto di optare per la carica di consigliere, rinunciando all'altra, entro un determinato termine, pena la decadenza automatica, poi accertata dal Consiglio.

Da ciò consegue che, quantomeno nel caso di ineleggibile originario, l'inefficacia dell'atto di dimissioni è appunto originaria.

4.- Anche a prescindere da tali rilievi, tuttavia, ha osservato il TAR che, se all'ineleggibile non è consentito influenzare il Consiglio comunale con alcun atto del munus per il quale ha raggiunto voti sufficienti (tanto è vero che la norma richiamata di cui all'articolo 41 del TUEL impone la verifica delle cause di ineleggibilità "nella prima seduta (del) consiglio comunale e provinciale, prima di deliberare su qualsiasi altro oggetto"), al medesimo, vieppiù, non può essere

riconosciuto il potere di concorrere a determinare addirittura lo scioglimento del medesimo organo e di tutto l'Ente, con le proprie dimissioni.

Sarebbe, all'evidenza, un risultato irragionevole ed in netto contrasto con il sistema di garanzie approntate dalle norme di legge di cui si discute.

Quindi, il difetto di legittimazione permane anche se non si accede alla tesi della inefficacia ex ante dell'elezione dell'ineleggibile a titolo originario.

5.- Infine, l'autorità amministrativa, anticipando il giudizio sull'impossibilità di funzionamento dell'organo principale dell'ente locale ad un momento antecedente al primo atto di verifica delle condizioni degli eletti (e delle eventuali surroghe) che il medesimo deve compiere - così come previsto dall'articolo 41 cit. -, finisce per manifestare un giudizio negativo sull'organo, e

sulla sua capacità di funzionamento in relazione alla sua composizione, prima ancora che sia dato conoscere la definitiva composizione dello stesso (in ragione appunto di eventuali surroghe da disporsi).

Inoltre, nel decretare lo scioglimento anticipato del Consiglio comunale, l'autorità amministrativa non può formulare un giudizio negativo in ordine alla sua capacità di funzionamento prima di conoscerne l'esatta e legittima composizione; così impedendo anche l'espressione di quelle prerogative che derivano al Consiglio e al Sindaco stesso, quali organi che sono diretta emanazione della volontà popolare, in una fase così anticipata e strettamente connessa con il completamento del procedimento elettorale, che rischia di incidere sulla stessa manifestazione di volontà del corpo elettorale.

6.- Benché la giurisprudenza amministrativa abbia affermato che la questione in ordine all'elettorato passivo non rientra fra quelle di stato e di capacità dei privati, che il giudice amministrativo non può conoscere, neanche in via incidentale, essendo queste limitate solo allo stato di cittadinanza e di famiglia (cfr. TAR Lecce sentenza n.5052 del 2006; TAR Bari sentenza n. 4234 del 2003; Consiglio di Stato sentenza n. 3338 del 2000), tuttavia, l'accertamento su una questione, come quella di ineleggibilità, su cui comunque difetta in modo espresso la giurisdizione amministrativa, può avere solo carattere incidentale e non principale, circostanza che non si verifica se si tratta di questione pregiudiziale assorbente e che, comunque, non può avere effetto di giudicato limitato alla questione decisa in via principale

(cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3678 del 2010, secondo cui: “il potere del giudice amministrativo di decidere con efficacia limitata tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui soluzione sia necessaria per dirimere la questione principale, non può sconfinare in una vera e propria tutela dei diritti e consistere, quindi, nella soluzione di controversie riservate all’ autorità giudiziaria ordinaria”).

Il Consiglio di Stato ha riformato tale sentenza sostenendo in sostanza che la dichiarazione di ineleggibilità ha effetto costitutivo e non dichiarativo, ed ha effetto retroattivo, ma prima della sua adozione gli atti dei consiglieri sono validi ed efficaci. Il Consiglio di Stato ha sostenuto che:

1.- Il consigliere eletto, in attesa della "verifica", si trova *sub condicione*, ma trattasi di condizione risolutiva e non sospensiva.

