

Relazione del Presidente Francesco Mariuzzo

1 – Rivolgo, anzitutto, il cordiale saluto dei Colleghi e mio personale ai Parlamentari e ai rappresentanti della Commissione dei 12 qui convenuti congiuntamente ai Presidenti del Consiglio regionale e del Consiglio provinciale, al Presidente della Provincia autonoma di Trento, al Sindaco ed al Presidente del Consiglio comunale di Trento ed al Sindaco di Rovereto. Altrettanto cordialmente saluto il Commissario di Governo, il Presidente, il Procuratore generale facente funzione della Corte d'Appello e il Procuratore della Repubblica di Trento, i rappresentanti della Sezione giurisdizionale e della Procura della Corte dei Conti, il Magnifico Rettore dell'Università, il Preside della Facoltà di Giurisprudenza, il Questore di Trento, il Difensore civico, nonché tutte le alte Autorità sia civili sia militari dell'Esercito, dei Carabinieri e della Guardia di Finanza.

Porgo il benvenuto al Presidente della Sezione autonoma di Bolzano e tutti gli altri Colleghi qui convenuti.

Saluto, poi, l'Avvocato distrettuale dello Stato, la nuova Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Trento e quello dell'Ordine di Rovereto e tutti gli Avvocati delle due Province autonome insieme a quelli delle Avvocature pubbliche.

Un saluto ed un cordiale ringraziamento ai rappresentanti della stampa, che seguono con attenzione le più rilevanti pronunce di questo Tribunale regionale.

Anche in questa occasione, a compimento del mio terzo anno di lavoro a Trento, colgo nella presenza degli invitati in questa davvero unica sala un gradito segnale dell'interesse per l'andamento della giustizia amministrativa nella provincia.

2 - Svolgo ora qualche breve riflessione sul lavoro svolto dal Tribunale lo scorso anno, sottolineando il persistente rilievo del diritto comunitario sull'ordinamento nazionale e su quello regionale e provinciale e, in particolare, dei principi generali discendenti dal Trattato istitutivo e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; ricordo, al riguardo, che il vincolo che ne deriva astringe direttamente l'attività della pubblica Amministrazione, che ne risponde, poi, nelle controversie che siano promosse davanti al Giudice amministrativo.

Lo scorso anno è stato positivamente contrassegnato in sede nazionale dall'approvazione della L. 18.6.2009, n. 69, che, per quanto riguarda la giustizia amministrativa, ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, allo scopo di adeguarlo alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, ma anche per coordinarne le norme con

quelle del processo civile, quale fonte di principi generali e per assicurare la concentrazione delle tutele.

La legge delega va colta con attenzione e interesse, segnando il trapasso da una serie di disposizioni assai risalenti nel tempo sulle quali si sono progressivamente stratificate altre norme tra il 1907, data del regolamento di procedura davanti alle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato fino al 2009; in questa iniziativa si conferma la volontà del Parlamento di riprendere la sua piena responsabilità legislativa di fronte ad una giurisprudenza che, in numerose occasioni e in mancanza di disposizioni *ad hoc*, aveva direttamente disciplinato il processo.

La svolta segnata dall'entrata in vigore del nuovo codice, che si prevede per il mese di ottobre di quest'anno, è sicuramente epocale per la giurisdizione amministrativa italiana che si allinea, ancorché con ritardo, alle codificazioni analoghe della Francia e della Repubblica federale tedesca.

Nel dicembre scorso è, peraltro, scaduto il termine per la trasposizione nell'ordinamento nazionale della direttiva 2007/66/CE dell'11.12.2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata per il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Si tratta di un testo di grande spessore, che innova profondamente quello dell'antecedente direttiva 89/665/CEE del 21.12.1989 e alla cui preparazione mi onoro di avere partecipato quale membro del gruppo di lavoro (CCO) insediato a

Bruxelles dalla Commissione europea e che ha già prodotto, come dirò poi, un grande revirement nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Su entrambi i testi ritornerò brevemente in seguito.

3 - Mentre il numero delle sentenze e delle ordinanze depositate nello scorso anno potrà essere trovato negli allegati a questa relazione, segnalo soltanto che il numero dei ricorsi presentati nel 2009 è sensibilmente diminuito e che l'arretrato appare contenuto tanto che la fissazione delle udienze di discussione del merito non infrequentemente precede le sollecitazioni da parte dei difensori.

