

Antonio Cavallari

Inaugurazione dell'anno giudiziario 2011

TAR Puglia-Lecce

Autorità religiose, civili e militari, Signore e Signori,

la Vostra partecipazione a questo incontro è per noi tutti motivo di compiacimento e soddisfazione; compiacimento e soddisfazione che non ci possono, però, far dimenticare chi in questi giorni soffre per la furia dell'uomo o della natura.

Ho parlato di incontro perché renderemo conto dell'amministrazione della Giustizia Amministrativa nelle Province di Lecce, Brindisi e Taranto nell'anno 2010 e poi ascolteremo gli interventi.

In sostanza, utilizzeremo anche quest'occasione per un ulteriore confronto.

Innanzitutto il più cordiale saluto dal Presidente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, Presidente Pasquale de Lise, che ha delegato a partecipare a questo incontro il Presidente Mario Torsello, Segretario Generale della Giustizia Amministrativa

.

Alcuni dati e alcune considerazioni.

Il flusso del contenzioso nel 2010 si è attestato su livelli analoghi a quelli del 2009.

Siamo lontani dal livello raggiunto nel 2000, quando furono presentati più di 5000 ricorsi.

Questo però non significa che la litigiosità, o meglio, le ragioni del contendere siano diminuite.

Una gran parte del contenzioso, quello in materia di pubblico impiego, è migrata innanzi al giudice ordinario; al giudice amministrativo è rimasta la cognizione di ambiti e ne sono stati assegnati altri che, nell'insieme, costituiscono un fardello indubbiamente oneroso.

I numeri sono diminuiti, ma certamente non è diminuito il "peso" del lavoro, inteso al tempo stesso come complessità delle vicende conosciute e

come incidenza delle stesse sul traffico giuridico e, in ultima analisi, sulla vita di tutti.

La definizione dell'ambito complessivamente attribuito al giudice amministrativo ha visto la pluralità degli interventi del legislatore, la pluralità degli interventi della Corte Costituzionale e la pluralità degli interventi della Corte di Cassazione in sede nomofilattica.

Il tutto non sembra pienamente soddisfacente della primaria esigenza di concentrazione innanzi ad un unico giudice dei processi relativi ad una vicenda, se si pensa che l'appaltatore della gestione dei rifiuti che chieda la revisione dei prezzi deve ricorrere al giudice amministrativo, mentre, se chiede di essere compensato per aver spazzato una strada in più rispetto a quanto stabilito nel contratto, deve adire il giudice ordinario; questo a fronte dell'art. 4 del d.l. n. 90 del 2008 che attribuisce al giudice amministrativo la cognizione di tutte le controversie attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti.

Sembra questo uno dei tanti problemi che affliggono una società in evoluzione, che spoglia l'Autorità dei paludamenti e le chiede efficienza e trasparenza, tanto da sostituire nell'uso comune al termine "funzione" quello di "servizio" e al tempo stesso individua come elementi distintivi del "servizio" non la destinazione delle risorse alla soddisfazione di interessi pubblici ma la formalistica imputazione dell'atto o comportamento all'Autorità.

Sembra di avvertire nel comune sentire questo: il soggetto che ha una contesa con l'Amministrazione vuole adire un unico giudice.

Se questa è la linea di tendenza, certamente molto deve cambiare, a partire dall'atteggiamento del giudice amministrativo sotto vari profili.

Venendo alla nostra specifica situazione e ai dati.

L'andamento della litigiosità corrisponde alla situazione sociale: vi è una sostanziale equivalenza del flusso e delle caratteristiche attuali rispetto a quelle pregresse, con una vivacità riscontrabile:

- nella materia dell'ambiente, per l'attenzione prestata nella nostra regione alle fonti di energia rinnovabile, alla necessità dello smaltimento dei rifiuti ed al tempo stesso alle cautele che devono accompagnare questo processo per garantire adeguatamente la salute;
- nella materia degli appalti: vivacità riscontrabile non solo nella quantità dei processi, ma pure nella complessità anche dal punto di vista tecnico delle questioni portate all'esame del giudice, matasse che questo giudice deve e intende dipanare;

- nella materia della sanità, specialmente per quanto attiene all'assegnazione dei tetti di spesa alle strutture private accreditate che erogano prestazioni specialistiche.