Quindi non si deve dire cioè che il consigliere non possa esprimere un valido voto, o dare le dimissioni finalizzate allo scioglimento, sino a che non sia stata dichiarata la inesistenza di cause di ineleggibilità; si deve dire, invece, che il consigliere è nella pienezza dei suoi poteri (incluso quello di concorrere a determinare lo scioglimento del consiglio con lo strumento delle dimissioni) sino a che non venga dichiarata la esistenza di una causa di ineleggibilità (tuttavia a riguardo si può osservare che si qualifica l'ineleggibilità come causa solo risolutiva del munus e si ammette lo scioglimento del consiglio prima della verifica di tale condizione, si rende la condizione di impossibile accertamento, finendo

per disapplicare la stessa legge che prevede tale ineleggibilità).

2.- Altra considerazione del Consiglio di Stato è che la dichiarazione di ineleggibilità può avere effetto retroattivo, ma ciò non rende *ipso facto* invalidi gli atti compiuti nel frattempo; si deve infatti applicare il principio del “funzionario di fatto” grazie al quale, in linea di massima, gli atti compiuti restano validi, a meno che non siano stati impugnati nelle forme e nei termini dovuti facendo valere proprio il vizio del difetto di titolo di chi ha agito come funzionario.

Rimane comunque il dubbio che in materia di procedimento elettorale e di eventuale elezione di un ineleggibile le funzioni svolte da questo soggetto possano essere assimilate a quelle compiute dal funzionario di fatto. Non si tratta infatti di ipotesi di incompetenza o di incompatibilità, ma di assoluta esclusione di quel

soggetto dalla possibilità di poter esercitare le funzioni conseguenti alle elezioni.

2.3) Diritti civili

2.3.1. Particolarmente rilevante, perché attinente ai diritti dell'individuo essenziali per il pieno esplicarsi della libertà religiosa riconosciuta a ciascuno nella nostra Costituzione, è la sentenza n. 289/2012.

Con tale sentenza, in materia di scelta della frequenza o meno l'ora di religione, sono stati affermati i seguenti principi:

1.- Il TAR ha affermato che mentre l'insegnamento della religione cattolica ha, ai sensi dell'articolo 9 comma 2, della legge n. 121 del 1985 e del punto 5, lett. b), del relativo protocollo addizionale, carattere di obbligo da

parte dello Stato Italiano nei confronti della Santa Sede, la frequenza dell'ora di religione ha carattere facoltativo per gli studenti, coinvolgendo diritti assoluti di libertà costituzionalmente tutelati, con la conseguenza che residua, per chi non intenda avvalersi dell'indicato insegnamento, la facoltà di scegliere (personalmente dall'interessato o da chi eserciti su di lui la potestà, in caso di minore) se svolgere diverse attività didattiche e formative, o attività di studio e di ricerca con assistenza di personale docente, o, ancora, nessuna attività, senza assistenza di personale docente ed anche con l'allontanamento dalla scuola (cfr. già Sezioni unite sentenza n. 11432 del 1997; Corte Costituzionale sentenza n. 203 del 1989).

Si è precisato, a tal fine, che l'ora di religione non è una materia curricolare obbligatoria e, proprio per evitare discriminazioni, il voto

dell'insegnante di religione non si esprime in termini numerici e non concorre neanche alla determinazione della media di profitto finale (cfr. TAR Lazio, Roma, sentenza 15 novembre 2010, n. 33433).

2.- Inoltre si è ritenuto che la libertà religiosa (nonché quella di professare la religione scelta, ai sensi dell'articolo 19 Cost.) e quella di pensiero (articolo 21 Cost.), in quanto tali, attengono ad un diritto assoluto ed indisponibile della persona, con la conseguenza che il consenso con il quale esse vengono esercitate non ha carattere obbligatorio e vincolante, essendo un connotato ontologico dei diritti assoluti della personalità quello della revocabilità del consenso e della indisponibilità del diritto.

