

ANNO LXII - N. 2

APRILE-GIUGNO 2010

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Glauco Nori. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Getano Scoca.*

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* - CONDIRETTORI: *Giacomo Arena e Maurizio Borgo.*

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Maurizio Fiorilli - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Antonio Palatiello - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

CORRISPONDENTI DELLE AVVOCATURE DISTRETTUALI: *Andrea Michele Caridi - Stefano Maria Cerillo - Luigi Gabriele Correnti - Giuseppe Di Gesu - Paolo Grasso - Pierfrancesco La Spina - Maria Vittoria Lumetti - Marco Meloni - Maria Assunta Mercati - Alfonso Mezzotero - Riccardo Montagnoli - Domenico Mutino - Nicola Parri - Adele Quattrone - Pietro Vitullo.*

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Antonella Quirini*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Giuseppe Albenzio, Clarissa Baragli, Davide Borgni, Pierluigi Di Palma, Pasquale Fava, Margherita Fegatelli, Wally Ferrante, Lucrezia Fiandaca, Biagio Fraudatario, Michele Gerardo, Marco Stigliano Messuti, Gabriella Palmieri, Paola Palmieri, Giancarlo Pampanelli, Vincenzo Rago, Marina Russo, Grazia Sanna, Giuseppe Santoro-Passarelli, Francesco Scittarelli.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it - tel. 066829597

antonella.quirini@avvocaturastato.it - tel. 066829205

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

Per abbonamenti ed acquisti inviare copia della quietanza di versamento di bonifico bancario o postale a favore della Tesoreria dello Stato specificando codice IBAN: IT 42Q 01000 03245 348 0 10 2368 05, causale di versamento, indirizzo ove effettuare la spedizione, codice fiscale del versante.

I destinatari della rivista sono pregati di comunicare eventuali variazioni di indirizzo

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
RASSEGNA - Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma
E-mail: rassegna@avvocaturastato.it - Sito www.avvocaturastato.it

Stampato in Italia - Printed in Italy

Autorizzazione Tribunale di Roma - Decreto n. 11089 del 13 luglio 1966

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Il rinnovo del “Protocollo d’intesa tra Avvocatura dello Stato ed Agenzia delle Entrate” per il triennio 2010/2013</i>	pag.	1
Margherita Fegatelli e Davide Borgni, <i>Le Agenzie fiscali in giudizio ed il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato</i>	»	7
<i>La difesa legale delle Autorità portuali, Circolare A.G.S. n. 11 del 15 febbraio 2010</i>	»	34

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Giuseppe Albenzio, <i>“La posizione dell’Italia sui diritti da riconoscere alle persone inserite nelle ‘black list’”, relazione tenuta al convegno “Diritti fondamentali e politiche dell’UE dopo Lisbona”, Pescara, 6-7 maggio 2010</i>	»	37
<i>1. - I giudizi in corso alla Corte di giustizia Ue</i>		
Giuseppe Albenzio, <i>Risorse proprie delle Comunità, causa C-334/08</i>	»	60
Marina Russo, <i>Concorrenza, causa C-393/08</i>	»	66
Marina Russo, <i>Politica sociale, causa C-396/08</i>	»	75
Wally Ferrante, <i>Libertà di stabilimento, causa C-565/08</i>	»	81
Wally Ferrante, <i>Libertà di stabilimento, causa C-452/09</i>	»	90
Wally Ferrante, <i>Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, causa C-509/09</i>	»	106
Wally Ferrante, <i>Politica sociale, causa C-3/10</i>	»	112
Marina Russo, <i>Libera prestazione dei servizi, causa C-32/10</i>	»	130

CONTENZIOSO NAZIONALE

Gabriella Palmieri, <i>L’istituto del matrimonio. Sul riconoscimento ai nubendi dello stesso sesso “La materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento” (C. cost., sent.15 aprile 2010 n. 138)</i>	»	135
Francesco Scittarelli, <i>Competenza tra Stato e Regioni in materia di tariffe del servizio idrico integrato (C. cost., sent. 4 febbraio 2010 n. 29)</i>	»	153
Vincenzo Rago, <i>Obblighi di informazione del paziente e responsabilità del medico per omessa informazione (Cass., Sez. III civ., sent. 9 febbraio</i>		

2010 n. 2847; Cass., Sez. III civ., sent. 4 gennaio 2010 n. 13; Cass., Sez. III civ., sent. 30 gennaio 2009 n. 2468; Cass., Sez. Un. Penali, sent. 21 gennaio 2009 n. 2437)	pag.	165
Biagio Fraudatario, <i>Legge n. 210: oscillazioni giurisprudenziali in tema di legittimazione passiva dell'ente tenuto alla prestazione</i> (Cass., Sez. Lavoro, sent. 19 ottobre 2009 n. 22111)	»	217
Michele Gerardo, <i>La demanialità sopravvenuta del lago di Lucrino. Aspetti processuali (vicende del giudicato nel tempo) e sostanziali (requisiti necessari affinché le acque interne possano essere considerate pubbliche) connessi all'accertamento della qualità di demanio idrico del lago di Lucrino</i> (C. app. Napoli, Trib. Reg. Acque Pubbliche, sent. 10 febbraio 2010 n. 17)	»	228
Clarissa Baragli, <i>I "Mobility Scooter" quali dispositivi medici sono esonerati dall'applicazione del dazio doganale</i> (Comm. Trib. Prov. La Spezia, Sez. IV, sent. 9 febbraio 2010 n. 66)	»	249

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Giancarlo Pampanelli, <i>Canoni concessori di alloggi demaniali; concetto di ristrutturazione per l'aggiornamento del coefficiente di vetustà del ce-spite immobiliare ai sensi dell'art. 20 legge n. 392/1978 sull'equo canone - AL 28703/09</i>	»	257
Giuseppe Fiengo, <i>Terzo condono edilizio e disciplina degli effetti del ritardato pagamento della rata intermedia di oblazione - AL 20734/09</i>	»	259
Paola Palmieri, <i>Costituzione di ipoteca su beni archeologici appartenenti a Società cooperative; necessità dell'autorizzazione ministeriale - AL 21135/09</i>	»	267
Marco Stigliano Messuti, <i>Opere pubbliche. Rapporti tra stazione appaltante e Raggruppamento Temporaneo di Imprese: deroghe al principio di immodificabilità soggettiva dei componenti - AL 33638/2009</i>	»	273
Lucrezia Fiandaca, <i>Sull'indennità di missione ex art. 1 della legge 18 dicembre 1973 n. 836 - AL 32118/2009</i>	»	277
Marina Russo, <i>Titolarità dello ius postulandi per le Casse di previdenza delle forze armate - AL 3121/2010</i>	»	282
Pierluigi Di Palma, <i>La difesa in giudizio di un ente pubblico non economico in violazione dell'art. 417 bis c.p.c. e dell'art. 43 R.D. n. 1611/1933 - AL 21507/07</i>	»	286

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Pasquale Fava, <i>L'impugnazione degli atti di controllo: gli orientamenti della giurisprudenza e le relative giustificazioni di teoria generale</i>	pag.	293
Adele Quattrone, <i>L'azione collettiva pubblica nel sistema di controllo dell'efficienza della Pubblica Amministrazione. Rapporti con le azioni collettive private</i>	»	327
Grazia Sanna, <i>Eros o virus? Sovranità alimentare e diritto dei giudici .</i>	»	342

RECENSIONI

Domenico Mezzacapo, <i>Dirigenza pubblica e tecniche di tutela</i> , Jovene editore, Napoli 2010. Recensione a cura di Giuseppe Santoro-Passarelli	»	391
--	---	-----

TEMI ISTITUZIONALI

La difesa legale delle Agenzie fiscali

*Comunicato dell'Avvocato Generale**

Si comunica che in data odierna l'Avvocato Generale ed il Direttore dell'Agenzia delle Entrate, dott. Befera, hanno sottoscritto il rinnovo del protocollo d'intesa tra Avvocatura dello Stato ed Agenzia delle Entrate per il triennio 2010/2013.

Si allega testo del protocollo d'intesa.

PROTOCOLLO D'INTESA TRA AVVOCATURA DELLO STATO ED AGENZIA DELLE ENTRATE

Considerato che, ai sensi dell'art. 72 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, l'Agenzia delle Entrate (di seguito denominata anche solo Agenzia) può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (di seguito denominata anche solo Avvocatura) ai sensi dell'art. 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 e che, in base a tale ultima disposizione, l'Avvocatura è autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa dell'Agenzia, salve le ipotesi di conflitto ed i casi speciali ivi previsti;

Vista la delibera n. 7/2010 del 26 aprile 2010 - allegato sub A) al presente atto - con la quale il Comitato di Gestione dell'Agenzia ha ritenuto ai sensi del citato art. 43 del R.D. n. 1611 del 1933 di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura;

Ritenuta l'opportunità di disciplinare, sulla base della distinzione dei ruoli e delle competenze e del riconoscimento delle rispettive responsabilità, le modalità di cooperazione tra l'Agenzia e l'Avvocatura, al fine di assicurare nel modo migliore la piena tutela degli interessi pubblici coinvolti, prevedendo anche forme snelle e semplificate di relazioni, tali da rafforzare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e l'ottimale funzionalità delle strutture;

Ravvisata, in particolare, l'opportunità di prevedere modalità operative volte a garantire un efficiente ed incisivo apporto consultivo dell'Avvocatura, nonché lo svolgimento del patrocini-

(*) Inviato per e-mail da Segreteria Particolare il 13 maggio 2010.

nio dell'Agazia affidato alla stessa Avvocatura nei giudizi attivi promossi o proseguiti in gradi ulteriori dall'Agazia e nei giudizi passivi instaurati o coltivati da terzi nei confronti della medesima;

Tra il Direttore dell'Agazia delle Entrate, Dott. Attilio Befera e l'Avvocato Generale dello Stato, Avv. Ignazio Francesco Caramazza si conviene quanto segue.

1. ATTIVITA' CONSULTIVA

1.1 Allo scopo di razionalizzare gli interventi, l'Agazia, tramite le competenti Direzioni centrali, provvede a coordinare la proposizione di quesiti e richieste di pareri che involgono questioni interpretative di carattere generale o di particolare rilevanza, evitando l'inoltro di specifiche richieste tramite proprie strutture periferiche.

1.2 Considerato che l'efficacia dell'attività consultiva è direttamente correlata alla tempestiva acquisizione dei richiesti pareri, l'Avvocatura provvede a corrispondere con tempestività alle relative richieste, comunque nei termini imposti dai procedimenti amministrativi o, in mancanza, entro 60 giorni dalla richiesta (eventualmente anticipando il parere per posta elettronica o fax), segnalando i casi in cui ciò non sia possibile.

1.3 L'Agazia informa l'Avvocatura - nella persona del Vice Avvocato Generale delegato ai rapporti con l'Agazia - dei principali orientamenti dalla stessa assunti, in particolare in ordine all'interpretazione di normativa di prima applicazione, al fine di acquisire eventuali suggerimenti e/o pareri, particolarmente nella prospettiva dei riflessi sulla gestione del relativo contenzioso, potenziale o in atto.

1.4 L'Avvocatura, su richiesta dell'Agazia, esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle strutture centrali o periferiche interessate e, nei limiti della propria disponibilità, assicura l'assistenza nel luogo ove si svolge l'attività transattiva.

2. ASSISTENZA E RAPPRESENTANZA IN GIUDIZIO

2.1 Disposizioni generali

2.1.1 Al fine di consentire all'Avvocatura il rispetto dei termini di cui appresso, l'Agazia, attraverso le proprie strutture centrali o territoriali, provvede ad investire l'Avvocatura delle richieste di patrocinio con il più ampio margine rispetto alle scadenze, fornendo una completa e documentata relazione in fatto e in diritto, quale necessario supporto per l'efficace tutela delle ragioni dell'Agazia. In sede di richiesta verrà precisato il nominativo del funzionario incaricato dell'istruttoria, con le modalità per la sua immediata reperibilità (telefono, fax, posta elettronica); analogamente l'Avvocatura provvede a segnalare alla struttura richiedente dell'Agazia il nominativo dell'Avvocato incaricato dell'affare e le medesime modalità di immediata reperibilità (telefono, fax, posta elettronica). Ogni eventuale modifica dei predetti recapiti va tempestivamente comunicata.

2.1.2 Al fine di assicurare nel modo più sollecito ed efficace lo svolgimento delle rispettive attività istituzionali, è assicurato all'Avvocatura l'accesso ai dati relativi ai fascicoli di causa delle controversie pendenti presso le Commissioni tributarie.

2.1.3 Ove l'Avvocatura ritenga di non convenire, per singole controversie, sulle richieste avanzate dall'Agazia, provvede, se del caso previa acquisizione di elementi istruttori, a darne tempestiva e motivata comunicazione alla struttura richiedente, al fine di pervenire ad una definitiva determinazione. Le divergenze che insorgono tra l'Avvocatura e l'Agazia, circa l'instaurazione di un giudizio o la resistenza nel medesimo, sono risolte dal Direttore del-

l'Agenzia, ai sensi dell'art. 12, secondo comma, della legge 3 aprile 1979, n. 103.

2.1.4 Qualora gli atti introduttivi del giudizio o di un grado di giudizio e qualunque altro atto o documento vengano notificati all'Agenzia presso una sede dell'Avvocatura, non ancora investita della difesa, sono dalla stessa inviati senza indugio alla competente struttura dell'Agenzia, utilizzando gli strumenti in concreto più rapidi.

2.1.5 L'Avvocatura provvede a tenere informata la competente struttura dell'Agenzia dei significativi sviluppi delle controversie dalla stessa curate, assicurando, laddove l'Agenzia ne faccia motivata richiesta, il tempestivo invio degli atti difensivi propri (in formato editabile onde agevolarne l'utilizzo in casi analoghi) e delle controparti, dando comunque pronta comunicazione dell'esito del giudizio con la trasmissione di copia della decisione. Ove si tratti di pronuncia sfavorevole all'Agenzia suscettibile di gravame, l'Avvocatura formula il proprio parere in ordine all'impugnabilità della decisione, di norma contestualmente all'inoltro della stessa all'Agenzia. Le pronunce che investano questioni di carattere generale sono dall'Avvocatura segnalate alla Direzione centrale affari legali e contenzioso o alla diversa Direzione centrale eventualmente interessata.

2.1.6 Per le cause che si svolgono davanti ad autorità giudiziaria avente sede diversa da quella della competente Avvocatura, quest'ultima si avvale per le funzioni procuratorie di funzionari dell'Agenzia ai sensi dell'art. 2 del R.D. n. 1611 del 1933, salvo diversa preventiva intesa con l'Agenzia. In tal caso, l'Avvocatura trasmette l'atto di delega alla competente struttura territoriale dell'Agenzia.

2.1.7 Per le notificazioni l'Avvocatura si avvale della collaborazione dell'Agenzia nei soli casi in cui sia necessario, qualora, ad esempio, sia dubbia l'individuazione del luogo ove effettuare. In tali casi, se la notifica va eseguita nel capoluogo di regione, l'Avvocatura trasmette l'atto alla Direzione regionale competente, mentre, se la notifica va eseguita fuori del capoluogo di regione, trasmette l'atto alla Direzione provinciale o alla sua articolazione territoriale del luogo di esecuzione della notifica, sempre che nella città ove ha sede tale articolazione sia presente l'Ufficio notificazioni esecuzioni e protesti. Ai fini della notifica, l'Avvocatura fa pervenire l'atto entro tre giorni lavorativi liberi prima della scadenza del termine di impugnazione; si considera non lavorativo anche il sabato. La struttura dell'Agenzia invia tramite posta celere l'atto all'Avvocatura subito dopo la notifica.

2.1.8 A richiesta del Direttore dell'Agenzia, l'Avvocatura può assumere, ai sensi dell'art. 44 del R.D. n. 1611 del 1933, la rappresentanza e la difesa di dipendenti dell'Agenzia nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio.

2.1.9 L'Avvocatura segnala tempestivamente i casi particolari nei quali non può assumere il patrocinio potendosi configurare un conflitto di interessi con altra amministrazione.

2.2 Giudizi di lavoro e di opposizione a sanzioni amministrative

2.2.1 L'Agenzia sta in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti nelle controversie relative a rapporti di lavoro, come previsto all'art. 417-*bis*, primo comma, c.p.c., nonché nelle controversie davanti al giudice di pace il cui valore non eccede euro 516,46, come previsto all'art. 82, primo comma, c.p.c. e in quelle in materia di opposizione a sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, salvo che per queste ultime intervengano diverse intese a livello locale. L'Avvocatura assicura comunque, d'intesa con l'Agenzia, il patrocinio nelle controversie in cui vengono in rilievo questioni di massima o particolarmente rilevanti in considerazione del valore economico o dei principi di diritto in discussione.

2.2.2 Le sentenze pronunciate in grado di appello relativamente a controversie di lavoro, notificate presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato, sono da quest'ultima trasmesse contemporaneamente, oltre che all'Avvocatura generale dello Stato, alla struttura dell'Agenzia parte del giudizio di appello, unitamente agli atti essenziali di cui l'Agenzia stessa non sia in possesso.

2.3 Giudizi davanti alle Commissioni tributarie regionali

Davanti alle Commissioni tributarie regionali, anche a seguito di rinvio della Corte di cassazione, d'intesa con la competente Direzione regionale, l'Avvocatura assicura il patrocinio nelle controversie particolarmente rilevanti in considerazione del valore economico o dei principi di diritto in discussione.

2.4 Ricorsi per cassazione

2.4.1 Le richieste di ricorso per cassazione concernenti giudizi tributari vengono inviate all'Avvocatura generale, integrate di tutta la necessaria documentazione, compresi la copia degli scritti difensivi dell'Agenzia e della controparte e dei documenti prodotti in giudizio, dalla competente struttura territoriale dell'Agenzia, entro:

- a. trenta giorni dalla notifica della sentenza all'Agenzia o all'Avvocatura. In caso di notifica presso più sedi, occorre fare riferimento alla prima notifica ricevuta;
- b. quattro mesi dalla data di deposito della sentenza non notificata. Tale termine è aumentato a dieci mesi per i giudizi instaurati fino al 4 luglio 2009, data di entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha ridotto il "termine lungo" di impugnazione da un anno a sei mesi.

Ai predetti termini si aggiungono la sospensione feriale di cui all'art.1, della legge n. 742 del 1969, nonché altre eventuali sospensioni dei termini, ove applicabili.

2.4.2 L'Avvocatura dà tempestiva informazione alla Direzione regionale della avvenuta proposizione del ricorso anche attraverso l'invio dell'istanza di cui all'art. 369, terzo comma, c.p.c..

2.4.3 L'Avvocatura, nei casi in cui non condivida la richiesta di ricorso per cassazione, dà tempestiva comunicazione del proprio motivato parere negativo alla competente Direzione regionale, tramite posta elettronica o fax e se del caso dandone anticipazione telefonica ai recapiti indicati nella richiesta di ricorso. In ogni caso, tale parere è inviato alla Direzione regionale, salvo obiettive circostanze impedienti, almeno dodici giorni prima della scadenza del termine di impugnazione.

2.4.4 La Direzione regionale, qualora non condivida il parere negativo dell'Avvocatura, formula alla stessa, entro due giorni utili dalla ricezione di detto parere, le proprie osservazioni e le invia, tramite posta elettronica o fax, unitamente alla completa documentazione relativa alla richiesta di ricorso, anche alla Direzione centrale affari legali e contenzioso.

2.4.5 Qualora l'Avvocatura non condivida la reiterata richiesta di proposizione del ricorso di cui al punto precedente, comunica con la necessaria urgenza il proprio definitivo parere direttamente alla Direzione centrale affari legali e contenzioso e alla Direzione regionale competente, mediante posta elettronica o fax. Nel caso in cui la Direzione centrale non condivida il parere dell'Avvocatura, per la risoluzione della divergenza si applica il secondo periodo del punto 2.1.3.

2.4.6 In mancanza di formale e tempestiva conferma del parere negativo espresso dall'Avvocatura, quest'ultima provvede, in modo da evitare decadenze, alla proposizione del ricorso per cassazione, in attesa dell'eventuale soluzione della divergenza insorta.

2.4.7 L'Avvocatura si può avvalere della collaborazione delle strutture dell'Agencia per la richiesta di trasmissione del fascicolo d'ufficio, ai sensi dell'art. 369, terzo comma, c.p.c.. In tal caso, l'Avvocatura invia la predetta richiesta alla Direzione regionale competente ovvero, se la sentenza impugnata è stata emessa da una sezione staccata della Commissione tributaria regionale, alla Direzione provinciale del luogo in cui ha sede la stessa sezione staccata.

2.4.8 La richiesta di cui al punto precedente, dopo gli adempimenti di rito, è immediatamente restituita, tramite posta celere, all'Avvocatura.

2.4.9 Nel caso di notifica da parte del contribuente di ricorso per cassazione concernente un giudizio tributario, la Direzione provinciale invia entro venti giorni l'originale notificato del ricorso completo di relata di notifica, la relazione per il controricorso e per l'eventuale ricorso incidentale, con tutti gli atti di causa (atto impugnato, ricorso, controdeduzioni e ogni altro atto o documento depositato), all'Avvocatura generale e, per conoscenza, alla Direzione regionale. Per il computo dei termini si tiene conto della sospensione di cui al punto 2.4.1. La relazione, con i relativi allegati, è anticipata all'indirizzo di posta elettronica della sezione dell'Avvocatura competente per ciascuna Direzione regionale.

2.4.10 L'Avvocatura, qualora ritenga che non sia opportuna la proposizione del ricorso incidentale, dà tempestiva comunicazione del proprio motivato parere negativo alla competente Direzione regionale, almeno cinque giorni prima della scadenza del termine per la notifica del ricorso incidentale, tramite posta elettronica o fax e se del caso dandone anticipazione telefonica ai recapiti indicati nella richiesta.

2.4.11 Nel caso di parere negativo dell'Avvocatura si applicano, per la risoluzione della divergenza, i punti da 2.4.4 a 2.4.6.

2.4.12 Le modalità di cooperazione tra Agencia e Avvocatura in materia di ricorsi per cassazione di cui al punto 2.4.1 ed ai punti da 2.4.3 a 2.4.11 si applicano, in quanto compatibili, anche alla restante attività di assistenza e rappresentanza in giudizio. In particolare, le modalità di cooperazione di cui ai punti 2.4.3, 2.4.4 e 2.4.6 si applicano anche alle controversie di lavoro.

2.5 Recupero spese di giudizio

L'Avvocatura, in quanto distrattaria *ex art. 21 del R.D. n. 1611 del 1933*, provvede al diretto recupero nei confronti delle controparti delle spese di giudizio, poste a loro carico per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione. In caso di giudizio conclusosi con esito favorevole per l'Agencia ma con disposta compensazione, totale o parziale, delle spese di giudizio, così come in caso di transazione dopo sentenza favorevole, trova applicazione il disposto dell'art. 21, commi terzo, quarto e quinto del R.D. n. 1611 del 1933, avendo riguardo alla complessità e all'impegno processuale della controversia, sulla base delle tariffe professionali applicabili. In ogni caso, ai fini suddetti, l'Agencia invierà all'Avvocatura copia autentica della sentenza che conclude il giudizio in sede di rinvio con esito favorevole ad essa.

3. NOTIFICA DEGLI ATTI

L'Avvocatura presta la propria collaborazione all'Agencia per le notificazioni degli atti diversi da quelli processuali, ove questa non possa provvedervi direttamente.

4. COSTITUZIONE DEL FONDO

L'Agencia costituisce presso l'Avvocatura generale un congruo fondo, a titolo di anticipazione e salvo rendiconto annuale, per le spese vive da sostenere nei giudizi dei quali è parte. Le mo-

dalità per la gestione contabile del fondo sono concordate tra l'Avvocatura generale e la Direzione centrale amministrazione, pianificazione e controllo dell'Agenzia.

5. INCONTRI PERIODICI

Tra l'Avvocatura generale e la Direzione centrale affari legali e contenzioso è fissato un calendario di incontri periodici, di regola a cadenza quadrimestrale, per l'esame dell'evoluzione del contenzioso concernente le più significative e rilevanti problematiche in discussione, al fine di definire congiuntamente e uniformemente le linee di condotta delle controversie in corso e l'interesse alla prosecuzione delle stesse.

Negli incontri sono esaminate congiuntamente anche le tematiche di particolare rilevanza generale che possono avere un impatto sulla conduzione e sulla soluzione del contenzioso potenziale o in atto.

