

ALBERTO DE ROBERTO GIURISTA E MAGISTRATO

Relazione illustrativa del prof. avv. Eugenio Picozza (ordinario di diritto amministrativo presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", avvocato amministrativista) in occasione del Convegno di studi in onore di Alberto De Roberto, Presidente del Consiglio di Stato per i suoi cinquanta anni di toga, "Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", Venezia, 1-2 dicembre 2006.

INDICE: 1. *Presupposti: l'uomo, il cursus, la produzione scientifica, l'attività didattica*; 1.1. *Breve profilo del cursus*; 1.2. *Produzione scientifica e attività didattica*; 1.3. *L'impegno istituzionale*. 2. *Alberto De Roberto magistrato*; 2.1. *Alberto De Roberto Presidente di TAR*; 2.1.1. *Edilizia ed urbanistica*; 2.1.2. *Pubblico impiego*; 2.1.3. *Programmazione economica e ruolo del CIPE*; 2.1.4. *Organizzazione amministrativa*; 2.1.5. *Industria e commercio*; 2.1.6. *Appalti pubblici*; 2.1.7. *Presupposti e condizioni dei ricorsi giurisdizionali*; 2.1.8. *Riparto di competenza giurisdizionale*; 2.1.9. *Qualche aspetto ludico nell'ambito della "giurisprudenza De Roberto"*. 2.2. *Alberto De Roberto Presidente del Consiglio di Stato e, in particolare, dell'Adunanza Plenaria. Esame delle sentenze dell'Adunanza Plenaria nel periodo 2001-2006*. 2.2.1. *Rapporti tra restitutio in integrum del bene illegittimamente espropriato e provvedimento amministrativo con efficacia sanante ex post alla luce della giurisprudenza CEDU*. 2.2.2. *Il principio dell'unità dell'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa e della concentrazione delle azioni presso il giudice amministrativo*. 2.2.3. *La nozione di comportamento*. 2.2.4. *Ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara o di concorso e potere disapplicativo del giudice amministrativo*. 2.2.5. *Presupposti e condizioni del diritto al risarcimento del danno nel giudizio amministrativo*. 2.2.6. *Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale in alcuni casi particolari*. 2.2.7. *Gli orientamenti giurisprudenziali nella prospettiva dell'integrazione comunitaria*. 2.2.8. *Alcune precisazioni in tema di procedimento disciplinare*. 2.2.9. *Alcune precisazioni in tema di pubblico impiego*. 2.2.10. *I principi di sussidiarietà, leale collaborazione e del giusto procedimento*. 2.2.11. *Il giudizio sul silenzio*. 3. *Conclusioni*.

1. Presupposti: l'uomo, il cursus, la produzione scientifica, l'attività didattica.

Vorrei esprimere un profondo ringraziamento per l'occasione che mi è stata data, di porgere un affettuoso saluto al Presidente De Roberto nell'imminenza della sua cessazione dal servizio a Palazzo Spada; anche se di certo capirete la mia emozione, dovuta sia all'affettuoso rapporto che mi lega da oltre venticinque anni al Presidente De Roberto, sia alla difficoltà pratica di rappresentare, riconducendo ad unità, un personaggio straordinariamente complesso, dalle molteplici sfumature. Infatti, De Roberto, nella lunga attività istituzionale, non è stato solo autorevolissimo magistrato, che ha percorso tutto il cursus della carriera fino al vertice; ma anche insigne giurista; figura istituzionale di riferimento autorevolissimo per diversi governi, e didatta straordinariamente efficace. Ma -ciò che conta di più- si è lasciato apprezzare, se possibile, ancor di più per la grande umanità, la disponibilità al dialogo e una semplicità di atteggiamento comunicativo non sempre presente fra i magistrati (come anche fra i professori).

Il pensiero mi porta, dunque, ad apprezzare -prima ancora delle insigni qualità professionali-, l'elevata statura morale ed intellettuale dell'uomo di cultura, sia come relatore, presidente e moderatore nei molteplici convegni e manifestazioni di studio; ai quali ha sempre portato la ricchezza dell'intuito e l'equilibrio della riflessione nell'esame delle problematiche; sia come autore di studi e di ricerche di diritto amministrativo.

1.1. Breve profilo del cursus.

Alberto De Roberto si laurea a soli venti anni presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza" con 110/110 e con la lode, essendo relatore il Prof. Gabriele Pescatore, succeduto a Scialoja, quale incaricato di diritto della navigazione. Poiché

la legislazione sui magistrati dell'epoca prevedeva un tempo minimo di due anni dalla laurea per partecipare al concorso in magistratura, si trovò nelle condizioni di studioso a tempo pieno, pur avendo conseguito una borsa di studio della Fondazione Iascone, presso il Ministero delle Poste.

Classificatosi secondo al concorso nazionale per magistrato ordinario nel 1955, rimase fino al 1961 nella magistratura ordinaria, dapprima come uditore senza funzioni a Roma, sotto i Presidenti Varallo ed Elia, poi come pretore di Frascati "in sottordine", ed infine come addetto al Massimario presso la Corte di Cassazione: tutti impegni che il Presidente ricorda come formativi e occasione di confronto culturale e professionale.

Dopo una breve esperienza come collaboratore di Andrea Torrente, Capo di Gabinetto del Ministero della Giustizia, seguì Giuseppe Ferrari, giudice della Corte Costituzionale e professore di diritto costituzionale, avendo così agio di preparare il concorso quale referendario al Consiglio di Stato, che vinse nel 1961 (tale qualifica rimase in vigore fino alla Legge n. 186/1982). Divenuto Consigliere di Stato nel 1965, vi rimase fino al 1974, anno in cui iniziarono a funzionare i Tribunali amministrativi regionali, disciplinati dalla Legge n. 1034/1971. Alberto De Roberto è stato, tra l'altro, uno dei tre magistrati che, come volontario, è andato a presiedere il Tar Umbria, di cui ha un bellissimo ricordo.

Nel 1977, nominato Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, fu destinato alla Presidenza del Tar Lombardia Milano, la cui giurisprudenza esaminerò nel successivo paragrafo. Il ricordo della città è purtroppo offuscato dalle tristi vicende del terrorismo di quegli anni.

Nel 1980 è tornato a Roma come Presidente della terza sezione del Tar Lazio, e quindi sotto la Presidenza di Osvaldo Tozzi per circa un anno e mezzo; finalmente ritornato in Consiglio di Stato, è stato, prima, Presidente aggiunto della terza sezione e, poi, reggente della quarta sezione e, infine, titolare della prima sezione fino al 1987. La prima sezione, tra l'altro, in

quegli anni, si è occupata di importantissimi disegni di legge, quali la legge n. 117/1988 sulla responsabilità dei magistrati e la legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo.

Alla fine del 1987 ha lasciato la prima sezione del Consiglio di Stato ed è diventato Presidente Capo del Tar Lazio, quindi, il terzo dopo la costituzione dei Tar, seguendo Osvaldo Tozzi e Carlo Anelli.

Nel 1992, tornato al Consiglio di Stato, è stato Presidente titolare della seconda sezione per circa un anno e mezzo, data in cui, su indicazione del Consigliere Maccanico, sottosegretario alla Presidenza del Consiglio (Presidenza del Consiglio Ciampi), ha assunto l'incarico presso il Dipartimento affari giuridici e legislativi. Tale esperienza è stata condotta in ben tre governi (Ciampi, I Berlusconi e Dini), con forte coinvolgimento, in anni, come è noto, estremamente delicati per il superamento della crisi politica dei primi anni Novanta.

Nel 1996 è tornato in Consiglio di Stato quale Presidente della sesta sezione fino al 15 giugno 2001, data in cui è stato nominato Presidente del Consiglio di Stato; conformemente alla legge, lascerà l'incarico a fine dicembre al compimento dei settantacinque anni e, si può affermare tranquillamente, – non solo con riferimento precipuo alla figura di De Roberto - che tale estensione dei limiti di età ha giovato non solo all'intera magistratura, ma soprattutto alla collettività.

Quindi, come si può concludere, e in conformità alla più pura tradizione del Consiglio di Stato, Alberto De Roberto è stato prima magistrato ordinario e poi giudice amministrativo; ha svolto funzioni di giudice di primo grado e di giudice di secondo grado, ma anche funzioni consultive e, inoltre, delicatissime funzioni istituzionali, senza contare le innumerevoli commissioni di concorso da lui presiedute e gli incarichi istituzionali più vari, quale ad esempio quello di Presidente del Comitato dei garanti dei progetti di ricerca.

Confesso che, mentre ho cercato di essere puntiglioso sugli articoli ed i libri, non sarei riuscito a monitorare, se non per sommi capi, i molteplici impegni didattici ed istituzionali.

1.2. Produzione scientifica e attività didattica.

In proposito, iniziando una rapida riflessione sulla statura di Alberto De Roberto come giurista, va sottolineata la cornice dogmatica entro la quale si è mosso il suo pensiero e che può essere riassunta nell'insegnamento (senza far torto a nessun altro autore, il cui pensiero egli ben conosce), di tre illustri giuristi: Guido Zanobini, Aldo Maria Sandulli e, ovviamente, M.S. Giannini. In effetti, egli ha sempre dichiarato di avere presente da un lato la situazione giuridica soggettiva di base del privato nei confronti della p.a. (e cioè l'interesse legittimo), e dall'altro l'interesse pubblico: questi due termini di riferimento sovente da lui definiti, icasticamente, in una sorta di abbraccio forzato. È quindi un humus culturale proprio della dottrina dello stato e, più ampiamente (come cercherò di illustrare da un piccolo florilegio delle sentenze da lui sottoscritte come Presidente di Tar), dello stato sociale, così bene illustrato nel manuale del Sandulli.