I diritti inviolabili della persona umana sono previsti in via generale dall'articolo 2 della nostra

Costituzione, cioè da una norma che rientra tra i principi supremi dell'ordinamento e che, pertanto, non è suscettibile di essere modificata neanche con il procedimento di revisione costituzionale e prevale, altresì, sui principi del diritto sovranazionale (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. n. 509 del 1995; n. 536 del 1995).

Deve ritenersi, pertanto, che anche le disposizioni sui termini e modalità della manifestazione della scelta di frequentare l'ora di religione vadano interpretate in modo costituzionalmente orientato, nel senso che esse hanno carattere organizzativo e si rivolgono alla scuola, non essendo viceversa tese né idonee a comprimere diritti costituzionalmente tutelati.

Ne consegue che, seppure per motivi organizzativi (per la determinazione degli orari dei corsi, per l'individuazione della disponibilità dei docenti, ecc...) le scelte devono essere raccolte

prima dell'inizio dell'anno scolastico, l'indisponibilità del diritto e la revocabilità del consenso inducono a ritenere che, anche nel corso dell'anno, si possa cambiare idea e non frequentare più l'ora di religione, senza alcun pregiudizio sul profitto scolastico.

Tanto più che, nel caso di specie, il ricorrente aveva consentito acchè i propri figli uscissero dalla scuola durante l'ora di insegnamento che non intendevano frequentare.

2.3.2. Altra decisione che tocca una delicata questione di tutela di diritti fondamentali è la n. 92/2012, emessa su una questione afferente la realizzazione di un tratto della SS87, con la quale, in ossequio al principio di precauzione, particolarmente rilevante proprio in tema di tutela dell'ambiente, della sicurezza e della salute

umana (cfr. Corte di giustizia CE sentenza 22 dicembre 2010 n. 77), si è affermato che:

1.- L'Autorità di Bacino, rispetto al dato formale della data di approvazione del Piano Stralcio per l'Assetto Idrogeologico, deve dare particolare risalto a quello sostanziale della conformità del progetto su cui deve esprimere parere a quanto risulta, agli atti, alla stessa autorità, ivi compresi gli studi più aggiornati e relativi ad un nuovo piano in fase di adozione.

Occorre cioè valutare, comunque e *hic et nunc*, se il progetto approvato dell'opera pubblica, ivi comprese le modifiche di regimentazione delle acque, sia o meno idoneo a salvaguardare il rischio di frana e dissesto idrogeologico.

A tal fine, si è evidenziato che l'articolo 67 del d.lgs. n.152 del 2006 valorizza proprio la funzione

programmatica e non meramente normativa del PAI, la cui applicabilità, pertanto, non è strettamente limitata dal principio del *tempus regit actum*, ma esso obbliga le autorità ad individuare ed eliminare i pericoli idrogeologici, anche con riferimento alle opere già realizzate.

Si è ritenuto, pertanto, irragionevole che un'autorità esprima parere favorevole per un'opera che presenta rischi idrogeologici e quindi, con l'adozione del PAI (di lì a poco), dovrà essere inserita tra quelle oggetto di interventi di ripristino e messa in sicurezza (ai sensi del citato articolo 67).

2.3.3. Sempre in materia di diritti è da ricordare la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità di una norma del Codice militare che impone a tutti i militari di esperire le vie gerarchiche prima di adire un

giudice a tutela di un proprio diritto o interesse. Nell'ordinanza è evidenziato il carattere antidemocratico di qualsiasi forma di limite al diritto di difesa del cittadino, anche quando il cittadino ricopre una carica militare (ordinanza su ric. NRG 299/2011).

2.3.4. Da segnalare, sempre in tema di diritti fondamentali della persona, le ordinanze n. 134/2012, n. 137/2012 ed il ricorso n. 117/2012.

Ordinanze nn. 134 e 137 del 10.4.2012. E' rimessa alla Corte Costituzionale la questione della legittimità dell'art. 16 del D.Lgs. n. 503/1992, vale a dire dell'automatismo nell'interruzione del servizio dei professori universitari, al compimento dell'età prevista, con la conseguente totale esclusione della possibilità di diversa valutazione dell'Ateneo.