Analoghi incontri, di regola a cadenza annuale, si svolgono tra le Direzioni regionali dell'Agenzia e le Avvocature distrettuali.

Per ciascuna sede distrettuale l'Avvocatura indica un proprio avvocato con funzioni di referente.

6. DISPOSIZIONE FINALE

L'Avvocatura e l'Agenzia si impegnano a segnalare reciprocamente tutte le difficoltà operative eventualmente insorte nella gestione dei rapporti oggetto del presente protocollo, allo scopo di provvedere, nello spirito della più piena collaborazione, al superamento delle stesse ed eventualmente alla modifica delle modalità di cooperazione.

Roma, 13 maggio 2010

Dott. Attilio Befera

Avv. Ignazio Francesco Caramazza

Le Agenzie fiscali in giudizio ed il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato

*Margherita Fegatelli e Davide Borgni**

SOMMARIO: 1. L'istituzione delle Agenzie fiscali quali enti pubblici autonomi e la loro legittimazione processuale. 2. La difesa tecnica in giudizio delle Agenzie fiscali ed il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. 3. Le Convenzioni stipulate tra le Agenzie fiscali e l'Avvocatura dello Stato. 4. Analisi delle ricadute processuali derivanti dall'assunzione da parte dell'Avvocatura dello Stato del patrocinio autorizzato delle Agenzie fiscali. 4.1. L'inoperatività della regola del foro erariale. 4.2. La notificazione dell'atto introduttivo del giudizio. 4.3. La notificazione di ogni altro atto di parte e dei provvedimenti giudiziari. 4.4. La notificazione delle impugnazioni. 4.5. La costituzione di parte civile nel procedimento penale. 4.6. Le spese di lite. 5. Schema riassuntivo.

1. L'istituzione delle Agenzie fiscali quali enti pubblici autonomi e la loro legittimazione processuale

Dapprima con la L. 29 ottobre 1991, n. 358, e successivamente con il D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, si è assistito ad una profonda innovazione dell'assetto organizzativo dell'Amministrazione finanziaria (1).

In particolare, il primo dei due interventi legislativi, recante «*norme per la ristrutturazione del Ministero delle Finanze*», perseguiva l'obiettivo di realizzare un significativo decentramento amministrativo, in vista del potenziamento delle funzioni svolte dagli Uffici periferici e dei poteri loro attribuiti (2). Invero, individuando i principi ispiratori della riforma, all'art. 1, il legislatore ha prescritto che, «*al fine di assicurare il massimo grado di produttività dei servizi, la semplificazione e la trasparenza dei rapporti con i contribuenti e la armonizzazione del sistema tributario italiano con quello degli Stati ap-*

Questo studio è stato redatto ed è giunto in redazione pochi giorni prima che tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia delle Entrate si stipulasse il nuovo protocollo d'intesa.

Sulla base di questa avvertenza, resta l'utilità del brillante contributo che illustra il quadro generale della dottrina e della giurisprudenza nel quale l'accordo delle due istituzioni si muove (n.d.r.).

(*) Lo scritto è frutto delle riflessioni comuni di Margherita Fegatelli e Davide Borgni, entrambi praticanti avvocati presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino. In particolare, Margherita Fegatelli è autrice dei paragrafi 2 e 4 e Davide Borgni è autore dei paragrafi 1 e 3.

(1) Si confrontino, in proposito, F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, Giappichelli, 2009, 58-59; ID., *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, Utet, 2005, 121-123; S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2004, 108-110; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2002, 151-156.

(2) Con riferimento a tale riforma si veda S. LA ROSA, *Amministrazione finanziaria e giustizia tributaria*, Torino, Giappichelli, 2000, 8. A tal proposito, si legga anche il regolamento di attuazione della L. 29 ottobre 1991, n. 358, contenuto nel D.P.R. 27 marzo 1992, n. 287.

partenenti alla Comunità Economica Europea, il Ministero delle Finanze» sia «organizzato sulla base di criteri di unificazione e di coordinamento delle funzioni omogenee o connesse tra loro, di decentramento delle competenze e delle attribuzioni, di flessibilità delle strutture, di autonomia funzionale e di snellimento delle procedure».

Per altro verso, il secondo provvedimento normativo menzionato, recante la «*riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*», all'art. 57, ha previsto l'istituzione di quattro Agenzie fiscali, e segnatamente dell'Agenzia delle Entrate, delle Dogane, del Demanio e del Territorio, cui sono state affidate le funzioni in precedenza esercitate dai Dipartimenti delle Entrate, delle Dogane e del Territorio del Ministero delle Finanze, nonché le funzioni connesse svolte da altri Uffici ministeriali (3).

Tali Agenzie sono divenute operative a far data dall'1 gennaio 2001, come prescritto all'art. 1 del Decreto ministeriale 28 dicembre 2000, n. 1390, contenente «*disposizioni recanti le modalità di avvio delle Agenzie fiscali e l'istituzione del ruolo speciale provvisorio del personale dell'Amministrazione finanziaria a norma degli articoli 73 e 74 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*», e si articolano in molteplici Uffici a livello centrale, regionale, provinciale e locale (4).

In conseguenza della devoluzione alle Agenzie fiscali delle funzioni proprie del Ministero delle Finanze, l'art. 57 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, ha altresì trasferito loro «*i relativi rapporti giuridici, poteri e competenze che vengono esercitate secondo la disciplina dell'organizzazione interna di ciascuna Agenzia*» (5).

A tal riguardo, con esclusivo riferimento all'attuazione del sistema tributario, la Circ. 30 luglio 2001, n. 71, della Direzione centrale Normativa e Contenzioso dell'Agenzia delle Entrate (6) ha chiarito che a quest'ultima, «*ai sensi*

(3) La riforma dell'apparato organizzativo dell'Amministrazione finanziaria italiana ha, senza dubbio, risentito dell'influenza tanto del paradigma statunitense dell'*Internal Revenue Service*, rimodellato mediante l'*Internal Revenue Restructuring and Reform Act* del 22 luglio 1998, anche noto come *Taxpayer Bill of Rights III*, quanto del modello spagnolo dell'*Agencia Estatal de Administracion Tributaria*, istituita con *Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991*, successivamente modificata con *Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*.

(4) In dettaglio, l'Agenzia delle Entrate è ripartita in Direzioni centrali, Direzioni regionali, Direzioni provinciali e molteplici Uffici locali, Uffici territoriali e Sportelli; l'Agenzia delle Dogane è costituita da Direzioni centrali, Direzioni regionali ed Uffici delle Dogane; l'Agenzia del Demanio è suddivisa in strutture centrali e strutture territoriali; in ultimo, l'Agenzia del Territorio è composta da Direzioni centrali, Direzioni regionali ed Uffici provinciali.

(5) Sul punto, si vedano A. PALATIello, "Le Agenzie fiscali: natura e patrocinio", in questa *Rassegna*, 2007, IV, 1-5; M. NESSI e R. TORELLI, "Istituzione dell'Agenzia delle Entrate e problematiche di natura processuale", in *Il fisco*, 2002, 3304-3311; nonché C. BERLIRI, "Le Agenzie fiscali: conseguenze e problemi in ordine al contenzioso tributario", in *Il fisco*, 2001, 3841-3844.

dell'art. 62 del D.Lgs. n. 300/1999, sono trasferite le funzioni concernenti le entrate tributarie erariali non assegnate specificatamente ad altre Agenzie (7), con la conseguente titolarità sia delle funzioni pubbliche relative, che dei rapporti giuridici e delle obbligazioni già di appartenenza del Dipartimento delle Entrate».

Decretata l'istituzione e delimitate le funzioni delle Agenzie fiscali, tuttavia, il legislatore non ha provveduto a definire compiutamente la natura giuridica che ha inteso attribuire loro, né il rapporto in cui esse si collocano rispetto al Ministero (8). Peraltro, non consente di dissipare i dubbi, a tal proposito, l'espressa qualificazione delle Agenzie come «*strutture che [...] svolgono attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale, in atto esercitate da ministeri ed enti pubblici*», le quali «*operano al servizio delle Amministrazioni pubbliche, comprese anche quelle regionali e locali*», secondo il disposto dell'art. 8, comma 1, del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

Ciò nondimeno, la prevalente letteratura è giunta a riconoscere alle Agenzie il carattere di enti pubblici autonomi, innanzi tutto, in ragione del fatto che è loro riconosciuta personalità giuridica di diritto pubblico, come sancito all'art. 61, comma 1, del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300. In secondo luogo, si perviene a tale conclusione considerando che le Agenzie godono di ampia «*autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria*», accordata loro dall'art. 61, comma 2, dello stesso Decreto. Infine, non deve essere trascurata la circostanza che il Ministero conserva esclusivamente un potere di alta vigilanza, da esplicarsi nelle modalità disciplinate dall'art. 60 del citato Decreto, in relazione alle attribuzioni proprie delle Agenzie fiscali, le quali esercitano le funzioni pubbliche loro affidate nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e trasparenza, guidate da criteri di efficienza, economicità ed efficacia, ai sensi dell'art. 61, comma 3, del più volte richiamato Decreto (9).

Una parte minoritaria della dottrina, per converso, aveva proposto l'in-

(6) La Circolare è edita in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, II, 890-895, con nota di P. RUSSO e G. FRANSONI, "La notifica degli atti di parte e delle sentenze a seguito dell'istituzione delle Agenzie fiscali", *ivi*, 895-903; nonché con commento di C. GLENDI, "Legittimazione (attiva e passiva) e difesa in giudizio delle Agenzie fiscali", in *Corr. Trib.*, 2001, 2958-2969.

(7) L'Agenzia delle Entrate, invero, amministra tutti i tributi statali, con le sole eccezioni dei tributi doganali e delle accise, i quali rientrano nella competenza dell'Agenzia delle Dogane, nonché dell'imposta ipotecaria, delle tasse ipotecarie e dei tributi speciali catastali, gestiti dall'Agenzia del Territorio.

(8) Una generica qualificazione delle «*Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*» come Amministrazioni pubbliche, peraltro, si rinviene all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante «*norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*».

(9) Ad eccezione dell'Agenzia del Demanio, la quale è espressamente qualificata «*ente pubblico economico*» dall'art. 61, comma 1, del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. f, del D.Lgs. 3 luglio 2003, n. 173, alle Agenzie fiscali è riconosciuta la natura di ente

quadramento delle Agenzie entro l'ambito delle Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo (10), quali i cosiddetti enti-organo. Ciò nonostante, tale tesi appare, a tutt'oggi, destituita di fondamento, in ragione del fatto che l'esistenza di un rapporto organico tra l'Amministrazione finanziaria statale e le Agenzie, tale da imputare all'una le attività compiute dalle altre, è stata definitivamente esclusa finanche dalle Sezioni Unite del Supremo Collegio con la pronuncia n. 3116 del 14 febbraio 2006 (11).

Invero, mediante tale arresto il Giudice di legittimità ha sancito, in linea con quanto affermato dalla Consulta nelle sentenze n. 72 e 73 dell'11 febbraio 2005 (12), che le Agenzie fiscali, dotate di autonomia regolamentare, amministrativa, contabile e finanziaria, costituiscono «*un'organizzazione creata dallo Stato per l'esercizio di proprie funzioni e potestà*», nel rispetto del principio di concentrazione contenuto nell'art. 12, comma 1, lettera g), della Legge di delegazione 15 marzo 1997, n. 59. Il Supremo Collegio ha riconosciuto, nondimeno, che il trasferimento di rapporti giuridici, poteri e competenze già spettanti al Ministero, disposto dall'art. 57 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, mal si concilierebbe con la sussistenza di un rapporto organico tra l'Amministrazione statale e le Agenzie fiscali.

Per giunta, emerge con evidenza come il legislatore, attribuendo personalità giuridica di diritto pubblico alle Agenzie, nonché recidendo ogni rap-

pubblico non economico, distinto ed autonomo dalla struttura ministeriale. In tal senso, si vedano P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio. Enti pubblici ed Avvocatura dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2002, 334-335; N. A. BRUNO, "La legittimazione ad agire e la rappresentanza in giudizio delle Agenzie fiscali", in *Rass. Trib.*, 2002, 1520; P. RUSSO e G. FRANSONI, *op. cit.*, 896-897. Si leggano, sul punto, anche G. TINELLI "Le SS.UU. risolvono l'enigma sulla legittimazione processuale dell'Agenzia delle entrate", in *Corr. Trib.*, 2003, 1980-1981; S. MULEO, "L'attivazione delle agenzie fiscali ed i connessi profili in tema di legittimazione ad agire e processuale", in *Rass. Trib.*, 2001, 377-382; S. BUTTUS, "L'istituzione delle agenzie fiscali: profili e problematiche di natura tributaria", in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, I, 871-881; nonché C. BERLIRI, *op. cit.*, 3841-3844.

(10) Un tentativo di inquadramento delle Agenzie quali Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, con la valutazione delle eventuali ricadute, è stato prospettato da S. MULEO, *op. cit.*, 388-398. Nello stesso senso, si confronti la relazione per il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato del settembre del 2000, pubblicata in questa *Rassegna*, 2007, IV, 5-11.

(11) Si vedano anche, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. unite, 29 ottobre 2007, n. 22642; Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2007, n. 15617; Cass. civ., sez. trib., 30 marzo 2007, n. 7882; Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2006, n. 23005; Cass. civ., sez. trib., 12 agosto 2004, n. 15643; nonché Cass. civ., sez. unite, 29 aprile 2003, n. 6633.

(12) La Corte Costituzionale, in effetti, con la sentenza n. 72 dell'11 febbraio 2005, pur sancendo la «*riconciliabilità alla sfera di competenza statale*» delle «*funzioni statali concernenti "le entrate tributarie erariali" prima attribuite al Dipartimento delle entrate del Ministero delle finanze ed agli uffici connessi e, in particolare*», della «*cura del fondamentale interesse statale al perseguimento del "massimo livello di adempimento degli obblighi fiscali"*», tuttavia, a ben vedere, ha espressamente limitato l'esigenza «*di imputare al sistema ordinamentale statale gli atti emessi nell'esercizio delle medesime funzioni*», «*ai soli fini del conflitto costituzionale di attribuzione tra Regione e Stato*». Nello stesso senso, si confrontino Cort. Cost. 1 febbraio 2006, n. 31, nonché Cort. Cost. 11 febbraio 2005, n. 73.

porto strutturale tra le stesse e l'Amministrazione finanziaria, abbia inteso frapporre una netta linea di demarcazione tra le funzioni di indirizzo e controllo, riservate al Ministero dell'Economia e delle Finanze quale declinazione dello Stato-persona (13), e le funzioni operative di gestione ed amministrazione dei tributi, affidate alle Agenzie (14).

Un'immediata ricaduta dell'attribuzione alle Agenzie fiscali della descritta autonomia consiste nel fatto che viene loro riconosciuta legittimazione processuale, attiva e passiva, nelle controversie concernenti i rapporti giuridici ad esse riferibili (15).

La *legitimatio ad causam* (16) in capo alle Agenzie, d'altronde, discende direttamente dal trasferimento alle stesse della titolarità dei rapporti giuridici in precedenza facenti capo al Ministero. Del resto, con esclusivo riferimento al processo fiscale, gli artt. 62 e 63 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, hanno sancito *expressis verbis* la competenza rispettivamente dell'Agenzia delle Entrate e dell'Agenzia delle Dogane in ordine al contenzioso relativo ai tributi amministrati.

A tal riguardo, si ritiene, peraltro, che in relazione alle liti pendenti al mo-

(13) L'art. 56 del D.Lgs. n. 30 luglio 1999, n. 300, attribuisce al Ministero dell'Economia e delle Finanze le seguenti funzioni: «a) analisi, indagini e studi sulle politiche fiscali e sulla loro attuazione, ai fini della valutazione del sistema tributario e delle scelte di settore in sede nazionale, comunitaria e internazionale; b) predisposizione dei relativi atti normativi, di programmazione e di indirizzo e cura dei rapporti interni ed internazionali per il conseguimento degli obiettivi fissati; c) indirizzo, vigilanza e controllo sui risultati di gestione delle Agenzie fiscali, nel rispetto dell'autonomia gestionale ad esse attribuita; esercizio dei poteri di coordinamento e vigilanza attribuiti dalla legge su altri enti o organi che comunque esercitano funzioni in settori della fiscalità di competenza dello Stato; d) coordinamento, secondo le modalità previste dal presente decreto e salva la possibilità di definire autonomamente forme di diretta collaborazione tra loro, delle attività e dei rapporti tra le agenzie fiscali e con gli altri enti e organi di cui alla lettera c); e) coordinamento, monitoraggio e controllo, anche attraverso apposite strutture per l'attuazione di strategie di integrazione tra i sistemi del Ministero, delle Agenzie e della Guardia di finanza, del sistema informativo della fiscalità e della rete unitaria di settore; f) comunicazione istituzionale con i contribuenti e con l'opinione pubblica per favorire la corretta applicazione della legislazione tributaria; g) amministrazione del personale e delle risorse necessarie allo svolgimento dei compiti del Ministero e all'attività giurisdizionale delle Commissioni tributarie». Sul punto, si veda C. BERLIRI, *op. cit.*, 3841-3844.

(14) In proposito, si confrontino Cons. Stat., sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789; nonché T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, 28 ottobre 2005, n. 17844.

(15) Si veda, sul punto, S. MULEO, *op. cit.*, 379.

(16) La condizione processuale della *legitimatio ad causam* trova una specifica disciplina all'art. 81 c.p.c., ove è affermato che «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui». Come hanno avuto modo di chiarire la più accorta dottrina e la migliore giurisprudenza, tale disposizione non sancisce la piena riconducibilità della legittimazione ad agire alla titolarità del diritto sostanziale che si intende far valere in giudizio, bensì impone che si possano «far valere soltanto quei diritti che si affermano come diritti propri e la cui titolarità passiva si afferma in capo a colui contro il quale si propone la domanda», come si legge in C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, Giappichelli, 2004, 54. Sul punto, si confrontino Cass. civ., sez. II, 6 marzo 2008, n. 6132; Cass. civ., sez. II, 5 novembre 2001, n. 13631; nonché Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2000, n. 15080.

mento dell'istituzione delle Agenzie, l'assunzione da parte di queste ultime delle funzioni in precedenza esercitate dal Ministero abbia determinato una vera e propria successione a titolo particolare tra enti, disciplinata dall'art. 111 c.p.c. (17), il quale può trovare applicazione anche nel processo tributario, a mente del rinvio alle previsioni del codice di rito di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Ad ogni buon conto, in capo alle Agenzie deve essere riconosciuta, altresì, la sussistenza della *legitimatatio ad processum* (18), ovvero della capacità di stare in giudizio, compiere e ricevere gli atti processuali, in considerazione del fatto che l'art. 68 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, attribuisce la rappresentanza delle Agenzie fiscali al relativo Direttore. Il potere procuratorio di cui gode quest'ultimo, infatti, ricomprende anche la capacità di stare in giudizio per conto dell'Agenzia, in tal modo escludendo che l'ente possa essere rappresentato *apud iudicem* dal Ministro, quale soggetto apicale dell'Amministrazione delle Finanze.

Un corollario del riconoscimento alle Agenzie fiscali di un'autonoma legittimazione processuale consiste nell'inammissibilità di ogni domanda avente ad oggetto rapporti giuridici devoluti a tali enti, qualora rivolta nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, successivamente all'entrata in funzione delle Agenzie (19).

In ultimo, si consideri che, siccome il potere autoritativo riservato al-

(17) Appare, invero, smentita la tesi che avrebbe ricondotto tale fattispecie alla previsione di cui all'art. 110 c.p.c., dal momento che, come chiarito in Cass. civ., sez. unite, 29 aprile 2003, n. 6633, «il Ministero delle Finanze, pur essendo confluito nel Ministero dell'Economia e delle Finanze, rimane in vita e mantiene funzioni anche in materia di entrate (art. 56 d.lgs. n. 300 del 1999, cit.), mentre l'Agenzia delle Entrate è destinataria di un "trasferimento" di rapporti e di attribuzioni, vale a dire di una vicenda traslativa di posizioni attive e passive specificamente determinate (ancorché con ampio riferimento alla suddetta materia), ma non subentra nella universalità dei rapporti facenti capo ad un soggetto non più esistente». Nello stesso senso, Cass. civ., sez. unite, 5 maggio 2003, n. 6774. Si vedano, in proposito, U. PERRUCCI, "La successione delle Agenzie fiscali al Ministero", in *Boll. Trib.*, 2003, 985-986; G. TINELLI, *op. cit.*, 1980-1981; M. NESSI e R. TORELLI, *op. cit.*, 3304-3311; C. BERLIRI, *op. cit.*, 3841; G. FRANSONI e P. RUSSO, *op. cit.*, 895-903; e C. GLENDI, *op. cit.*, 2967-2968.

(18) La condizione processuale della *legitimatatio ad processum* è disciplinata all'art. 75 c.p.c., il quale sancisce che «sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere. Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità. Le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto. Le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli artt. 36 e seguenti del codice civile».

(19) In questo senso, si vedano Trib. Belluno, 22 ottobre 2002, in *Giur. Merito*, 2003, 777; nonché T.A.R. per il Veneto, sez. I, 2 maggio 2001, n. 1095, che ha dichiarato inammissibile il ricorso giurisdizionale, «in quanto il provvedimento impugnato» era «stato emesso dall'Agenzia delle Entrate – Ufficio di Verona Due, ossia da un soggetto diverso da quello – il Ministero delle Finanze – che è stato materialmente evocato in giudizio e che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 61 del D.L.vo 30 luglio 1999 n. 300, ha personalità giuridica e legittimazione processuale distinte rispetto a quelle proprie del Ministero delle Finanze medesimo».

l'Agenzia viene esercitato dalle sue singole articolazioni periferiche, nel rito tributario la capacità di stare in giudizio viene riconosciuta agli Uffici locali.

Invero, anche il riferimento operato dall'art. 10 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, all'«Ufficio del Ministero delle Finanze», quale parte resistente nel giudizio tributario, deve essere correttamente inteso come rivolto nei confronti dell'Ufficio dell'Agenzia fiscale che ha adottato l'atto impugnato o non ha emanato l'atto richiesto. Tale assunto trova conferma nel disposto dell'art. 20, comma 1, del D.P.R. 26 marzo 2001, n. 107, ai sensi del quale «*tutti i riferimenti ad uffici ed organi del Segretariato generale, della Direzione generale degli affari generali e del personale e dei Dipartimenti contenuti in norme legislative e regolamentari si intendono effettuati nei confronti rispettivamente degli uffici ed organi del dipartimento e in base ai propri regolamenti di amministrazione delle competenti Agenzie*»(20).

Pertanto, legittimato passivo dinanzi alle Commissioni tributarie, provinciali e regionali, è l'Ufficio periferico che esercita il potere impositivo, rappresentato dal Direttore avente funzioni dirigenziali, che per la gestione e per l'adempimento dei compiti demandatigli può delegare i suoi diretti collaboratori (21).

In tal senso, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione (22), le quali, proprio in considerazione della natura impugnatoria del processo tributario, hanno riconosciuto la legittimazione processuale agli Uffici periferici delle Agenzie anche davanti alla Corte di cassazione, modificando l'orientamento fino a quel momento prevalente (23) il quale limitava ai giudizi avanti alle Commissioni tributarie l'ambito applicativo della disci-

(20) A tal riguardo, si vedano S. MULEO, *op. cit.*, 381; C. BERLIRI, *op. cit.*, 3841-3844; R. LUNELLI e A. MISSONI, «La riforma dell'Amministrazione finanziaria secondo il modello per Agenzie: riflessi sui rapporti processuali con i contribuenti», in *Il fisco*, 2001, 7694-7698; nonché, N. A. BRUNO, *op. cit.*, 1525.

(21) Così, Cass. civ., sez. trib., 8 febbraio 2008, n. 3058; nonché Comm. trib. reg. dell'Emilia Romagna, sez. IV, 12 luglio 2005, n. 79, in *Giur. Merito*, 2005, 2239. In questo senso, si confronti la Circ. 30 luglio 2001, n. 71, dell'Agenzia delle Entrate, ove si legge che «*la qualità di parte nel giudizio in materia tributaria compete all'Ufficio locale dell'Agenzia, con titolarità a ricevere le notifiche di ogni atto processuale e, in particolare, [...] dei ricorsi avanti la Corte di cassazione, tranne i casi in cui sia già intervenuta, l'assunzione della difesa da parte [...] dell'Avvocatura dello Stato*».