Quanto alla riduzione del contenzioso osservo che si registra nel territorio della Provincia autonoma e della Regione, per la parte di competenza della sede di Trento, un *trend* analogo a quello nazionale, che pare obiettivamente riconducibile alle difficoltà che il Paese sta attraversando e che persistono tuttora.

Mi limito perciò a ricordare alcuni precedenti del nostro lavoro che mi appaiono significativi anche per il rilievo che hanno avuto sulla stampa locale.

Con le sentenze depositate il 15 gennaio 2009, n. 20, 22, 23 e 30, estensore il Collega Lorenzo Stevanato, sono stati definiti i ricorsi proposti dalle Associazioni Italia Nostra e WWF contro le delibere della Giunta provinciale che hanno introdotto una variante al Piano

del Parco Adamello Brenta, autorizzando la prosecuzione dell'attività estrattiva della tonalite al suo interno.

Il sito, è stato rilevato nella motivazione, appare di solitaria bellezza ed esige il massimo della tutela: tuttavia, la scelta che si profilava per la Giunta provinciale di fronte ad un contesto da tempo degradato a causa di coltivazioni non adeguatamente controllate era quella tra la mera conservazione dell'esistente con concorrente blocco dell'attività estrattiva e il tentativo di sperimentarne la ricomposizione per restituire il Parco ad una fruizione collettiva in condizioni di potenziale omogeneità con la parte rimasta estranea alla coltivazione. Dalle ragioni meditatamente addotte a sostegno della reiezione di quei ricorsi, è emersa vincente l'opzione per il ripristino del sito associata alla necessità di un'indispensabile provvista finanziaria, che non poteva restare esclusivamente a carico della mano pubblica, seppure congiuntamente all'esigenza di un attento e costante controllo delle misure di recupero da porre in essere; il che non ha trovato sicuramente concordi quanti avrebbero voluto far sospendere nell'immediato l'attività estrattiva. Nella materia, tuttavia, la Provincia è titolare di un'ampia area riservata alla sua discrezionalità e dunque alle scelte che ad essa sola competono nell'interpretare le modalità con le quali perseguire il soddisfacimento dei fini pubblici. I vizi dedotti sono stati, quindi, ritenuti insussistenti ad onta del valore e della passione civile che hanno animato i difensori di Italia Nostra e del WWF, rimasta peraltro egualmente soccombente nell'appello da

quest'ultima proposto davanti al Consiglio di Stato, che lo ha respinto con decisione dello scorso 17 febbraio.

Con altra sentenza depositata il 7 maggio 2009, n. 150, è stata approfondita una materia obiettivamente sensibile e, cioè, la possibilità accordata dal Comune di Trento, ma contestata in giudizio, di aprire un centro culturale aperto ai cittadini di fede mussulmana, riconosciuto, poi, in giudizio come un luogo di culto islamico. Anche questa sentenza, con cui il ricorso proposto da un privato avverso quella concessione è stato accolto, ha trovato una prima conferma in appello in sede cautelare.

Ampia risonanza ha, poi, avuto il rilievo che un cosiddetto "*rendering*", non puntualmente rappresentativo dello stato dei luoghi, avesse potuto avere su una delibera del Consiglio comunale di Trento, che aveva accordato una deroga per quanto riguarda l'altezza di un nuovo manufatto a Ravina di Trento. In questo caso la laboriosa indagine di quanto in effetti avvenuto nel corso della discussione consiliare ha consentito di escludere il denunciato vizio nella sentenza 22.10.2009, n. 266, redatta sempre dal Collega Lorenzo Stevanato.

Di particolare interesse appare la sentenza 14.9.2009, n. 239, estensore il Collega Fiorenzo Tomaselli, che ha fatto diretta applicazione in un appalto conferito da parte dell'Azienda provinciale per i Servizi sanitari della sentenza 19.5.2009 in C-538/07 resa dalla Corte del Lussemburgo in tema di Legge Merloni.