Ricorso n. 117 del 2012. E' stato accolto il ricorso di una studentessa che chiedeva di essere ammessa al corso di laurea in Medicina e Chirurgia in virtù di un'implementazione dei posti disponibili per effetto del riutilizzo dei posti non occupati della quota riservata a studenti extracomunitari non residenti. Ciò anche in considerazione della necessaria garanzia del diritto allo studio, di cui all'art. 34 della Costituzione.

2.4) Tutela del paesaggio e fonti rinnovabili

2.4.1. Nel corso dell'anno 2012 il Tribunale, grazie anche al raffinato contributo fornito sul punto dal libero foro e dalla difesa erariale, ha proseguito e, per molti aspetti, portato a compimento il percorso di approfondimento dello statuto giuridico di importanti istituti che

rivestono una notevole rilevanza per l'attività amministrativa svolta, a vari livelli, nella realtà molisana e, ancor più, per le iniziative imprenditoriali ivi localizzate: mi riferisco alla materia dei vincoli paesaggistici di cui al d. lgs. n. 42 del 2004 ed alla disciplina del procedimento di autorizzazione per la produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003.

Quanto al regime dei vincoli il Tribunale con sentenza n. 730/2011 ha affrontato il tema del regime giuridico dei decreti c.d. "Galassini" alla luce delle previsioni della legge regionale del Molise n. legge 24/1989 (artt. 2, comma 2 e 8) nonché quello dell'efficacia, ai sensi dell'art. 157, comma 2, del d. lgs. n. 42 del 2004, delle proposte formulate dalle commissioni provinciali in caso di mancato perfezionamento del procedimento volto alla dichiarazione di notevole interesse

pubblico dell'area; ha infine precisato che l'art. 146, comma 1, del d. lgs. 42/2004 assoggetta al regime autorizzatorio non solo le aree tutelate "dalla legge", ex art. 142, o "in base alla legge", ex art. 136, come pure quelle interessate da atti e provvedimenti emessi ai sensi della normativa previgente ex art. 157, ma anche quelle direttamente tutelate in forza di autonome previsioni del piano paesistico regionale ai sensi dell'art. 143, comma 1, lett. d): ne ha tratto la conseguenza circa l'obbligo del preventivo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica con riferimento ad una installazione da localizzare in un'area assoggettata dal piano paesistico regionale a specifiche prescrizioni d'uso e ciò alla luce del disposto di cui all'art. 9 legge della regione Molise n. 24/1989 secondo cui "la verifica positiva di conformità alle prescrizioni dei Piani paesistico - ambientali di area vasta é condizione

per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 7 della legge n. 1497 del 1939”.

Con sentenza 15 novembre 2011, n. 733 il TAR ha esaminato una fattispecie in cui il piano paesistico regionale ha esteso l'ambito del vincolo paesaggistico in precedenza imposto dall'autorità statale ed ha evidenziato che non è indifferente accertare quale parte del territorio sia vincolata in forza della pregressa dichiarazione di notevole interesse pubblico ex art. 136 e quale lo sia in forza di autonome previsioni del piano paesistico ex art. 143, comma 1, lett. d), poiché solo nel primo caso dovranno trovare applicazione le specifiche prescrizioni d'uso previste dal decreto istitutivo del vincolo ex art. 140, comma 2, d. lgs. 42/2004. Tuttavia nell'ipotesi in cui un progetto preveda la localizzazione di una sola parte degli aerogeneratori in area già dichiarata di notevole

interesse pubblico, la valutazione di compatibilità paesaggistica dell'organo competente del MIBAC, in relazione alle specifiche prescrizioni d'uso contenute nel decreto impositivo del vincolo e recepite nel piano paesistico ex art. 140, comma 2, legittimamente si estende al progetto nel suo complesso a condizione che le torri eoliche collocate a ridosso della perimetrazione siano oggettivamente idonee a recare potenziale pregiudizio al valore paesaggistico direttamente tutelato dal vincolo e che l'unitarietà dell'intervento debba pertanto reputarsi ostativa ad una valutazione parcellizzata dell'intervento sotto il profilo paesaggistico.