(22) In tal senso, si guardino Cass. civ., sez. unite, 29 ottobre 2007, n. 22641; Cass. civ., sez. unite, 14 febbraio 2006, n. 3116, con nota di L. ROSA, «Svolta nelle Sezioni Unite: valida la notifica della sentenza di appello e del ricorso in Cassazione sia presso l'Agenzia delle entrate centrale che periferica», in *Boll. Trib.*, 2006, 873-876; Cass. civ., sez. trib., 25 ottobre 2006, n. 22889; nonché Cass. civ., sez. trib., 10 marzo 2008, n. 6338, in cui è stato specificato che «*in tema di contenzioso tributario, la legittimazione processuale degli Uffici locali dell'Agenzia delle entrate trova fondamento nella norma statutaria (art. 5, comma 1, del Regolamento di amministrazione delle Agenzie) adottata ai sensi dell'art. 66 d.lg. n. 300 del 1999*».

(23) Si vedano, ad esempio, Cass. Civ., sez. trib., 12 agosto 2004, n. 15674; Cass. Civ., sez. trib., 21 giugno 2004, n. 11551; nonché Cass. Civ., sez. trib., 15 novembre 2002, n. 16122, con nota di P. CENTORE, «Notifica del ricorso per Cassazione agli uffici periferici dell'Agenzia delle entrate e sanatoria del vizio», in *GT*, 2003, 773-776.

plina speciale prevista agli artt. 10 e 11 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, attributivi della legittimazione processuale agli Uffici locali delle Agenzie fiscali (24).

Analogamente, un più recente orientamento giurisprudenziale tende ad attribuire agli Uffici periferici delle Agenzie fiscali la capacità di stare in giudizio in via concorrente rispetto all'Ufficio centrale, anche nelle controversie pendenti dinanzi alle altre giurisdizioni (25).

La giurisprudenza, in proposito, pur non essendo sempre stata concorde nel riconoscere legittimazione processuale agli Uffici periferici delle Agenzie, ha da ultimo aderito alla tesi secondo la quale, sebbene difettino di personalità giuridica autonoma, le articolazioni periferiche delle Agenzie godono della capacità di stare in giudizio in modo concorrente ed alternativo rispetto al relativo Ufficio centrale, affermando che parte necessaria del giudizio debba, in ogni caso, essere l'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato, o non ha emesso l'atto richiesto (26).

In particolare, la Suprema Corte ha stabilito al riguardo che *«l'attribuzione agli Uffici periferici dell'Agenzia della capacità di stare in giudizio spettante in base al D.Lgs. n. 546 del 1992, artt. 10 e 11, agli Uffici finanziari che avevano emesso l'atto, comporta il conferimento ai medesimi Uffici periferici della capacità di stare in giudizio, in via concorrente ed alternativa al Direttore, secondo un modello simile alla preposizione institoria disciplinata dagli artt. 2203 e 2204 c.c. configurandosi detti Uffici, quali organi dell'Agenzia che, al pari del Direttore, ne hanno la rappresentanza ai sensi e agli effetti dell'art. 163 c.p.c., comma 2, n. 2, e degli artt. 144 e 145 c.p.c.»* (27).

Peraltro, il Supremo Collegio è giunto ad attribuire portata generale a tale ricostruzione del rapporto tra Agenzia ed Ufficio periferico, ricondotta entro l'alveo della procura institoria, disciplinata agli artt. 2203 e 2204 c.c., con conseguente imputabilità all'ente preponente dell'attività posta in essere da ogni

(24) Il riconoscimento della legittimazione processuale in capo agli Uffici locali ha trovato un'ultima recente conferma nella previsione dell'art. 3, comma 1, lett. c, del D.L. 25 marzo 2010, n. 40, allo stato non ancora convertito in legge, che ha abrogato l'art. 52, comma 2, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, a mente del quale *«gli Uffici periferici del Dipartimento delle entrate devono essere previamente autorizzati alla proposizione dell'appello principale dal responsabile del servizio del contenzioso della competente Direzione regionale delle entrate; gli Uffici del territorio devono essere previamente autorizzati alla proposizione dell'appello principale dal responsabile del servizio del contenzioso della competente direzione compartimentale del territorio»*. Il legislatore ha, in tal modo, riconosciuto agli uffici territoriali delle Agenzie fiscali un'autonomia legittimazione anche ai fini della proposizione dell'appello.

(25) Si vedano, a tal proposito, Cass. civ., sez. III, 9 aprile 2009, n. 8703; Cass. civ., sez. trib., 8 febbraio 2008, n. 3058; Cort. Cont., sez. giur. per la Regione Liguria, 1 giugno 2007, n. 463.

(26) Nel recente passato, non sono mancate pronunce di segno opposto, quali T.A.R. per il Lazio, sede di Latina, 6 novembre 2006, n. 1541; Cass. civ., sez. trib., 30 gennaio 2006, n. 1973; Cass. civ., sez. trib., 3 settembre 2004, n. 17844; Cass. civ., sez. trib., 21 giugno 2004, n. 11551.

(27) Così, testualmente, Cass. civ., sez. III, 9 aprile 2009, n. 8703. Si confronti Cass. civ., sez. unite, 14 febbraio 2006, n. 3116.

sua articolazione, rimarcando che essa «*impone di riconoscere, secondo le regole stabilite in via generale dal codice di procedura civile, all'Ufficio periferico la legittimazione processuale attiva e passiva, concorrente con quella dell'ente anche nel processo innanzi al giudice ordinario, per i rapporti sorti dagli atti compiuti da detto periferico*» (28).

Infine, la soluzione delineata è stata, altresì, accolta nella giurisprudenza della Corte dei conti, apparendo, per utilizzare le stesse parole del Giudice contabile, «*quella che meglio garantisce l'effettività del contraddittorio processuale anche nei confronti dell'Amministrazione, con possibilità per la stessa di una più efficace difesa*» (29).

2. La difesa tecnica in giudizio delle Agenzie fiscali ed il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato

Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, innanzi tutto, può assumere le due differenti forme del patrocinio obbligatorio, ove l'attività di rappresentanza in giudizio sia resa in favore delle «*Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo*», secondo il disposto dell'art. 1 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, e del patrocinio autorizzato, qualora l'attività defensionale sia svolta nei confronti di altre Amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti alla tutela od alla mera vigilanza dello Stato, i quali godano della facoltà, riconosciuta da una legge o da un regolamento (30), di giovare del patrocinio dell'Avvocatura erariale e si siano avvalsi di tale possibilità mediante la stipulazione di un accordo con l'Organo legale (31).

Si consideri, nondimeno, che mediante l'art. 11 della L. 3 aprile 1979, n. 103, il legislatore aveva inteso eliminare ogni ipotesi, all'epoca esistente, di

(28) Nuovamente, Cass. civ., sez. III, 9 aprile 2009, n. 8703.

(29) Si veda, *ex multis*, Cort. Cont., sez. giur. per la Regione Liguria, 1 giugno 2007, n. 463.

(30) Tali provvedimenti, in forza dell'art. 43, comma 2, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, «*debbono essere promossi di concerto coi Ministri per la Grazia e Giustizia e per le Finanze*».

(31) Si confrontino U. PERUCCI, "Facoltativa, autorizzata o istituzionale la difesa pubblica delle Agenzie fiscali", in *Boll. Trib.*, 2006, 476-477; nonché L. MAZZELLA, "Il patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato", in questa *Rassegna*, 1999, II, 98-99. Si vedano, inoltre, *ex plurimis*, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. III, 6 maggio 2009, n. 4640, in merito alla rappresentanza e difesa in giudizio delle Autorità portuali, con nota di M. V. LUMETTI e A. MEZZOTERO, "Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato. Il caso delle Autorità portuali in alcune recenti contrastanti decisioni del Giudice amministrativo", in questa *Rassegna*, 2009, II, 1-68; nonché, Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 2008, n. 20582 e Cass. civ., sez. unite, 10 maggio 2006, n. 10700, con riferimento alle Università degli Studi, le quali, in forza della L. 9 maggio 1989, n. 168, sono divenute enti pubblici autonomi, con la conseguente inapplicabilità nei loro confronti del regime del patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, essendo, per contro, espressamente previsto all'art. 56 del R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, che esse godano di una forma di patrocinio autorizzato.

patrocinio facoltativo. La novella del 1979, infatti, perseguiva l'obiettivo di creare un'unica forma di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato esclusivo ed organico, negando la possibilità all'ente di esprimere una valutazione discrezionale, con riferimento ad ogni singola controversia, in ordine all'opportunità di ricorrere alla difesa erariale (32).

Ad ogni buon conto, all'atto dell'istituzione delle Agenzie fiscali è stato accordato in favore di queste ultime un regime di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a carattere non obbligatorio. Invero, nel disciplinare la rappresentanza in giudizio delle Agenzie, l'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, ha previsto che esse possano «*avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni*» (33).

L'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, in particolare, nel testo riformato dall'art. 11 della L. 3 aprile 1979, n. 103, sancisce che l'Avvocatura dello Stato possa «*assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le Autorità giudiziarie, i Collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali, di Amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto. [...] Qualora sia intervenuta l'autorizzazione, di cui al primo comma, la rappresentanza e la difesa nei giudizi indicati nello stesso comma sono assunte dalla Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le Regioni*».

A ben vedere, tanto il tenore letterale dell'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, che fa ricorso al verbo "potere", quanto l'espreso richiamo, ivi contenuto, all'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, costituiscono indubbi indici del fatto che il legislatore abbia inteso attribuire alle Agenzie la mera facoltà di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura erariale (34).

Tuttavia, la forma di patrocinio delineata in favore delle Agenzie fiscali dev'essere qualificata come ipotesi di patrocinio autorizzato, apparendo destituita di fondamento, a seguito dell'entrata in vigore della L. 3 aprile 1979, n. 103, la tradizionale distinzione che contrapponeva patrocinio obbligatorio e patrocinio facoltativo e dovendosi più opportunamente discorrere, con rife-

(32) Si veda, sul punto, P. PAVONE, *op. cit.*, 244-252.

(33) Alla stessa stregua, all'art. 20, comma 3, del D.P.R. 26 marzo 2001, n. 107, si legge che «*alle Agenzie si applica, in materia di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il dettato dell'articolo 43, del Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611*».

(34) In questo senso, il Supremo Collegio ha affermato che le Agenzie godono della mera facoltà di avvalersi del patrocinio erariale, in particolare, con le pronunce, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2007, n. 15617; Cass. civ., sez. trib., 21 giugno 2004, n. 11551; nonché Cass. civ., sez. trib., 15 novembre 2002, n. 16122.

rimento a questa seconda ipotesi, di patrocinio autorizzato (35).

D'altronde, attesa la natura delle Agenzie fiscali quali enti pubblici autonomi, non avrebbe potuto essere loro correttamente riferita la disciplina del patrocinio obbligatorio, contenuta nell'art. 1 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, il quale prescrive che spettino all'Avvocatura dello Stato «*la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo*» (36).

Desti particolare interesse, per contro, la circostanza che l'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, richiami *apertis verbis* l'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, relativo alle «*Amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato*», e non già gli artt. 1 e 11 dello stesso Decreto, in tal modo confermando, *a fortiori*, la qualificazione delle Agenzie fiscali come enti pubblici autonomi e non quali Amministrazioni statali ad ordinamento autonomo (37).

Occorre, inoltre, rimarcare il fatto che anche il patrocinio di cui all'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, a seguito della novella del 1979, assuma carattere «*organico ed esclusivo*», una volta intervenute, da un lato, la norma di autorizzazione per l'ente non appartenente all'Amministrazione dello Stato, nella specie l'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, dall'altro, l'espressa regolamentazione dei rapporti tra l'Organo legale e l'ente medesimo, quali le convenzioni stipulate tra le Agenzie fiscali e l'Avvocatura dello Stato.

Pertanto, dal momento in cui l'Avvocatura erariale assume il patrocinio delle Agenzie, non occorrono ulteriori investiture per le singole controversie, divenendo necessario, all'opposto, il ricorso a particolari formalità al fine dell'esclusione di tale rappresentanza e dell'affidamento della difesa a professionisti del libero foro (38).

(35) Nello stesso senso, M. V. LUMETTI e A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 36-43. Non appaiono, pertanto, condivisibili alcuni recenti arresti giurisprudenziali, quali Cass. civ., sez. trib., 8 febbraio 2008, n. 3058, e Cass. civ., sez. trib., 26 novembre 2007, n. 24547, con i quali la Suprema Corte ha qualificato il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei confronti delle Agenzie fiscali come facoltativo. Si confronti, inoltre, P. RUSSO e G. FRANSONI, *op. cit.*, 900.

(36) Si deve precisare, al riguardo, che la non applicabilità del regime del patrocinio obbligatorio di cui all'art. 1 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, non deriva da alcuna deroga in tal senso, non ricadendo le Agenzie fiscali tra le Amministrazioni dello Stato assistite obbligatoriamente in giudizio dall'Avvocatura erariale, come invece sostenuto da N. A. BRUNO, *op. cit.*, 1526. Si confronti, Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2006, n. 23005, ove è stato espressamente sancito che, «*non facendo parte l'Agenzia [del Demanio] dell'Amministrazione dello Stato, il suo patrocinio da parte dell'Avvocatura erariale ha, coeivamente, carattere facoltativo*»; nonché Cass. civ., sez. trib., 13 maggio 2003, n. 7344.

(37) In questo senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. trib., 13 settembre 2004, n. 18394. Sotto altro profilo, per A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 195, la circostanza che l'Avvocatura dello Stato possa assumerne la difesa vale a qualificare un ente come "pubblico".

(38) A tal riguardo, si confrontino P. RUSSO e G. FRANSONI, *op. cit.*, 901; nonché M. V. LUMETTI e A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 16. In questo senso, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. III, 16 novembre 2006, n. 12512; Cons. Stat., sez. IV, 28 dicembre 2000, n. 6997; Cass. civ., sez. unite, 21 luglio 1999, n. 484; nonché Cass. civ., sez. unite, 16 ottobre 1989, n. 4145.

Come evidenziato dalla giurisprudenza, infatti, l'enunciazione normativa di cui all'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, e le norme successive di carattere autorizzatorio che completano il meccanismo dell'avvalimento, in via organica ed esclusiva, del patrocinio dell'Avvocatura, «*contengono [...], al contempo, una facoltà aggiuntiva che consente all'ente di avvalersi, senza impegno di risorse economiche, di una difesa qualificata, ed una limitazione pubblicista della capacità negoziale che invece interdice, all'ente stesso, il conferimento di mandati ad litem aggiuntivi rispetto a quello, ope legis, assicurato dall'Avvocatura dello Stato*» (39).

Il carattere esclusivo della difesa dell'Avvocatura non rimane, pertanto, privo di effetti sulla sorte di un'eventuale procura *ad litem* che conferisse l'incarico difensivo ad un professionista del libero foro, anche in funzione di mero affiancamento alla difesa erariale, qualora non sussista un'ipotesi di conflitto di interessi con lo Stato, o con le Regioni difese dall'Avvocatura, ovvero non si versi in altro caso speciale (40). In particolare, ne deriverebbero ricadute invalidanti da qualificarsi in termini di nullità, con conseguente difetto del *ius postulandi*, in modo del tutto analogo a quanto accade con riferimento all'ipotesi dell'immotivata o irregolare rinuncia al patrocinio obbligatorio (41).

Per altro verso, in linea con la scelta di attribuire alle Agenzie fiscali il patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato, si colloca la disciplina che regola eventuali ipotesi di conflitto, espressamente contemplate dall'art. 43, comma 3, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, tra Amministrazioni statali ed enti pubblici che godano del patrocinio dell'Organo legale. Invero, nelle circostanze di conflitto degli interessi rappresentati dalle diverse parti pubbliche, l'Avvocatura è chiamata a mantenere la difesa dell'Amministrazione cui è riferito il patrocinio obbligatorio, mentre gli enti che si avvalgono, previa autorizzazione, della difesa tecnica erariale debbono essere rappresentati e difesi da avvocati del libero foro.

In effetti, la circostanza che alle Agenzie sia concessa la facoltà di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato e che la forma di patrocinio loro attribuita permetta alle medesime di essere rappresentate in giudizio da professionisti privati consente di risolvere eventuali problemi di coordinamento che vengano a crearsi qualora l'Avvocatura non possa sostenere in giudizio le posizioni confliggenti dei due enti.

(39) Così, testualmente, T.A.R. per la Calabria, sede di Reggio Calabria, sez. I, 25 marzo 2009, n. 190.

(40) A tal fine occorre, però, una motivata deliberazione dell'ente in ordine alla specialità del caso e la conseguente sottoposizione della delibera al relativo organo di vigilanza, ai sensi di quanto previsto dall'art. 43, comma 4, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611. Si vedano, sul punto, M. V. LUMETTI e A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 20-23.

(41) In questo senso, Cass. civ., sez. unite, 16 ottobre 1989, n. 4145; nonché Cass. civ., sez. unite, 5 luglio 1983, n. 4512. Più diffusamente, sul punto, si legga P. PAVONE, *op. cit.*, 252-253.

Rispetto alla descritta disciplina di carattere generale il contenzioso tributario prevede, dal canto suo, un'apposita deroga regolata dal combinato disposto degli artt. 10, 11, comma 2, e 12, commi 1 e 4, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Nel processo tributario, infatti, lo *ius postulandi* spetta al Direttore con funzioni dirigenziali, ovvero ai funzionari a tal uopo delegati, degli Uffici locali dotati di legittimazione processuale. Invero, dal momento che l'art. 12, comma 1, dispone che «*le parti, diverse dall'Ufficio del Ministero delle finanze o dell'ente locale nei cui confronti è stato proposto il ricorso, devono essere assistite in giudizio da un difensore abilitato*», emerge con evidenza che per le Agenzie fiscali, subentrate agli Uffici del Ministero delle Finanze (42), non occorra il patrocinio di un difensore abilitato (43).

Nello stesso senso, l'art. 37, comma 4, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, dispone che gli Uffici periferici esercitino «*l'attività di rappresentanza e difesa dell'Amministrazione nelle controversie dinanzi alle Commissioni tributarie e*» coordinino «*con gli Uffici competenti dell'Avvocatura dello Stato le iniziative dirette a facilitare l'assistenza consultiva e il patrocinio in giudizio da parte della stessa*».

Inoltre, l'art. 12, comma 4, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, sancisce che «*l'Ufficio del Ministero delle finanze, nel giudizio di secondo grado*», possa «*essere assistito dall'Avvocatura dello Stato*» (44). In proposito, dottrina e giurisprudenza maggioritarie hanno ritenuto che la difesa erariale abbia la facoltà di assumere la rappresentanza e la difesa in giudizio delle Agenzie fiscali soltanto, in via eventuale, dinanzi alle Commissioni tributarie regionali (45). La lettura offerta condurrebbe, dunque, ad escludere la presenza dell'Avvocatura nel giudizio dinanzi alle Commissioni tributarie provinciali (46).

Sul punto, tuttavia, anche alla luce del dato letterale, il quale si riferisce unicamente all'attività del *consulere* svolta d'Avvocatura in grado d'appello, è prospettabile una differente interpretazione della disposizione dell'art. 12, comma 4, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, secondo la quale l'Avvocatura dello Stato possa essere chiamata a svolgere davanti alle Commissioni tributarie

(42) Anche in questo caso, in virtù dell'art. 20, comma 1, del D.P.R. 26 marzo 2001, n. 107, tale disposizione va intesa con riferimento agli Uffici delle Agenzie fiscali cui sono state trasferite le funzioni precedentemente assegnate agli Uffici del Ministero delle Finanze.

(43) Si vedano, in materia, C. BERLIRI, *op. cit.*, 3841-3844; nonché, B. LO GIUDICE, "Agenzia delle Entrate. Notifica delle sentenze di secondo grado e legittimazione processuale nel giudizio per cassazione", in *Il fisco*, 2001, 11768-11771.

(44) Anche con riguardo a tale disposizione, la locuzione «*l'Ufficio del Ministero delle Finanze*», successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, è da intendersi riferita all'Ufficio dell'Agenzia fiscale.

(45) Si confronti, sul punto, F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 59-60.

(46) In questo senso, M. NESSI e R. TORELLI, *op. cit.*, 3304-3311; nonché, R. LUNELLI e A. MISSONI *op. cit.*, 7694-7698. In giurisprudenza, si vedano Cass. civ., sez. trib., 6 settembre 2004, n. 17936; Cass. civ., sez. trib., 3 aprile 2001, n. 488; Cass. civ., sez. I, 6 febbraio 2001, n. 1674.

regionali solamente un'attività di mera assistenza nei confronti delle Agenzie, senza assumerne il patrocinio. Farebbero propendere per tale soluzione, d'altronde, anche i protocolli d'intesa sottoscritti dalle stesse Agenzie e dall'Organo legale, nei quali si legge che «*avanti alle Commissioni tributarie regionali, anche a seguito di rinvio della Corte di Cassazione, l'Avvocatura presta, d'intesa con la competente Direzione regionale, alle strutture dell'Agenzia l'assistenza nelle controversie particolarmente rilevanti in considerazione dell'ammontare della pretesa fiscale e/o del principio di diritto in discussione*» (47).

Nel giudizio fiscale di ultima istanza, invece, il patrocinio delle Agenzie va soggetto alle regole ordinarie, così come previsto dall'art. 62, comma 2, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, con la possibilità per le Agenzie di essere rappresentate in giudizio dall'Avvocatura dello Stato (48), anche in ragione del fatto che l'ultimo grado del rito tributario dinanzi alla Suprema Corte presenta natura di giudizio ordinario (49).

Interrogandosi, poi, circa le ragioni che hanno determinato il legislatore ad attribuire alle Agenzie fiscali la facoltà di avvalersi del patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato, si deve ritenere che queste si rinverano tanto nell'esigenza del contenimento dei costi per la difesa e la rappresentanza in giudizio, quanto nella necessità di garantire una difesa qualificata.

I motivi per cui il patrocinio dell'Avvocatura è stato esteso ad enti pubblici diversi dalle Amministrazioni statali, peraltro, sono molteplici ed includono lo stretto legame tra lo Stato e l'ente pubblico interessato, la necessità che i fini pubblici dell'ente siano perseguiti da un organo legale in grado di tutelare lo Stato nella sua unitarietà, nonché l'opportunità che ad assumere la difesa in giudizio sia, in ogni occasione, lo stesso rappresentante, onde facilitare una difesa uniforme e coordinata e finanche deflazionare il contenzioso (50).

Sull'opposto versante, la scelta compiuta dal legislatore di attribuire il potere di rappresentanza nei gradi di merito del processo tributario agli stessi Uffici delle Agenzie è, senza dubbio, determinata dagli aspetti di elevata tecnicità che caratterizzano la lite fiscale, cui possono meglio far fronte quei soggetti che esercitano in prima persona il potere impositivo.

(47) Si veda il protocollo d'intesa tra Avvocatura dello Stato ed Agenzia delle Entrate del 20 giugno 2007.

(48) Si vedano B. LO GIUDICE, *op. cit.*, 11768-11771, e R. LUNELLI e A. MISSONI, *op. cit.*, 7694-7698.

(49) In questo senso, la consolidata giurisprudenza del Supremo Collegio afferma la natura di rito ordinario dell'ultimo grado della lite tributaria, che si svolge dinanzi alla Corte di Cassazione. Si confronti, in proposito, *ex multis*, Cass. civ. sez. unite, 14 febbraio 2006, n. 3116.

(50) Si vedano, in proposito, P. PAVONE, *op. cit.*, 240-243, nonché M. V. LUMETTI e A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 16. Sul punto, Cass. civ., sez. unite, 16 ottobre 1989, n. 4145; Cass. civ., sez. lav., 7 marzo 1983, n. 1673; Cass. civ., sez. unite, 24 febbraio 1975, n. 700.

La facoltà concessa agli Uffici delle Agenzie fiscali di rappresentare in giudizio l'ente di appartenenza dinanzi alle Commissioni tributarie, d'altro canto, rappresenta la più importante eccezione alla regola che impone la necessità della difesa tecnica delle Amministrazioni pubbliche in giudizio. Tale principio, tuttavia, incontra ulteriori limitazioni, in ragione di questioni connesse a profili attinenti alla *vicinitas* rispetto al rapporto controverso, ovvero all'elevata specificità della lite.