In questa prospettiva, è ovvio che non vi è soluzione di continuità nel metodo di scrittura degli articoli e note rispetto alle sentenze, e in ciò si attua l'antico brocardo rappresentato nella sala delle lauree della mia università, quando definisce il diritto e il giurisperito come apporto contestuale di *scientia ac experientia*. Dunque, né fughe in avanti, né nostalgici sguardi verso il passato. Di questo approccio metodologico ci si rende conto scorrendo l'insieme della sua produzione scientifica, di cui tento un elenco – si spera- il più possibile completo:

- Su alcuni problemi di avvio dell'attività amministrativa regionale in *Dir. pubbl. reg.*, 1973, 78;
- Sulla facoltatività dei rimedi amministrativi avverso atti non definitivi dopo e recenti riforme in *Riv. trim. pubbl.*, 1973, 664;

- Prime riflessioni sui rapporti tra tutela in via amministrativa (avverso atti non definitivi) e tutela giurisdizionale innanzi al nuovo giudice amministrativo, in *Atti tav. rot. proc. amm.*, Bologna, 1973, 51;
- I tribunali amministrativi: le vicende che hanno portato alla loro istituzione in *Foro amm.*, 1974, II, 251;
- Considerazioni sulla regola dell'unicità di grado nel ricorso gerarchico dopo il dpr n. 1199 del 1971, in *Regioni e comun. locali*, 1976, 31;
- Le circoscrizioni comunali in *Regioni comun. locali*, 1977, (6), 7;
- Spunti e riflessioni sull'ordinamento circoscrizionale in *Nuova rass.*, 1980, 624;
- Le sanzioni amministrative non pecuniarie in *Atti conv. sanzioni amm.*, Varenna, 1980, 125;
- La promozione turistica delle regioni all'estero in *Nuova rass.*, 1982, 1804;
- Il silenzio della pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali, in *Atti conv. scienza amm.*, Varenna, 1982, 13;
- Ricorso straordinario e alternatività, in *Riv. amm.*, 1983, 289;
- Il silenzio della pubblica amministrazione, in *Foro amm.*, 1983, I, 536;
- Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella legge Nicolazzi, in *Dir. società*, 1983, 163;
- De Roberto A., Tonini P.M., I ricorsi amministrativi, Milano, Giuffrè, 1984;
- Appunti in tema di silenzio rigetto, in *Riv. amm.*, 1984, 197;
- Riflessioni sul DL n. 463/1983 (non ancora convertito in legge) e sulle disposizioni in materia sanitaria del disegno di legge finanziaria, in *Nuova rass.*, 1985, 155;
- Commento all'art. 35, L. 28/02/1985, n. 47, in *Leggi civ. comment.*, 1985, 1200;
- Le misure cautelari nel processo amministrativo, oggi, in *Informazione previd.*, 1987, 357 e in *Riv. amm.*, 1987, 221;

- La nuova normativa in tema di tutela ambientale. Legge n. 431 del 1985 e n. 349 del 1986, in *Informazione previd.*, 1987, 1147;
- Strumenti antichi e recenti della tutela ambientale, in *Rass. giur. en. el.*, 1987, 557;
- La sanatoria urbanistica ed i suoi presupposti in *Nuova rass.*, 1987, 1328;
- Il ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, in *Atti conv. giust. Amm. Sic.*, Palermo, 1987, 207;
- Controlli e autonomie locali: riflessioni sul disegno di legge governativo 2924 del 1988, in *Quaderni reg.*, 1988, 937 e in *Informaz. Prev.*, 1989, 345;
- Il decentramento delle funzioni fra Stato e Regioni, in *Riv. trim. sc. perf. polizia*, 1988, 97;
- Il personale di segreteria del Consiglio di Stato e dei TAR nella disciplina vigente, in *Nuova Rass.*, 1988, 1360;
- Prospettive sulla figura del segretario e su nuove attribuzioni, in *Nuova rass.*, 1988, 1855, (De Roberto A. e altri);
- Localizzazioni sul territorio e tutela dell'ambiente, in *Riv. amm.*, 1989, 1657;
- I controlli sugli enti locali nel disegno di legge governativo, in *Informazione previd.*, 1989, 345;
- Il condono edilizio, Milano, Giuffrè, 1989;
- Le sanzioni amministrative urbanistiche prima della legge 28 febbraio 1985, n. 47, in *Nuova Rass.*, 1989, 1679;
- Piani paesistici e territoriali-urbanistici, in *Informazione previd.*, 1989, 1011;
- Offerte anomale negli appalti di opere pubbliche, in *Rass. Lav. Pubbl.*, 1989, I, 41;
- Il disegno di legge sulla riforma del processo amministrativo – parte II, in *Informazione previd.*, 1990, 989;

- Autonomie locali. Prime considerazioni in tema di successione di ordinamenti, in *Informazione previd.*, 1990, 1631;
- Il controllo sugli atti dei comuni e delle province sulla disciplina della legge n. 142/1990, in *Comuni Italia*, 1990, 1623;
- Il disegno di legge sulla riforma del processo amministrativo, in *Informazione previdenziale*, 1990, 881;
- La legge 7 agosto 1990, n. 241. procedimento amministrativo, in *Informazione previd.*, 1991, 22;
- Strumenti di pianificazione paesistica ed ambientale nella disciplina vigente, in *Nuova rass.*, 1991, 938;
- Termine per la conclusione del procedimento: art. 2 della legge n. 241 del 1990 e art. 328 del codice penale, in *Informazione previd.*, 1991, 1483;
- Il silenzio, oggi, in *Enpdep*, 1992, 377;
- Il silenzio del funzionario responsabile nel procedimento amministrativo, in *Nuova rass.*, 1992, 2065;
- Abuso ed eccesso di potere: giudice penale e amministrativo a confronto, in *Nuova rass.*, 1994, 2367;
- L'ottemperanza, oggi, in *Inpdap*, 1996, 399;
- Appunti sull'opposizione di terzo nel processo amministrativo, *Inpdap*, 1996, 267;
- Impugnazione e disapplicazione degli atti normativi, in *Instrumenta*, 1997, 471;
- L'attività intramuraria ed extramuraria del personale sanitario, oggi, in *Cons. St.*, 1997, II, 1293;
- Il coordinamento degli interessi pubblici dopo la legge n. 127 del 1997, in *INPDAP*, 1998, 7;
- La libera attività professionale del medico, in *Ragiusan*, 1997, (161), 308;

- La nuova disciplina del coordinamento degli interessi pubblici, in *Riv. amm.*, 1998, 57;
- Riforme istituzionali in tema di giustizia amministrativa, *Il Cons. St.*, 1998, II, 915;
- La sospensione nel giudizio amministrativo, in *Quaderni del Cons. St.*, 4/1999, Torino, Giappichelli;
- La giustizia amministrativa oggi, *Il Cons. St.*, 2004, II, 685;
- Potere amministrativo e responsabilità civile, in *Quaderni del Cons. St.*, 9/2004, Torino, Giappichelli;
- Problemi attuali della giustizia amministrativa, *Il Cons. St.*, 2005, II, 209;
- La legge generale sull'azione amministrativa dopo le modifiche apportate dalle leggi n. 15 e 80/2005, Torino, Giappichelli, 2005;
- Il disegno di legge quadro sul recupero urbanistico e le leggi delle regioni Lazio e Sicilia, in *Quad. ass. reg. sic.*, (16), 109;
- Ricorso straordinario e alternative in *Studi Landi*, 213;
- Appunti in tema di accesso alla documentazione amministrativa, in *Scritti Virga*, 803;
- Il giudice amministrativo nella disciplina costituzionale, in *Studi Roehrsen*, 251;
- Ordinamento comunitario e ordinamento interno dopo il nuovo titolo V della Costituzione, in www.giustizia-amministrativa.it;
- Accesso agli atti amministrativi dopo le recenti modifiche normative, in www.provincia.le.it;
- Giurisdizione risarcitoria del giudice amministrativo, in www.giuridanella.it;
- Le recentissime Relazioni sullo stato della giustizia amministrativa, 2003, 2004, 2005, in www.giustizia-amministrativa.it;

Si tratta di ben sessantatre pubblicazioni (ma l'elenco è sicuramente incompleto) tra le quali spiccano tre monografie che, sebbene scritte quasi vent'anni fa, conservano tutta la loro attualità.

In primo luogo l'opera sui ricorsi amministrativi (vedi recensione in I TAR, 1985, II, 274, laddove si sottolinea la mirabile esposizione del pensiero scientifico, condotto in stretta aderenza alla legislazione e alla giurisprudenza).

In secondo luogo il libro "Le sanzioni urbanistiche", nella collana Teoria e pratica del diritto, che, con estrema agilità, tratta una materia difficilissima, non tralasciando alcun argomento, ivi compresa la lottizzazione abusiva e il mutamento di destinazione d'uso.

Ed infine il condono edilizio (vedi recensione in I TAR, 1989, II, 174, in cui giustamente si sottolinea ancora una volta la capacità di sintesi che caratterizza tutti gli scritti e i discorsi del Presidente De Roberto).

Non meno importante è l'opera di Alberto De Roberto come didatta, sia in innumerevoli corsi di formazione, sia in numerosi convegni. La prova della efficacia didattica e della capacità di sintesi è data, tra l'altro, dall'apprezzamento unanime di una figura istituzionale fino a poco tempo fa fondamentale nel nostro ordinamento, quella del Segretario Comunale. Come è noto, i segretari comunali erano tra i giuristi pratici più agguerriti, soprattutto in quella stagione di profonda trasformazione ed incentivazione dell'ente locale territoriale -iniziata con l'istituzione delle Regioni a statuto ordinario-, e che termina il suo ciclo storico (purtroppo) con il T.U. n. 267/2000 sugli enti locali. Proprio questo sviluppo ha costituito molto più di forme legislative sulla carta la vera premessa del cd federalismo amministrativo e poi costituzionale.

Della stima -per non dire del reverenziale affetto- ho avuto testimonianza personale quando, semplice incaricato della cattedra di diritto amministrativo nell'Università di Sassari, il

Presidente de Roberto venne (in nave), a presentare il mio primo libro sul piano regolatore generale urbanistico.

1.3. L'impegno istituzionale.

Non mi soffermo sulle grandi attitudini di consulente quando, nel 1993, nominato Capo del dipartimento degli Affari Giuridici e Legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri, fu chiamato alla riorganizzazione del nuovo ufficio, distinguendosi sia per la capacità di direzione e di organizzazione, sia per l'opera di elaborazione delle novità legislative, a cui da ultimo ha contribuito come Presidente del Consiglio di Stato nella funzione di organo ausiliario del Governo.

2. Alberto De Roberto magistrato.

Alberto de Roberto ha maturato una ricca esperienza come Giudice Ordinario poi, passato nel sistema di giustizia amministrativa, ha rivestito in modo altamente qualificato tutte le funzioni inerenti alla sua posizione: dapprima come Consigliere di Stato, poi come Presidente di sezione del Consiglio di Stato; e successivamente come Presidente di diversi TAR: il TAR Umbria negli anni 1974-1977; il TAR Lombardia Milano – Brescia negli anni 1979 e 1980; il TAR Lazio – Roma, dapprima nella terza sezione, al tempo in cui era Presidente Capo il non dimenticato Osvaldo Tozzi, in seguito nella prima sezione dal 1987 al 1992.

A completare, giunge la Presidenza del Consiglio di Stato nel quinquennio 2001-2006, distinguendosi per il tipo di intervento posto in essere, l'impronta data al sistema di giustizia in generale e amministrativa in particolare, affrontando problematiche non più eludibili sotto

l'ormai inarrestabile spinta del diritto comunitario ed internazionale. Ma, dell'importante ruolo svolto come Presidente dell'Adunanza Plenaria, tratterò alla fine della relazione.