2.4.2. Quanto al procedimento di autorizzazione unica, il Tribunale ha evidenziato la natura obbligatoria della conferenza di servizi

prevista dall'art. 12 del d. lgs. 387/2003, precisando che la sua mancata indizione, la mancata convocazione, come pure la mancata partecipazione di amministrazioni titolari per legge di una competenza primaria, non può che comportare l'illegittimità dell'autorizzazione unica in quanto ne risulta frustrata la finalità del legislatore di favorire la composizione degli interessi antagonisti attraverso la predisposizione di una sede unitaria di confronto reputata come la più idonea a superare eventuali ragioni di dissenso o di contrasto (TAR Molise 8 marzo 2011, n. 98).

Con sentenza n. 585 del 26 ottobre 2012 il TAR ha ribadito che la mancata partecipazione del Direttore regionale e del Soprintendente per i beni architettonici e paesaggistici alla conferenza di servizi indetta per l'esame congiunto dell'istanza di rilascio delle

autorizzazioni uniche, preclude ai suddetti organi periferici del MIBAC di esercitare, al di fuori di quella sede, il proprio potere di verifica di compatibilità dell'opera con il vincolo paesaggistico, pena la nullità delle determinazioni a tal fine adottate ai sensi dell'art. 14 quater, comma 1, della legge n. 241 del 1990 che, qualificando siffatta forma di esercizio del potere amministrativo come "inammissibile", ne tipizza una fattispecie espressa di decadenza (cfr. in senso conforme TAR Molise sentenze n. 730/2011, n. 109/2011 e n. 314/2011).

In assenza di circostanze sopravvenute rispetto alle risultanze istruttorie esaminate nella conferenza di servizi, deve ritenersi precluso anche il potere cautelare inibitorio disciplinato dall'art. 150 del d. lgs. n. 42/2004, pena l'introduzione, in via surrettizia, di una fase di verifica della compatibilità paesaggistica

dell'intervento, successiva alla conferenza di servizi ed in deroga al suo carattere necessario ed obbligatorio (TAR Molise 763/2012).

Le linee guida regionali (nella specie D.G.R. 1974/2009) che, in palese contrasto con la normativa nazionale, prescrivono il rilascio anticipato delle autorizzazioni paesaggistiche prima della indizione della conferenza di servizi devono ritenersi adottate in carenza di potere non avendo la Regione la potestà di disciplinare autonomamente il funzionamento del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica in quanto attinente ai principi fondamentali della materia "trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" e come tale rimessa alla competenze legislativa statale (TAR Molise 26 gennaio 2011, n. 109 e 3 novembre 2011, n. 730).

Stante la complessità delle valutazioni rimesse in materia alle Soprintendenze, il TAR non ha

tuttavia escluso che prima della conferenza di servizi il Soprintendente possa predisporre ed eventualmente inviare all'organo regionale precedente uno schema di parere e con sentenza n. 555/2012 ha, al riguardo, precisato che per potersi ritenere rispettato il precetto normativo che fa obbligo al Soprintendente di esprimersi "in via definitiva, in sede di conferenza di servizi" e quello complementare secondo cui il parere in questione debba, a pena di inammissibilità, essere manifestato nella conferenza di servizi, è necessario che il parere eventualmente predisposto dal Soprintendente prima della conferenza, al fine di assicurare una ponderata disamina degli elementi istruttori in suo possesso, assuma i caratteri di una "proposta di parere", suscettibile di incondizionata confutazione nella sede della conferenza ed aperto a possibili modifiche o passibile di

motivata conferma alla luce delle emergenze istruttorie introdotte nella sede unitaria di confronto, secondo uno schema dialettico che richiama il modello dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990. Siffatta natura preparatoria è stata tuttavia esclusa allorquando il parere (negativo), redatto prima della conferenza di servizi, sia stato espressamente reso ai sensi dell'art. 146 del d. lgs. n. 42 del 2004, sia stato dichiarato immediatamente vincolante per la struttura regionale e, al contempo, comunicato all'impresa istante che, percependone il carattere lesivo, lo ha immediatamente impugnato, lamentandone fondatamente la illegittimità per violazione del modulo obbligatorio della conferenza di servizi (TAR Molise n. 125 del 15 febbraio 2013).