È questo il caso dell'art. 3 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, il quale contiene una vera e propria deroga di portata generale alla difesa dell'Avvocatura dello Stato, applicabile ai giudizi dinanzi ai Tribunali ordinari ed ai Giudici di pace (51) e meramente subordinata ad un preventivo accordo con l'Organo legale. In tali casi, anche le comunicazioni e le notificazioni debbono essere effettuate presso il funzionario delegato, non operando le ordinarie disposizioni riguardanti la domiciliazione delle Amministrazioni presso l'Avvocatura dello Stato (52).

Segue un principio analogo la deroga alla difesa tecnica dell'Avvocatura dello Stato stabilita dall'art. 417 *bis* c.p.c., in virtù del quale, in materia di controversie relative al pubblico impiego, le Amministrazioni pubbliche stanno in giudizio in primo grado avvalendosi dei propri dipendenti, salvo che si ritenga opportuno incaricare l'Avvocatura erariale della trattazione della causa.

Nondimeno, anche l'art. 23, comma 4, della L. 24 novembre 1981, n. 689, con riferimento al giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, dispone che «*l'opponente e l'autorità che ha emesso l'ordinanza possono stare in giudizio personalmente*» e che «*l'autorità che ha emesso l'ordinanza può avvalersi anche di funzionari appositamente delegati*». Altrettanto, in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 204 *bis*, comma 2, del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, tale normativa trova applicazione nei giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative per violazione del Codice della Strada.

Dalla possibilità di stare in giudizio autonomamente va, invece, nettamente distinta la facoltà di cui gode l'Avvocatura dello Stato di delegare funzionari dell'Amministrazione, o liberi professionisti, a compiere gli incumbenti procuratori che si svolgono fuori della sede degli uffici dell'Avvocatura erariale, secondo quanto previsto dall'art. 2 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611. In questa ipotesi, infatti, la concreta attività di difesa dell'ente rimane affidata al competente ufficio dell'Avvocatura dello Stato, cui devono essere notificati gli atti processuali, mentre la decisione di delegare l'attività di

(51) Sebbene l'art. 3 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, faccia espressamente parola dei giudizi pendenti dinanzi alle Preture ed agli Uffici di conciliazione, tuttavia, a seguito della soppressione di tali organi giudiziari, ad opera del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, la disposizione deve essere riferita ai Tribunali ordinari ed agli Uffici del Giudice di pace, verso i quali sono trasigrate le competenze in precedenza attribuite ai primi.

(52) Si confronti, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2007, n. 14279.

udienza a soggetti esterni viene rimessa ad una scelta esclusiva dell'Avvocatura stessa (53).

3. *Le Convenzioni stipulate tra le Agenzie fiscali e l'Avvocatura dello Stato*

In virtù dell'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, le quattro Agenzie fiscali, su conforme delibera dei rispettivi organi apicali, hanno sottoscritto altrettanti protocolli d'intesa con l'Avvocatura dello Stato, al fine di potersi valere del patrocinio erariale. Dette convenzioni, stipulate tra il Direttore di ciascuna Agenzia e l'Avvocato generale dello Stato in carica, sono state più volte rinnovate, visto il buon funzionamento delle intese raggiunte (54).

Come si evince dalla delibera del Comitato di gestione dell'Agenzia delle Entrate n. 388 del 30 maggio 2007, la scelta di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato si è basata sul ruolo istituzionale, sulla specifica professionalità e, come detto, sulla positiva valutazione del sistema di relazioni convenuto con l'Organo legale. Inoltre, non si deve trascurare che la scelta di attribuire il patrocinio all'Avvocatura erariale, piuttosto che a professionisti del libero foro, deve tener conto, ai sensi dell'art. 61 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, dei «*principi di legalità, imparzialità e trasparenza*», nonché dei «*criteri di efficienza, economicità ed efficacia*», anche alla luce dell'eventualità che tale decisione sia assoggettata al vaglio di responsabilità del Giudice contabile «*nei casi in cui la scelta del professionista esterno non consideri l'alta specializzazione dell'Avvocatura erariale e i minori costi complessivi che il ricorso a quest'ultima in genere comporta*» (55).

A fronte di tali considerazioni, non appare del tutto libera la scelta dei competenti organi delle Agenzie fiscali di giovare del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, in quanto, in sostanza, «*da un lato, all'Avvocatura dello Stato non è consentito rifiutarlo, dall'altro, all'Amministrazione non è consentito non richiederlo*» (56).

(53) Si confrontino M. V. LUMETTI e A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 13-15.

(54) Il protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia delle Entrate del 20 giugno 2007, nonché la delibera del Comitato di gestione dell'Agenzia del 30 maggio 2007, n. 388, sono pubblicate su questa *Rassegna*, 2007, IV, 11-16; il protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia del Demanio del 21 giugno 2006 è, invece, pubblicato in questa *Rassegna*, 2006, II, 301-305; l'Agenzia del Territorio ha sottoscritto il protocollo d'intesa con l'Avvocatura in data 29 ottobre 2001, su conforme delibera del Comitato direttivo del 9 ottobre 2001; mentre l'Agenzia delle Dogane ha sottoscritto il protocollo d'intesa con l'Avvocatura in data 15 maggio 2001, a seguito delle conformi delibere del Comitato direttivo del 30 gennaio e del 7 maggio 2001.

(55) In questo senso, anche, Cass. civ., sez. unite, 14 febbraio 2006, n. 3116. Si noti, a riguardo, che la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che la violazione delle disposizioni del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, in materia di patrocinio obbligatorio comportino la responsabilità erariale dell'ente per le spese legali sostenute. Si confronti T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, sez. III, 13 dicembre 2002, n. 8051.

(56) Così, testualmente, L. MAZZELLA, *op. cit.*, 99.

L'Avvocatura erariale ha, in questo modo, assunto la rappresentanza e la difesa in giudizio delle quattro Agenzie fiscali in via organica ed esclusiva, ai sensi dell'art. 43, comma 3 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611. Proprio questo carattere di organicità del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, nonché il fatto che l'esercizio dello *ius postulandi* della difesa erariale derivi direttamente dalla legge, si pongono a fondamento del principio in forza del quale anche nell'ambito del patrocinio autorizzato non è necessario il conferimento di una specifica procura *ad litem*.

Invero, con riferimento alle Agenzie appaie, senza dubbio, applicabile la previsione dell'art. 1, comma 2, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, in virtù della quale gli avvocati dello Stato, nell'esercizio delle loro funzioni, «*non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi in cui le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità*», restando inibita al Giudice ogni indagine sull'esistenza dell'incarico difensivo. Pertanto, la forma di mandato di cui gode l'Avvocatura, anche nei confronti delle Agenzie fiscali, si mostra la più ampia possibile, tale da comprendere poteri procuratori generali e speciali per il compimento di qualsiasi tipo di atto processuale, per il quale non sia richiesta la presenza personale della parte (57).

In tal senso, si è espressa la Suprema Corte con le pronunce rese a Sezioni Unite n. 3116 e 3118 del 14 febbraio 2006. In particolare, sul rilievo per cui ai sensi dell'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato costituisce una mera facoltà per l'Agenzia, il Supremo Collegio ha affermato che «*il ricorso a tale patrocinio, in assenza di una disposizione normativa (legislativa, regolamentare o statutaria) vincolante anche nei confronti dei terzi, deve quindi avvenire – anche se non è necessaria una specifica procura – in relazione al singolo procedimento, non rilevando l'eventuale conclusione tra Avvocatura e Agenzia di convenzioni di contenuto generale per l'assunzione del patrocinio*» (58).

Il Supremo Collegio ha, dunque, chiarito che le convenzioni tra l'Avvocatura dello Stato e le Agenzie fiscali per la difesa in giudizio di queste ultime non presentano alcuna rilevanza esterna. In altre parole, antecedentemente alla costituzione in giudizio dell'Agenzia, dette stipulazioni non possono esplicitare alcun valore nel procedimento instaurando. Tali accordi, peraltro, non sono in

(57) Sul punto, M.V. LUMETTI e A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 6-12, non ritengono giustamente condivisibile quanto espresso dal T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 6 maggio 2009, n. 4640, il quale aveva ritenuto necessario che l'ente inoltrasse una preventiva richiesta di assistenza all'Organo legale. Si precisa, a tal riguardo, che la Corte Costituzionale, con la pronuncia 22 febbraio 1990, n. 1308, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione all'art. 97 della Costituzione, della regola della rappresentanza *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato.

(58) Sulla non necessità di conferire espresso mandato all'Avvocatura dello Stato per la difesa in giudizio, si vedano, altresì, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2007, n. 15617; Cass. civ. sez. trib., 16 maggio 2007, n. 11227; Cass. civ., sez. trib., 8 marzo 2006, n. 4936; Cass. civ., sez. trib., 8 agosto 2003, n. 11979.

grado di dispiegare alcun effetto nei confronti dei terzi, sebbene siano fonte di obblighi e doveri tra le parti direttamente interessate, dal momento che attribuiscono alle stesse Agenzie, durante il periodo della loro valenza, il patrocinio «organico ed esclusivo» dell'Avvocatura erariale (59).

4. Analisi delle ricadute processuali derivanti dall'assunzione da parte dell'Avvocatura dello Stato del patrocinio autorizzato delle Agenzie fiscali

Sulla scorta di quanto sinora esposto, le Agenzie fiscali costituiscono enti pubblici autonomi rispetto al Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Avvocatura dello Stato le rappresenta e difende in giudizio, in virtù di un rapporto di patrocinio autorizzato previsto all'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, e regolato mediante le disaminate convenzioni stipulate tra le stesse Agenzie e l'Avvocatura erariale.

Dal quadro tratteggiato discendono numerose ricadute sul piano processuale, che improntano le controversie in cui siano parte le Agenzie fiscali, in particolare, con riferimento alla competenza territoriale dell'organo giudicante, all'instaurazione del contraddittorio, alla notificazione degli atti predisposti dalle parti e dei provvedimenti giudiziari, alle modalità di proposizione delle impugnazioni, alle formalità necessarie ai fini della costituzione di parte civile nel procedimento penale, nonché alla disciplina relativa alle spese di lite.

4.1. L'inoperatività della regola del foro erariale

In primo luogo, si rende necessario rilevare che, nelle liti ove un'Agenzia fiscale sia convenuta o resistente, non trova applicazione la regola del foro erariale, sancita all'art. 25 c.p.c., a mente del quale «*per le cause nelle quali è parte un'Amministrazione dello Stato è competente, a norma delle leggi speciali sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio e nei casi ivi previsti, il Giudice del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il Giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Quando l'Amministrazione è convenuta, tale distretto si determina con riguardo al Giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trova la cosa mobile o immobile oggetto della domanda*». Una previsione analoga è contenuta finanche nell'art. 6 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, il quale prevede che «*la competenza per cause nelle quali è parte una Amministrazione dello Stato, anche nel caso di più convenuti ai sensi dell'art.*

(59) La stessa circolare n. 71 del 30 luglio 2001 dell'Agenzia delle Entrate chiarisce che la convenzione tra quest'ultima e l'Avvocatura dello Stato per l'assunzione della rappresentanza e difesa della prima da parte della seconda ha «*effetto vincolante nei rapporti interni ovvero tra Agenzia delle Entrate e Avvocatura*».

98 del codice di procedura civile (60), spetta al Tribunale o alla Corte di appello del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il Tribunale o la Corte d'appello che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Quando un'Amministrazione dello Stato è chiamata in garanzia, la cognizione così della causa principale come della azione in garanzia è devoluta, sulla semplice richiesta dell'Amministrazione, con ordinanza del Presidente, all'Autorità giudiziaria competente a norma del comma precedente»(61).

Dalla lettura delle disposizioni riportate emerge con evidenza come il campo applicativo proprio della regola del foro erariale sia limitato alle controversie nelle quali stia in giudizio un'Amministrazione dello Stato. Pertanto, qualificandosi le Agenzie fiscali come enti pubblici autonomi e non già come Amministrazioni statali, tale disciplina non risulta loro riferibile.

A tal riguardo, il Giudice di legittimità ha affermato che *«non facendo parte l'Agenzia dell'Amministrazione dello Stato, il suo patrocinio da parte dell'Avvocatura erariale ha, coerentemente, carattere facoltativo [...] e, quindi, non comporta alcuna deroga alle ordinarie regole di determinazione della competenza territoriale, non essendo richiamato, nella disciplina del patrocinio facoltativo contenuta nel R.D. n. 1611 del 1933, artt. 43, 44 e 45, l'art. 6 del medesimo R.D.» (62).*

Del resto, con esclusivo riguardo al giudizio tributario, l'art. 4 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, detta un'espressa disciplina, incompatibile con la regola del foro erariale. Invero, tale norma sancisce, al comma 1, che *«le Commissioni tributarie provinciali sono competenti per le controversie proposte nei confronti degli Uffici delle entrate o del territorio del Ministero delle finanze ovvero degli enti locali ovvero dei concessionari del servizio di riscossione, che hanno sede nella loro circoscrizione; se la controversia è proposta nei confronti di un centro di servizio è competente la Commissione tributaria provinciale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale spettano le attribuzioni sul tributo controverso».* La medesima disposizione prosegue, al successivo comma 2, delimitando la competenza delle Commissioni tributarie

(60) A seguito dell'entrata in vigore del Codice di procedura civile del 1942, il riferimento deve essere correttamente inteso nei confronti dell'attuale art. 33 c.p.c., relativo al fenomeno del cumulo soggettivo.

(61) La regola del foro erariale è stata, a più riprese, sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, per l'asserito contrasto con gli artt. 3, 24, 25, comma 1, nonché 113 Cost. La Consulta, da ultimo, con l'ordinanza 24 febbraio 2006, n. 71, ha respinto le censure proposte. Sul punto, si confronti M. PISCITELLI, "Foro erariale e giudice naturale", in questa *Rassegna*, 2006, I, 137-138.

(62) Così, Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2006, n. 23005; nonché Cass. civ., sez. III, 7 dicembre 2005, n. 26994. Si confrontino anche Cass. civ., sez. I, 3 settembre 2009, n. 19128; Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 2008, n. 20582; nonché Cass. civ., sez. unite, 10 maggio 2006, n. 10700, ove, sulla scorta delle medesime motivazioni, la Suprema Corte ha sancito l'inapplicabilità della regola del foro dello Stato alle liti in cui siano parte le Università degli studi.

regionali alle «*impugnazioni avverso le decisioni delle Commissioni tributarie provinciali, che hanno sede nella loro circoscrizione*».

Pertanto, esclusa l'applicazione della regola del foro erariale, la competenza territoriale si radica in capo al Giudice da identificarsi secondo le ordinarie previsioni contenute nel Codice di rito.

Ad eccezione del processo tributario, in relazione al quale la competenza è espressamente qualificata come inderogabile, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, l'incompetenza territoriale non è rilevabile d'ufficio e deve essere eccepita a pena di decadenza, quanto al rito civile, secondo il disposto dell'art. 38 c.p.c., «*nella comparsa di risposta tempestivamente depositata*», mentre, nel rito amministrativo, entro il termine di cui all'art. 31 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, di «*venti giorni dalla data di costituzione in giudizio*».

4.2. La notificazione dell'atto introduttivo del giudizio

In secondo luogo, appare opportuno compiere alcune considerazioni in merito alle modalità di instaurazione del contraddittorio in relazione alle liti nelle quali siano parte le Agenzie fiscali, individuando, in particolare, il luogo di notificazione dei relativi atti introduttivi del giudizio.

Con riferimento a questo secondo profilo, dal momento che le Agenzie fiscali e l'Avvocatura dello Stato non sono legate da un rapporto di patrocinio obbligatorio ed atteso che le convenzioni tra loro stipulate non hanno rilevanza esterna, nei confronti delle Agenzie non opera la disciplina di cui all'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, come modificato dall'art. 1 della L. 25 marzo 1958, n. 260, in forza del quale, a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio (63), «*tutte le citazioni, i ricorsi e qualsiasi altro atto di opposizione giudiziale, nonché le opposizioni ad ingiunzione e gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o speciali, od innanzi agli arbitri, devono essere notificati alle Amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa, nella persona del Ministro competente*» (64).

L'inapplicabilità delle menzionate disposizioni con riferimento alle Agenzie fiscali comporta che l'atto introduttivo di qualunque tipologia di giudizio nei confronti di queste ultime, dinanzi ad ogni giurisdizione, debba essere no-

(63) In proposito, la Consulta con la sentenza n. 97 del 26 giugno 1967 ha dichiarato «*l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, nei limiti in cui esclude la sanatoria della nullità di notificazione*».

(64) Tale previsione è stata ripresa all'art. 10, comma 3, della L. 3 aprile 1979, n. 103, che ne ha espressamente sancito l'operatività «*nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato ed ai Tribunali amministrativi regionali*».

tificato presso la stessa Agenzia chiamata in causa, potendo alternativamente essere convenuti tanto l'Ufficio centrale, quanto gli Uffici locali (65).

Un discorso differente, per contro, deve essere condotto in ordine al rito tributario, in quanto la notificazione del ricorso alla Commissione tributaria provinciale, a mente dell'art. 10 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, può essere esclusivamente effettuata nei confronti dell'Ufficio che ha emanato l'atto impugnato o che non ha adottato l'atto richiesto (66).

Ne consegue che la notificazione dell'atto introduttivo effettuata presso l'Avvocatura dello Stato non può che ritenersi nulla, benché tale nullità possa essere sanata mediante la costituzione in giudizio del soggetto effettivamente legittimato (67).

4.3. *La notificazione di ogni altro atto di parte e dei provvedimenti giudiziari*

Venendo a trattare, in seguito, degli atti di parte successivi all'atto introduttivo e dei provvedimenti giudiziari, dei quali la legge o un ordine del Giudice impongano la notificazione alla controparte, viene in rilievo la disciplina di cui all'art. 11, comma 2, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, in virtù del quale «ogni altro atto giudiziale e le sentenze devono essere notificati presso l'Ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria presso cui pende la causa o che ha pronunciato la sentenza».

Anche tale disposizione non opera nei giudizi in cui siano parte le Agenzie fiscali, in quanto non legate all'Avvocatura dello Stato da un rapporto di patrocinio obbligatorio, trovando, invece, applicazione la disciplina ordinaria di cui all'art. 170, comma 1, c.p.c., il quale dispone che «dopo la costituzione in

(65) In tal senso si veda Trib. Belluno, 22 ottobre 2002, in *Giur. Merito*, 2003, 777. L'assunto è, inoltre, ricavabile dalle argomentazioni svolte in Cass. civ., sez. unite, 29 ottobre 2007, n. 22641. Si deve rilevare come, per contro, non siano mancate pronunce di segno opposto, quali T.A.R. per la Campania, sede di Salerno, sez. I, 20 maggio 2003, n. 537, il quale ha dichiarato applicabile la previsione dell'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, all'ipotesi di notificazione del ricorso giurisdizionale al T.A.R. nei confronti dell'Agenzia delle Entrate. Tale pronuncia, tuttavia, è stata oggetto di riforma in appello da parte del Supremo Consesso amministrativo, il quale con la pronuncia Cons. Stat., sez. IV, 30 dicembre 2003, n. 9230, ha ritenuto rituale la notifica effettuata presso l'Agenzia fiscale ed in particolare presso l'ufficio interessato dalla controversia, trovando in tal caso piena operatività la disciplina di cui agli artt. 137 e seguenti c.p.c. Si veda, in proposito, S. BUTTUS, *op. cit.*, 879. Si confronti anche la Circ. 16 luglio 2002, n. 5, dell'Agenzia del Territorio.

Il medesimo principio è stato, peraltro, espressamente affermato dal Supremo Collegio, con riferimento ad altri enti pubblici autonomi, in Cass. civ., sez. I, 18 gennaio 2006, n. 863; Cass. civ., sez. I, 28 settembre 2005, n. 18959; Cass. civ., sez. III, 28 luglio 2005, n. 15819; nonché Cass. civ., sez. I, 25 agosto 1997, n. 7956.

(66) In questo senso, si veda B. LO GIUDICE, *op. cit.*, 11768-11771.

(67) Tant'è che le stesse convenzioni siglate tra l'Avvocatura dello Stato e le Agenzie prevedono che nelle ipotesi di erronea identificazione del soggetto cui indirizzare la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, i medesimi enti provvedano alla tempestiva trasmissione degli atti stessi, ai fini della migliore tutela dell'interesse dello Stato.

giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito, salvo che la legge disponga altrimenti».

Ne consegue che, qualora un'Agenzia fiscale sia costituita in giudizio avvalendosi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ed ivi eleggendo il proprio domicilio, occorrerà che tutte le notificazioni e le comunicazioni nei suoi confronti vengano indirizzate alla volta dell'Avvocatura erariale.

Per contro, nei giudizi in cui l'Agenzia si difenda autonomamente, notificazioni e comunicazioni dovranno, senza dubbio, essere effettuate presso gli stessi Uffici che ne hanno assunto la rappresentanza.

Altresì, nel caso in cui l'Agenzia fiscale sia rimasta contumace, notificazioni e comunicazioni dovranno essere eseguite nei confronti del medesimo Ufficio chiamato in causa, dal momento che, in tale evenienza, non sarebbe, in ogni caso, intervenuta alcuna elezione di domicilio.

In relazione al rito tributario, nondimeno, si rinviene una specifica disciplina della notificazione degli atti endoprocessuali nel disposto dell'art. 17 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, in virtù del quale la notifica deve essere effettuata, *«salva la consegna in mani proprie, nel domicilio eletto o, in mancanza, nella residenza o nella sede dichiarata dalla parte all'atto della sua costituzione. Le variazioni del domicilio o della residenza o della sede hanno effetto dal decimo giorno successivo a quello in cui sia stata notificata alla Segreteria della Commissione e alle parti costituite la denuncia di variazione. L'indicazione della residenza o della sede e l'elezione del domicilio hanno effetto anche per i successivi gradi del processo».*

Ad ogni modo, il mancato rispetto delle regole enunciate conduce, sul piano processuale, alla nullità della notificazione, la quale, tuttavia, risulterebbe sanata dal raggiungimento dello scopo della conoscenza dell'atto, in ossequio al principio di funzionalità delle forme, ricavabile dall'art. 156, comma 3, c.p.c.

Analoghe considerazioni devono essere svolte anche con riferimento alla notificazione del provvedimento giudiziario al fine del decorso dei termini di cui all'art. 325 c.p.c.

In proposito, non operando con riferimento alle Agenzie fiscali la citata disposizione dell'art. 11, comma 2, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, la relativa disciplina deve rinvenirsi negli artt. 170 e 285 c.p.c., dal combinato disposto dei quali discende che la notificazione della sentenza debba essere effettuata presso il procuratore costituito, nel domicilio eletto nel grado di giudizio in cui il provvedimento è stato pronunciato. Peraltro, l'art. 292, comma 4, c.p.c. prevede che la sentenza sia notificata alla parte personalmente nell'ipotesi in cui sia contumace.

Ne consegue, pertanto, che la notificazione della sentenza debba essere compiuta presso l'Avvocatura dello Stato, qualora sia costituita in giudizio in virtù del patrocinio autorizzato, mentre, qualora l'Agenzia si sia difesa autonomamente o sia rimasta contumace, la notificazione del provvedimento dovrà

essere effettuata nei confronti dell'Ufficio dell'Agenzia chiamato in causa (68).

Con esclusivo riferimento al rito fiscale, la notificazione della sentenza della Commissione tributaria va soggetta alla previsione dell'art. 38, comma 2, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, in relazione alla quale dottrina e giurisprudenza hanno sollevato numerosi dubbi ermeneutici (69). Dal canto suo, il legislatore ha provveduto a fornirne un'interpretazione autentica, mediante l'art. 21, comma 1, della L. 13 maggio 1999, n. 133, a mente del quale «*l'articolo 38, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, si interpreta nel senso che le sentenze pronunciate dalle Commissioni tributarie regionali e dalle Commissioni tributarie di secondo grado delle province autonome di Trento e di Bolzano, ai fini del decorso del termine di cui all'articolo 325, secondo comma, del codice di procedura civile, vanno notificate all'Amministrazione finanziaria presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato competente ai sensi dell'articolo 11, secondo comma, del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni*».

Ciò nondimeno, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, la Suprema Corte si è pronunciata, in proposito, affermando l'implicita abrogazione del menzionato art. 21, comma 1, della L. 13 maggio 1999, n. 133, stante l'incompatibilità con il rinnovato assetto dell'Amministrazione finanziaria (70).