Infine segnalo volentieri due sentenze della Collega Alma Chiettini in materia rispettivamente di appalti sotto soglia di servizi e di autotutela della pubblica Amministrazione. Nella prima, depositata il 18.2.2009, n. 55, è stata affermata l'applicabilità dei principi generali di diritto comunitario di trasparenza e di proporzionalità ad un appalto assegnato con trattativa diretta dalla Regione, previa dichiarazione della natura strumentale della sua articolazione annuale, avente ad oggetto la diffusione di programmi in lingua tedesca nel territorio della provincia di Bolzano.

La seconda, depositata il 16.12.2009, sempre redatta dalla motivata Collega, ha dato un'interpretazione dell'esercizio dell'autotutela con modalità omologhe a quelle elaborate dalla giurisprudenza tedesco – federale e ha fatto innovativamente obbligo al resistente Comune di applicare l'art. 21 *nonies* della L. 7.8.1990, n. 241, debitamente considerando, oltre all'interesse pubblico, anche quelli del titolare della concessione edilizia da annullare e del ricorrente che ciò pretendeva fosse accertato in giudizio.

Sul contenuto di quest'ultima pronuncia tornerò a breve.

Nella sede della tutela cautelare il Tribunale ha confermato l'indirizzo di dare una congrua motivazione a sostegno del dispositivo delle proprie ordinanze, involgenti questioni spesso non semplici.

Non sono, inoltre, mancate in materia di pubblici appalti le richieste di misure provvisorie *ante causam* nel segno di una tutela effettiva delle parti da loro rappresentate.

In proposito, ritengo che l'orientamento seguito dal Tribunale nel fornire un'articolata motivazione a ciascun provvedimento cautelare abbia raccolto l'apprezzamento del foro, come si evince dal fatto che, non soltanto nella materia degli appalti pubblici, sono state plurime le occasioni nelle quali le parti in causa hanno lo scorso anno convenuto su tale base la composizione della lite: il che è particolarmente significativo non soltanto in termini di efficienza del servizio giudiziario, in grado di pervenire in tempi assai rapidi alla definizione del merito, ma della capacità dei difensori e delle Amministrazioni resistenti in giudizio di cogliere l'opportunità di non mantenere pendenti quelle liti per le quali appaia scontata la conclusione finale, se del caso con l'applicazione del risalente parametro dell'*aliquid datum, aliquid retentum*.

4 - Tornando ora al futuro codice di procedura amministrativa, ho già posto in rilievo che la codificazione di norme non sempre coordinate fra di loro risponde ad esigenze di un generale coordinamento. La redazione delle nuove disposizioni mostra di garantire, tuttavia, a tutte le posizioni soggettive affidate alla tutela del Giudice amministrativo identità di trattamento nel segno di un processo non più affidato alla sola impugnazione di atti, ma all'accertamento dei reali rapporti che in termini di fatto e di diritto s'intreccino con la pubblica Amministrazione.

Sotto questo aspetto significativa appare la progettata classificazione delle azioni proponibili, che espunge dall'ordinamento un'ingiusta serie di eccezioni in rito, che da sempre hanno gravato sulla retta gestione del processo amministrativo e rispetto alle quali questo Tribunale ha riservato spazi assai contenuti, riconoscendo alla forma degli atti (amministrativi e giudiziari) un rilievo corrispondente alla sola stretta applicazione di non superabili disposizioni di legge. Il che ovviamente non significa trasmodare nell'area di quella che attempati giuristi denominano con palese sufficienza giustizia sostanziale, ma riconoscere alle ragioni addotte dalle parti in giudizio il ruolo che loro spetta per la definizione non già soltanto del processo, ma della pendente controversia.

Nella lettura del proprio ruolo reputa sommessamente il Tribunale di avere per questo aspetto anticipato quanto stabilito all'art. 5 dello schema di decreto legislativo delegato attualmente all'esame delle Commissioni parlamentari, che ha sancito il diritto delle parti alla decisione di merito, norma sicuramente densa di significati, ma che chiamerà avvocati e giudici a dare applicazione ad un principio di natura trasparentemente generale, che non può e non deve rimanere norma meramente programmatica in attesa di risposta da parte delle generazioni future.