Laddove il parere sia stato reso al di fuori della conferenza di servizi e, soprattutto, non sia stato

offerto in comunicazione alla sede conferenziale dove avrebbe potuto essere discusso, integrato e riveduto alla luce degli ulteriori contributi istruttori ivi introdotti, il suddetto parere deve ritenersi *tamquam non esset* e, come tale, privo di effetti preclusivi rispetto all'ulteriore seguito del procedimento, sicché nessun obbligo di rimettere la decisione finale al Consiglio dei Ministri può configurarsi in tali fattispecie in capo alla Regione Molise che, pertanto, legittimamente adotta il provvedimento di conclusione del procedimento (TAR Molise 15 febbraio 2013, n. 124 ma già TAR Molise 26 ottobre 2012, n. 585).

Se dunque il parere del MIBAC reso al di fuori della conferenza di servizi deve ritenersi radicalmente nullo e l'organo regionale precedente è legittimato a non tenerne conto, essendo *tamquam non esset*, allorquando invece la proposta di parere, presentata alla sede

conferenziale non si tramuti legittimamente nella espressione definitiva dell'atto di assenso, il parere, reso in difformità rispetto allo schema legale disciplinato dall'art. 14 quater, deve ritenersi atto meramente annullabile in quanto illegittimo e, in applicazione dei caratteri di esecutività ed esecutorietà dei provvedimenti amministrativi, l'organo regionale procedente dovrà necessariamente tenerne conto o rimettendo la decisione al superiore livello decisionale (Consiglio dei Ministri), laddove non intenda conformarsi al diniego, oppure impugnandolo direttamente al fine di rimuovere l'efficacia preclusiva dell'ulteriore corso dell'iter procedimentale che la legge riconosce al dissenso espresso.

Quanto alla individuazione dell'organo periferico del MIBAC competente a partecipare alla conferenza di servizi, il TAR con sentenza 1

marzo 2011, n. 54 ha precisato che laddove non ricorra un'ipotesi di concorrenza di competenze plurime, ai sensi dell'art. 17, comma 3, lett. n. del D.P.R. n. 233/2007, non spetta al direttore regionale del MIBAC partecipare alla conferenza ma il parere dovrà essere reso dalla Soprintendenza preposta alla tutela del vincolo culturale o paesaggistico che, di volta in volta, viene in rilievo; con l'occasione è stato anche precisato che per aversi concorrenza di competenze non è sufficiente una generica rilevanza dell'area anche dal punto di vista archeologico, occorrendo la formale coesistenza del vincolo archeologico con quello paesaggistico. Peraltro, con la medesima sentenza, è stato precisato che non sussiste il vizio di incompetenza nelle ipotesi in cui il Direttore regionale si sia limitato con proprio atto a recepire integralmente il parere reso dalla

Soprintendenza preposta alla tutela del vincolo (nella specie paesaggistico), inviandolo alla conferenza di servizi cui successivamente partecipava il Soprintendente di settore. E' stato infine escluso che il Soprintendente, in sede di valutazione della compatibilità dell'opera da localizzare con le istanze di tutela del vincolo, debba ponderare ulteriori e diversi interessi antagonisti (sviluppo economico, livelli occupazionali, tutela della salute e dell'ambiente), essendo tale valutazione di sintesi rimessa all'organo regionale titolare della competenza alla adozione della determina conclusiva del procedimento.