Ad ogni buon conto, l'unica ricaduta, sul piano processuale, che possa conseguire all'erronea identificazione del soggetto cui notificare il provvedimento del Giudice consiste nella inoperatività dei termini di cui all'art. 325 c.p.c., con la conseguente applicazione del termine previsto al successivo art. 327 c.p.c.

4.4. La notificazione delle impugnazioni

Un'ulteriore problematica si pone in relazione alla notificazione degli atti d'impugnazione nei confronti delle Agenzie fiscali.

Non trovando applicazione, neppure in relazione a tale profilo, la disciplina di cui all'art. 11, comma 2, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, per i giudizi nei quali siano parte le Agenzie si deve far riferimento alla disciplina

(68) Si confronti, sul punto, C. GLENDI, *op. cit.*, 2965-2966.

(69) A tal riguardo, il punto 3.4 della Circ. 31 marzo 2010, n. 17, dell'Agenzia delle Entrate, afferma l'inoperatività dell'art. 285 c.p.c. nel processo tributario per la prevalenza della *lex specialis* contenuta nell'art. 38 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

(70) Affermano l'implicita abrogazione dell'art. 21, comma 1, L. 13 maggio 1999, n. 133, Cass. civ., sez. trib., 30 marzo 2007, n. 7882; Cass. civ., sez. trib., 7 luglio 2006, n. 15563; Cass. civ., sez. unite, 14 febbraio 2006, n. 3116; Cass. civ., sez. trib., 1 luglio 2004, n. 12075. Sul punto, si vedano L. ROSA, *op. cit.*, 873-876; G. FRANSONI e P. RUSSO, *op. cit.*, 895-903; P. CENTORE, *op. cit.*, 773-776; M. NESSI e R. TORELLI, *op. cit.*, 3304-3311; nonché C. BERLIRI, *op. cit.*, 3841-3844.

ordinaria di cui all'art. 330 c.p.c., in forza del quale «*se nell'atto di notificazione della sentenza la parte ha dichiarato la sua residenza o eletto domicilio nella circoscrizione del Giudice che l'ha pronunciata, l'impugnazione deve essere notificata nel luogo indicato; altrimenti si notifica ai sensi dell'art. 170 presso il procuratore costituito o nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto per il giudizio. [...] Quando manca la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio e, in ogni caso, dopo un anno dalla pubblicazione della sentenza, l'impugnazione, se è ancora ammessa dalla legge, si notifica personalmente a norma degli articoli 137 e seguenti*».

Pertanto, qualora l'Agenzia sia costituita in giudizio avvalendosi del patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato, la notificazione dell'impugnazione deve essere indirizzata nei confronti dello stesso Organo legale, mentre qualora l'Agenzia sia costituita in giudizio mediante i propri Uffici, o sia contumace, le notificazioni devono essere effettuate nei confronti dello stesso Ufficio, centrale o locale (71), dell'Agenzia che aveva assunto la veste di parte processuale nel precedente grado di giudizio (72). Alla stessa stregua, la notificazione dell'impugnazione deve essere indirizzata all'Ufficio dell'Agenzia, ancorché sia stata difesa da parte dell'Avvocatura erariale, nell'ipotesi in cui l'impugnazione sia proposta successivamente al termine dell'anno dalla pubblicazione della sentenza, come può accadere in relazione alla revocazione straordinaria, ai sensi dell'art. 395, n. 1, 2, 3 e 6, c.p.c.

Le richiamate previsioni di cui all'art. 330 c.p.c., peraltro, come chiarito dal Supremo Collegio, trovano applicazione anche con riferimento al processo tributario, dal momento che esso difetta di una specifica disciplina della notificazione degli atti di impugnazione (73).

In ordine alle notificazioni delle impugnazioni, inoltre, deve darsi atto di un recente orientamento giurisprudenziale, il quale, valorizzando il principio di collaborazione e buona fede, consacrato all'art. 10, comma 1, della L. 27 luglio 2000, n. 212, meglio nota quale "Statuto dei diritti del contribuente", ritiene che, qualora il cittadino indirizzi erroneamente la notificazione di un atto nei confronti di Ufficio privo di legittimazione passiva, quest'ultimo «*in ottemperanza al dovere di collaborazione*» sia «*tenuto a trasmetterlo al com-*

(71) Si confrontino, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. unite, 29 ottobre 2007, n. 22641; nonché Cass. civ., sez. unite, 14 febbraio 2006, n. 3116.

(72) Si vedano, in proposito, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2007, n. 15617; Cass. civ., sez. trib., 13 settembre 2004, n. 18394; Cass. civ., sez. trib., 21 giugno 2004, n. 11551, ove si è affermata l'inammissibilità del ricorso per cassazione per l'inesistenza della sua notificazione, in quanto eseguita presso l'Avvocatura dello Stato, la quale non aveva assunto in secondo grado il patrocinio dell'Agenzia.

(73) In questo senso, si vedano Cass. civ., sez. unite, 15 dicembre 2008, n. 29290; Cass. civ., sez. trib., 16 aprile 2007, n. 8972; nonché il punto 3.8 della Circ. 31 marzo 2010, n. 17, dell'Agenzia delle Entrate. *Contra*, nel senso dell'incompatibilità dell'art. 330 c.p.c. con la disciplina dell'art. 17 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, si guardi Cass. civ., sez. trib., 1 giugno 2007, n. 12908. Si confronti, in proposito, F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 227-228.

petente Ufficio [...] anziché mantenere una condotta inerte», nella quale evenienza «la mancata tempestiva costituzione in giudizio dell'Ufficio competente» diviene «imputabile non al contribuente bensì alla stessa Amministrazione, per violazione del predetto principio». Ne consegue che la notifica all'Ufficio sprovvisto della legittimazione processuale, ciò nondimeno, «deve ritenersi sufficiente a determinare una corretta instaurazione del rapporto processuale» (74).

A tal riguardo, occorre, tuttavia, rilevare che, se, da un lato, l'applicazione generalizzata di tale assunto potrebbe agevolare il contribuente nell'accesso alla giustizia, dall'altro, deve essere correttamente intesa come riferibile alle sole ipotesi in cui sia integrata una fattispecie di legittimo affidamento del cittadino nella legittimazione passiva dell'Ufficio cui ha notificato l'atto stesso.

4.5. La costituzione di parte civile nel procedimento penale

Per quanto attiene ai procedimenti penali per reati dei quali un'Agenzia fiscale sia persona offesa, essa ha certamente la facoltà di costituirsi parte civile nel giudizio.

Con riferimento alla costituzione di parte civile dello Stato, l'art. 1, comma 4, della L. 3 gennaio 1991, n. 3, sancisce che «*la costituzione di parte civile dello Stato nei procedimenti penali deve essere autorizzata dal Presidente del Consiglio dei Ministri*».

In proposito, si deve dare atto del fatto che la prassi interpretativa della menzionata disposizione sembri affermare la necessità della previa autorizzazione alla costituzione di parte civile anche con riferimento alle Agenzie fiscali (75).

Le riflessioni condotte attorno alla natura delle Agenzie quali enti pubblici autonomi, tuttavia, avendo fugato ogni dubbio circa la non riferibilità delle stesse allo Stato-persona, potrebbero portare a ritenere che la costituzione di parte civile di un'Agenzia fiscale, ex art. 78 c.p.p., non necessiti della previa autorizzazione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, inteso quale «*soggetto che rappresenta la sintesi politica e di governo dello Stato-Comunità*» (76).

(74) Così, Cass. civ., sez. trib., 10 febbraio 2010, n. 2937. La pronuncia riguarda l'ipotesi di un ricorso in appello alla Commissione tributaria regionale, notificato al Centro di servizio che aveva emesso il ruolo posto in esecuzione con la cartella esattoriale impugnata, anziché al competente Ufficio delle Entrate, nella specie l'Ufficio delle Imposte Dirette di Parma.

(75) A tal riguardo, si confronti la Circ. 16 luglio 2002, n. 5 dell'Agenzia del Territorio, nonché il parere dell'Avvocatura generale dello Stato reso con la nota n. 72570 del 9 luglio 2002.

(76) Così, Trib. Bologna, sez. dei Giudici per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare, 5 ottobre 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 655, in relazione ad un'ipotesi di costituzione di parte civile nel procedimento penale di un differente ente pubblico autonomo, quale l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

4.6. Le spese di lite

In ultimo, merita un cenno l'analisi delle ricadute relative alle spese di lite che conseguano all'assunzione del patrocinio delle Agenzie fiscali da parte dell'Avvocatura dello Stato.

In proposito, si deve ricordare che l'art. 15, comma 2 *bis*, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, prevede, con riferimento al rito tributario, che «*nella liquidazione delle spese a favore dell'Ufficio del Ministero delle finanze, se assistito da funzionari dell'Amministrazione, e a favore dell'ente locale, se assistito da propri dipendenti, si applica la tariffa vigente per gli avvocati e procuratori, con la riduzione del venti per cento degli onorari di avvocato ivi previsti. La riscossione avviene mediante iscrizione a ruolo a titolo definitivo dopo il passaggio in giudicato della sentenza*».

Qualora, invece, il patrocinio dell'Agenzia fiscale sia stato assunto dall'Avvocatura dello Stato, la citata disposizione non può trovare applicazione, con conseguente aggravio di spesa, nell'ipotesi di soccombenza, per il contribuente.

5. Schema riassuntivo

Si propone, infine, uno schema riassuntivo delle disaminate ricadute processuali derivanti dalla qualificazione delle Agenzie fiscali come enti pubblici autonomi, nonché dall'inquadramento del loro rapporto con l'Avvocatura dello Stato quale patrocinio autorizzato.

Giudizi pendenti dinanzi al Giudice ordinario, amministrativo, contabile ed al Tribunale superiore delle acque pubbliche:

<u>Legittimazione passiva</u>	→	Ufficio locale in via concorrente con l'Ufficio centrale
<u>Destinatario della notifica dell'atto introduttivo</u>	→	Ufficio locale o Ufficio centrale
<u>Rappresentanza e difesa in giudizio</u>	→	Avvocatura dello Stato ai sensi delle convenzioni stipulate, ad eccezione dei casi di conflitto e delle ipotesi speciali
<u>Destinatario della notifica degli atti successivi</u>	→ se costituita	→ Avvocatura dello Stato o procuratore costituito
	→ se contumace	→ Ufficio locale o centrale

Destinatario della notifica

della sentenza → se costituita → Avvocatura dello Stato costituita o procuratore costituito
 → se contumace → Ufficio locale o centrale

Destinatario della notifica

delle impugnazioni → se costituita → Avvocatura dello Stato
 → se contumace → Ufficio convenuto nel grado di giudizio precedente

Giudizi pendenti dinanzi al Giudice tributario:

Legittimazione passiva → Ufficio locale che ha emanato l'atto impugnato o non ha emanato l'atto richiesto

Destinatario della notifica

dell'atto introduttivo → Ufficio locale

Rappresentanza e difesa

in giudizio → Comm. trib. prov. → Dirigente Ufficio locale o collaboratori delegati
 → Comm. trib. reg. → Dirigente Ufficio locale o collaboratori delegati o Avvocatura dello Stato
 → Cassazione → Avvocatura dello Stato ai sensi delle convenzioni stipulate, ad eccezione dei casi di conflitto e delle ipotesi speciali

Destinatario della notifica

degli atti successivi → Ufficio locale

Destinatario della notifica

della sentenza → Comm. trib. prov. → Ufficio locale
 → Comm. trib. reg. → Ufficio locale o centrale, se costituito o contumace; Avvocatura Stato, se costituita

Destinatario della notifica

delle impugnazioni → Comm. trib. reg. → Ufficio locale
 → Cassazione
 se in appello Ufficio → Ufficio locale o Ufficio centrale
 se in appello Avvocatura → Avvocatura dello Stato

Il patrocinio delle Autorità portuali

Circolare A.G.S. n. 11 del 15 febbraio 2010

Si segnala che, con D.P.C.M. del 4 dicembre 2009, in G.U. 11 febbraio 2010, n. 34, anche per le Autorità portuali di Augusta e di Salerno è stata autorizzata la rappresentanza e difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali.

Pertanto, adesso tutte le Autorità portuali debbono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 tranne che per i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le Regioni e, in casi speciali, salva l'adozione di apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza, come confermato dall'allegata decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, del 9 febbraio 2010, n. 647.

N. 00647/2010 REG.DEC.
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente
DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5239 del 2009, proposto da:

Zen Marine Srl - Zito Evoluzioni Nautiche Marine Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Pierpaolo Salvatore Pugliano, Giacomo Saccomanno, Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico,7; Zen Yacht Srl - Zito Evoluzioni Nautiche Yacht Srl;

contro

Autorita' Portuale di Gioia Tauro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del TAR CALABRIA - REGGIO CALABRIA n. 00190/2009, resa tra le parti, concernente DINIEGO RICHIESTA PER REALIZZAZIONE DARSENA PORTUALE PER CANTIERE-RIS.DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' Portuale di Gioia Tauro e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2009 il Cons. Roberto Giovagnoli e

uditi per le parti gli avvocati Pugliano, Saccomanno, (omissis) e l'avv.to dello Stato Carlo Sica;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

(*Omissis*)

6. L'Autorità portuale si è costituita in giudizio con due distinti controricorsi e il patrocinio sia dell'Avvocatura dello Stato sia di altro professionista del libero Foro, l'avv. (omissis).

All'udienza del 3 novembre 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. Occorre, in primo luogo, dichiarare la mancanza dello *ius postulandi* in capo all'Avv. (omissis) e, conseguentemente, la nullità di tutti gli atti processuali dello stesso compiuti.

Giova rilevare, a tal proposito, che l'Autorità Portuale di Gioia Tauro si avvale del patrocinio c.d. autorizzato dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 43, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611. Tale disposizione, - sul punto modificata dall'articolo 1, comma 1, della legge 16 novembre 1939, n. 1889 - prevede "l'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le Autorità giudiziarie, i Collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali, di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento [...]. Qualora sia intervenuta l'autorizzazione, di cui al primo comma, la rappresentanza e la difesa nei giudizi indicati nello stesso comma sono assunte dalla Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le Regioni."

La norma aggiunge, al suo comma 4, che "salve le ipotesi di conflitto, ove tali amministrazioni ed enti intendano, in casi speciali, non avvalersi della Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza".

La giurisprudenza, anche di questa Sezione (cfr. ordinanze n. 8413 e 8414 dell'11 novembre 2009) ha chiarito che la natura autorizzata del patrocinio non ne muta il carattere tendenzialmente obbligatorio salvo che per i casi di comprovata specialità (c.d. obbligatorietà attenuata) sicché, solo qualora questi ultimi ricorrano, è possibile per l'Ente rinunciare al patrocinio dell'Avvocatura e procedere alla nomina di un legale del libero Foro, previa apposita motivata deliberazione sottoposta all'organo di vigilanza.

In sostanza e schematicamente la norma prevede due sole possibilità: 1) avvalersi della esclusiva difesa fornita *ope legis* dall'Avvocatura dello Stato; in tal caso, alla luce di una nutrita giurisprudenza, non occorre mandato, né deliberazione; 2) non avvalersi della difesa dell'avvocatura; in questo secondo caso occorre una motivata deliberazione dell'ente in ordine alla specialità del caso e la conseguente sottoposizione della delibera all'organo di vigilanza (e l'esistenza della delibera e della motivazione può essere controllata anche d'ufficio dal giudice).

Nel caso di specie, invece, l'Autorità portuale, senza rinunciare al patrocinio *ope legis* autorizzato, ha inteso nominare un difensore ulteriore rispetto all'Avvocatura dello Stato, il cui ruolo non viene ripudiato ma, nelle intenzioni dell'ente, potenziato a mezzo di un affiancamento.

In tal modo, tuttavia, come già era stato rilevato dal giudice di primo grado, è stata violata la previsione contenuta nell'art. 43, comma 3, cit. che espressamente prevede: "qualora sia intervenuta l'autorizzazione, di cui al primo comma, la rappresentanza e la difesa nei giudizi indicati nello stesso comma sono assunte dalla Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusi-

siva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le regioni”.

Assunzione della difesa “in via esclusiva” non può che significare esclusione di ipotesi di assunzione, congiunta a professionisti del libero Foro.

L’assunto ermeneutico è del resto in linea con quanto previsto dal medesimo RD 30 ottobre 1933 n.1611 nei confronti delle Amministrazioni statali soggetti al patrocinio obbligatorio dell’Avvocatura dello Stato: per queste ultime, non solo la difesa predetta è considerata irrinunciabile (a differenza del patrocinio facoltativo o “autorizzato” che invece contempla la possibilità di rinuncia) ma è altresì prescritto che “nessuna Amministrazione dello Stato” possa “richiedere l’assistenza di avvocati del libero foro”, salvo ipotesi assolutamente eccezionali da verificare e validare con complesse procedure (Cfr. art. 5 RD cit.).

In conclusione, tornando ai fatti di causa, il mandato conferito dall’Autorità Portuale di Gioia Tauro, senza una previa, motivata rinuncia alla difesa, assicurata dall’Avvocatura dello Stato ai sensi dell’art. 43 del RD 30 ottobre 1933 n.1611 e del dPCM del 25 giugno 2004, è affetto da nullità che conseguentemente priva il difensore del libero Foro dello *ius postulandi*.

La rilevata nullità del mandato e del conseguente esercizio dell’attività difensiva non incide sulla regolare costituzione dell’Autorità Portuale, ritualmente avvenuta a mezzo dell’Avvocatura dello Stato.

8. Nel merito l’appello è infondato.

(*Omissis*)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, sezione Sesta, respinge l’appello.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2009 con l’intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2010

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

La posizione dell'Italia sui diritti da riconoscere alle persone inserite nelle “black list”

*Giuseppe Albenzio**

SINTESI DELLA RELAZIONE: A) FONTI: Introduzione - 1. Normazione delle Nazioni Unite - 2. Normazione dell'Unione Europea - 3. Normazione nazionale. B) TUTELA: 1. A livello del Comitato di sicurezza ONU - 2. A livello della giurisdizione UE - 3. A livello nazionale - 4. A livello CEDU.

IN ALLEGATO: Atto di intervento al Tribunale Ue nella causa T-4/10 - Ricorso proposto il 7 gennaio 2010 - Al Saadi/Commissione.

A) FONTI

Introduzione

Nell'ultimo decennio e, soprattutto, dopo i gravi fatti dell'11 settembre 2001, la comunità internazionale ha prestato la massima attenzione non solo alla repressione delle attività terroristiche ma anche e in primo luogo alla prevenzione del fenomeno del terrorismo, studiando sistemi efficienti ed immediati per impedire agli affiliati alle associazioni terroristiche di porre in essere le loro attività delittuose e per tranciare alla radici le loro fonti di reclutamento e finanziamento.

E' quindi nata una complessa normativa *multilivello* che ha affiancato alla tradizionale procedura di pronunciamento contro uno Stato l'adozione di misure restrittive nei confronti di singoli e gruppi, a prescindere dal loro legame

(*) Avvocato dello Stato.

con il territorio; tale normativa si sviluppa su tre piani: a livello *mondiale*, a livello *regionale-europeo*, a livello nazionale.

1. Normazione delle Nazioni Unite

Nel primo livello annoveriamo le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e le loro disposizioni applicative.

In virtù dei poteri attribuitigli dal Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite, il Consiglio di Sicurezza ha adottato una serie di Risoluzioni nei confronti di individui o gruppi qualificati terroristici ed identificati nei Talibani, nei membri di Al-Queda e in Osama Bin Laden e suoi seguaci: sono le Risoluzioni n. 1267/1999, 1333/2000, 1373/2000, 1390/2002, 1445/2003.

La Risoluzione-base, la 1267/99, ha istituito il *Comitato per le sanzioni* – formato dai membri del Consiglio di Sicurezza – quale organo ausiliario del Consiglio di sicurezza con lo scopo specifico di disporre il congelamento dei beni e delle risorse finanziarie dei Talibani e delle organizzazioni fiancheggiatrici; i compiti di tale organismo sono stati ampliati con le successive Risoluzioni 1333/2000 e 1390/2002 che hanno reso il Comitato un organo a competenza generale per l'intero sistema delle liste terroristiche e per il raccordo con gli Stati e l'Unione Europea chiamati ad attuare le sue disposizioni; a questo Comitato è dato il compito di predisporre e aggiornare le liste dei terroristi – chiamate *black list* – e di vigilare affinché gli Stati provvedano al *congelamento* dei beni e delle risorse finanziarie delle persone e degli organismi ivi inseriti.

La Risoluzione n. 1373/2000 ha definito le strategie contro tutte le manifestazioni di fiancheggiamento del terrorismo, disponendo l'immediato *congelamento* dei beni e delle risorse finanziarie dei soggetti inseriti nelle *black list*; allo scopo di monitorare detta attività è stato istituito un *Comitato contro il terrorismo*.

Una successiva Risoluzione, la n. 1617/2005, ha istituito una *Squadra di controllo* che svolge attività propedeutica ed istruttoria in supporto alle competenze del *Comitato per le sanzioni*; il Comitato ha adottato delle linee-guida (novembre 2002, con successivi aggiornamenti) che regolano la sua attività sulla base del principio del consenso unanime dei suoi componenti, con conseguente rimessione al Consiglio di Sicurezza delle questioni controverse.

La costante attività di aggiornamento delle *black list* si basa sulle informazioni dagli Stati e dalle Organizzazioni internazionali e regionali; l'inserimento nelle liste non presuppone la pendenza di un processo o di una condanna né di una indagine penale, stante la sua funzione meramente preventiva, ma solo informazioni corredate da *dossier* di prove e indizi forniti dalle autorità di polizia, di *intelligence* e giudiziarie dello Stato proponente; tali informazioni vengono vagliate con procedura di urgenza in riferimento ai parametri indicati

nella Risoluzione del 2005 (ove si fa particolare riferimento a condotte di partecipazione al finanziamento, alla programmazione, alla facilitazione, alla preparazione ed alla commissione di attentati, alla fornitura di armi, al reclutamento, ecc. con una definizione molto ampia dei criteri di identificazione dell'attività terroristica e di fiancheggiamento).

Il Comitato provvede anche alla cancellazione – *delisting* – dalle liste quando ne vengano meno i presupposti, su istanza degli Stati, cui possono rivolgere istanze gli interessati, o – dal 2006 – su istanza diretta di questi ultimi ma sempre con procedura di tutela diplomatica da parte dello Stato di appartenenza o che aveva chiesto l'iscrizione; la cancellazione può avvenire solo con il consenso di tutti gli Stati.

2. Normazione dell'Unione Europea

Del secondo livello normativo fanno parte le determinazioni ed i regolamenti adottati dall'Unione Europea, in esecuzione degli impegni assunti dagli Stati membri in sede ONU o in via autonoma.

In attuazione delle disposizioni del Consiglio di Sicurezza sopra menzionate sono stati adottati una pluralità di atti, a partire dalle *posizioni comuni* 1999/727/PESC e 2001/154/PESC (*Politica estera e di sicurezza comune* dell'UE - atti di natura politica e, come tali, sottratti al controllo giurisdizionale) e dai relativi Regolamenti CE 337/2000 e 467/2001, cui sono seguiti la *posizione comune* 2002/402/PESC e il Regolamento CE 881/2002, quest'ultimo regolamento contiene, all'allegato I, una lista di persone e organizzazioni terroristiche internazionali facenti capo a Osama Bin Laden, ad Al-Queda, ai Talibani e al fondamentalismo islamico, dei quali si dispone il *congelamento* dei mezzi finanziari; tale lista è stata aggiornata, con una serie di regolamenti successivi, sulla base delle decisioni del Consiglio di Sicurezza delle NU e del suo Comitato per le Sanzioni; questo regolamento del 2002 contiene disposizioni specifiche atte a definire il contenuto e l'estensione della disposizione di *congelamento* e a identificare le autorità nazionali abilitate a ricevere le informazioni necessarie per l'inserimento nelle *black list*, formulare le proposte di inserimento e cancellazione, tenere i contatti con gli altri Stati e la Commissione Europea.

In questo campo di operatività dei citati regolamenti, il Consiglio dell'Unione Europea ha la funzione di dare attuazione alle decisioni del Consiglio di Sicurezza e del suo *Comitato per le sanzioni*, senza potestà discrezionali o di controllo e con sola facoltà di proporre *listing* o *delisting*.

In buona sostanza, all'inserimento nelle liste curate dall'ONU consegue automaticamente il *congelamento* dei beni e delle risorse finanziarie e tutti gli Stati sono tenuti a darne esecuzione immediata nell'ambito dei propri ordinamenti, prescindendo anche delle indagini penali svolte dai loro organi inve-

stigativi e giudiziari.