Nell'anno 2010 sono stati depositati 2111 ricorsi; sono stati definiti con sentenza 1678 procedimenti, con decreto decisorio 1283 affari; sono state adottate 775 ordinanze cautelari, 207 ordinanze collegiali, 85 decreti.

Se il totale dei procedimenti definiti ($1283 + 1678 = 2961$) può essere motivo di soddisfazione, è da dire che i decreti decisori riguardano estinzioni per perenzione o rinuncia, cioè nella stragrande maggioranza situazioni in cui le parti sono rimaste inattive per più di due anni o situazioni in cui il ricorso è rimasto giacente per più di cinque anni e nessuno ha più interesse alla pronuncia, cioè situazioni in cui l'attività giudiziaria non ha raggiunto l'obiettivo di regolare la contesa.

I ricorsi giacenti sono in totale 6764.

Mi sento di affermare che il consuntivo è confortante non solo per i numeri, dato che i 1678 procedimenti decisi comprendono in molti casi una pluralità di motivi aggiunti ed anche ricorsi incidentali (e questo significa che in un fascicolo sono riuniti una pluralità di ricorsi con il pagamento di una pluralità di contributi, in base all'art. 13, comma 6 bis, del d.P.R. n.115 del 2002, così come modificato dall'All. 4, art. 3 del d.lgs. n. 104 del 2010), ma anche per la complessità delle vicende trattate.

Per illustrare il nostro impegno vorrei spendere qualche parola su un argomento, fra i tanti, per il rilievo che ha avuto nella soluzione di vicende appena trattate e per l'interesse che susciterà sempre più in futuro: il rapporto fra l'ordinamento nazionale e altri ordinamenti.

Vorrei prendere le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2010 per violazione dell'art. 76 della Costituzione, cioè dei principi contenuti nell'art. 7 della legge di delega n. 50 del 1999.

Venuto meno l'istituto dell'acquisizione per decreto della proprietà del suolo utilizzato per la realizzazione dell'opera pubblica, le possibili soluzioni delle questioni sollevate erano:

- aderire alla soluzione dettata dalle numerose pronunce di condanna adottate dalla CEDU che hanno affermato la violazione del principio di legalità da parte della cosiddetta accessione invertita, cioè dell'acquisizione di un suolo fondata dalla giurisprudenza sulla realizzazione dell'opera pubblica in presenza di una valida ed

operante dichiarazione di pubblica utilità (per la giurisprudenza l'occupazione usurpativa, cioè la realizzazione dell'opera pubblica in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace – validità esclusa in caso di dichiarazione di pubblica utilità annullata dal giudice amministrativo – non comportava l'acquisizione della proprietà del suolo), per l'assenza di “norme di diritto interno accessibili, precise e prevedibili”; all'esclusione dell'acquisizione della proprietà del suolo ovviamente consegue l'obbligo per l'Amministrazione di restituire il bene al privato, previa demolizione dell'opera pubblica, cioè la *restitutio in integrum*;

- individuare una soluzione in base alle disposizioni dell'ordinamento nazionale.

Il primo *step* da affrontare riguardava la validità delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

La questione è stata risolta dalle cosiddette “sentenze gemelle”, cioè le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: specificamente dalla sentenza n. 349, che ha escluso la “comunitarizzazione” della Convenzione europea, e quindi la diretta operatività delle sentenze della CEDU nell'ambito interno, conseguentemente il dovere del giudice di disapplicare le disposizioni con esse contrastanti, per il primato riconosciuto all'ordinamento comunitario. A tale conclusione la Corte è giunta ancorché l'art. 6, par. 2 del Trattato di Maastricht dica che “l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] in quanto principi generali del diritto comunitario”.

L'1 dicembre 2009 (a seguito del deposito dello strumento di ratifica da parte dell'ultimo Stato membro dell'Unione europea, ossia la Repubblica Ceca) è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che nell'art. 6, secondo e terzo comma, stabilisce che “L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.”.

A prescindere dalla circostanza che l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione non è attuale, ma si perfezionerà al compimento del relativo

iter, al pari di qualsiasi trattato, sia la formula del Trattato di Maastricht (secondo la quale il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea si risolve nella qualificazione degli stessi come principi generali del diritto comunitario) sia la formula del Trattato di Lisbona (relativa al recepimento nel diritto comunitario dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, diritti che trovano la loro definizione vincolante nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, in base al protocollo n. 11, art. 32 della Convenzione) esprimono lo stesso concetto, cioè l'inserzione nell'ordinamento comunitario dell'anzidetto nucleo di diritti.