2.1. Alberto De Roberto Presidente di TAR.

Approfittando dell'occasione che mi è stata data di rileggere una giurisprudenza che risale ai miei primi anni di esercizio della professione (1974) non ho potuto fare a meno di notare una costante di fondo della ricchissima produzione pretoria sotto la Presidenza di Alberto De Roberto: la continua congiunzione tra l'inquadramento dogmatico-teorico della problematica giuridica e la considerazione degli aspetti pratici della questione. Non potendo ovviamente trattare esaustivamente delle migliaia di sentenze da lui sottoscritte in qualità di Presidente, ho ritenuto opportuno rilevare e riassumere un piccolo florilegio, diviso fra le seguenti materie:

- a. edilizia ed urbanistica;
- b. pubblico impiego;
- c. programmazione economica e ruolo del cipe;
- d. organizzazione amministrativa;
- e. industria e commercio;
- f. appalti pubblici;
- g. presupposti e limiti dei ricorsi giurisdizionali;
- h. riparto di competenza giurisdizionale;

2.1.1. Edilizia ed urbanistica:

- TAR Umbria, sentenza 27 febbraio 1976, n. 16, in I TAR, 1976, I, 1468, sulla necessità dell'approvazione regionale del PIP ai fini della dichiarazione di pubblica

utilità e sulla natura giuridica dei piani di insediamento produttivi e la differenza rispetto ai piani particolareggiati; causa in cui si contrapposero due titani nel campo del diritto, il grande maestro Massimo Severo Giannini e l'insigne avvocato Sorrentino, alla cui memoria è stato di recente insignito del premio intitolato proprio "Antonio Sorrentino" il Presidente del TAR Lazio Pasquale De Lise;

- TAR Umbria, sentenza 28 febbraio del 1975, n. 80, in I TAR, 1975, I, 654, sulla differenza tra il nulla osta sul PRG e sulla singola concessione edilizia in caso di intervenuto vincolo paesaggistico;
- TAR Lombardia – Milano, sentenza 21 giugno 1979, n. 362, in I TAR, 1979, I, 2589, sull'impossibilità di revoca della concessione edilizia;
- TAR Lombardia – Milano, sentenza 21 giugno 1979, n. 368, in I TAR, 1979, I, 258, sull'impossibilità di rilascio dell'abitabilità in caso di opere abusive;
- TAR Lombardia – Milano, sentenza 10 ottobre 1980, n. 986, in I TAR, 1980, I, 4176, sulla definizione del concetto di lottizzazione reale e cartolare;
- TAR Lombardia – Milano, sentenza 4 giugno 1980, n. 607, in I TAR, 1980, I, 3062, sulla legittimità dell'ordine di sospensione dei lavori adottato dall'Anas per violazione delle fasce di rispetto stradale;
- TAR Lombardia – Brescia, sentenza 23 novembre 1979, n. 377, in I TAR, 1979, I, 181, sulla competenza del ministro per l'esecuzione di lavori stradali pubblici abusivi, anche se realizzati dal concessionario (società autostrade);
- TAR Lombardia – Milano, sentenza 7 novembre 1979, n. 875, in I TAR, 1979, I, sulla legittimità dell'art. 3, L. 27 giugno 1974, n. 247, relativamente alla localizzazione degli interventi PEEP senza contraddittorio (logica dello Stato sociale);

- TAR Umbria, sentenza 28 aprile 1975, n. 134, in I TAR, 1975, I, sul rafforzamento del vincolo a fini paesaggistici con caratteristiche di ordine storico-artistico, che implica una valutazione di merito insindacabile in sede di legittimità.

2.1.2. *Pubblico impiego:*

- TAR Lombardia – Milano, sentenza 4 ottobre 1979, n. 773, TAR, I, 1979, 3796, sulla necessità del concorso per l'attribuzione del posto di capo sezione autonoma di un ente ospedaliero (art. 9, DPR 128/1969);
- TAR Lazio I, sentenza 17 novembre 1988, n. 1588, in I TAR, 1988, I, 3554, sull'illegittimità in sede di correzione degli elaborati scritti dell'annullamento delle prove che presentino identità o similarità senza previamente aver accertato l'autore dell'illecito;
- TAR Lazio I, sentenza 27 aprile 1990, n. 438, in I TAR, 1990, I, 1784, sull'illegittimità in sede di idoneità a professore associato dell'omessa valutazione dei lavori svolti dal candidato in collaborazione con altri studiosi;
- TAR Umbria, sentenza 8 luglio 1976, n. 127, in I TAR, 1976, I, 3002, sulla preferenza dell'assistente rispetto al titolare ai fini dell'affidamento dell'incarico su cattedra;
- TAR Lazio I, sentenza 20 novembre 1990, n. 1117, in I TAR, 1990, I, secondo cui la promozione dei magistrati rientra nelle attribuzioni del Consiglio di Presidenza in assenza di norme specifiche;
- TAR Lazio III, sentenza 9 febbraio 1981, n. 181, in TAR, 1981, I, 791, sull'illegittimità del comportamento della p.a. che in uno scrutinio di promozione per merito comparativo omette di valutare un lavoro originale eseguito dal dipendente;

- TAR Lazio III, sentenza 1 dicembre 1980, n. 1104, in I TAR, 1980, I, 62, sulla necessità del riscontro delle effettive funzioni – esclusive o prevalenti – ai fini dell’inquadramento del dipendente;
- TAR Lazio III, sentenza 7 dicembre 1981, n. 1264, in I TAR, 1981, I, 62, sulla natura di controllo preventivo dell’intervento ministeriale per il conferimento di incarichi agli “esperti”;
- TAR Lazio I, sentenza 10 giugno 1988, n. 881, in I TAR, 1988, I, 1971, sull’esclusione della possibilità di rientro in servizio per il magistrato che abbia cessato a seguito di sua domanda (senza passare in magistrature speciali), concretando una “scelta di vita tendenzialmente definitiva ed irreversibile”;
- TAR Lazio I, sentenza 2 novembre 1989, n. 1558, in I TAR, 1989, I, 47, sulla componente qualitativa e non solo quantitativa della cd associazione più rappresentativa (cfr. anche sent. 17 novembre 1975, n. 297, TAR Umbria; sent. 4 settembre 1991, n. 1461, TAR Lazio I);
- TAR Lazio I, sentenza 7 febbraio 1991, n. 114, in I TAR, 1991, I, 814, sul fatto che il comportamento antisindacale può consistere anche nell’indebolimento del prestigio del sindacato;
- TAR Lazio I, sentenza 25 novembre 1991, n. 2026, in I TAR, 1991, I, 4141, sull’immediata precettività dei DPR di approvazione degli accordi nazionali di lavoro;
- TAR Lazio I, sentenza 3 settembre 1988, n. 1238, in I TAR, 1988, I, 2962, sul difetto di legittimazione all’impugnazione degli accordi sindacali da parte delle organizzazioni che li abbiano sottoscritti;
- TAR Lazio III, sentenza 12 luglio 1982, n. 770, in I TAR, 1982, I, 237, sui presupposti e limiti dell’azione di accertamento nel processo amministrativo nella materia del pubblico impiego

- TAR Lazio I, sentenza 1 dicembre 1988, n. 1694, in I TAR, 1988, I, 589, sull'attribuzione ai professionisti dipendenti USL degli onorari ed indennità previsti dalla legge professionale;
- TAR Lazio III, ordinanza 9 febbraio 1981, n. 175, in I TAR, 1981, I, 39, con cui si rileva la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 429, comma 3, c.p.c. nella parte in cui non estende al pubblico impiego la rivalutazione sulle somme dovute; l'eccezione, tuttavia, è stata dichiarata non fondata dalla Corte Costituzionale, la quale ha anzi rilevato che, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, specie dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si è formato un indirizzo che si è andato man mano consolidando, e che può, ora, dirsi costante, secondo il quale, anche ai crediti di lavoro dei dipendenti da enti pubblici non economici, ivi compresa l'amministrazione statale, è sostanzialmente applicabile il principio dell'automatica rivalutazione, in conseguenza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento dell'amministrazione datrice di lavoro. Le disposizioni ritenute regolatrici, nella fattispecie, dei detti crediti di lavoro, sono state interpretate in parità con quanto risultante per i lavoratori privati o di enti pubblici economici, in conformità degli invocati precetti costituzionali, quali, ad esempio, la natura privilegiata dei crediti, l'assicurazione della funzione di sostentamento della retribuzione, generalmente intesa secondo le esigenze di vita del lavoratore e la tutela del lavoro.
- TAR Umbria, sentenza 7 marzo 1975, n. 92, in I TAR, 1975, I, 978, sull'illegittimità della sospensione cautelare dall'impiego se adottata dall'organo incompetente, anche qualora ratificata acriticamente dall'organo competente.

2.1.3. Programmazione economica e ruolo del CIPE:

- TAR Lazio III, sentenza 15 dicembre 1980, n. 1202, in I TAR, 1980, I, 82, sulla natura giuridica del CIPE quale collegio non perfetto ma virtuale;
- TAR Lazio III, sentenza 19 gennaio 1981, n. 34, in I TAR, 1981, I, 407, sull'illegittimità del provvedimento con cui il CIPE accorda nella misura minima gli incentivi per la realizzazione di impianti a mare e a terra (AGIP) senza indicarne le ragioni;

2.1.4. *Organizzazione amministrativa:*

- TAR Umbria, sentenza 7 novembre 1975, n. 293, in I TAR, 1975, I, 230, sull'efficacia del potere regolamentare del Comune e della Provincia fino all'annullamento o alla disapplicazione della competente autorità;
- TAR Lazio III, sentenza 7 dicembre 1981, n. 1273, in I TAR, 1981, I, 67: nonostante il fatto che l'ordinamento di settore dei monopoli di Stato ricomprenda nella sua sfera di applicazione tanto le rivendite ordinarie che quelle speciali, limitatamente alle rivendite situate in stazioni ferroviarie alcuni poteri spettano all'amministrazione ferroviaria;
- TAR Lazio I, sentenza 4 ottobre 1989, n. 1365, in I TAR, 1989, I, 3769, destinatari delle provvidenze in tema di fruizione dei servizi editoriali e di distribuzione libraria sono gli studenti regolarmente iscritti senza alcuna limitazione o condizione ulteriore;

2.1.5. *Industria e commercio:*

- TAR Lazio I, sentenza 31 marzo 1989, n. 377, in I TAR, 1989, I, 1134, sulla necessità di previa diffida per porre in liquidazione coatta amministrativa l'impresa assicuratrice;

- TAR Lazio I, sentenza 3 settembre 1988, n. 1232, in I TAR, 1988, I, 2961, sull'illegittimità del diniego di un'autorizzazione di polizia (nella specie licenza per il commercio e laboratorio di oggetti preziosi) fondato sul sospetto di prevedibile abuso dell'autorizzazione, ancorché non ricorrano le ipotesi tassative di cui all'art. 11 del T.U. n. 773/1931;
- TAR Lazio I, sentenza 18 ottobre 1988, n. 1434, in I TAR, 1988, I, 3233, sulla spettanza alle regioni della competenza, già prefettizia, al rilascio e alla revoca delle concessioni in materia di distribuzione di carburanti;
- TAR Lazio III, sentenza 20 maggio 1981, n. 542, in I TAR, 1981, 2052, sull'illegittimità del parere negativo del CIPE (se è organo politico o amministrativo);

2.1.6. Appalti pubblici:

- TAR Lazio I, sentenza 29 agosto 1988, n. 1212, in I TAR, 1988, I, 2953, sulla legittimità dell'affidamento in concessione della progettazione ed esecuzione di un'opera pubblica (Università di Tor Vergata) ad una ATI;

2.1.7. Presupposti e condizioni dei ricorsi giurisdizionali:

- TAR Umbria, 7 novembre 1975, n. 292, in I TAR, 1975, I, 228, sulla legittimazione del dipendente pubblico ad impugnare gli atti di organizzazione che hanno riflesso sulle sue posizioni;
- TAR Lombardia – Brescia, sentenza 30 agosto 1979, n. 317, in I TAR, 1979, I, sull'impugnabilità degli atti intermedi del procedimento dotati di autonomia funzionale, nella specie proposta di incarico eseguita prima del decreto ministeriale;