Un altro gruppo di interventi comunitari è costituito dalle *posizioni comuni* 2001/930 e 931/PESC e dal Regolamento CE 2580/2001 che, in attuazione della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1373/2001 sopra menzionata, hanno attuato in autonomia gli obblighi ivi definiti al fine della lotta al terrorismo di qualunque matrice: i sistemi del *listing* e del *congelamento* dei beni e delle risorse finanziarie sono stati regolamentati in funzione di una libera identificazione delle persone e delle organizzazioni colpite, sulla base di elementi direttamente acquisiti (anche di provenienza ONU) e discrezionalmente valutati; l'inserimento nella lista discende dalla pendenza in sede nazionale di procedure di indagini o giudiziarie, oltre che da sentenze di condanna penale, ed è aggiornato ogni sei mesi, con possibilità di cancellazione dalla lista qualora mutino i presupposti per l'iscrizione; è prevista anche la possibilità di concessione di deroghe ed eccezioni all'applicazione del *congelamento* da parte dei comitati nazionali di proposizione, previa autorizzazione da parte del Consiglio UE.

3. Normazione nazionale

Il terzo livello normativo si sviluppa a livello nazionale, con l'individuazione degli organismi competenti a tenere i rapporti con quelli internazionali e comunitari e ad attuarne le relative disposizioni.

In Italia questo organismo è il *Comitato di sicurezza finanziaria* istituito con d.l. 21 ottobre 2001 n. 369, conv. in l. 14 dicembre 2001 n. 431, e ridisciplinato con l'art. 3 del d.legs. 22 giugno 2007 n. 109, emanato in attuazione della Direttiva 2005/60/CE.

Questo Comitato, presieduto dal direttore generale del Tesoro, è composto dai rappresentanti dei Ministeri degli Esteri, dell'Interno, della Giustizia, della Banca d'Italia, dell'Ufficio Italiano Cambi, della Consob, dell'ISVAP, del Demanio, della Guardia di Finanza, dell'Antimafia e dei Carabinieri ed ha il compito di monitorare il sistema di prevenzione e di sanzioni per il finanziamento al terrorismo, raccordando tutte le attività delle amministrazioni interessate (e che per questa ragione sono rappresentate nel suo seno) ed acquisendo tutte le informazioni necessarie, anche in deroga al segreto d'ufficio ed alla legge sull'accesso.

Le informazioni acquisite dal Comitato sono coperte dal segreto d'ufficio per legge.

Il Comitato acquisisce e fornisce informazioni anche dai servizi segreti e dalle autorità giudiziarie, così da favorire sinergie di azioni e decisioni, e propone il *listing* o il *delisting* alle autorità preposte delle Nazioni Unite e dell'Unione europea, sulla base dello stato dei procedimenti giudiziari e di indagine aperti in sede nazionale.

Il decreto legislativo 109/2007 regola anche la diretta attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nelle more dell'adozione delle relative deliberazioni da parte dell'Unione Europea, attribuendo al Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro degli Affari Esteri, il potere di adozione dei relativi decreti di *congelamento* dei fondi di persone *listate* su proposta del Comitato per la sicurezza finanziaria.

Ulteriori compiti di collaborazione con il Ministro dell'Economia per il contrasto dell'attività di riciclaggio sono stati attribuiti dall'art. 5 del d.legs. 21 novembre 2007 n. 231 al Comitato che deve anche preparare una relazione annuale sulla sua attività.

Il d.legs. 109/2007 regola anche la irrogazione delle sanzioni per la violazione delle sue disposizioni mediante il richiamo del testo unico delle norme in materia valutaria, il cui art. 32, comma 7, richiama a sua volta l'art. 23 della legge 689/81 per la proposizione di opposizione ai provvedimenti sanzionatori [art. 13, comma 3: "*3. Per l'accertamento delle violazioni di cui ai commi 1 e 2 e per l'irrogazione delle relative sanzioni si applicano le disposizioni del titolo II, capi I e II, del testo unico delle norme di legge in materia valutaria, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1988, n. 148, e successive modificazioni, fatta eccezione per le disposizioni dell'articolo 30*"] ed attribuisce la competenza per le impugnazioni degli atti non sanzionatori al TAR Lazio [art. 14: "*1. La competenza territoriale per le impugnazioni di provvedimenti previsti dal presente decreto è attribuita al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. 2. Qualora nel corso dell'esame del ricorso si evidenzi che la decisione dello stesso dipende dalla cognizione di atti per i quali sussiste il segreto dell'indagine o il segreto di Stato, il procedimento è sospeso fino a quando l'atto o i contenuti essenziali dello stesso non possono essere comunicati al tribunale amministrativo. Qualora la sospensione si protragga per un tempo superiore a due anni, il tribunale amministrativo può fissare un termine entro il quale il Comitato è tenuto a produrre nuovi elementi per la decisione o a revocare il provvedimento impugnato. Decorso il predetto termine, il tribunale amministrativo decide allo stato degli atti.*"].

Si può dire che il nostro Paese è all'avanguardia nel campo, sia come completezza e precisione della legislazione sia come attività di segnalazione dei nominativi da iscrivere nelle liste (è il secondo Paese, dopo gli Stati Uniti, per le segnalazioni al *Comitato per le sanzioni* del Consiglio di Sicurezza) e dell'ampliamento della gamma dei gruppi eversivi da combattere (ha chiesto l'inserimento nelle liste UE delle BR-PCC e di altre organizzazioni terroristiche italiane).

B) TUTELA

1. A livello del Comitato di sicurezza ONU

Anche sul versante della tutela delle persone e dei gruppi inseriti nelle *black list* ed oggetto delle misure di *congelamento* possiamo individuare tre livelli di tutela, più o meno corrispondenti ai tre livelli di normazione testé individuati.

Quanto al livello di attività del Consiglio di Sicurezza ONU e del suo *Comitato per le sanzioni*, non esiste un'Autorità giudiziaria o amministrativa *ad hoc* cui possa essere proposta una contestazione concernente le iniziative adottate né altre Autorità giurisdizionali (ad esempio dei Paesi interessati o dell'Unione europea) possono ritenersi competenti ad esaminare le risoluzioni di quegli organismi (si vedano, in ambito europeo, le sentenze del Tribunale di primo grado UE 21 settembre 2005 e della Corte di Giustizia UE 3 settembre 2008 e le altre delle quali parleremo in prosieguo; in ambito nazionale, le ordinanze del Tribunale di Milano 14 febbraio 2003, in causa *Nasco Business recidente Center srl c. Min. Economia e Finanze e Banca Sanpaolo-IMI*, e 8 marzo 2005, in causa *Minin c. Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza*, che hanno rigettato ricorsi *ex art. 700 cpc* intesi a bloccare gli effetti del congelamento dei beni conseguente alla iscrizione nelle *black list*, e la sentenza della Cassazione penale 4 dicembre 2008, *Minin*, che si è dichiarata incompetente a disporre la restituzione di beni sequestrati in esito a decreto di *congelamento*).

E' solo possibile richiedere al *Comitato* il *de-listing* ma questa procedura non ha nessun carattere giustiziale ed è imperniata sull'attività diplomatica dello Stato di appartenenza del soggetto o dell'organizzazione richiedente; anche se dal novembre 2006, in seguito ad una modifica delle sue linee-guida, le istanze possono essere proposte direttamente al *Comitato* dagli interessati mentre prima potevano essere presentate solo allo Stato di appartenenza, l'*iter* della richiesta è rimesso totalmente all'attività diplomatica dello Stato che deve istruire e portare la questione in *Comitato* ed ivi formulare una proposta sulla quale si deve raggiungere l'unanimità.

Certo, nelle più recenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza non manca mai il richiamo al rispetto del diritto internazionale in materia di diritti umani (Ris. 1456/2003) ed agli obblighi di informazione e comunicazione degli addebiti nei confronti dei soggetti *listati* (Ris. 1617/2005, 1822/2008), ma nessuna norma prevede l'audizione dinanzi al *Comitato per le sanzioni* o la comunicazione degli elementi di prova a carico e, tanto meno, il diritto ad un ricorso effettivo, nonostante sollecitazioni da parte dello stesso Segretario Generale delle Nazioni Unite e dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo (si veda il rapporto di quest'ultimo del 9 marzo 2007 *sulla*

protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo) e ciò è tanto più preoccupante se si considera che l'inserimento nelle liste ONU ha funzione meramente preventiva e prescinde dalla pendenza negli Stati di procedimenti di indagine o giudiziari (a differenza di quel che accade per le liste europee).

2. A livello della giurisdizione UE

Il secondo livello di tutela dei soggetti *listati* va individuato, per quel che interessa l'Unione europea, dinanzi ai suoi organi giudiziari.

La giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto il diritto di ogni soggetto od organizzazione inserita nelle *black list* di impugnare direttamente dinanzi al Tribunale i provvedimenti adottati dagli Organismi comunitari ma nella definizione dei poteri di cognizione devono essere tenuti distinti i casi in cui l'UE si limita a dare esecuzione alle deliberazioni ONU dai casi in cui decide autonomamente.

Quanto al primo settore, circa l'estensione della sua potestà giurisdizionale, il Tribunale aveva inizialmente adottato una linea molto prudente, negando la possibilità di giudicare sui provvedimenti meramente attuativi di disposizioni del Consiglio di sicurezza ONU e del suo *Comitato per le sanzioni*, attesa l'immunità giurisdizionale di quegli organismi internazionali (Trib. primo grado 21 settembre 2005, in causa T-315/2001, *Kadi c. Consiglio e Commissione UE*, e in causa T-306/2001, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione UE*) e la mancanza di potestà valutative da parte degli organismi europei che ne devono soltanto dare attuazione, in ossequio a quanto disposto dall'art. 48, comma 2, della Carta ONU (secondo cui le decisioni del Consiglio di sicurezza "sono eseguite dai Membri delle Nazioni Unite direttamente o mediante la loro azione nelle organizzazioni internazionali competenti di cui siano Membri").

Questa linea è stata smentita dalla Corte di Giustizia con la sentenza della Grande sezione 3 settembre 2008, cause 402/05 P e 415/05 P, che ha riformato le sentenze di primo grado *Kadi e Yusuf* statuendo che: "*Il giudice comunitario è tenuto, in conformità alle competenze a lui attribuite dal trattato Ce, a garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi inclusi gli atti che mirano ad attuare risoluzioni adottate dal consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della carta delle Nazioni Unite, benché tale controllo abbia ad oggetto l'atto comunitario volto ad attuare la risoluzione internazionale in questione, e non quest'ultima in quanto tale, e debba essere svolto tenendo in considerazione gli obblighi pertinenti che derivano alla Comunità dalla carta delle Nazioni Unite relativamente a tale attuazione (nella specie,*

la corte ha annullato le sentenze del tribunale di primo grado, ritenendo che esse fossero incorse in un errore di diritto nella parte in cui stabilivano che il regolamento comunitario controverso, in quanto attuativo di una risoluzione del consiglio di sicurezza, beneficiasse di un'immunità giurisdizionale quanto alla sua legittimità interna, salva la sua compatibilità con le norme di ius cogens).

Il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e implica, nell'ipotesi di inserimento del nome di una persona o di un'entità nell'elenco dei soggetti sospettati di terrorismo, con conseguente congelamento dei suoi beni ai sensi del regolamento (Ce) 27 maggio 2002 n. 881/2002, che l'autorità comunitaria, eventualmente adottando le precauzioni necessarie a garantire che le misure di congelamento mantengano la loro efficacia e beneficino di un effetto a sorpresa, sia tenuta a comunicare i motivi dell'inserimento all'interessato al momento in cui tale inclusione è stata decisa, o, quantomeno, il più rapidamente possibile dopo tale decisione, in modo da consentire ai destinatari di prendere conoscenza degli elementi a loro carico e di esercitare, entro i termini, il loro diritto di ricorso (nella specie, la corte ha annullato il regolamento impugnato nella parte riguardante i ricorrenti, ritenendo che i loro diritti al contraddittorio e a un ricorso giurisdizionale effettivo fossero stati violati ed escludendo che il consiglio avesse adottato precauzioni idonee a contemperare le ragioni di sicurezza alla base del regolamento e i diritti di difesa dei ricorrenti).

Le misure di congelamento dei fondi di persone o entità sospettate di terrorismo, pur costituendo in linea di principio una restrizione giustificabile del diritto di proprietà, devono essere adottate secondo procedure che forniscano all'interessato la possibilità di esporre le proprie ragioni alle autorità competenti (nella specie, la corte ha negato che tali garanzie fossero state fornite e ha annullato il regolamento nella parte relativa ai ricorrenti, mantenendo tuttavia, ai sensi dell'art. 231 Ce, gli effetti del regolamento controverso per un periodo di tre mesi, onde consentire alle istituzioni comunitarie di porre rimedio alle violazioni accertate senza compromettere irrimediabilmente l'efficacia delle misure restrittive, qualora la loro applicazione nei confronti dei ricorrenti si rivelasse giustificata)."

In buona sostanza, la Corte ha spostato l'attenzione dalla generica nozione di *jus cogens* (inteso come ordinamento pubblico internazionale che si impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, menzionato nell'art. 53 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* del 1969 ma che non ha avuto una elaborazione particolare nella prassi e nella giurisprudenza internazionale e manca, quindi, di riferimenti concreti) alla nozione di *diritti fondamentali dell'uomo*, che costituisce una delle basi dell'Unione europea e che ha un contenuto specifico quale individuato, per quel che ci interessa in questo

studio, dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, dalle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi dell'UE, dall'art. 6 del Trattato UE, come riformato dal Trattato di Lisbona, dalla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo e delle Corti Costituzionali degli Stati.

L'orientamento della Corte di Giustizia è stato seguito dal Tribunale nelle sentenze 11 giugno 2009, in causa 318/01, *Omar Mohammad Othman c. Consiglio UE*, [che ha così giustificato la sua decisione di annullamento dei regolamenti adottati per il *congelamento* dei beni del ricorrente in esecuzione di risoluzioni del *Comitato per le sanzioni* sulle seguenti ragioni: "...il Consiglio non ha comunicato al ricorrente gli elementi assunti a suo carico per fondare le misure restrittive imposte nei suoi confronti, né gli ha concesso il diritto di prenderne conoscenza entro un termine ragionevole dopo l'adozione di tali misure, il ricorrente non era in grado di far conoscere utilmente il suo punto di vista in proposito. Pertanto, i diritti della difesa del ricorrente, in particolare quello al contraddittorio, non sono stati rispettati...il ricorrente non ha potuto difendere i suoi diritti in condizioni soddisfacenti dinanzi al giudice comunitario neppure con riferimento a tali elementi, cosicché deve del pari rilevarsi una violazione del citato diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo... nell'ambito del presente ricorso, non è stato posto rimedio a tale violazione, dal momento che il Consiglio non ha fatto valere alcun elemento a tal fine...nelle circostanze del caso in esame, l'applicazione al ricorrente delle misure restrittive derivanti dal regolamento controverso, per effetto della sua inclusione nell'elenco di cui al suo allegato I, costituisce una restrizione ingiustificata del suo diritto di proprietà..."] e 30 settembre 2009, in causa T-341/07 *Sison c. Consiglio* [ove ha precisato che: "...se è vero che il Tribunale riconosce al Consiglio un margine discrezionale in materia, ciò non implica che esso debba astenersi dal controllare l'interpretazione dei dati rilevanti fornita da tale istituzione (v. sentenze PMOI I, punto 138, e PMOI II, punto 55). Infatti, il giudice comunitario è tenuto, in particolare, non solo a verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare la situazione e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte. Tuttavia, nell'ambito di tale controllo, egli non è tenuto a sostituire la propria valutazione d'opportunità a quella del Consiglio"].

Con queste ultime pronunzie si deve ritenere superata anche quella giurisprudenza dei giudici comunitari che avevano ristretto notevolmente il diritto di accesso ai documenti rivendicato da soggetti iscritti nelle liste e, quindi, destinatari del *congelamento* dei loro beni; sul punto, la Corte di Giustizia, nella sentenza 1 febbraio 2007, in causa 266/05 P *Sison c. Consiglio*, aveva deciso che, quanto al diritto di accesso: "*Qualora un'istituzione comunitaria neghi*

la possibilità di consultazione di un documento in virtù di una delle eccezioni previste dall'art. 4, n. 1, lett. a), regolamento 1049/2001/Ce, il controllo di legittimità esercitato dal giudice comunitario sulla decisione di diniego deve limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, dell'esattezza dei fatti materiali, nonché dell'assenza sia di un errore manifesto nella valutazione dei medesimi sia di uno sviamento di potere (nella specie, la corte ha ritenuto corretta la decisione del tribunale di primo grado che aveva a sua volta considerato legittimo il diniego di consultazione opposto dal consiglio Ue al ricorrente, inserito nell'elenco di persone ed enti assoggettati al congelamento dei capitali, in quanto il diniego era fondato sul fatto che i documenti in esame concernevano sospetti di terrorismo e dunque integrava di per sé l'eccezione del rischio di pregiudizio alla sicurezza pubblica).”; e che, quanto all'obbligo di motivazione: “L'obbligo di motivazione di un atto comunitario deve essere valutato in funzione delle circostanze del caso, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto o altre persone, che il detto atto riguardi direttamente e individualmente, possano avere a ricevere spiegazioni (nella specie, la corte ha ritenuto corretta la decisione del tribunale di primo grado che aveva a sua volta considerato adeguata la motivazione del diniego di consultazione opposto dal consiglio Ue al ricorrente, benché concisa, in quanto tale concisione era giustificata dalla necessità di non arrecare pregiudizio agli interessi di particolare delicatezza tutelati dalle eccezioni al diritto d'accesso di cui all'art. 4, n. 1, lett. a), primo e terzo trattino, regolamento 1049/2001, rivelando informazioni che le dette eccezioni mirano precisamente a salvaguardare).”

Nel secondo settore, cioè quello che comprende il contenzioso sugli atti adottati dal Consiglio dell'Unione Europea nell'ambito della sua potestà discrezionale, la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di un giusto processo non trova ostacoli, essenzialmente perché l'inserimento nelle liste è correlato alla pendenza nello Stato membro di un procedimento di indagine o giudiziario, quando non già su una sentenza di condanna.

La tutela dei diritti di informazione e contraddittorio si esplica, infatti, nel procedimento nazionale e l'obbligo di motivazione del provvedimento comunitario è assolto in misura pressoché assorbente dal riferimento allo stato ed agli esiti di quel procedimento.

Inoltre, l'obbligo di revisione semestrale delle liste obbliga il Consiglio a tener conto degli sviluppi dei procedimenti nazionali e, nel contempo, consente agli interessati di proporre le proprie istanze e, se del caso, di portarle al giudizio del Tribunale.

Ad ulteriore tutela dei diritti dei soggetti inseriti nelle liste i regolamenti europei prevedono la possibilità di deroghe ed eccezioni all'applicazione del

regime del *congelamento* delle risorse economiche, a fini di sostentamento o umanitari, attribuendone la competenza alle autorità amministrative nazionali competenti (in Italia, il *Comitato di sicurezza finanziaria*).

Lo Stato italiano, in ossequio al principio di leale collaborazione, collabora attivamente con le istituzioni comunitarie anche nella fase giudiziale aperta su impugnazione dei provvedimenti restrittivi; in particolare, nelle cause T-49/07, *Sofiane Fahas c. Consiglio*, (andata in discussione il 10 novembre 2009 e non ancora decisa) e T-4/10, *Faraj Al Saadi*, siamo intervenuti nel giudizio ed abbiamo portato tutte le notizie utili sul processo penale in corso (anche con la collaborazione del Comitato di sicurezza finanziaria), riferendo al Collegio dei nostri istituti processuali che salvaguardano il diritto dell'imputato a partecipare alle indagini oltre che al processo penale, ad essere informato e sentito, a difendersi adeguatamente.

In questo ambito di tutela si inseriscono la sentenza della Corte di Giustizia 3 dicembre 2009, in cause riunite C-399/06 P e C-103/06 P, che ha annullato le sentenze del Tribunale di primo grado 12 luglio 2006, in causa T-253/02, *Chafiq Ayadi c. Consiglio*, e in causa T-49/04, *Faraj Hassan c. Consiglio*, quindi annullando i regolamenti impugnati, con espresso richiamo alle ragioni della sentenza *Kadi* (disattese dal Tribunale che aveva insistito sull'operatività del solo *jus cogens*) e la sentenza del Tribunale di primo grado 4 dicembre 2008, in causa T-284/08, *OMPI (People's Mojahedin Organization of Iran) c. Consiglio dell'Unione europea*, che ha annullato il provvedimento di inserimento in lista osservando che: “*Nell'ambito del procedimento per l'adozione di una decisione del consiglio dell'Unione europea, finalizzata al congelamento dei fondi detenuti da una persona fisica o giuridica sospettata di terrorismo, si presume violato il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo quando il consiglio dell'Unione europea non abbia ascoltato l'interessato e non gli abbia consentito di conoscere le ragioni del provvedimento adottato, rifiutando altresì di comunicare, anche al solo tribunale comunitario nel corso del successivo procedimento giudiziario, i documenti posti a base della decisione che giustificherebbe la deroga a tali diritti (nella specie, il tribunale ha annullato la decisione del consiglio 15 luglio 2008 n. 2008/583/Ce nella parte in cui includeva l'ente ricorrente nell'elenco delle organizzazioni terroristiche, basata su documenti confidenziali provenienti dall'autorità investigativa di uno stato membro).*”

3. A livello nazionale

Il terzo livello di tutela giudiziaria si esplica nell'ambito degli istituti giurisdizionali degli Stati membri dell'Unione europea.

In primo luogo, il soggetto interessato partecipa al procedimento penale che lo riguarda, con tutte le garanzie riconosciute dal codice di procedura sia

in fase istruttoria che dibattimentale.

In secondo luogo, il soggetto inserito nelle liste può impugnare dinanzi all'Autorità giudiziaria nazionale il rifiuto opposto dallo Stato di appartenenza a presentare agli organismi competenti la sua istanza di cancellazione dalla lista: l'efficacia di questa tutela è testimoniata dalla sentenza del Tribunale di primo grado di Bruxelles 11 febbraio 2005, in causa *Nabil Sayadi e Patricia Vinck c. Regno del Belgio*, che ha condannato lo Stato a richiedere, con procedura d'urgenza, al *Comitato per le sanzioni* la cancellazione del loro nome dalla lista, prevedendo una sanzione pecuniaria per il ritardo.

Le Corti del Regno Unito si sono espresse in termini non univoci in occasione di due casi portati alla loro attenzione: con sentenza 22 settembre 2006 della *High Court of Justice di Londra*, confermata in appello con sentenza 6 marzo 2007, nel caso *M.A.M. c. Her Majesty's Treasury*, è stato rigettato il ricorso delle mogli di alcuni individui inseriti nelle *black list* che chiedevano l'esclusione dal *congelamento* delle loro pensioni sociali, con la motivazione che una interpretazione ed applicazione ampia del vincolo sui beni si imponeva per un efficace perseguimento degli obiettivi indicati dal Consiglio di sicurezza nella lotta al terrorismo; con altra recente sentenza del 27 gennaio 2010 la *Corte Suprema*, nei casi *Her Majesty's Treasury c. Mohammed Jabar Ahmed and others e c. Mohammed El Sayed Sabati Youssef*, sono stati, invece, annullati i provvedimenti di *congelamento* dei beni adottati in conseguenza dell'inserimento nelle liste preparate dal *Comitato per le sanzioni* dell'ONU per l'insufficienza di un semplice atto amministrativo, quale quello adottato dal Ministero del Tesoro sulla base dell'art. 1, comma 1, dello *United Nation Act 1946* (che autorizzava in via generale ad adottare tutti gli atti necessari per rendere effettive le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU), in mancanza di una formale incriminazione da parte di un Tribunale ovvero di una espressa previsione di legge; in conseguenza di questa sentenza, il Parlamento inglese ha adottato, nel giro di un solo mese, una apposita legge, il *Terrorist Asset-Freezing Act 2010*, che ha ribadito il precedente regime nel rispetto del principio di legalità richiesto dalla Corte Suprema.