Rimane quindi valida la più convincente delle argomentazioni formulate nella sentenza della Corte Costituzionale n. 349 del 2007, relativa:

- all'estraneità della disciplina della proprietà alle materie regolate dall'Unione, non ampliate dal Trattato di Lisbona rispetto a quello di Maastricht;
- all'esclusione dell'immediata operatività delle sentenze della Corte di Strasburgo nel nostro ordinamento;
- all'esclusione del dovere del giudice nazionale di disapplicare le norme nazionali contrastanti (sentenze della Corte di Giustizia *Simmenthal* e *Fratelli Costanzo*).

È importante a questo punto sottolineare che l'Unione europea non è un organismo politico a fini generali; persegue invece specifici fini, come ribadisce, nei primi due commi, l'art. 6 del Trattato di Lisbona ("1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.").

Si è quindi ritenuto di poter rinvenire nell'ordinamento nazionale la norma che disciplina la sorte delle opere pubbliche realizzate senza che siano state portate a termine regolari procedure espropriative.

Questa norma è stata individuata nell'art. 940 c.c., che regola l'istituto della specificazione e comporta l'attribuzione della proprietà a chi abbia adoperato una materia dando vita ad una cosa nuova (mobile nella formulazione letterale, anche immobile nella interpretazione del tribunale).

L'automatismo nell'acquisizione della proprietà del bene trasformato, la legalità del processo (l'istituto della specificazione risale al diritto romano), l'attribuzione al precedente proprietario non del risarcimento ma di un indennizzo, cioè di un diritto soggetto al termine prescrizione di dieci anni, fanno ritenere l'esistenza di "norme accessibili, precise e prevedibili", cioè l'osservanza del principio di legalità, dell'esigenza più volte ribadita dalla Corte di Strasburgo.

A questo punto ci si pone una domanda: perché l'Unione europea ripetutamente ricomprende nei propri principi generali i diritti fondamentali, le libertà, i principi garantiti dalla Convenzione europea?

La risposta è probabilmente nella volontà dell'Unione di evolversi in organismo politico a fini generali, di affrancarsi dai "signori dei trattati" (la definizione appartiene alla cultura giuridica tedesca), dai limiti che gli ordinamenti nazionali pongono al diritto comunitario.

Fin dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984, l'ordinamento nazionale ha affermato il primato del diritto comunitario e correlativamente i limiti che in quello incontra, in base all'art. 11 della Costituzione, la propria sovranità, elaborando al contempo la teoria dei controlimiti, cioè di un nucleo di diritti costituzionalmente garantiti che sfugge alle anzidette limitazioni della sovranità, nel nome della nostra identità costituzionale.

Nello stesso senso si sono pronunciati il *Conseil constitutionnel* francese nella sentenza 10 giugno 2004, n. 496 e il *Tribunal constitucional* spagnolo con la *Declaration* 13 dicembre 2004, in sede di ratifica del Trattato istitutivo della Costituzione per l'Europa.

La posizione più elaborata, in proposito, è sicuramente quella della Corte costituzionale tedesca, che con le sentenze *Solange I* e *II* e, da ultimo, con la sentenza *Lissabon* (30 giugno 2009) ha affermato l'impossibilità dell'ordinamento comunitario, che riposa sempre sui compiti allo stesso attribuiti dagli ordinamenti nazionali, di operare *ultra vires*, cioè in conflitto con ambiti che rientrano nell'identità costituzionale degli stati membri.

Conscia della riluttanza degli stati membri a rinunciare ad un nucleo di norme che identificano la rispettiva essenza, l'Unione da un lato assume come propri i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, così escludendo in radice ogni possibilità di contestazione del primato dell'ordinamento

comunitario; dall'altro, e nella produzione legislativa e nella produzione giurisprudenziale, prevede delle clausole di salvaguardia delle specificità degli ordinamenti nazionali.