- TAR Lazio III, 1 dicembre 1980, n. 1100, in I TAR, 1980, I, 61, sulla non impugnabilità del provvedimento con il quale L'ANAS comunica alla Prefettura di sospendere le proprie determinazioni;
- TAR Lazio I, sentenza 8 luglio 1988, n. 1038, in I TAR, 1988, I, 2476, sulla non impugnabilità dell'elenco dei candidati italiani a componenti del Comitato Economico e sociale della CEE, in quanto mero atto preparatorio;
- TAR Lombardia - Milano, sentenza 26 marzo 1980, n. 222, in I TAR, 1980, I, sulla possibilità di convertire i motivi aggiunti in ricorso autonomo;
- TAR Lazio I, sentenza 1 giugno 1989, n. 705, in I TAR, 1989, I, 2137, sui limiti del ricorso incidentale;
- TAR Lombardia - Milano, sentenze 5 giugno 1978, n. 309 e 21 giugno 1979, n. 352, in I TAR, 1978 e 1979, 3218 e 2584, sull'inammissibilità dell'impugnazione delle leggi-provvedimento;

2.1.8. *Riparto di competenza giurisdizionale:*

- TAR Lazio III, sentenza 1 dicembre 1980, n. 1106, in I TAR, 1980, I, 63, sull'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione delle controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari a contenuto pecuniario, nella specie irrogate dalla Commissione d'appello del Jockey Club Italiano;
- TAR Lazio III, sentenza 10 dicembre 1980, n. 1185, in I TAR, 1980, I, 80, sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle domande di assegnazione alloggi IACP;
- TAR Lazio III, sentenza 2 marzo 1981, n. 269, in I TAR, 1981, I, 114, sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in cui è parte un ente pubblico economico (nella specie I.N.G.I.C.);

- TAR Lazio III, sentenza 13 luglio 1981, n. 775, in I TAR, 1981, I, 2514, sulla competenza del giudice amministrativo a conoscere della controversia avente ad oggetto la concessione dei benefici previsti dalla legge n. 389/1980 (nella specie, Società Autostradale);
- TAR Lazio I, sentenza 25 ottobre 1989, n. 1483, in I TAR, 1989, I, 3788, spetta al giudice amministrativo la competenza sulle controversie relative alla mancata ammissione delle imprese editrici di periodici e riviste al contributo commisurato ai quantitativi di carta utilizzati per la stampa periodica
- TAR Lazio III, sentenza 19 ottobre 1981, n. 1113, in I TAR, 1981, I, 3275, sulla competenza del giudice amministrativo a conoscere della questione avente ad oggetto la corresponsione delle cd sovvenzioni di esercizio alle autolinee in concessione;
- TAR Lazio I, sentenza 25 settembre 1989, n. 1282, in I TAR, 1989, I, 3360, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia in ordine al riconoscimento dei contributi ex lege n. 416/1981 sul prezzo della carta dei quotidiani, in quanto inerente ad un diritto soggettivo perfetto all'erogazione delle dette provvidenze economiche;
- TAR Lazio I, sentenza 25 settembre 1989, n. 1284, in I TAR, 1989, I, 3360, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia diretta ad ottenere la prosecuzione di un rapporto di dottorato presso L'università degli studi;

2.1.9. *Aspetto ludico della "giurisprudenza De Roberto":*

Per non diventare noioso, vorrei infine chiudere questa breve rassegna con un accenno all'aspetto ludico della giurisprudenza De Roberto, ricordando in particolare:

- TAR Lombardia – Milano, sentenza 20 settembre 1979, n. 653, in I TAR, 1979, I, 3504, sui limiti al rilascio di autorizzazioni al commercio di articoli ed arredi funebri, per risparmiare alle famiglie dei defunti quei turbamenti che altrimenti deriverebbero dall’anelasticità della domanda di tali prodotti e dalla concorrenza eccessiva;
- TAR Lombardia – Brescia, sentenza 9 febbraio 1979, n. 47, in I TAR, 1979, I, sulla non revocabilità e non assoggettabilità delle concessioni cimiteriali perpetue a nuovi oneri, i quali mascherino sostanzialmente un vero e proprio rinnovo di concessione in contrasto con il principio di perpetuità espressamente sancito dal regolamento di polizia mortuaria;
- TAR Lazio I, sentenza 15 gennaio 1991, n. 11, in I TAR, 1991, I, secondo cui spetta il congedo straordinario anche per la reiterazione del matrimonio;
- TAR Lombardia – Brescia, sentenza 7 maggio 1980, n. 104, in I TAR, 1980, I, 3072, sulla distinzione tra l’attività di allevamento e di ricovero dei cani relativamente al provvedimento che dispone la chiusura di una pensione per cani.

2.2. Alberto De Roberto Presidente del Consiglio di Stato.

A parte va riguardata invece l’attività svolta da De Roberto in qualità di Presidente del Consiglio di Stato, di cui ha saputo sapientemente dirigere l’operato rendendolo uno dei protagonisti più impegnati ed efficaci nell’attuale panorama giurisprudenziale.

Sono note, infatti le difficoltà in cui, ancora a metà degli anni Novanta, si dibatteva il sistema di giustizia amministrativa, al punto che nella commissione bicamerale per le riforme istituzionali, presieduta dall’onorevole D’Alema, si era perfino riavanzata l’ipotesi di una soppressione tout court della giustizia amministrativa, e del passaggio delle relative funzioni al giudice ordinario. Come è noto, fallito il tentativo di riforma costituzionale, la “riscossa”

della giustizia amministrativa iniziò con il DPR n. 31/3/1998, n. 80, il quale, però, aveva due vizi di origine, come accertato dalla giurisprudenza successiva della Corte costituzionale n. 292/2000.

a. il primo di essere un frammento di legge delegata inserito in un correttivo del decreto legislativo n. 29/1993, sulla riforma dell'organizzazione pubblica e del pubblico impiego. Era quindi facile eccedere i limiti della delega legislativa.

b. l'entusiasmo, non dogmaticamente giustificato, di essere passati da un riparto di giurisdizione per situazioni giuridiche soggettive a quello per blocchi di materie.

Come è noto, dopo l'intervento caducante della Corte Costituzionale, a ciò si pose rimedio con la legge n. 21/7/2000, n. 205, che costituisce una vera e propria riforma sostanziale del processo stesso, anche se sconta una certa frettolosità per la parte procedurale. Orbene, Alberto De Roberto si è trovato quale Presidente del Consiglio di Stato e, dunque, iuris et de iure Presidente dell'Adunanza Plenaria, a dover gestire questo difficile momento di attuazione della legge, sia nei suoi aspetti processuali, sia soprattutto in quelli riguardanti il riparto di giurisdizione con il giudice ordinario. Prima di passare ad una sintesi delle più importanti sentenze dell'Adunanza Plenaria da Egli presiedute, non posso esimermi dal sottolineare la difesa non arrogante, ma motivata con molta cura, anche dal punto di vista dogmatico, della giurisdizione del giudice amministrativo.

Non meno importante è stato il metodo con il quale l'Adunanza Plenaria (ma anche le singole Sezioni del Consiglio di Stato) hanno saputo comprendere, interpretare ed attuare la fondamentale pronuncia, contenuta nella sentenza n. 204/2004, della Corte Costituzionale, che ad una prima lettura poteva ingenerare l'erronea impressione di aver sottratto alla giurisdizione amministrativa importanti settori di attività e di contenzioso.

Ciò premesso, tra le importantissime decisioni adottate, soprattutto in sede di Adunanza Plenaria, su questioni di massima di particolare importanza, vorrei passare in rassegna una

serie di plenarie che esemplarmente mostrano le linee guida di tutto un orientamento pretorio ispirato al principio della pienezza e dell'effettività della tutela del cittadino, e che consistono da un lato nella difesa dell'unità della giurisdizione amministrativa, anche per quanto riguarda il risarcimento del danno, dall'altro nel recepimento dei principi elaborati dalle Corti internazionali, in particolar modo dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e dalla Corte dei diritti dell'uomo.

Il metodo di analisi che si propone di seguire fa dunque perno sui parametri scaturenti dai principi generali di diritto internazionale, comunitario e costituzionale e che possono essere sintetizzati da un lato nella formula della "sovranità responsabile" dei pubblici poteri; dall'altro nella formula del giusto processo, nelle diverse declinazioni in cui si manifesta, tentando anche una sorta di percorso argomentativo di tipo trasversale, che mostri i nuovi indirizzi del sistema di giustizia amministrativa, nel raffronto con l'altra massima giurisdizione dello Stato, la Cassazione, in ragione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionalmente assunti, in particolare con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). E a questo proposito non è affatto superfluo ricordare la spesso dimenticata ma tuttora vigente XVIII disposizione transitoria e finale della Costituzione, ultimo comma: "La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato".

2.2.1. Rapporti tra restitutio in integrum del bene illegittimamente espropriato e provvedimento amministrativo con efficacia sanante ex post alla luce della giurisprudenza CEDU.

Davvero significativa, in questa prospettiva, allora, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2005, che, nell'affrontare la questione della restituzione del bene al privato espropriando in ottemperanza ad una decisione che annulli gli atti di una procedura espropriativa (dichiarazione di pubblica utilità, occupazione d'urgenza), si propone il superamento dell'antica impostazione secondo cui la costruzione dell'opera pubblica importerebbe in ogni caso effetti preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica del privato. Correttamente infatti la Plenaria ha ritenuto come non costituisca impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata il fatto della realizzazione dell'opera pubblica, e ciò indipendentemente dalle modalità – occupazione appropriativa od usurpativa – di acquisizione del bene, dovendo anzi ritenersi che, in tale ottica, la stessa distinzione non assuma più rilevanza, unico essendo il rimedio conosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione del bene al privato, ossia l'emanazione di un legittimo provvedimento di acquisizione ex art. 43, T.U. 327/2001, sia pure con efficacia retroattiva e sanante.

Qualsiasi comportamento, infatti, sia esso illecito o illegittimo, non potrebbe fondare l'acquisto di un diritto senza per ciò solo contrastare con il principio di legalità inteso come preminenza del diritto, il quale, insieme al principio della giustizia del diritto, rappresenta il fondamento del moderno Stato di diritto.

Forte, chiara e decisa la spinta evolutiva della decisione, di cui è evidentissimo l'innesto nelle radici del diritto comune europeo come enucleabile dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'interpretazione e applicazione datane dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, molto legate ad una concezione classica e rigorosa degli elementi dello stato di diritto, giocata sul rispetto di principi costitutivi e fondamentali quali quelli di certezza e sicurezza giuridica, prevedibilità e chiarezza della normazione e delle stesse sentenze dei giudici nazionali, sconfessando la figura dell'occupazione appropriativa,

costruita nel corso degli anni dalla Corte di Cassazione, già a partire dalla decisione 1464/1983. Importantissimo, per incidens, il principio sancito da ultimo dalla plenaria n. 2/2006, secondo cui l'accertamento definitivo di una situazione controversa nasce solo con il passaggio in giudicato delle relative sentenze, giurisprudenza che rimuove anche alcuni giustificabili ma non "giusti" orientamenti interpretativi della stessa Corte di Cassazione in tema di occupazione acquisitiva e usurpativa.