In Italia, l'Autorità Giudiziaria si è occupata di iscrizione nelle *back list* sotto il profilo della sua funzione probatoria ai fini del riconoscimento della natura terroristica dell'organizzazione, per il delitto di associazione con finalità di terrorismo internazionale, negandone la valenza autonoma ma considerandola solo come "*base di indagine circa i fini perseguiti dalla stessa*" (Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2005, *Drissi*; 11 ottobre 2006, *Bouyahia*; ecc.); inoltre, la nostra Suprema Corte ha mantenuto fermo il sequestro di beni dell'imputato, riconosciuto la valenza del provvedimento di *congelamento* dei beni anche nel caso di chiusura del procedimento penale (Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 2008, *Minin*), ritenendo che: "*In tema di sequestro penale di cose già sottoposte a decreto di congelamento delle risorse economiche, disposto ai sensi*

degli art. 4 e 5 d.leg. 109/07, non può essere disposta la restituzione delle cose sequestrate, richiesta dall'interessato all'esito del processo penale definito con sentenza che abbia accertato il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana, in quanto permane la necessità di mantenere sulle cose il vincolo di indisponibilità stabilito per effetto del decreto di congelamento".

La tutela del diritto di proprietà del ricorrente resta dunque affidata all'iniziativa del Comitato di sicurezza finanziaria che, una volta ricevuta comunicazione dall'autorità giudiziaria del venir meno del sequestro penale, anche a seguito di istanza dell'interessato, potrà formulare alle competenti autorità internazionali, sia delle Nazioni unite che dell'Unione europea, una proposta di cancellazione del ricorrente dalle liste di soggetti designati (v. art. 3, 12° comma, d.leg. 109/07, c.d. *de-listing*)

Non sembra esserci spazio, invece, per una tutela risarcitoria in relazione al *congelamento* dei beni; in assenza di giurisprudenza nazionale sul punto, citiamo le sentenze del Tribunale di primo grado 7 giugno 2004, in causa T-338/02, *Segi c. Consiglio*, e Corte di Giustizia 27 febbraio 2007, in causa C-355/04 P, che ha confermato la prima, ribadendo che non sono esperibili rimedi giurisdizionali nei confronti di provvedimenti adottati in attuazione di *posizioni comuni* (che, come sopra abbiamo visto sono alla base dei regolamenti comunitari emanati nella materia ed hanno natura di atti politici).

4. A livello CEDU

Resta aperto l'approccio al problema della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti *listati* secondo la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* e la *Corte di Strasburgo*.

Soltanto in un caso la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata su una misura di sequestro di beni adottata da uno Stato in esecuzione di un regolamento comunitario attuativo di *embargo* di merci verso la *ex* Repubblica di Jugoslavia stabilito dal Consiglio di sicurezza ONU; nella sentenza 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, la Corte ha respinto il ricorso dichiarando di non poter entrare nel merito di provvedimenti assunti dalla Comunità europea in adempimento di obblighi internazionali, dovendosi presumere che l'ordinamento comunitario sia equivalente a quello della *Convenzione* di Roma in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Con le stesse ragioni e sulla base della riaffermata incompetenza della Corte di Strasburgo a giudicare di provvedimenti attuativi di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU, poiché ciò costituirebbe una ingerenza non consentita nella realizzazione della missione delle Nazioni Unite nel mantenimento della pace e della sicurezza dei popoli, sono stati dichiarati inammissibili dalla *Grande chambre*, con sentenza 31 maggio 2007, i ricorsi di *Agim e Bekir Behrami c. Francia* e *Sbramati c. Francia, Germania e Nor-*

vegia aventi ad oggetto presunte violazioni dei diritti umani commesse da Stati partecipanti alle missioni KFOR e UNMIK operanti in Kosovo sotto l'egida del Consiglio di Sicurezza.

La giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo non ammette, in generale, limitazioni ai principi fondamentali dell'uomo come stabiliti nella *Convenzione europea* a fronte di esigenze contrarie degli Stati in materia di sicurezza (si veda, ad esempio, la sentenza 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, secondo cui: “*I motivi che determinano la decisione di espellere uno straniero sono irrilevanti al fine di valutare se esista il rischio che, in caso di espulsione, tale individuo sia sottoposto a maltrattamenti in violazione dell'art. 3 della convenzione; in particolare, dato il carattere assoluto del divieto di tortura, non è possibile tenere conto, ai fini della valutazione del rischio di maltrattamenti, della condotta - per quanto deprecabile o pericolosa - posta in essere dall'individuo in questione*”), pur consentendo una valutazione proporzionale fra i vari interessi in gioco ed un giudizio di necessità (si vedano, fra le tante, le sentenze 25 febbraio 1997, *Z. c. Finland*, e 7 agosto 1996, *C. c. Belgium*, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, e *Manoussakis and others c. Greece*, sulla tutela della libertà di pensiero, coscienza e religione).

L'orientamento della Corte di Strasburgo è destinato a divenire di fondamentale importanza nella materia, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha definitivamente sancito il valore primario anche per l'UE della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, come diritto vivente in seguito all'interpretazione della Corte di Strasburgo, ed ha deliberato l'adesione dell'UE al Consiglio d'Europa (art. 6).

Peraltro, il Trattato di Lisbona ha anche ridefinito la disciplina delle misure preventive e delle sanzioni contro gli Stati, le organizzazioni e le persone ai fini di tutela dei cittadini dell'Unione dal terrorismo, dando indicazioni precise sul rispetto dei diritti fondamentali anche in questo settore; si vedano gli art. 75 e 215 TFUE i quali dispongono che “*gli atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche*” e, quindi, impongono che gli atti con i quali sono disposte misure preventive o sanzioni siano adeguatamente motivati e prevedano la loro impugnabilità dinanzi ai giudici comunitari; si veda la *Dichiarazione relativa agli articoli 75 e 215 del TFUE* - allegata al Trattato di Lisbona - ove si dichiara che “*il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali implica, in particolare, che sia prestata la dovuta attenzione alla protezione ed al rispetto del diritto al giusto processo delle persone o entità interessate. A tal fine, e per garantire una revisione giudiziaria esauriente delle decisioni che sottopongono una persona o entità a misure restrittive, tali decisioni devono essere basate su criteri chiari e distinti. I criteri dovrebbero essere adeguati alle caratteristiche specifiche di ciascuna misura restrittiva*”.

Con questa dichiarazione penso di poter chiudere il mio intervento perché, in sintonia con quanto statuito dalla più recente giurisprudenza dei giudici comunitari sopra richiamata, il Trattato ha delineato in termini precisi e decisi la posizione dell'Unione Europea nella difficile opera di bilanciamento fra le esigenze di sicurezza dell'Unione ed il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, secondo l'auspicio del Montesquieu, che *“nei paesi nei quali la libertà è oggetto di maggior stima, [non] vi [siano] leggi attraverso le quali un singolo ne sia privato, al fine di preservarla per l'intera comunità”* (M., *L'esprit des lois*, livre XII, chapitre XIX).

(Allegato)

Ct. 10501/10 – Avv. Albenzio

**AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA
OSSERVAZIONI**

del **GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA**, in persona dell'Agente designato per il presente giudizio, con domicilio eletto a Lussemburgo presso l'Ambasciata d'Italia, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato,

nella causa T-4/10

Faraj Faraj Hassan Al Saadi

contro

Commissione dell'Unione Europea,

con l'intervento

del Consiglio dell'Unione e

della Repubblica italiana, a sostegno della Commissione,

promossa per l'annullamento del Regolamento della Commissione 13 ottobre 2009 n. 954, nei limiti in cui riguarda il ricorrente.

* * * * *

1. Con ordinanza del Tribunale in data 15 aprile 2010 (Reg. 429691) l'Italia è stata autorizzata ad intervenire nella causa in oggetto a sostegno della Commissione europea; analoga decisione (con ordinanza 17 marzo 2010 - Reg. 428056) è stata presa nei riguardi del Consiglio UE; la Repubblica Italiana espone qui di seguito le ragioni del suo intervento e delle sue conclusioni a favore della legittimità del Regolamento della Commissione n. 954/2009 *ex adverso* impugnato.

2. Le ragioni a base dei motivi dell'avverso ricorso sono infondate; in risposta a quanto dedotto dal sig. Faraj Hassan circa la lamentata violazione dei diritti di difesa, si osserva:

3. Come giustamente evidenziato nella memoria presentata dalla Commissione europea, il ricorrente ha ricevuto comunicazione del suo inserimento nella lista con lettera 8 maggio 2009 e, a seguito della richiesta inviata in data 21 maggio 2009 dai suoi difensori in ordine alla comunicazione delle ragioni poste a fondamento del suo inserimento nella "lista", il 24 giugno 2009 la Commissione ha inviato all'interessato lo "statement of reasons for listing" e lo ha invitato a presentare eventuali commenti e osservazioni entro il 23 luglio 2009.

4. A seguito delle osservazioni trasmesse, inidonee a determinare una revisione dell'originaria decisione di inserimento del sig. Faraj Hassan nelle "liste consolidate", la Commissione ha

comunicato all'interessato la decisione di mantenere l'iscrizione dello stesso nella lista .

5. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente nell'atto di gravame, il medesimo è stato messo pienamente in condizione di essere a conoscenza del fatto di essere stato inserito nella "lista" e delle ragioni della sua iscrizione ed è stato messo in condizione di proporre le sue eventuali osservazioni; in seguito gli sono state rese note le ragioni in base alle quali la commissione non ha ritenuto valide le osservazioni proposte dal ricorrente al fine di accogliere una richiesta di *de-listing*; d'altronde è lo stesso Faraj Hassan - nei motivi posti a fondamento dell'impugnazione - che, nel sostenere l'insufficienza delle motivazioni con le quali sarebbe stata decisa la conferma della sua iscrizione, ammette di essere stato messo a conoscenza delle motivazioni poste a fondamento di tale decisione.

6. Invero, a pag. 25 del ricorso, Faraj Hassan contesta che l'unico elemento aggiuntivo rispetto all'originario *statement of reasons* che giustificava il suo mantenimento nella lista era costituito (nella comunicazione inviategli dalla Commissione in data 21 ottobre 2009) dall'emissione delle sentenze del Tribunale (in data 18 dicembre 2006) e della Corte di assise d'appello di Milano (in data 7 febbraio 2008), con le quali veniva riconosciuto colpevole e condannato a 5 anni e 10 mesi di reclusione per essere stato ritenuto partecipe di associazione terroristica e reati connessi.

7. Fermo restando, pertanto, che per le ragioni sopra esposte il ricorrente era stato certamente messo in condizione di avere notizia del suo inserimento e del suo mantenimento in lista nonché delle ragioni poste a fondamento di tali decisioni e dei relativi elementi di prova sui quali tali decisioni si fondavano, si rivelano poi assolutamente inconsistenti e prive di fondamento giuridico le osservazioni del ricorrente in ordine all'insufficienza di elementi che giustificavano il suo inserimento e il suo mantenimento nella lista.

8. Si osserva al proposito che, nel caso oggetto di esame, trattandosi di soggetto nei confronti del quale sono state emesse due sentenze di condanna passate in giudicato per reati di terrorismo, appare superflua ogni ulteriore considerazione.

9. Posto che per l'iscrizione e il relativo mantenimento nella *black list* – avente natura di misura di prevenzione – è sufficiente un *quid minus* rispetto alla sentenza di condanna, laddove anche la semplice pendenza di un procedimento penale per reati di terrorismo e/o reati connessi, nonché elementi indiziari attestanti il coinvolgimento di un soggetto in attività terroristiche o ad esse riferibili (quali ad es. relazioni di servizio, informative di polizia giudiziaria etc.), potrebbero già di per sé essere ritenute sufficienti ai fini dell'inserimento nelle liste, il problema non dovrebbe proprio porsi nelle ipotesi in cui ci si trovi innanzi a statuizioni aventi addirittura l'autorità di cosa passata in giudicato.

10. Ancora, assolutamente prive di fondamento sono tutte quelle osservazioni formulate dal ricorrente in ordine all'assoluta insussistenza di prove sul suo coinvolgimento in attività terroristiche e alla contestazione della veridicità degli assunti probatori posti a fondamento delle sentenze emesse dall'autorità giurisdizionale italiana.

11. Atteso, invero, che non sussistono elementi per ritenere che i processi italiani si siano celebrati con violazione dei diritti di difesa e del contraddittorio e che quindi il sig. Faraj Hassan era stato messo in condizione di conoscere i provvedimenti giurisdizionali emessi a suo carico, di partecipare al giudizio e di proporre tutte le questioni che ritenesse opportuno ai fini di un corretto esercizio del suo diritto di difesa, nonché di poter contestare l'assunzione delle prove e di impugnare i provvedimenti giurisdizionali nei termini di legge finché non avevano raggiunto il carattere della definitività, negare ora dinanzi al Tribunale dell'Unione Europea la veridicità delle prove poste a fondamento delle sentenze italiane vorrebbe dire negare l'autorità

della giurisdizione nazionale e violare il principio della certezza del diritto.

12. Mettere in discussione il contenuto di una sentenza definitiva emessa da un'Autorità Giudiziaria di uno Stato membro comporta anche una violazione del principio di leale collaborazione fra le istituzioni dell'UE e quelle degli Stati membri; in proposito si veda quanto affermato nella recente sentenza di codesto Tribunale del 30 settembre 2009, in causa T-341/07, ove, a conferma di quanto già statuito nelle precedenti sentenze OMPI e PMOI I, è stato detto che: “94. ...ai sensi dell'art. 10 CE, i rapporti tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono regolati da doveri reciproci di leale cooperazione...95. ...in un caso di applicazione dell'art. 1, n. 4, della posizione comune 2001/931 e dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 2580/2001, disposizioni che instaurano una forma di cooperazione specifica tra il Consiglio e gli Stati membri nell'ambito della lotta comune al terrorismo, tale principio comporta, per il Consiglio, l'obbligo di rimettersi, per quanto possibile, alla valutazione dell'autorità nazionale competente, quanto meno se si tratta di un'autorità giudiziaria, in particolare riguardo all'esistenza di «prove o indizi seri e credibili» sui quali si fonda la decisione di quest'ultima.”

13. Laddove il sig. Faraj Hassan avesse ritenuto che le prove assunte a suo carico avrebbero potuto essere confutate, avrebbe dovuto farlo nelle sedi opportune (il Tribunale e la Corte d'Appello di Milano) e nei tempi e nei termini indicati dalla legge dello Stato nel quale veniva sottoposto a giudizio; non è possibile ora negare il contenuto delle intercettazioni, laddove il contenuto di quelle intercettazioni che abbiano assunto il rango probatorio idoneo a fondare una statuizione di condanna, possono essere acquisite agli atti di un procedimento penale solo nelle ipotesi in cui le stesse vengano effettuate nel rispetto di tutte le garanzie di legge, dal momento dell'autorizzazione a quello dell'espletamento delle stesse sino a quello della trascrizione dei dialoghi in esse contenuti, al deposito, alla trascrizione delle medesime

14. Il sistema processuale penale italiano – in ossequio al principio del giusto processo sancito dall'art. 111 della Costituzione – pone sullo stesso piano l'accusa e la difesa dell'imputato e concede ai difensori dell'imputato le stesse facoltà della pubblica accusa, anche in punto di acquisizione delle prove che possono essere richieste o procurate direttamente, senza alcuna limitazione e senza alcuna preventiva autorizzazione dell'Autorità inquirente (si veda l'art. 327-bis del codice di procedura penale: “Attività investigativa del difensore. 1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro. 2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. 3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici”).

15. Peraltro, Faraj Hassan è stato destinatario di vari provvedimenti da parte delle Autorità inquirenti e giudiziarie italiane: l'ordine di custodia in carcere, la richiesta di rinvio a giudizio, la decisione della fissazione del dibattimento e delle relative udienze; tutti questi provvedimenti contengono l'esposizione delle ragioni delle imputazioni contestate all'imputato, come prescritto dall'ordinamento processuale italiano (v. art. 552 c.p.p.: “Decreto di citazione a giudizio. 1. Il decreto di citazione a giudizio contiene: a) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private, con l'indicazione dei difensori; b) l'indicazione della persona offesa, qualora risulti identi-

cata; c) l'enunciazione del fatto, in forma chiara e precisa, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge; d) l'indicazione del giudice competente per il giudizio nonché del luogo, del giorno e dell'ora della comparizione, con l'avvertimento all'imputato che non comparendo sarà giudicato in contumacia; e) l'avviso che l'imputato ha facoltà di nominare un difensore di fiducia e che, in mancanza, sarà assistito dal difensore di ufficio; ...g) l'avviso che il fascicolo relativo alle indagini preliminari è depositato nella segreteria del pubblico ministero e che le parti e i loro difensori hanno facoltà di prenderne visione e di estrarne copia; ...").

16. In relazione alle decisioni assunte dall'Autorità Giudiziaria all'imputato è garantito il contraddittorio e la possibilità di presentare le sue ragioni (v., quanto alla richiesta di rinvio a giudizio, l'art. 420: *"Costituzione delle parti. 1. L'udienza si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato"*).

17. Inoltre, dopo la chiusura delle indagini tutti gli atti istruttori sono consultabili da parte dell'imputato e del suo difensore (v. art. 415-bis: *"Avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari. 1. Prima della scadenza del termine previsto dal comma 2 dell'articolo 405, anche se prorogato, il pubblico ministero, se non deve formulare richiesta di archiviazione ai sensi degli articoli 408 e 411, fa notificare alla persona sottoposta alle indagini e al difensore avviso della conclusione delle indagini preliminari. 2. L'avviso contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto, con l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia. 3. L'avviso contiene altresì l'avvertimento che l'indagato ha facoltà, entro il termine di venti giorni, di presentare memorie, produrre documenti, depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore, chiedere al pubblico ministero il compimento di atti di indagine, nonché di presentarsi per rilasciare dichiarazioni ovvero chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio. Se l'indagato chiede di essere sottoposto ad interrogatorio il pubblico ministero deve procedervi...."*).

18. Pertanto, atteso che Faraj Hassan nel corso dei procedimenti penali celebratisi in Italia nei suoi confronti era stato messo in condizione di avere conoscenza delle prove a base delle imputazioni e, in particolare, delle trascrizioni delle intercettazioni, della facoltà di poter nominare un proprio consulente per effettuare le trascrizioni per proprio conto ed eventualmente confutare quelle effettuate dal perito nominato dal giudice e dal pubblico ministero, le contestazioni in ordine alla valenza probatoria delle stesse formulate dinanzi a codesto Tribunale, fuori dal procedimento penale e dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, appaiono assolutamente improponibili, oltre che prive di fondamento; se così non fosse si arriverebbe - come già in precedenza evidenziato - a mettere in serio pericolo la certezza del diritto.

19. Inoltre, l'ordinamento giuridico italiano, offre un ulteriore strumento a difesa del condannato, anche nelle ipotesi di sentenza di condanna passata in giudicato, che è quello della revisione del processo (titolo IV del codice di procedura penale, art. 629 e seguenti) nel caso di prove nuove o sopravvenute o che l'interessato non sia stato messo in condizione di dedurre al momento di celebrazione del dibattimento (v. art. 630 c.p.p.: *"630. Casi di revisione. 1. La revisione può essere richiesta: ...c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'articolo 631; d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata*

in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato”).

20. Neanche tale straordinario mezzo di impugnazione è mai stato esperito dal sig. Faraj Hasan, che si limita soltanto a contestare apoditticamente le prove poste a fondamento delle statuizioni di condanna emesse nei suoi confronti.

21. Ancora, se le sentenze di condanna passate in giudicato non dovessero essere ritenute elementi sufficienti per l'iscrizione di un soggetto sospettato di essere coinvolto in attività terroristiche nelle liste previste dai regolamenti ONU e CE e se, quindi, l'iscrizione nelle *black list* fondata su tali elementi dovesse essere ritenuta in violazione dei diritti umani (e delle relative convenzioni internazionali che ne assicurano la salvaguardia), si porrebbe in crisi tutto il sistema delle misure di prevenzione e cautelari degli Stati membri che, come la legislazione italiana, consentono l'adozione di provvedimenti ancor più incisivi sulla sfera personale del soggetto - dalla custodia cautelare in carcere agli arresti domiciliari all'obbligo di dimora alle sorveglianze speciali - che sono emessi sulla base di soli elementi indiziari e certamente inferiori sul piano dell'evidenza probatoria ad una sentenza di condanna passata in giudicato!

22. Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi con riferimento alle osservazioni svolte dal ricorrente laddove sostiene l'illegittimità della compromissione del diritto di proprietà; invero, se così fosse, in via di principio ogni provvedimento cautelare reale (previsto dal nostro ordinamento nazionale sia come sequestro preventivo che come sequestro cautelare e/o probatorio) dovrebbe ritenersi illegittimo, con evidente violazione del diritto-dovere dello Stato di evitare che l'imputato possa, attraverso l'utilizzazione dei suoi mezzi finanziari (probabilmente acquisiti illegittimamente) portare a compimento i suoi progetti delittuosi e consolidare gli effetti dei suoi reati. Sul punto ci associamo alle considerazioni sviluppate dalla Commissione nel suo atto difensivo.

23. Per quanto attiene, poi, l'attualità della pericolosità sociale del soggetto con riferimento sempre al suo passato coinvolgimento in attività terroristiche, è evidente che non si può dare un termine di scadenza preciso alla sua pericolosità e che il perdurare del pericolo potenziale della sua ulteriore partecipazione ad attività terroristiche tanto è maggiore quanto più gravi sono i precedenti e le eventuali pendenze giudiziarie dell'interessato; il codice di procedura penale italiano, all'art. 275, prevede una presunzione di pericolosità sociale del soggetto indiziato di appartenere ad organizzazioni criminali (mafiose e/o terroristiche o ad esse connesse) che giustifica l'adozione di una misura cautelare personale e ritiene adeguata la misura della custodia cautelare in carcere, senza dare eccessivo rilievo al tempo trascorso dalla commissione del reato e ponendo quasi un'inversione dell'onere probatorio, dal momento che per giustificare la non applicazione della misura carceraria è necessario dare conto di una eventuale dissociazione dall'organizzazione criminale o comunque effettiva cessazione della pericolosità sociale del soggetto; secondo il terzo comma del citato art. 275: *“La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, e 600-quinquies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate.”*

24. Ancora, come sopra detto, anche per quanto attiene l'emissione dei provvedimenti appli-

cativi delle misure di prevenzione non vi è una regola precisa nello stabilire l'attualità della pericolosità sociale del soggetto nei confronti del quale il provvedimento deve essere applicato, atteso che la gravità dei reati commessi fa propendere per il perdurare a lungo della pericolosità del soggetto e consente di giustificare l'adozione di una misura di prevenzione - anche di quelle che comportino una limitazione della libertà personale - non necessariamente contestuale alla commissione del reato in termini di valutazione di attualità della pericolosità.

25. A sostegno della pretesa del ricorrente non può giovare neppure il richiamo ai principi fondamentali dell'uomo come definiti nella Convenzione europea del 1950 o nella Dichiarazione universale del 1948, atteso che il diritto alla possibilità di ricorrere in giudizio invocato da Faraj Hassan in riferimento al (preteso) diritto di accesso a tutti gli elementi di prova a base della decisione censurata va valutato dal Tribunale UE in ponderazione con gli altri diritti della collettività e dei singoli individui che il provvedimento di inserimento nelle *black list* intende tutelare; questa doverosa ponderazione fra i vari interessi in gioco porta necessariamente - da un lato - a riconoscere alla persona destinataria della misura cautelare il diritto a ricorrere ad un giudice ed a conoscere le ragioni del provvedimento che lo riguarda e - dall'altro lato - il diritto degli Organi dell'UE e dell'ONU a negare l'accesso alle specifiche fonti di prova, per tutelare sia l'incolumità personale degli informatori, dei collaboratori e degli infiltrati nelle cellule terroristiche (che hanno permesso l'acquisizione delle notizie necessarie per individuare i soggetti che agiscono nell'ambito del terrorismo internazionale) sia la sicurezza della collettività (minacciata dalle azioni terroristiche e dal pregiudizio per le indagini di prevenzione che necessariamente conseguirebbe alla scoperta delle fonti confidenziali di indagine).

26. In altre parole, non si può obbligare la Commissione UE o il Consiglio UE (e, per il loro tramite, il Comitato per le Sanzioni dell'ONU) a svelare le fonti confidenziali dell'indagine, una volta resi noti i risultati di quelle indagini (come è avvenuto nel caso di specie, così da permettere all'interessato di impugnare il provvedimento dinanzi al Tribunale dell'Unione Europea), perché il diritto alla tutela della sicurezza della comunità e della incolumità personale dei soggetti che partecipano all'indagine deve prevalere sul diritto del soggetto sospettato di partecipazione ad attività terroristiche (e nel caso di Faraj Hassan il sospetto è divenuto certezza dopo la condanna con le sentenze dell'Autorità Giudiziaria italiana passate in giudicato!) a conoscere le fonti delle prove già portate a sua conoscenza.