Così, in sede giurisdizionale, le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi (quali sono quelle costituite dal monopolio in tema di giochi previsto dal d.lgs. n. 496 del 1948) sono state ritenute ammissibili:

- se fondate su ragioni d'interesse generale, come la tutela dei consumatori o la prevenzione dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva, ecc. (sentenza 6 settembre 2003, *Gambelli*, punti 63 e 67; sentenza 6 marzo 2007, *Placanica*, punto 46);
- se temperate dal rilascio di un adeguato numero di concessioni (sentenza *Placanica* cit., punto 63).

Parimenti, in sede normativa, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 123 del 2006 prevede, negli artt. 10 e 12, che la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi può subire limitazioni *purché* i criteri non siano discriminatori e siano dettati da motivi imperativi di interesse generale, quali considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

Tali principi, peraltro trasfusi nell'art. 8, primo comma, lett. h) e 10, d.lgs n. 59 del 2010, sono stati di guida nella soluzione:

- delle vicende relative al diniego della licenza di pubblica sicurezza ,prevista dall'art. 88, r.d. n. 773 del 1931, agli intermediari nell'accettazione di scommesse per conto di soggetti non muniti di concessione da parte dello Stato italiano;
- delle vicende relative alla chiusura o meno degli esercizi commerciali nel giorno di domenica.

L'elaborazione relativa ai controlimiti è rimasta a lungo mera enunciazione teorica, fino alla sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato, 8 agosto 2005 n. 4207.

Al giudice era stato chiesto di disapplicare, per il contrasto con norme comunitarie, una disposizione relativa all'incompatibilità tra la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali e qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e

informazione scientifica del farmaco, incompatibilità che nella formulazione originaria riguardava solo le farmacie private e che la Corte costituzionale aveva esteso alle farmacie comunali con la sentenza n. 275 del 2003.

Il giudice ritenne che “non è consentito che il giudice nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente sull’area dei diritti ad essa riservata. Il Collegio non ignora la tendenza invalsa nel diritto comunitario, e nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, specie dopo la firma del Trattato di Nizza, ad assicurare la salvaguardia dei diritti soggettivi in ambiti sempre più ampi, anche estranei alla vocazione strettamente economica che ha caratterizzato le origini e una larga parte della storia della Comunità ed ora dell’Unione. Non è controverso, tuttavia, che si tratti di manifestazioni di valenza quasi sperimentale della aspirazione ad una unione più stretta fra i Paesi membri, che però allo stato non hanno assunto un significato giuridico vincolante, tale da determinare il superamento delle sovranità nazionali e delle loro prerogative costituzionali.”.

La sentenza era tanto coraggiosa, quanto deciso era stato poco prima l’atteggiamento della Corte di Giustizia, che (con la sentenza *Kobler* del 30 settembre 2003) aveva fondato sull’art. 234 CE il dovere del giudice nazionale di cooperare con la Corte stessa per garantire l’effettività del diritto comunitario nei confronti dei singoli.

Questo comportava che all’affermazione in concreto dei controllimiti, cioè alla tutela assicurata dal giudice nazionale a diritti costituzionalmente garantiti dall’ordinamento nazionale a fronte di una diversa disciplina comunitaria, corrispondeva sia una sanzione comunitaria (la procedura d’infrazione), sia una sanzione interna (risarcimento del danno causato al singolo).

Ora il panorama è cambiato. Non si può, tuttavia, dire in quale senso.

Se l’idea della Costituzione europea è naufragata, col Trattato di Lisbona si riaffaccia senza timidezza la volontà di dar vita ad una entità sovranazionale che tende a sottrarsi ai lacci delle volontà degli Stati membri e di ciò sono prova le clausole che consentono il passaggio in Consiglio dalle decisioni all’unanimità alle decisioni a maggioranza

qualificata; d'altro canto si fa sentire anche la voce degli Stati che difendono la propria identità costituzionale (cfr. sentenza *Lissabon*).

Una vicenda nella quale l'elaborazione dei controlimiti verrà in rilievo è sicuramente quella della responsabilità della stazione appaltante per il danno arrecato ad un concorrente dall'illegittima aggiudicazione dell'appalto ad altro concorrente e dall'esecuzione dell'appalto ad opera di quest'ultimo.

La sentenza della Corte di Giustizia 30 settembre 2010 – *Stadt Graz* – ha affermato che “occorre risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata”.