Ma la decisione in questione merita apprezzamento anche per un ulteriore aspetto, ossia per la sottile ma fondamentale precisazione secondo cui la restituzione del bene al privato non integrerebbe una ipotesi di risarcimento del danno in forma specifica, bensì una restitutio in integrum di un diritto reale, da eseguirsi anche nelle forme dell'ottemperanza (vd. ordinanza n. 11/2006, pronunciata in sede di adunanza plenaria).

La distinzione tra le due fattispecie, spesso confusa dal Legislatore (la locuzione reintegrazione in forma specifica viene utilizzata sia dall'art. 2058 cc, sia dall'art. 35, dlgs n. 80/1998 e dall'art. 7, legge TAR, come novellata dalla legge n. 205/2000), non sfugge invece al giurista più attento, con evidenti ripercussioni pratiche ancora sul piano dell'effettività della tutela dei diritti del privato. La tutela reintegratoria, infatti, di gran lunga preferita dalla giurisprudenza europea rispetto a quella risarcitoria, in forma specifica o per equivalente monetario, non trova dinanzi a sé preclusioni fondate sulla eccessiva onerosità (art. 2058 cc) o sul pregiudizio derivante all'economia nazionale (art. 2933 cc), con conseguente rimodulazione del rapporto autorità-libertà, da sempre fin troppo sbilanciato nel nostro ordinamento a favore del Potere.

2.2.2. Il principio dell'unità dell'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa e della concentrazione delle azioni presso il giudice amministrativo.

Oltre a ridisegnare i confini tra tutela risarcitoria (per equivalente e in forma specifica) e tutela reintegratorio-ripristinatoria, la Plenaria è stata impegnata, sempre sul fronte della tutela delle situazioni soggettive, a riconsiderare la fattispecie dell'azione di risarcimento del danno nell'economia del giudizio amministrativo, con alcune decisioni che, pur nella loro diversità, accolgono il fondamentale principio dell'unità dell'esercizio della funzione giurisdizionale e della concentrazione delle azioni presso il giudice amministrativo, concretizzando così il principio della pienezza e della effettività della tutela, non più eludibile sotto la spinta del diritto comune europeo.

Esemplare in tal senso la recente plenaria n. 2/2006, che, andando di contrario avviso rispetto a quanto affermato dalla coetanea Cassazione n. 1207/2006, fissa il condivisibile principio per cui la scelta di un momento successivo per prospettare la domanda consequenziale risarcitoria rispetto a quella demolitoria, non è di per sé fatto idoneo a legittimare una diversa competenza giurisdizionale, e soprattutto una competenza del giudice ordinario in luogo del giudice amministrativo, ciò ponendosi in insanabile contrasto con lo strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo, riconosciuto dal giudice costituzionale (sentenza n. 204/2004), proprio in prospettiva di concentrare presso un unico giudice –quello amministrativo–, la cognizione delle questioni consequenziali di ordine patrimoniale.

Soluzione, questa, che non solo appare la più consona sul piano testuale, posta la consequenzialità tra gli strumenti di tutela, da intendersi come prescrizione di “ulteriorità” piuttosto che come prescrizione di “contestualità” (art. 7, novellato della legge n. 1034/1971 e art. 34, comma 1, DLGS n. 80/1998); ma anche la più ragionevole sul piano logico-sistematico, ponendosi in contrasto sia con la nostra Carta Costituzionale (che a norma della XVIII disp. transitoria e finale deve essere da tutti fedelmente osservata come legge fondamentale della Repubblica) che con la CEDU, un sistema di giustizia che lasci al

ricorrente la scelta del giudice competente, proponendo insieme o distintamente le due domande, senza che peraltro mutino i presupposti di fatto e di diritto sui quali si fondano: innegabile il vulnus al moderno Stato di diritto e ai principi su cui esso si fonda, come la legalità e la giustizia del diritto, di cui la precostituzione del giudice naturale per legge rappresenta una componente essenziale.

A tali conclusioni era già pervenuta anche la precedente plenaria n. 10/2004, che, affrontando ex professo la questione incidentale della determinazione della competenza territoriale in relazione alla conoscibilità di una domanda risarcitoria “sganciata” dal giudizio demolitorio, poneva anche un importante freno al pericolo di inutili “rimpalli” tra giudici di gradi diversi (quand’anche appartenenti al medesimo plesso giurisdizionale) aventi ad oggetto questioni che potevano essere risolte una volta per tutte dal giudice “superiore”, così agevolando una più rapida definizione del giudizio. Infatti, dopo aver esattamente rilevato l’essenziale “funzione filtrante” dei TAR circa la fondatezza-infondatezza del regolamento di competenza, non sindacabile sempre per evidenti ragioni di economia processuale, la Plenaria enuncia il principio generale della “connessione per attrazione”, mostrandosi decisamente in disaccordo sulla possibilità di una traslatio iudicii: allorché una domanda risarcitoria sia introdotta dalla medesima parte privata posteriormente rispetto a quella demolitoria, ovvero comunque in via “sganciata” e autonoma rispetto a quest’ultima, la potestas iudicandi è comunque da riconoscere al medesimo giudice che ha conosciuto dell’annullamento. Ciò in quanto il nesso fra illegittimità dell’atto e responsabilità dell’autorità amministrativa non assume una diversa natura a seconda della circostanza che le questioni, demolitoria e risarcitoria, siano trattate nello stesso o in separati giudizi.

Soluzione anche coerente con le conclusioni raggiunte dalla plenaria n. 4/2003: in una prospettiva in cui non sarebbe infatti possibile chiedere il risarcimento senza aver tempestivamente chiesto ed ottenuto l’annullamento, il necessario completamento non

potrebbe che consistere nella coincidenza tra giudice dell'annullamento e giudice del risarcimento, anche qualora per avventura la domanda risarcitoria fosse autonoma e sganciata rispetto a quella demolitoria.

Ma si tratta di una soluzione –quella di riconoscere la potestas iudicandi sul risarcimento del danno in capo al g.a.- altresì coerente con le avanguardie più avanzate della giustizia amministrativa e, da ultimo, della giurisprudenza civile (e il nostro presidente De Roberto ci ricorda nel noto discorso del 14 marzo 2003 sullo stato della giustizia amministrativa innanzi alle più alte cariche dello Stato, che il Consiglio di Stato non potrebbe comunque abdicare alle pronunzie regolatorie del Giudice dei conflitti), che sembrano superare il problema della pregiudiziale o della previa intermediazione dell'annullamento, sulla scorta della considerazione secondo cui l'illegittimità dell'atto o del provvedimento verrebbe riguardata nella sua componente fattuale, ossia come elemento materiale dell'illecito, secondo la nota teoria gianniniana della digressione dell'atto giuridico in fatto. Pertanto, al giudice amministrativo non si porrebbe più un problema di disapplicazione dell'atto illegittimo, quanto piuttosto di accertamento in via principale dell'illegittimità dell'atto quale elemento della responsabilità civile dei pubblici poteri, non potendo disconoscersi il diritto al risarcimento del danno da ciò che ha concorso a determinare il danno, ovvero la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la p.a. ha mantenuto nonostante la sua illegittimità. Già nella plenaria n. 2/2006 si precisa, del resto, come l'atto dalla cui illegittimità si origina la domanda di riparazione si manifesta come momento essenziale per la cognizione della ulteriore vicenda risarcitoria, mentre nelle plenarie n. 4/2005 e n. 1/2006 si ventila anche la possibilità di una limitata autonomia del giudizio di risarcimento del danno relativo a lesioni di diritto soggettivo, quando il provvedimento che si vorrebbe come pregiudiziale sia scaduto nella sua efficacia. Semmai, è in tema di prescrizione estintiva che la plenaria n. 2/2006 costruisce la pregiudizialità quale momento genetico del decorso del

periodo di prescrizione, sancendosi il principio per cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 cc) e, se l'interruzione è avvenuta mediante un atto che dà inizio ad un giudizio, il nuovo periodo di prescrizione non decorre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio medesimo (art. 2945, secondo comma, cc), a nulla rilevando il carattere esecutivo della sentenza di primo grado di cui all'art. 33, co. 1°, l. 1034 del 1971. Del resto, come lo stesso Presidente De Roberto non ha mancato di rilevare nel recente incontro all'Avvocatura dello Stato del 28/11/2006, il problema di fondo è squisitamente dogmatico, consistendo nel ritenere ancora vigente l'effetto degradatorio del diritto soggettivo da parte del provvedimento amministrativo imperativo; o viceversa un semplice effetto lesivo. Posso solo aggiungere che lo Stato sociale è stato costruito intorno alla prima dogmatica, come dimostrano ad esempio le vicende dell'edilizia economica e popolare, mentre una totale indegradabilità dei diritti porta o alla loro obiettiva riduzione, come avvenne già in Germania con la teoria del diritto pubblico soggettivo; ovvero, alla quasi impossibilità di far funzionare le riforme, in un'epoca in cui la complessità giuridica e globale della società è diventata molto più acuta rispetto all'epoca di Giannini.

2.2.3. La nozione di comportamento.

Ancora di grande interesse è l'adunanza plenaria n. 9/2005, che, anticipando le note ordinanze della Corte di Cassazione del giugno scorso, interviene con singolare chiarezza a delimitare la nozione di comportamento in occasione della decisione sulla spettanza del giudice

amministrativo a conoscere del diritto al risarcimento del danno sopportato dalla parte privata in conseguenza dello spossessamento dell'area di sua proprietà sulla quale è stata realizzata l'opera pubblica, durante il periodo nel quale il provvedimento di occupazione ha esplicato i suoi effetti. Chiarezza tanto più apprezzata quanto più si tiene conto che, com'è noto, il principio della *perpetuatio iudisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., non opera quando la giurisdizione venga meno – come è parzialmente avvenuto con riferimento all'art. 34 - non per effetto di leggi sopravvenute, ma di una sentenza della Corte Costituzionale operante in via retroattiva. Sempre caratterizzandosi per la rigosità del ragionamento, la Plenaria prende le mosse dalla ormai nota sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, collocando a ragione la decapitazione dell'art. 33 e la elisione dal corpo dell'art. 34 del DLGS n. 80/1998 del riferimento ai comportamenti come condizioni di legittimità costituzionale delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nei casi in cui l'amministrazione si atteggi nella vicenda in contestazione come Autorità, dovendosi altrimenti declinare la giurisdizione a favore del giudice ordinario.

Se dunque la soppressione del riferimento alla nozione di comportamento si giustifica in ragione dell'autoritatività dell'agire amministrativo, nel pensiero dei giudici costituzionali ciò che esulerebbe dalla cognizione del giudice amministrativo non sarebbero tutti i comportamenti in astratto, ma solo quelli non sorretti da alcun esercizio, anche illegittimo, del potere, non potendosi escludere affatto che la P.A. agisca con modalità autoritative senza tuttavia adottare alcuna determinazione attizia, ovvero tale determinazione venga annullata o perda la sua efficacia in via retroattiva. E' evidente, però, che non può bastare tale dato ad indurre a ravvisare nella specie la lesione di un diritto soggettivo rapportabile ad un comportamento materiale e non già a fattori causali riconducibili al pubblico potere, come confermato da ultimo anche dalla recente adunanza plenaria n. 2/2006, secondo cui il venir meno per annullamento giurisdizionale di atti che sono espressione di una posizione di

autorità non rende rilevanti soltanto come “comportamenti” gli effetti medio tempore prodottisi in loro esecuzione.