In questo indirizzo del Tribunale felicemente s'incasella, inoltre, l'azione di accertamento del rapporto giuridico contestato, formalmente riconosciuta dal nuovo codice, che apre la possibilità di

richiedere ogni consequenziale pronuncia dichiarativa, preclusa soltanto nelle ipotesi che sia stata omessa una tempestiva impugnazione ovvero la proposizione di un'azione di adempimento.

Corollario di questa azione è quella proponibile contro il silenzio, capace di concludersi con l'ordine di adottare un provvedimento con un determinato contenuto in presenza di un'attività amministrativa strettamente vincolata. Anche per questa espressa previsione si segnala l'energica ripresa del proprio ruolo da parte del Legislatore di fronte ad una giurisprudenza che ciò aveva negato sul solo fondamento della brevità del rito processuale: anche in questo caso, quelle che una volta una grande Presidente della Camera dei deputati, Nilde Iotti, ebbe a chiamare le vestali del processo, sono state ricondotte al loro compito primario di far proprie con fedeltà e intelligenza le scelte manifestate nella sede della sovranità popolare.

Altrettanto nuova per molti, ma non a Trento, ove si è da tempo elevata una voce dall'Università a sostegno della logica della spettanza, nonché nella giurisprudenza del T.A.R. Lombardia è l'azione di adempimento, che duplica la puntuale previsione prevista nel codice di procedura amministrativa tedesco - federale; in esito a questa azione si potrà dunque richiedere la condanna dell'Amministrazione ad emanare un provvedimento amministrativo avente un determinato contenuto. Nel quadro della giurisprudenza che si formerà non potrà essere dimenticato il precedente, rappresentato dalla ricordata sentenza 6.12.2009, n. 305, redatta

dalla Collega Chiettini, con la quale si è *ante litteram* accertato l'obbligo dell'Amministrazione di emanare l'annullamento di una concessione edilizia illegittima.

Questa ormai scontata novella segna la bruciante sconfitta, ben mascherata da un amabile *fair play*, per la dominante dottrina soprattutto dello scorso secolo, che si esprimeva nel fermo divieto di poter imporre un "*facere*" alla pubblica Amministrazione; il che sottolineava, peraltro, la posizione di persistente disuguaglianza dell'Amministrazione di fronte alla giurisdizione, che non trovava ragion d'essere se non nell'esistenza di un privilegio *tout court*, ogni volta che il contrario potesse e dovesse desumersi dalla piana applicazione delle norme regolatrici delle vicende amministrative.

Ha trovato, poi, ingresso nel processo amministrativo in via generalizzata una misura cautelare *ante causam*, che la Corte costituzionale non aveva ritenuto indispensabile con l'ordinanza 10.5.2002, n. 179, su rinvio da parte del sottoscritto in sede di applicazione al processo amministrativo dell'art. 669 e seguenti c.p.c..

Le prime ordinanze di questa natura risalenti ancora al 1997 non avevano peraltro trovato conferma nella giurisprudenza in ragione della specialità del processo amministrativo: l'obbligo dell'introduzione della tutela *ante causam* nell'ordinamento nazionale è stato poi sancito in sede sovranazionale da parte della Corte del

Lussemburgo con l'ordinanza del 29.4.2004 in C-202/03, egualmente in esito ad un mio rinvio pregiudiziale in sede monocratica.

Tale ingresso nel codice della nuova tutela in forma generalizzata rappresenta, quindi, espressione diretta del nuovo, più vigoroso indirizzo del Legislatore e non della recezione, come in passate occasioni è avvenuto, di prelievi aperture da parte della giurisprudenza, nel segno della necessità di uno strumento di potenziale applicazione ben al di là dell'area degli appalti pubblici.

Si segnala, infine, come altrettanto significativa per il processo amministrativo, la nuova istruttoria, decisamente disancorata dalla mera acquisizione di atti e documenti e che nella prassi si strutturerà in forma prevalentemente monocratica.

Sotto i riti speciali sono state, poi, trascritte nel codice le norme tratte dalla direttiva 2007/66/CE dell'11.12.2007, che ha attratto all'area della giurisdizione amministrativa ogni statuizione da assumere a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di una gara pubblica per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici, di servizi o di forniture.