Se si considera che la responsabilità contrattuale si fonda (*ex art. 1218 c.c.*) sulla presunzione di responsabilità del debitore, ma ammette la possibilità di vincere tale presunzione e la responsabilità extra-contrattuale si fonda sul carattere doloso o colposo del fatto lesivo (*ex art. 2043 c.c.*) si giunge alla conclusione che le condizioni della responsabilità della stazione appaltante individuate dal giudice del Lussemburgo sono eccezionali per il nostro ordinamento e che occorre valutare se le stesse contrastino con diritti costituzionalmente tutelati, cioè con la nostra identità costituzionale. Se la valutazione dell'esistenza o meno del conflitto fra la norma nazionale e quella comunitaria spetta al giudice comunitario, cui la vicenda sia rinviata in sede pregiudiziale, la valutazione dell'esistenza di un conflitto fra un diritto costituzionalmente tutelato nell'ordinamento costituzionale e una norma comunitaria non può che spettare al giudice nazionale.

Staremo a vedere.

Dopo questa digressione, è doveroso ringraziare chi ha operato per ottenere i risultati raggiunti.

I primi attori del dramma durato un intero anno sono, innanzi tutto, il Presidente Aldo Ravalli, che ha lasciato il cuore a Lecce, poi i Presidenti

delle Sezioni e i magistrati che con passione hanno profuso le loro energie nello studio e nel dipanare le matasse più complicate.

Fra di loro un particolare ringraziamento va ai più giovani.

Come sapete, Lecce, nel panorama nazionale, è una sede raggiungibile con difficoltà, sicché i magistrati di nuova assegnazione, dopo un periodo più o meno breve, chiedono di essere assegnati ad altra sede.

Questo provoca un continuo *turn over*, un continuo avvicendamento, che mette in condizione i residenti di confrontarsi continuamente con idee nuove, con l'ansia sempre rinnovata di risolvere in modo "giusto" le controversie, anche percorrendo vie nuove.

Ciò provoca l'effetto indiretto di scuotere le altrui menti, di allontanare il torpore che potrebbe accompagnarsi agli anni.

Come giovani, per la vivacità dell'intelletto e la volontà di confrontarsi con tutti, vorrei ricordare il Presidente Pietro Fortunato, scomparso da pochi giorni, Presidente del Tribunale amministrativo regionale della Puglia dal 1980 per vari anni, e Tonino Catoni, che ha prestato la sua attività nel TAR di Lecce per circa venti anni e ricorderemo sempre per la capacità di imboccare la via "giusta" senza tentennamenti nonché per l'equilibrio e la serenità.

Vanno poi ringraziati i collaboratori tutti, che con inesauribile impegno hanno dato vita ad un organismo efficiente, in grado di soddisfare le innumerevoli richieste dei magistrati e degli avvocati.

La loro produttività non può che essere lodata, ove si tenga conto del numero degli affari e dei provvedimenti adottati.

Un adeguato riconoscimento della stessa non può infatti prescindere, nell'elaborazione dei parametri dell'istituto della flessibilità e del relativo compenso, dal rilievo del numero dei provvedimenti adottati. La difficoltà di elaborare formule che attribuiscono il giusto peso ai diversi componenti di una realtà variegata, qual è la gamma dei provvedimenti, non deve portare ad attribuire esclusivo rilievo al numero dei ricorsi prodotti, dato di facile inserzione in una qualsiasi formula, ma di relativa importanza nella declinazione del complesso fenomeno della produttività.

Infine vanno ringraziati gli avvocati, del libero Foro e delle Avvocature istituzionali, che ricomprendendo nella gamma delle prospettazioni sia elaborazioni giurisprudenziali che spunti interpretativi nuovi, hanno concorso alla formazione di orientamenti che non rinunciano mai ad esplorare tutte le possibilità offerte dagli istituti processuali e dalle norme sostanziali.

Nessun accenno al codice del processo amministrativo, perché credo che sarà oggetto di alcuni degli interventi previsti.

Solo, la constatazione che il fluire delle attività di segreteria e del giudizio amministrativo non hanno avuto alcun intoppo, anzi la maggiore attenzione ai tempi della difesa, la certezza delle soluzioni processuali, l'intensificato dialogo fra giudice e parti concorrono ad un andamento "brioso", per utilizzare un termine musicale.

Grazie a tutti.