2.2.4. Ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara o di concorso e potere disapplicativo del giudice amministrativo.

Ancora una grande prova di rigore metodologico viene offerta dalle adunanze plenarie n. 1/2003 e n. 3/2005 in occasione di importanti precisazioni circa l'esatta delimitazione dell'ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara o di concorso e conseguente potere disapplicativo del giudice amministrativo.

Nel bel mezzo di una diatriba tra opzioni ermeneutiche meno rigorose, intese ad esigere la immediata impugnazione della *lex specialis* con riferimento a quelle sole clausole immediatamente escludenti (noto il caso dei bandi fotografia), e opzioni più penalizzanti per il ricorrente, esigendo in ogni caso la immediata impugnazione della clausola assunta illegittima senza attendere l'atto applicativo di esclusione, la Plenaria non si è fatta decisamente attendere, prendendo da subito una posizione favorevole per la prima delle soluzioni e così inaugurando un filone pretorio inteso a neovalorizzare l'istituto disapplicativo, in special modo quando traspaia una frizione tra prescrizioni di bando e ordinamento comunitario. Nel senso di una maggiore flessibilità nell'impugnazione dei bandi di gara sembra infatti orientata la giurisprudenza comunitaria (CGCE 27 febbraio 2003, nel procedimento C-327/2000 – Santex spa), la quale, pur stemperando il precedente orientamento incline ad ammettere in generale il superamento dei termini di decadenza attraverso il ricorso all'istituto della disapplicazione, ha sostenuto che, qualora le circostanze di fatto e il comportamento dell'amministrazione abbiano reso eccessivamente difficile o impossibile l'esercizio del diritto di difesa, i giudici nazionali devono “dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati

sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza". Soluzione, questa, che in ogni caso dà adito a dubbi perlomeno se si considera che potrebbe rivelarsi insufficiente nella misura in cui non consentisse di soddisfare l'esigenza della certezza giuridica, in base alla quale i soggetti privati devono beneficiare di una situazione giuridica chiara e precisa, che permetta loro di conoscere la pienezza dei loro diritti.

Ma l'aspetto che forse maggiormente colpisce in questa decisione non è tanto (o comunque non solo) l'adesione ad orientamenti sovranazionali (indice in ogni caso di un processo in atto di sviluppo e diffusione di una cultura giuridica comunitaria), quanto invece la capacità pratica del Consiglio di Stato di tradurre in termini rigorosamente giuridici l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, nel passaggio da un metodo per valori ad un metodo per principi.

La valorizzazione della disapplicazione provvedimentoale rispetto a quella tradizionalmente normativa viene infatti calata e giustificata prendendo le mosse da quei presupposti che, secondo la teoria generale del processo, condizionano la stessa tutela giurisdizionale, quali l'interesse ad agire, che, proprio perché consistente nella possibilità per chi ricorre di ottenere un effettivo e concreto vantaggio dalla invocata pronuncia del giudice, deve essere connotato, secondo l'Adunanza, dai requisiti della personalità, immediatezza, concretezza, attualità, in linea di massima predicati dell'atto applicativo. Di qui il necessario corollario secondo cui la regola non può che essere quella della non immediata impugnativa dei medesimi, eccetto i casi residuali di clausole immediatamente escludenti, non costituendo affatto acquiescenza la presentazione della domanda di partecipazione.

2.2.5. Presupposti e condizioni del diritto al risarcimento del danno nel giudizio amministrativo.

Strettamente collegata a questa problematica è poi la questione dell'eventuale improcedibilità e/o inammissibilità di una domanda demolitoria intentata avverso il provvedimento di aggiudicazione di un appalto - assunto come illegittimo – ogniqualvolta l'opera appaltata sia già stata realizzata. Affrontando ex professo la questione, la Plenaria si pronuncia nel senso della piena procedibilità del ricorso quand'anche l'opera sia eseguita ma, si noti incidentalmente, non già sulla semplice scorta di argomenti latamente "etici" (interesse "morale"), quanto piuttosto in funzione delle *chances* risarcitorie. Ulteriore avallo, questo, del fatto che la globalizzazione economica trascina con sé una sorta di globalizzazione giuridica, che produce i suoi effetti anche sui diritti amministrativi nazionali, confermando l'attualissima intuizione di Benedetto Croce secondo cui il diritto si riduce o all'etica o all'economia.

Sempre su questo binario del resto viaggia anche la plenaria n. 7/2005, che, intervenendo sulla fattispecie del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo gravante sull'autorità amministrativa (in sostanza, ritardo ex parte pubblica nell'adempimento dell'obbligo), da una parte legittima la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, essendosi al cospetto della lesione di interessi legittimi del privato di natura pretensiva, ma dall'altra limita la tutela risarcitoria al solo caso in cui il provvedimento richiesto e non adottato, ovvero adottato in ritardo, si configuri come favorevole per il privato istante, e non anche laddove esso compendi un rigetto dell'istanza. Ancora una volta una grande dimostrazione dell'abilità del magistrato, capace del senso di umanità e di giustizia del Giurista, ma anche del senso pratico dell'Amministratore: innegabili e gravi, infatti, le ripercussioni che potrebbero prodursi sul bilancio dello Stato qualora si ammettesse nel nostro ordinamento la figura del danno punitivo, con la conseguente possibilità del risarcimento per danno da ritardo mero, sganciando il diritto di prestazione in cui consiste l'interesse legittimo dal bene della vita,

dall'interesse finale, per ancorarlo invece all'interesse strumentale al provvedimento -non già favorevole- ma provvedimento purché sia!.

Ancora in questa linea si colloca la plenaria n. 6/2005, che, dopo aver ribadito che spetta al giudice amministrativo verificare il rispetto da parte dell'amministrazione, nell'ambito dell'attività di ricerca del contraente, sia delle regole dettate nell'interesse pubblico, sia delle regole di correttezza di cui all'art. 1337 cc prescritte dal diritto comune (tesi, questa, già propugnata molti anni fa dal maestro M.S. GIANNINI, il quale già faceva notare come anche il procedimento dell'evidenza pubblica regolato dalla fondamentale legge di contabilità di Stato si prestasse a occasione di violazione od elusione delle regole di correttezza di diritto comune), precisa che la violazione dell'art. 1337 cc assume rilevanza e significato solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente degli effetti vantaggiosi (es. aggiudicazione) e questi siano poi venuti meno, risolvendosi in affidamenti incolpevoli senza seguito. Tipico il caso della revoca in via di autotutela dell'aggiudicazione per mancanza o inidoneità delle risorse finanziarie a far fronte agli impegni economici assunti, la cui eventuale legittimità non esclude l'illiceità del comportamento tenuto nella fase precontrattuale, fermo restando in ogni caso il riconoscimento dell'ulteriore voce di danno consistente nella perdita di altre occasioni favorevoli (chance).

2.2.6. Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale in alcuni casi particolari.

Ancora nella prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo meritano apprezzamento una serie di plenarie che, invero, pur contraddistinguendosi per

affermazioni di principio valide in punto di diritto processuale, producono innegabili ripercussioni sul diritto sostanziale.

Tra queste spicca in primo luogo la decisione n. 4/2005, relativa alla possibilità, per il giudice di appello, di rilevare d'ufficio l'eventuale difetto di giurisdizione pur in presenza di una sentenza di accoglimento del ricorso, presupponente, dunque, sia pure in forma implicita, la sussistenza della giurisdizione.

La questione, fortemente controversa nella giurisprudenza amministrativa, viene risolta dalla plenaria in senso difforme rispetto all'interpretazione che dà la Cassazione circa il concetto di giudicato interno, ancora una volta applicando rigorosamente il metodo giuridico nell'interpretazione dei primi due commi dell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971, per i quali *«il difetto di giurisdizione deve essere rilevato di ufficio»* e *«avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato»*.

Nel respingere sia quell'orientamento che vorrebbe fondare in ogni caso il potere di rilevazione d'ufficio, sia quell'opposto indirizzo che, richiamando i limiti insuperabili del giudicato, ritiene interdetto qualunque esame del punto concernente la giurisdizione in sede di appello, in assenza di una specifica censura avanzata dalla parte contro la decisione, espressa o implicita, sulla giurisdizione, la Plenaria propende per una soluzione mediana, affermando la possibilità di una valutazione di ufficio circa la sussistenza della giurisdizione da parte del giudice di appello solo in presenza di una statuizione implicita, fermo restando invece che le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiederebbero l'apposita impugnativa.

Ancora in tema di giusto processo si segnala la plenaria n. 8/2004, che, contraddicendo l'orientamento della Cassazione stando alla quale la notifica della rinuncia alla controparte è sufficiente per ottenere la cessazione della lite, impone la necessità della sentenza di presa d'atto della rinuncia, in seguito alla rituale notifica e deposito in segreteria, con la conseguente pendenza della lite fino a tale momento, stante la necessità di assicurare certezza

alle posizioni processuali delle parti, tenuto conto proprio della diversa natura giuridica dell'istituto della rinuncia nel giudizio civile, concretando una sorta di negozio che abbisogna in ogni caso di un atto di accettazione, non già da parte del giudice ma comunque della controparte.

Ancora di grande importanza è la plenaria n. 7/2004 che affronta un aspetto particolare e tra i più rilevanti dell'applicazione del principio del giusto processo, ovvero la corretta instaurazione del contraddittorio in sede di gravame. Dalla mancata applicazione in appello delle disposizioni che disciplinano la successiva integrabilità del contraddittorio in prime cure, infatti, non può automaticamente dedursi la necessità in grado di appello della notificazione tempestiva a tutte le parti del primo giudizio, non trattandosi infatti dell'instaurazione di un contraddittorio nuovo, ma della semplice prosecuzione di quello già instaurato, con la possibilità allora della piena applicazione delle norme previste dal codice di procedura civile a seconda che si tratti di cause inscindibili o altrimenti connesse (rispetto alle quali segue l'ordine di integrazione del contraddittorio difettoso ed eventualmente la sanzione dell'inammissibilità) ovvero di cause scindibili (a cui segue l'ordine di sospensione del giudizio finché non scadano i termini per le relative impugnazioni).

Ancora nella prospettiva di una corretta instaurazione del contraddittorio si colloca la recente adunanza plenaria n. 9/2006, la quale, nell'affrontare ex professo la questione dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, registra storicamente anche una tendenza tutt'altro che recessiva del sistema di giustizia nel senso di una decisiva implementazione dello strumento del ricorso straordinario al Capo dello Stato rispetto all'ordinario ricorso giurisdizionale, riproponendosi dunque anche in questa sede tutti i problemi relativi alla tutela della posizione del controinteressato. La soluzione, ancora una volta ispirata a canoni di logicità e ragionevolezza, riconnette l'operatività della regola dell'alternatività –con preclusione dell'accesso alla tutela giurisdizionale- al fatto della

evocazione in sede straordinaria, esigendo l'ordinamento giuridico, ai fini del rispetto del contraddittorio, non già l'effettiva partecipazione al giudizio, ma la possibilità di contraddire, nel cui ambito va ricompresa anche la possibilità, per il controinteressato, di trasporre, con l'opposizione, la cognizione della controversia in sede giurisdizionale.