Si è dunque provvidamente conclusa in sede europea la pluriennale disputa tra le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ad opera di un arbitro esterno che ha affidato al giudice dell'annullamento dell'aggiudicazione e della sottostante pretesa del ricorrente anche le sorti del contratto, cui oggi si plaude nel segno della concentrazione delle tutele. E' stato dunque con un deciso colpo

di spada che il diritto comunitario ha posto fine in Italia ad una perdurante confusione delle lingue.

Tale conclusione è stata in ogni caso già recepita da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la recentissima ordinanza del 10.2.2010, n. 2906, che ha riconosciuto che tale cognizione appartiene al Giudice amministrativo in forza della stretta connessione fra le distinte posizioni soggettive che s'intrecciano in vicende del tipo considerato, il che, per la verità, era già in precedenza attendibilmente ipotizzabile.

La vista ordinanza dovrà essere peraltro esplorata attentamente dal foro e dalla giurisprudenza, posto che nella materia pare intersecarsi il diritto al contratto e dunque l'azione di adempimento, come da parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa si è da tempo segnalato.

Delicate e rilevanti sono in ogni caso le competenze attribuite in materia di contratti e del loro eventuale annullamento da parte della direttiva, il che esigerà un approccio necessariamente diverso ai problemi che emergeranno sia da parte del foro che della giurisprudenza nel quadro di una disciplina pragmatica con cui non vi è nel Paese soverchia confidenza.

Il che significa, dunque, che la legislazione *in fieri* sia per la parte definita dal codice che dalla trasposizione della direttiva postulerà un decisivo mutamento di rotta rispetto a confortanti schemi tratlatizi, dei quali potrebbe smarrirsi rapidamente il ricordo, non apparendo degni

di memoria se non sul piano della testimonianza di quanto faticosa possa essere l'evoluzione degli istituti giuridici nel nostro Paese.

5 - Nel tracciare ora le mie conclusioni vorrei porre in luce due circostanze, che hanno diversamente inciso sull'operato del Tribunale lo scorso anno.

La prima attiene all'attuale organico del personale di magistratura, che, pur apparendo allo stato sufficiente in rapporto ai ricorsi depositati lo scorso anno, non lo è sicuramente sul piano della stabilità.

I collegi giudicanti che si possono costituire sono stati soltanto due, il che significa che ogni potenziale assenza da parte del Collega Stevanato o da parte mia impedisce al Tribunale di funzionare alla stregua dei criteri che regolano la composizione dei due collegi.

Di fronte agli attuali ingressi dei ricorsi ed al contenuto arretrato non richiederò, tuttavia, come fatto lo scorso anno, l'invio a Trento di un altro consigliere, riservandomi di verificare nel corso di quest'anno quale evoluzione avranno i depositi.

Appare, invece, sotto un positivo profilo l'aspettativa del personale amministrativo in posizione di pluriennale comando ad essere collocato in ruolo tramite una norma d'attuazione *ad hoc* dello Statuto, la cui formulazione pare prossima ad essere approvata. La Commissione dei 12 ha, infatti, avviato l'esame della regolarizzazione del rapporto di lavoro del personale addetto al Tribunale; in questa

attesa è gradita l'occasione per ringraziare di cuore il personale, cui brillantemente sovrintende il dott. Giovanni Tanel, per non aver fatto mancare, nonostante la lunga attesa, l'efficienza del servizio e la disponibilità nei confronti degli utenti, riscuotendo il riconoscimento non soltanto di tutti i magistrati, ma anche quello unanime da parte del foro.

Al termine della mia relazione dichiaro in ogni caso che i miei colleghi ed io siamo pronti ad intraprendere la navigazione nel mare aperto delle nuove disposizioni da applicare, certi di poter proseguire con serena coscienza il nostro lavoro; nel far questo manterremo il necessario equilibrio, confidando nella fiducia del foro ogni volta che le nostre pronunce l'avranno guadagnata sul campo, resi forti dall'autonomia di giudizio che è valore primario della giurisdizione, ma che è nota ed apprezzata virtù civica di questa Regione e, in particolare, di questa Provincia nella sua operosa attività a servizio della comunità.

Ringrazio tutti per la loro attenzione.

(Francesco Mariuzzo)

Trento, 5 marzo 2010