Infine, l'esistenza di una situazione di degrado o di compromissione del valore paesaggistico non preclude al Soprintendente di esprimere un giudizio di incompatibilità con le esigenze di tutela del vincolo dell'opera o dell'intervento da

autorizzare, poiché la rilevanza costituzionale del paesaggio, se giustifica un sacrificio parziale di tale valore in un'ottica di contemperamento con altri interessi di pari rilevanza, quali l'ambiente e la tutela della salute, in ogni caso impone di ricercare un limite che impedisca di annullare i valori identitari e culturali del territorio, sicchè laddove vi sia già stata una parziale compromissione del paesaggio per rendere il territorio compatibile con altre forme di utilizzo, necessarie alla salvaguardia di interessi di pari rilevanza costituzionale, il giudizio di compatibilità paesaggistica relativa ad ulteriori interventi deve svolgersi con particolare rigore per evitare che i richiamati caratteri identitari, spirituali e culturali, già in precedenza compromessi dall'intervento dell'uomo, possano risultare definitivamente cancellati.

2.5) Principio di effettività della tutela

2.5.1. Con la sentenza n. 5 del 16 gennaio 2012, sulla scorta dell'insegnamento della Corte regolatrice della giurisdizione (cfr. Cass. SS.UU. 21 giugno 2010, n. 14893), il TAR Molise ha precisato i limiti che il sindacato del giudice amministrativo incontra nello scrutinio sui giudizi espressi dalle commissioni d'esame, ritenendo ammissibile per il giudice amministrativo verificare direttamente l'intero procedimento conoscitivo e valutativo che ha condotto l'amministrazione a sussumere i fatti significativi nelle regole di giudizio previamente poste dal bando o dalla stessa amministrazione in via di autolimitazione mediante la predisposizione di criteri di valutazione.

In particolare, il giudice per accertare se il giudizio conclusivo formulato dalla commissione

debba ritenersi irragionevole dovrà procedere ad una verifica di coerenza in relazione al c.d. “nucleo concettuale” del “parametro normativo” dato, per tale intendendosi il novero delle possibilità descrittive o dei dati rilevanti ai fini della valutazione, oggettivamente evincibili dai criteri assunti quale parametro di giudizio dalla commissione, secondo una regola di evidenza o di elevata probabilità.

Tale apertura, inizialmente formulata in materia di controllo sui giudizi espressi dalle commissioni esaminatrici nominate per il concorso di abilitazione all’esercizio della professione forense, è stata di recente confermata con sentenza n. 670 del 27 novembre 2012 in materia di valutazione dei titoli esibiti dai candidati partecipanti ad un pubblico concorso.

Nello specifico si è ritenuto non preclusa al giudice la possibilità di sindacare il procedimento

logico ed interpretativo seguito dalla commissione al fine di accertare la riconducibilità dei titoli esibiti dai candidati nel novero delle categorie tipizzate dal bando o dal regolamento di organizzazione degli uffici. In tutti questi casi infatti, pur in presenza di espressioni dal significato non preciso, il giudizio della commissione non comporta una scelta assiologica o una opzione – non ricorrendo una fattispecie di ponderazione comparativa di interessi (cfr. Cass. SS.UU. 21 giugno 2010, n. 14893) - ma una mera ricognizione nei titoli presentati dei dati che, in forza del criterio che li contempla, assumono oggettivamente attitudine selettiva.

Lo sforzo ricostruttivo del TAR, costantemente orientato all'attuazione del principio di effettività della tutela, nel rigoroso rispetto dei limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo, non ha trovato riscontro nella

riflessione del Giudice di Appello tant'è che, allo stato, con il pronunciamento reso in sede cautelare sulla sentenza n. 5 del 2012 è stato ribadito in modo acritico e con formula tralatizia l'orientamento della sezione (Cons. Stato, IV, ord. 1609 del 24 aprile 2012).

2.5.2. Analogo impegno nella attuazione del principio di effettività della tutela, ora solennemente ribadito dall'art. 1 cod. proc. amm., è stato profuso nella materia dei vincoli imposti su beni culturali ai sensi delle disposizioni di cui al d. lgs. n. 42 del 2004.

Con la sentenza n. 29 del 2013 (Ixelios) il Tribunale ha infatti ritenuto di dover verificare tramite CTU l'attendibilità della decisione del MIBAC di sottoporre a vincolo archeologico una vasta area del territorio molisano, in tal modo ripercorrendo analiticamente l'iter logico

giuridico del giudizio espresso dal Soprintendente e sottoponendo a rigoroso vaglio critico, con l'ausilio di un esperto della materia, i dati assunti a fondamento di tale decisione, che, all'esito dell'indagine, è risultata ragionevole e proporzionata.