Infine, meritano considerazione due decisioni, di cui è pubblicato il solo dispositivo (1 e 2 del 2006) che ribadiscono, da un lato la perentorietà del deposito in termini abbreviati, ai sensi dell'art. 23-bis, comma 6, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, trattandosi di controversie dinanzi alle autorità amministrative indipendenti; dall'altro, negano la legittimazione ad appellare delle associazioni di consumatori, quando siano potenziali ricorrenti in primo grado e non abbiano ricorso contro l'atto da impugnare.

2.2.7. Gli orientamenti giurisprudenziali nella prospettiva dell'integrazione comunitaria.

In una prospettiva di integrazione comunitaria occorre invece segnalare la plenaria n. 9/2004, che, utilizzando il metodo seguito dalla CGCE, ovvero la valorizzazione dell'elemento sostanziale rispetto a quello formale, non solo recupera il concetto di matrice comunitaria dell'organismo di diritto pubblico, ma fissa anche il principio per cui ai fini della verifica dell'obbligo della gara pubblica occorre prescindere dalle mere indicazioni normative contenute nel bando, facendo invece riferimento allo specifico oggetto dell'appalto affidando, ed estendendolo poi al contratto avente per oggetto un quid pluris rispetto alle prestazioni con riguardo alle quali l'indizione della gara è doverosa.

Ancora in questa prospettiva possono essere annoverate le adunanze plenarie n. 6 e 7 del 2006, le quali, sulla falsariga della tecnica di qualificazione comunitaria delle situazioni giuridiche, innovano rispetto al precedente orientamento risalente alla plenaria n.16/1999, qualificando il diritto di accesso ai documenti amministrativi quale diritto soggettivo, sia pure

strumentale alla tutela di un altro interesse (finale) giuridicamente rilevante, collegato ad un bene sostanziale della vita. E di ciò si trae ulteriore conferma, tra l'altro, non solo dall'inclusione nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici (art. 117 Cost), ma anche dal collegamento con una riforma di fondo dell'amministrazione, informata a principi di pubblicità e trasparenza, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e all'attività amministrativa, da intendere quale condizione di conoscenza o conoscibilità strumentale alla piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive, sia pure nel temperamento del principio della certezza dei rapporti amministrativi e della garanzia delle situazioni riconoscibili in capo ai controinteressati, completando l'iter di ampliamento e valorizzazione dell'istituto del diritto di accesso iniziato già con la plenaria n. 5/2005, che estendeva anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico l'obbligo di ostensione.

2.2.8. Alcune precisazioni in tema di procedimento disciplinare.

Ancora un' indubbia importanza riveste l'adunanza plenaria n. 1/2004, in ragione dell'esigenza di stabilire, in una materia delicata come quella dei termini del procedimento disciplinare a carico dei pubblici dipendenti, certezze giurisprudenziali che diano prevedibilità alle decisioni dei giudici amministrativi e sicuro orientamento all'amministrazione, in vista della concretizzazione di principi quali la giustizia e l'equità del diritto, riconosciuti e tutelati anche a livello comunitario e internazionale. A questo proposito l'Adunanza plenaria, attraverso una interpretazione sistematica dell'art. 9, comma 2, legge 7 febbraio 1990, n. 19, accoglie quell'orientamento secondo cui l'amministrazione procedente è tenuta a concludere il procedimento disciplinare nel termine complessivo di duecentosettanta giorni da quando ha

avuto notizia della condanna penale del dipendente incolpato. Tale termine complessivo, infatti, si ricava sommando al termine di centottanta giorni imposto per l'inizio del procedimento disciplinare (e decorrente appunto dalla suddetta notizia) quello di "successivi" novanta giorni imposto per la conclusione del procedimento disciplinare medesimo; con l'ulteriore ma importante precisazione secondo cui non assumerebbe alcuna rilevanza nemmeno il fatto che il procedimento disciplinare abbia, per avventura, avuto concreto inizio prima dei centottanta giorni dalla conoscenza della condanna penale, decorrendo in ogni caso l'ulteriore termine di novanta giorni dalla scadenza "virtuale" dei centottanta giorni previsti per l'avvio del procedimento. A completare l'iter chiarificatore giunge poi la recente adunanza plenaria n. 10/2006, ad avviso della quale la predetta disposizione non troverebbe invece applicazione nella diversa ipotesi in cui il procedimento disciplinare abbia preso l'avvio da una sentenza di proscioglimento e non, dunque, di condanna. Infatti, seppure un procedimento penale conclusosi con la dichiarazione di estinzione dei reati per intervenuta prescrizione è agevolmente assimilabile alla sentenza penale di patteggiamento, per la quale la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 197/1999) ha condiviso la tesi della perentorietà del termine di cui all'art. 9, comma 2, legge n. 19/1990, in ogni caso essa ne ha escluso l'applicazione, non potendosi escludere, in tal caso, per le particolari modalità del procedimento penale, la necessità di autonomi accertamenti in sede disciplinare.

Nella diversa ipotesi, invece, in cui un pubblico dipendente –già cautelatamente sospeso dal servizio- sia, in seguito, per i medesimi fatti, condannato in sede penale e sottoposto a procedimento disciplinare definito con l'irrogazione di una sanzione diversa dalla destituzione dall'impiego, ad avviso dell'adunanza plenaria n. 4/2002 ha diritto alla restitutio in integrum, e, in particolare, alla restituzione delle retribuzioni perse durante il periodo di sospensione cautelare, limitatamente all'eventuale maggior periodo di sospensione cautelare subita rispetto a quello di effettiva sospensione dalla qualifica irrogatagli all'esito del procedimento

disciplinare. E dal quantum dovuto a titolo di restituzione delle retribuzioni perse durante il periodo di sospensione cautelare va anche dedotto l'importo delle retribuzioni corrispondenti al tempo della condanna penale detentiva, quand'anche questa non sia stata effettivamente scontata per intervenuta sospensione condizionale della pena, atteso che i periodi di detenzione, anche se non scontati, vanno esclusi dal riconoscimento dei benefici economici al dipendente condannato in sede penale.

2.2.9. Alcune precisazioni in tema di pubblico impiego.

Ancora interventi chiarificatori vengono apportati dal Consiglio di Stato in sede di adunanza plenaria nella materia del pubblico impiego, della cui importanza non si dubita anche alla luce dei recenti fatti di cronaca. Il riferimento è in primo luogo all'importante puntualizzazione circa il concetto di concorso pubblico, come interpretato dall'adunanza plenaria n. 12/2004, secondo cui, in materia di impiego alle dipendenze della p.a., per pubblico concorso deve intendersi ogni procedura aperta alla generalità dei partecipanti; non sarebbe dunque "pubblico" concorso quella procedura che, sia pure connotata da margini di discrezionalità nella valutazione della idoneità degli aspiranti, sia volta in modo esclusivo a sanare forme di precariato attraverso la conversione di rapporti di impiego a termine in rapporti a tempo indeterminato, completando per così dire un percorso di regolamento di confini nella materia concorsuale già iniziato anni prima attraverso la fissazione delle regole di riparto della giurisdizione per i concorsi interni. Più di recente, invece, l'adunanza plenaria si è occupata della regolamentazione dei profili diacronici del rapporto di pubblico impiego, dando ancora una volta prova di quel senso di umanità, giustizia e, soprattutto, senso pratico, che rappresenta la migliore dote del giurista. Il riferimento è evidentemente alle decisioni n. 12 e 13 del 2006, le quali, riaffermando il principio già condiviso dalla Corte Costituzionale,

secondo cui alla base della contribuzione non vi è necessariamente la corrispettività tra contributi e pensioni, bensì il dovere di solidarietà (art. 38 della Cost.; sentenza n. 404/2000), escludono la possibilità di una generale ripetibilità dei contributi debitamente versati, nonostante che essi non siano utili per l'insorgenza di alcun trattamento pensionistico, eccetto in ogni caso le ipotesi tassativamente previste dalla legge. Ora, al di là del possibile inquadramento delle due decisioni nella logica dello stato sociale di diritto anziché nella logica dello stato sociale di mercato, ciò che colpisce l'interprete è il sapiente equilibrio e la continua ricerca di una decisione "equa", che tenga cioè conto di tutte le possibili e ben più gravi ripercussioni che potrebbero altrimenti prodursi, in particolar modo sul bilancio dello Stato. Da qui la condivisibilità del contemperamento tra l'interesse dei singoli alla restituzione dei contributi e il principio di indisponibilità dell'obbligazione contributiva previdenziale, strumento indefettibile per il finanziamento del sistema medesimo.

2.2.10. I principi di sussidiarietà, leale collaborazione e del giusto procedimento.

Ancora importanti precisazioni vengono effettuate, questa volta sul piano procedurale, da una adunanza plenaria adottata proprio agli inizi della presidenza al Consiglio di Stato di De Roberto, riguardante, in particolare, l'affermazione, sulla scorta degli orientamenti pretori della Corte Costituzionale all'indomani della riforma del titolo V della Costituzione, del principio di leale collaborazione tra la Regione -in sede di esame di istanza di nulla-osta regionale alla realizzazione di costruzioni edilizie in zone paesistiche- e gli organi del Ministero dei beni culturali e delle attività culturali. Sotto tale profilo va anzi rimarcato che, sia pure in un quadro normativo mutevole, il legislatore ordinario ha attuato i principi costituzionali con regole univoche e consolidate per la determinazione dei concetti di ambiente e di paesaggio, quali beni giuridici immateriali, espressione dell'ambito territoriale

in cui si svolge la vita dell'uomo e si sviluppa la persona umana, delineando una tutela ispirata ai principi di leale collaborazione e sussidiarietà, ulteriormente rafforzata dal Trattato istitutivo della Comunità Europea, come modificato dal Trattato di Amsterdam, che riferisce una politica dell'ambiente ispirata ad obiettivi di salvaguardia, tutela, miglioramento, prevenzione e accorta utilizzazione.

Sempre sul piano procedurale, infine, merita di essere segnalata l'adunanza plenaria n. 8/2002 per importanti precisazioni circa l'applicazione dei principi generali della legge n. 241/1990 ai piani e ai programmi, da un lato per quanto riguarda la fissazione del termine finale, dall'altro per quanto concerne la comunicazione di avvio del procedimento.

Il programma costruttivo di cui all'art. 51 della legge n. 865 del 1971, infatti, oltre a risultare meno complesso del PEEP in relazione agli interventi e alle forme di pubblicità e di approvazione, se ne distingue anche in relazione alla durata massima di efficacia, applicandosi, in luogo dell'art. 9, legge n. 167 del 1962, la regola residuale, espressa dall'art. 13, legge n. 2359 del 1865, sulla fissazione del termine in sede amministrativa. Quanto al secondo aspetto, invece, l'adunanza plenaria ha rilevato che, a parte i casi in cui una legge o un regolamento abbiano specificamente disciplinato il procedimento da seguire (ovvero i casi in cui rileva il numero dei potenziali destinatari), è indispensabile che l'avviso di avvio del procedimento vada trasmesso a colui nei cui confronti si intenda emettere un atto lesivo e che ne sia ignaro, affinché egli si possa attivare per verificare come è esercitato il potere amministrativo e sia posto in grado di esporre le ragioni di fatto o di diritto che, se del caso, siano tali da indurre l'autorità amministrativa a contemperare gli interessi coinvolti, sulla base delle osservazioni acquisite, potendosi prospettare elementi di valutazione non marginali, ai fini della proporzionalità e del buon andamento della azione amministrativa. Considerazioni tanto più da condividere se si considera che, da un lato, è solo attraverso il contraddittorio che possono emergere elementi utili per giungere ad un accordo sulla

localizzazione e sulle caratteristiche concrete delle opere, consentendo la loro realizzazione col contenimento del pregiudizio altrui, dei tempi e del contenzioso; dall'altro che il programma costruttivo in questione non rientra tra i piani in senso tecnico, di cui all'art. 13, legge n. 241/1990, con conseguente estensione dell'operatività della disposizione di cui all'art. 7, della medesima legge.

2.2.11. Il giudizio sul silenzio.

Infine – poiché il ruolo del giurista e dell'avvocato non può limitarsi solo alle cose positive- vorrei segnalare in particolare la decisione n. 1/2002, una tra le poche adunanze plenarie che presta, invero, il fianco a delle critiche, in quanto statuisce – in contraddizione con quella che poi è stata l'evoluzione normativa-, che il giudizio disciplinato dall'art. 2 – bis della legge n. 1034/1971, introdotto dall'art. 2 della legge n. 205/2000, sarebbe diretto ad accertare solo se il silenzio serbato da una pubblica amministrazione sull'istanza del privato violi l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza stessa, escludendo, anche nel caso di esercizio di attività vincolata, la possibilità per il giudice di valutare la fondatezza della pretesa sostanziale. La decisione, accoglibile nella parte in cui esclude tale potere cognitivo in ordine ad atti amministrativi connotati da un tasso di discrezionalità, non può infatti essere condivisa nella parte in cui inibisce tale eventualità per l'esercizio vincolato del potere, non concretandosi alcuna sostituzione o invasione del giudice amministrativo nella sfera riservata alla pubblica amministrazione.

Più in generale, debbo notare una certa tutt'ora perdurante timidezza del Consiglio di Stato nell'affrontare di petto il problema della vera giurisdizione esclusiva, quella in cui cioè vengono a conflitto posizioni anche sinallagmatiche di diritto ed obbligo tra la P.A. e i privati o viceversa, ovvero tra PP.AA. È vero che sotto questo profilo l'atteggiamento appare molto

rispettoso del contenuto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 e delle successive n. 281/2004, n. 191/2006, nn. 305 e 306/2006, ma non bisogna dimenticare che quando è la legge stessa a costruire in termini di rapporto giuridico diritto-obbligo la relazione contenziosa tra l'amministrazione e il cittadino, ovvero anche tra amministrazioni pubbliche, anche la Corte non può interferire su tale ricostruzione. Si prenda ad esempio il caso della giurisdizione esclusiva in materia di contributi di concessione edilizia; ovvero il caso della semplificazione dell'attività amministrativa (art 19, legge n. 241/1990). È un errore anche strategico, a mio avviso, quello di autolimitare il potenziale e la ricchezza di ambito della giurisdizione esclusiva medesima; senza contare che –almeno nelle materie dove è rilevante la protezione accordata dal diritto comunitario alle situazioni giuridiche soggettive dei privati– tale atteggiamento potrebbe comportare la violazione del principio di effettività e dello stesso giusto processo.

D'altra parte la mancata soluzione di questo problema sostanziale porta con sé un atteggiamento restrittivo anche di istituti processuali fondamentali, quali la parità del contraddittorio e, soprattutto, la domanda riconvenzionale, che viene confinata negli impropri ambiti del ricorso incidentale condizionato, nonché la restrizione della cognizione sulla nullità del provvedimento amministrativo.

Debbo ricordare, a questo proposito, che la stessa Corte Costituzionale, innovando la propria precedente giurisprudenza, ha in almeno due occasioni (sentenze n. 406/2005 e n. 129/2006) ribadito che -in base al nuovo articolo 117, 1 comma, Cost.-, la violazione degli obblighi posti dal diritto comunitario e dal diritto internazionale, può essere fatta valere come questione di costituzionalità delle leggi, sia sostanziali che processuali. Auspico quindi un rapido ripensamento di tale atteggiamento troppo prudente, visto anche il segnale proveniente dalle ordinanze del 13-15 giugno 2006 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, secondo le quali il mancato esame della questione del risarcimento danni (che rientra nella giurisdizione

esclusiva del g.a., anche se connessa alla giurisdizione di legittimità) comporterebbe la violazione di un limite esterno di giurisdizione, e quindi la cassazione con rinvio. Ora, proprio una coraggiosa presa di posizione a favore del pieno esercizio della giurisdizione esclusiva, potrebbe rendere inutile sul piano fattuale questo rimedio, che tra l'altro appare più inquadabile in una futura istituzione di una Cassazione amministrativa, che non nel ruolo istituzionale della Suprema Corte a Sezioni Unite, quale organo di coordinamento tra le varie giurisdizioni.

3. Conclusioni.

Concludendo questa breve rassegna, devo proprio affermare che l'occasione che mi è stata data di rileggere tutta una giurisprudenza, e soprattutto quella che risale ai miei primi anni di esercizio della professione, mi riporta indietro nel tempo e mi dà l'idea di un Paese profondamente diverso da quello attuale.

Un tempo la legislazione aveva una sua organicità e fissava dei limiti invalicabili, ad esempio in materia di edilizia, urbanistica, edilizia economica e popolare, commercio e vendita al pubblico.

Oggi, invece, non troviamo più questa graniticità e tutto appare più fragile e discontinuo, anche in giurisprudenza, come tipicamente accade nelle epoche di trasformazione. Ovviamente non è in discussione la necessità di un giudice amministrativo speciale, anzi, questa esperienza si va progressivamente estendendo anche ai paesi di common law, soprattutto per l'influsso del diritto amministrativo comunitario.

La maggiore trasformazione consiste invece il passaggio da una concezione etico-politica della giurisprudenza - e quindi di un metodo incardinato su valori e principi - ad una giurisprudenza di tipo economico, come dimostra sul piano della normazione l'art. 23-bis,

legge 1034/1971. In altri termini, dallo Stato sociale in cui, secondo la felice espressione recentemente usata dal Presidente Varrone, “l’amministrazione conserva il potere di conformare le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini”, si va delineando uno Stato di mercato in cui l’amministrazione sembra dover più semplicemente regolare a priori il mercato stesso, ed intervenire semmai con procedure e provvedimenti di tipo sanzionatorio per eliminare le distorsioni del mercato.

Se da un lato ciò ha comportato un ritorno alla concezione propria di Ranelletti, dell’autorizzazione e concessione come rimozione di un limite esistente all’esercizio di un diritto soggettivo (per cui appaiono troppo sociali le dottrine non solo di Giannini ma dello stesso Sandulli); dall’altro appare in discussione proprio quel potere conformativo tipico dello Stato sociale, e che era in ultima analisi legato ad una visione solidaristica della società e alla piena fiducia tanto nei confronti della classe politica, quanto nei confronti della burocrazia, di saper mediare ed integrare i conflitti sociali, laddove la società civile non vi riuscisse autonomamente.

È evidente, quindi, come anche la figura professionale del magistrato amministrativo sia destinata a cambiare, probabilmente portando via con sé la possibilità stessa di ripresentare un profilo così integrale come quello del presidente De Roberto.

Tuttavia, poiché non sappiamo che cosa ci riserva il futuro –secondo il noto adagio tratto dalla saggezza popolare “chi lascia la strada vecchia per la nuova sa quello che lascia ma non sa quello che trova”– queste rare figure adempiono un compito insostituibile:

- da un lato la testimonianza di un passato vissuto essenzialmente con la professione totale del magistrato, innanzitutto come professione di fede nel proprio mestiere;
- dall’altro un ponte per il futuro, soprattutto nei confronti dei giovani magistrati, affinché non cadano nella facile tentazione di risolvere ogni controversia solo in base al parametro della rapidità e della efficienza.

Infatti, ogni vicenda umana, in primo luogo incorpora sempre un valore spirituale, anche quando all'apparenza sono in gioco interessi del tutto materiali.

In secondo luogo, il mutato contesto e il diverso contenuto delle controversie (da quelle dello Stato sociale a quelle prevalentemente economiche), non autorizza affatto il cambiamento dei metodi interpretativi e l'obbligo di quella saggezza ed equità che contraddistinguono il grande magistrato. In proposito, anche e soprattutto nei paesi di common law, si fa luogo un nuovo concetto "laico" di legalità, riassumibile nella formula "legalità per il mercato".

Pertanto, ora che con la riforma del processo attuata con la legge n. 205/2000 e con l'evoluzione della giurisprudenza in materia di discrezionalità tecnica, sono caduti tutti gli ostacoli e i limiti posti al pieno accesso del giudice amministrativo alla cognizione del fatto, occorre ancor di più esaltare le qualità umane e psicologiche del magistrato, per raggiungere un equilibrio tra le ragioni del fatto e il "terribile" diritto.

Siamo infatti di fronte ad una pericolosa alternativa, quella tra realtà e virtualità, che investe anche il processo, dopo aver già avuto ampio riconoscimento nel diritto sostanziale e procedimentale (firma digitale, e-procurement, etc.).

A mio personale avviso, solo la permanenza di figure magistratuali come quella del Presidente De Roberto possono consentire che il processo reale non venga sostituito da quello virtuale; perché il vero problema dei prossimi cinquant'anni del ventunesimo secolo, non sarà una sfida pro o contro il giudice amministrativo anziché il giudice ordinario: ma sarà la stessa messa in discussione della centralità del giudice, quale funzione pubblica di risoluzione delle controversie, tanto tra privati, che tra privati e pubbliche amministrazioni.

Una tendenza eccessiva del giudice verso l'iperspecializzazione e il formalismo interpretativo, potrebbe portare tanto il privato che le pubbliche amministrazioni verso le cd ADR, primo passo per il superamento definitivo del fondamentale principio della tripartizione e separazione dei poteri, e ciò mi auguro che non accada mai.

In conclusione dunque, penso che il miglior riconoscimento all'opera complessivamente prestata dal Presidente De Roberto sia proprio –come accennavo in apertura della presente relazione illustrativa– lo straordinario equilibrio tra umanità e professionalità, che egli ha incorporato, e al quale va dunque tutta la nostra gratitudine, insieme con l'augurio che per molti anni ancora faccia sentire, proprio come autorevole giurista, il suo insegnamento e la straordinaria capacità tanto di cogliere il nocciolo del problema, quanto quella di saperlo efficacemente e brillantemente sintetizzare. Grazie.

Prof. Avv. Eugenio Picozza.