Peraltro il settore della tutela dei beni culturali e, in particolare, di quelli paesaggistici, vede il Tribunale impegnato in un notevole sforzo ricostruttivo della materia volto a restituire alla complessa trama normativa l'imprescindibile coerenza sistematica necessaria a rendere prevedibili le decisioni degli organi preposti alla tutela e calcolabili i costi degli investimenti dei numerosi operatori economici presenti in Molise nel comparto delle energie rinnovabili.

Anche in questa materia tuttavia l'attenzione del Tribunale nella ricerca di punti di equilibrio tra tutela del paesaggio, quale valore di primaria

rilevanza costituzionale e tutela dei concorrenti interessi alla tutela ambientale e della salute, ha di recente registrato significativi momenti di contrasto con il giudice d'appello che, lungi dall'inscrivere nella fisiologica dialettica tra primo e secondo grado di giudizio, appaiono segnati da un approccio ideologico al tema della tutela del paesaggio.

Una speciale menzione merita, in particolare, la sentenza n. 3039 del 23 maggio 2012 della VI sezione del Consiglio di Stato che, nel riformare le sentenze di questo Tribunale n. 734 e 735 del 2011, in una materia in cui opera il principio della cogestione del vincolo paesaggistico, ha introdotto una innovativa fattispecie di nullità, in ipotesi di violazione delle regole di riparto della competenza tra organi regionali ed organi del MIBAC, in seno alla conferenza di servizi, fissate dall'art. 12 del d. lgs. 387 del 2003, recante la

disciplina unitaria del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica all'esercizio di impianti di produzione di energia pulita. L'effetto pratico di tale decisione è sostanzialmente quello di riconoscere al MIBAC, nelle ridette ipotesi, un potere di impugnazione dell'autorizzazione unica svincolato dall'ordinario termine di decadenza, in tal modo pregiudicando gravemente il diritto di intrapresa economica degli operatori privati che si trovano esposti in modo permanente al rischio di successiva invalidazione dei titoli abilitativi rilasciati dalla Regione.

Appaiono evidenti le ricadute negative che siffatti indirizzi interpretativi sono destinati ad avere nel settore dello sviluppo delle fonti di produzione di energia c.d. alternative, cui peraltro l'Italia è impegnata in forza di specifici obblighi internazionali e comunitari.

Peraltro con la decisione richiamata il Consiglio di Stato ha anche riconosciuto un potere generale del direttore regionale del MIBAC di ricorrere alla speciale misura di sospensione cautelare degli interventi ritenuti pregiudizievoli per il paesaggio, ex art. 150 del d. lgs. n. 42 del 2004, anche in presenza di interventi regolarmente autorizzati con provvedimenti non impugnati nei termini dal MIBAC, introducendo ulteriori fattori di incertezza per gli operatori che si vedono costantemente esposti al rischio di vedere vanificati gli investimenti anche in presenza di autorizzazioni regolarmente rilasciate e non impugunate nei termini.

Il Tribunale con sentenza n. 585 del 26 ottobre 2012 ha recentemente puntualizzato le ragioni di dissenso rispetto all'indirizzo propugnato dal giudice d'appello, richiamando peraltro principi da tempo consolidati in materia di

incompetenza, di nullità e di tutela dell'affidamento, che meritano conferma proprio al fine di garantire un ragionevole punto di equilibrio tra concorrenti istanze di tutela di diversi interessi pubblici primari di rilevanza costituzionale (Paesaggio, Ambiente, Salute).

Trattandosi di questioni della massima importanza che involgono anche il rispetto di impegni assunti dall'Italia a livello internazionale, sia per quanto concerne il principio del giusto processo sia con riferimento alle misure di contrasto alle alterazioni del clima, il Tribunale si riserva di portare le criticità evidenziate all'attenzione delle Corti sovranazionali competenti in materia al fine di stimolare un intervento chiarificatore e risolutivo.