27. Il bilanciamento degli opposti interessi nei termini sopra suggeriti è giustificato dalla particolare natura dell'attività di terrorismo internazionale cui sono dediti i gruppi eversivi cui è collegato il soggetto iscritto nelle *black list*: trattasi di attività ben diversa, pericolosa e grave rispetto a quella della normale criminalità, dalla quale va tenuta distinta; trattasi di attività "di guerra" che esige un trattamento di particolare attenzione e severità.

28. Questa natura "di guerra" del terrorismo, diversa da quella tradizionale ma tanto più odiosa e pericolosa in quanto attacca con azioni di distruzione e di omicidio di massa cittadini inermi, senza alcuna distinzione e preavviso e senza limitazioni territoriali, comporta che la lotta nei confronti dei suoi militanti vada effettuata, soprattutto a fini preventivi, con metodi di altrettanto forte impatto, eventualmente derogando alla piena applicazione dei diritti normalmente riconosciuti all'uomo in tempo "di pace", così come espressamente previsto dall'art. 15 della Convenzione europea sui Diritti dell'Uomo: anche per questi motivi (oltre che per quelli sopra evidenziati) al sig. Faraj Hassan ed a i suoi compagni deve essere riconosciuto il diritto all'accesso ad una Autorità Giudiziaria ed all'informazione sulle ragioni delle misure preventive adottate ma non può essere riconosciuto il diritto all'accesso alle fonti delle informazioni

poste a base delle prove fornite.

29. La corretta valutazione delle fonti di informazione è rimessa ad un organismo internazionale al massimo livello previsto dalla più importante organizzazione mondiale di Stati – il Comitato per le Sanzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite – e deve ritenersi legittimamente rimessa al giudizio esclusivo di questo organismo, la cui attività è coperta da un livello di segretezza necessario per il perseguimento degli obiettivi comuni che tutti gli Stati hanno voluto attribuirgli; anche gli Organismi dell’Unione Europea devono rispettare questo assetto internazionalmente definito e lasciare alla competenza del Comitato per le Sanzioni dell’ONU la valutazione delle fonti di informazione.

30. Come la Corte dei Diritti dell’Uomo di Strasburgo nella nota sentenza 30 giugno 2005 *Bosphorus c. Irlanda*, dichiarò di non poter entrare nel merito di provvedimenti assunti dalla Comunità europea in adempimento di obblighi internazionali, dovendosi presumere che l’ordinamento comunitario sia equivalente a quello della Convenzione di Roma in materia di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, così anche le Corti giudiziarie dell’UE dovranno arrestare la propria indagine allo *statement of reasons* fornito dal Comitato per le Sanzioni (e nella specie portato a conoscenza del ricorrente), sul presupposto che anche l’ordinamento internazionale delle Nazioni Unite si regga sugli stessi principi di quello dell’Unione Europea, in forza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo che ne è alla base.

31. Soprattutto dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del suo art. 6, le Corti giudiziarie dell’UE non hanno motivo – da un lato – per disapplicare il citato art. 15 della Convenzione e – dall’altro lato – per discostarsi dall’orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo nella citata sentenza *Bosphorus* e confermato nelle altre ove è stato affrontato il problema della competenza del Comitato per le Sanzioni e del Consiglio di Sicurezza ONU: con le stesse ragioni e sulla base della riaffermata incompetenza della Corte dei Diritti dell’Uomo a giudicare di provvedimenti attuativi di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU, poiché ciò costituirebbe una ingerenza non consentita nella realizzazione della missione delle Nazioni Unite nel mantenimento della pace e della sicurezza dei popoli, sono stati dichiarati inammissibili dalla *Grande chambre*, con sentenza 31 maggio 2007, i ricorsi di *Agim e Bekir Behrami c. Francia* e *Sbramati c. Francia, Germania e Norvegia* aventi ad oggetto presunte violazioni dei diritti umani commesse da Stati partecipanti alle missioni KFOR e UNMIK operanti in Kosovo sotto l’egida del Consiglio di Sicurezza.

32. Concludiamo questo nostro intervento con il pensiero espresso da Gráinne de Búrca nel suo articolo *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi* (in *Jean Monnet Working Paper* 01/09) in commento alla sentenza *Kadi* del 3 dicembre 2009 della Corte di Giustizia:

33. “The ECJ effectively ignored the Security Council resolution for the purposes of its judgment, treating the aims of the resolution and its purposes as a matter mainly for the EU’s political branches when implementing it. Instead the ECJ focused judicial attention only on the question of whether the EC implementing measure could violate principles of the EC’s internal constitutional order, without reference to any principles of international law and without reference to the United Nations or to any other entity.

34. While the specific outcome of the *Kadi* case may be commendable from the short-term perspective of its insistence on minimum procedural-fairness requirements for those whose assets are to be indefinitely frozen pursuant to the implementation of a Security Council resolution, the strong pluralist approach that underpins the judgment of the ECJ is at odds with the conventional self-presentation of the EU as an organization which maintains particular fi-

delity to international law and institutions, and it is an approach that carries certain costs and risks for the EU. The judicial strategy adopted by the ECJ in Kadi was an inward-looking one which eschewed engagement in the kind of international dialogue that has generally been presented as one of the EU's strengths as a global actor.

35. Other judicial strategies were clearly available to the ECJ. In particular, the ECJ itself pointed toward what this Article has called a "soft constitutionalist" pathway but nevertheless chose not to take it. In paragraph 298 of its judgment in Kadi, the ECJ noted that the U.N. Charter leaves it to Member States to decide how to transpose Security Council resolutions into their legal order. This would have provided a doctrinal route by which the ECJ could have reached the same substantive result (viz, reviewing or striking down the EC's implementation of the Security Council freezing order) even while adopting an internationally-engaged approach which drew directly on principles of international law instead of emphasizing the particularism of Europe's fundamental rights. In other words, the ECJ could have insisted on respect for basic principles of due process and human rights protection under international law even where these were neglected within the existing Security Council listing and delisting processes. By failing to do so, the ECJ lost an important opportunity to contribute to a dialogue about due process as part of customary international law, which would be of relevance for the international community as a whole and not just the EU. Arguments could have been advanced not only about customary international law as a basis for due process protection, but also about the references to protection of human rights in the U.N. Charter itself, as well as in the general principles of international law and *jus cogens* principles which were invoked by the CFI. In doctrinal terms, the ECJ could have concluded that the resolutions could not be implemented as they stood, without the interposition by the EU, within its freedom of transposition, of a layer of due process such as to protect the interests of affected individuals. This would have involved treating the EU's implementation of the Security Council resolution as an opportunity to address that deficiency. By focusing only on the EU's municipal guarantees of fundamental rights protection and ignoring international law, the ECJ not only failed to influence an important international debate on an issue which currently affects every member of the United Nations, but also failed to avail itself of the opportunity to develop a channel for the mutual influence of the EU and the U.N. legal orders. The fact that the ECJ chose the pluralist language and the reasoning which it did has sent out a clear message to other players in the international system about the autonomy of the European legal order, and the priority which it gives to its internally determined values. If courts outside the EU are inclined towards judicial borrowing, then the ECJ's ruling in Kadi seems to offer encouragement to them to assert their local understandings of human rights and their particular constitutional priorities over international norms and over Chapter VII resolutions of the Security Council."

36. Richiamando l'art. 1, par. 4, del Trattato di Lisbona ("*In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and its interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security and the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the UN Charter.*") e la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa ad altri casi nei quali è stato rispettato il campo di operatività di altri trattati internazionali (*C-177/95, Ebony Maritime SA and Loten Navigation Co.Ltd v. Prefetto della Provincia di Brindisi, 1997; C-84/95, Bosphorus v. Minister for Transport, 1996*), l'Autore così conclude:

37. “Rather than adopting a soft-constitutionalist approach which would seek to mediate the relationship between the norms of the different legal systems, and which would have involved the ECJ in the process of shaping customary international law, the ECJ adopted a strongly pluralist approach which emphasized the internal and external autonomy and separateness of the EC’s legal order from the international domain. Not only did the ECJ’s approach provide a striking example for other states and legal systems that may be inclined to assert their local constitutional norms as a barrier to the enforcement of international law, but more importantly it suggests a significant paradox at the heart of the EU’s relationship with the international legal order, the implications of which have not begun to be addressed.”

In conclusione

il Governo italiano chiede che il ricorso del sig. Faraj Hassan sia respinto e che il Regolamento della Commissione n. 954/2009 sia riconosciuto legittimo.

Roma, 23 maggio 2010

Giuseppe Albenzio
Avvocato dello Stato

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Causa C-334/08 - Materia trattata: risorse proprie delle Comunità - Ricorso presentato il 18 luglio 2008 - Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana (avv. Stato G. Albenzio - AL 29747/08).

Conclusioni

— *Constatare che la Repubblica italiana ha mancato agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 10 CE, dell'art. 8 della decisione 2000/597/CE, Euratom del Consiglio, del 29 settembre 2000, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee, e degli artt. 2, 6, 10, 11 e 17 del regolamento (CE, Euratom) n. 1150/2000 del Consiglio, del 22 maggio 2000, recante applicazione della decisione 94/728/CE, Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità, per aver rifiutato di mettere a disposizione della Commissione le risorse proprie corrispondenti all'obbligazione doganale derivante dal rilascio, dal 27 febbraio 1997, da parte della Direzione compartimentale delle dogane per le Regioni Puglia e Basilicata, sita a Bari, di autorizzazioni irregolari a creare e gestire a Taranto magazzini doganali di tipo C, seguite da consecutive autorizzazioni alla trasformazione sotto controllo doganale e al perfezionamento attivo, fino alla loro revoca il 4 dicembre 2002;*

— *Condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese processuali.*

Motivi e principali argomenti

Col presente ricorso la Commissione europea rimprovera al Governo italiano di avere rifiutato di mettere a disposizione delle Comunità europee le risorse proprie - quantificate in circa 23 milioni di euro - corrispondenti ad alcune autorizzazioni doganali irregolari rilasciate a Taranto nel periodo compreso fra il febbraio 1997 ed il dicembre 2002. La materia del contendere riguarda essenzialmente la responsabilità degli importi relativi alle risorse non riscosse a causa delle operazioni irregolari in questione. Il Governo italiano pretende di non essere responsabile dei mancati introiti dovuti alle predette irregolarità, in quanto queste ultime sarebbero unicamente imputabili ai funzionari che hanno provocato il danno, mentre la Commissione è persuasa che la vigente legislazione comunitaria imponga allo Stato italiano di farsi carico di tutte le conseguenze finanziarie derivanti all'operato - anche irregolare - dei funzionari che agivano in suo nome e per suo conto.

Intervento orale del Governo italiano*

Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale.

1. La questione di carattere generale all'esame della Corte concerne la possibilità di configurare una responsabilità dello Stato membro nei confronti dell'Unione per il danno derivante dalla mancata riscossione di risorse proprie della Comunità in conseguenza di azioni fraudolente di suoi funzionari amministrativi.

2. Non esiste una norma, né nel Trattato né nelle disposizioni normative del Consiglio e della Commissione che stabilisca in termini espressi siffatta responsabilità; neppure esiste una sentenza della Corte di Giustizia in tal senso; troviamo, invece, nei Regolamenti n. 1150/2000 (art. 17) e n. 2028/2004 (art. 13) la previsione della dispensa dall'obbligo di mettere a disposizione della Commissione i diritti accertati nel caso di "*forza maggiore*" o di "*impossibilità della riscossione per motivi non imputabili*"; nell'atto della Commissione n. 266 sulla "*Responsabilità finanziaria degli Stati membri per errori amministrativi commessi dalle autorità nazionali*" vengono individuate sei categorie che possono implicare quella responsabilità, ma nessuna di esse fa riferimento ad atti dolosi dei propri funzionari; troviamo, anche, sentenze della Corte che affermano la responsabilità dello Stato per la mancata riscossione conseguente ad *errori* dei funzionari (sent. 18 ottobre 2007, C-19/05, contro la Danimarca).

3. Nel caso oggi in discussione è pacifico che la mancata riscossione sia conseguita ad una truffa ordita ai danni dell'amministrazione doganale italiana da alcuni soggetti, fra i quali anche funzionari di quella amministrazione, che avevano posto in essere attività illecite: ciò è stato accertato dall'Autorità Giudiziaria Penale italiana con la ordinanza di custodia cautelare in carcere adottata dal G.I.P. del Tribunale Penale di Taranto nei confronti di alcuni dirigenti delle dogane e di alcuni militari della Guardia di Finanza (ordinanza che abbiamo richiamato nel nostro controricorso e nella controreplica) e nelle sentenze di rinvio a giudizio e di condanna che sono state già emesse dai Tribunali penali italiani (menzionate nel paragrafo 1 della relazione riservata del 27 agosto 2008, allegata al controricorso, pag. 15); questa circostanza non è, comunque, contestata dalla Commissione.

4. A questo punto vengono in rilievo altri due elementi di fatto che devono essere presi in considerazione al fine di escludere errori da parte della dogana italiana: il primo concerne la legittimità "*in astratto*" delle prime autorizzazioni rilasciate nel 1997 alla società Fonderie per la istituzione e gestione di "*deposito doganale privato di tipo C*" e per la immissione nello stesso di "*rottami e avanzi di alluminio per la fusione*" e per la "*trasformazione in rottami dei pani di alluminio*" introdotti nel detto deposito.

(*) V. controricorso in *Rass.* 2008, IV, 164-173.

5. Il secondo elemento di fatto riguarda l'effettuazione da parte della dogana italiana dei controlli ordinari previsti dalla normativa vigente per quel tipo di attività, come descritti in dettaglio nella citata relazione riservata, paragrafo 4, pagg. 18-19, e verbali pagg. 25-30; nessuna contestazione sulle modalità di effettuazione di queste verifiche e sulla loro idoneità per il tipo di autorizzazioni da verificare è stata sollevata dalla Commissione che, peraltro, avrebbe potuto imporre nuove regole (ai sensi dell'art. 8, n. 1, della Decisione 2000/597) ma non lo ha fatto; a questo proposito ricordiamo che nelle sentenze 5 ottobre 2006, cause C-377/03 e 105/02, la Corte ha verificato la mancanza di diligenza degli Stati membri che non avevano adottato tutte le misure necessarie per evitare le conseguenze sfavorevoli dedotte, in quanto non avevano seguito le indicazioni della Commissione, ma nella specie, ripetiamo, non è contestato che la dogana italiana abbia seguito tutte le indicazioni per i controlli sulle attività autorizzate.

6. L'evasione dei dazi è conseguita, come abbiamo già detto e dimostrato nei nostri atti defensionali, da un abusivo esercizio di altre attività nel deposito da parte della Fonderia; attività illecite diverse da quelle autorizzate e che è stato possibile scoprire soltanto in seguito ad una approfondita verifica straordinaria effettuata il 30 maggio 2002, come risulta dal verbale allegato al controricorso, pagg. 20-24.

7. Si deve concludere, sulla base di questi elementi di fatto documentati, che nessun *errore* può essere imputato alla dogana italiana con riguardo al rilascio delle autorizzazioni e all'effettuazione delle verifiche.

8. Neppure può essere imputata alla dogana una negligenza o ritardo per l'attività di denuncia e repressione dell'illecito, di recupero dei dazi e di iscrizione delle risorse nella contabilità della Comunità.

9. Infatti, come risulta dai nostri atti defensionali e dalla citata relazione riservata, paragrafi 1, 2, 3 alle pagg. 15-18, non appena scoperta la frode sono state revocate tutte le autorizzazioni, presentata denuncia all'Autorità Giudiziaria, aperti procedimenti disciplinari contro i dipendenti implicati nella frode, effettuato il sequestro dei beni della Fonderia, esclusa la polizza assicurativa, iscritte le risorse nella contabilità B.

10. Nonostante non sia imputato all'amministrazione italiana alcun errore, negligenza o ritardo per le attività appena descritte, la Commissione ritiene che la stessa sia responsabile perché le azioni delittuose sono state poste in essere da suoi funzionari in servizio, quindi per la sola circostanza del legame di servizio che legava all'epoca della frode i funzionari con l'amministrazione nazionale, cioè per la *responsabilità oggettiva* che farebbe sempre risalire in capo al datore di lavoro pubblico le conseguenze dannose degli atti dolosi dei dipendenti e renderebbe impossibile invocare la *forza maggiore* quale esimente.

11. Secondo la Commissione, infatti, gli atti dei funzionari dell'ammini-

strazione sarebbero *interni* alla stessa e non potrebbero costituire quella circostanza *esterna* che la nozione di *forza maggiore* richiede; ma la Commissione sbaglia.

12. Come è chiaramente detto nella sentenza 18 dicembre 2007, causa C-314/06, punti 23-25: “*la nozione di forza maggiore non si limita all'impossibilità assoluta, ma deve essere intesa nel senso di circostanze anormali e imprevedibili, indipendenti dall'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso*”, tenendo conto “*del contesto giuridico nel quale è destinata a produrre i suoi effetti*”.

13. Applicando questi principi al caso oggetto di quel giudizio, la Corte ha quindi ammesso l'esimente sulla base di tre affermazioni che risultano decisive anche nella decisione del nostro caso: a) ha escluso che si possa “*imporre una responsabilità assoluta*” al soggetto (nella specie, titolare di deposito autorizzato) per le perdite subite (punto 32); b) ha chiarito che il concetto di *estraneità* al soggetto delle circostanze sulle quali si fonda la *forza maggiore* “*non si limita a circostanze a lui estranee in senso materiale o fisico. Si deve piuttosto interpretare tale presupposto nel senso che esso concerne circostanze che sembrano sfuggire al controllo del depositario autorizzato o situarsi al di fuori dell'ambito di sua responsabilità*” (punto 33); c) ha riconosciuto che vi è *diligenza* quando il soggetto in questione “*si sia conformato alla normativa tecnica applicabile*” (punti 36 e 40).

14. Nel caso oggetto del presente giudizio quelle tre statuizioni trovano perfetto riscontro: a) ritenere responsabile la pubblica amministrazione per i fatti dolosi dei propri dipendenti per la semplice circostanza dell'esistenza del rapporto di impiego, senza altra indagine, imporrebbe quella “*responsabilità assoluta*”, cioè *oggettiva*, che è esclusa nell'ordinamento comunitario; b) escludere l'operatività della *forza maggiore* perché l'azione delittuosa del dipendente non è *estranea* all'amministrazione, porterebbe – da un lato – ad applicare un concetto meramente *materiale o fisico* che la Corte ha ritenuto errato e – dall'altro lato – a non considerare quelle *circostanze che sfuggono al controllo del soggetto o si situano al di fuori dell'ambito della sua responsabilità*, cioè proprio quello che accade quando con un'azione dolosa il dipendente agisce fuori del controllo del datore di lavoro e persegue un interesse strettamente individuale che si pone fuori dell'ambito di responsabilità dell'amministrazione pubblica, interrompendo il nesso causale fra il suo stato di dipendente e l'attività posta in essere; c) escludere che nella specie l'amministrazione doganale sia stata *diligente* nel rilasciare le prime autorizzazioni e nell'effettuare i controlli di *routine* vuol dire negare ogni rilevanza al *rispetto delle normative tecniche del settore* che la Corte ha, invece, ritenuto rilevanti per la individuazione della *diligenza* necessaria a configurare la *forza maggiore*.

15. Le tre argomentazioni sulle quali si fonda il ragionamento della Commissione non hanno, quindi, alcun fondamento e vanno disattese, riconoscendo a favore della dogana italiana l'esimente della *forza maggiore* per non aver riscosso i dazi evasi dalla Fonderia prima della scoperta della frode nell'anno 2002 e non averli iscritti nella contabilità A sin dal momento dell'evasione, laddove bene ha fatto la dogana a iscrivere quelle risorse nella contabilità B non appena scoperta la frode.

16. Per vero, come è noto, l'obbligo degli Stati membri di riscossione delle risorse proprie e della successiva iscrizione nella contabilità sorge "*dal momento in cui le loro autorità doganali dispongono degli elementi necessari e sono dunque in grado di calcolare l'importo dei dazi che risultano dall'obbligazione doganale e di determinare il soggetto passivo*" (fra le tante, sent. 18 ottobre 2007, C-19/05) e, nella specie, ciò è stato possibile solo dopo la scoperta della frode in seguito alla verifica straordinaria del 2002; altrettanto correttamente, la dogana ha proceduto all'iscrizione delle risorse nella contabilità B perché non riscosse e non garantite, oltre che oggetto di contestazione (come risulta dalla citata relazione riservata, paragrafo 3, pagg. 16-18).

17. La Commissione richiama, poi, a riprova della bontà delle sue tesi, l'art. 28 della Costituzione italiana il quale prevede la responsabilità della pubblica amministrazione per i fatti, anche dolosi, dei propri dipendenti; questa norma, però, concerne situazioni del tutto diverse da quella in esame e, comunque, conforta piuttosto la posizione italiana che quella della Commissione.

18. In primo luogo, l'art. 28 è finalizzato a tutelare il cittadino, *parte debole*, nei confronti della pubblica amministrazione e non può essere richiamato nei rapporti che legano gli Stati nell'ambito dell'Unione europea, rapporti che si fondano su una assoluta parità fra Stati sovrani, senza necessità di tutela di alcuna *parte debole* né, tanto meno, della stessa Unione che, secondo il principio dell'equilibrio del bilancio, ricava le risorse necessarie, anche a compensazione di quelle mancate, con i finanziamenti da parte degli Stati membri.

19. In secondo luogo, l'art. 28 della Costituzione testimonia che è stata necessaria una espressa disposizione di legge per estendere alla pubblica amministrazione datrice di lavoro (e non anche al privato datore di lavoro) la responsabilità *assoluta/oggettiva* per i fatti dolosi dei propri dipendenti; una norma del genere, come abbiamo già eccepito, non esiste nell'ordinamento comunitario e, pertanto, non ha alcun appiglio giuridico la pretesa della Commissione.

20. Ancora, dobbiamo rilevare che anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, in sede di applicazione del principio dell'art. 28, sono state escluse ipotesi di responsabilità per eventi riconducibili ad iniziativa dolosa del dipendente posta in essere nel suo esclusivo interesse individuale ed in contrasto con i doveri connessi al rapporto di servizio con l'amministrazione; citiamo la sentenza 3 agosto 2005, n. 16247, la cui massima ufficiale

così recita: “*La responsabilità diretta dello Stato per l’attività dei pubblici dipendenti arrecante pregiudizio a terzi presuppone la riferibilità dell’attività stessa allo Stato, in quanto diretta al perseguimento dei suoi fini istituzionali, ancorché con abuso di potere; tale riferibilità va esclusa quando essa trovi nell’esplicazione della pubblica funzione solo l’occasione del suo manifestarsi per finalità estranee a quelle dell’ufficio, o addirittura, contrarie all’interesse della p.a.*”.

21. Un’ultima osservazione: a prescindere dalla configurabilità della forza maggiore, nella specie lo Stato italiano potrebbe essere esentato dalle responsabilità addebitategli dalla Commissione qualora, ai sensi degli art. 17 Reg. 1150 e 13 Reg. 2028, risultasse impossibile procedere al recupero totale dei diritti evasi per altri motivi non imputabili, identificabili nella particolare scaltrezza e complessità delle azioni fraudolente poste in essere ai danni della dogana che hanno impedito la immediata scoperta della frode, come è stato già accertato in sede penale dalla citata ordinanza di custodia cautelare in carcere del Tribunale di Taranto, oltre che dalle altre sentenze di condanna già emesse nei confronti dei responsabili (si veda la citata relazione riservata allegata al controricorso), ordinanza ove si sottolinea che “*la situazione ambientale... ..rende problematico il lavoro degli inquirenti dovendosi operare all’interno di un ambiente caratterizzato da una così diffusa illegalità e da una stretta complicità tra i soggetti coinvolti*”.

22. Queste circostanze già di per sé sarebbero idonee a rendere non imputabile alla dogana italiana la mancata riscossione di parte dei dazi evasi; salvo che non si voglia attendere l’esito dei procedimenti giudiziari pendenti ancora dinanzi alle Autorità nazionali.

23. In conclusione, il ricorso della Commissione va rigettato perché la sua pretesa è infondata alla radice o, tutt’al più, non è attuale, dovendosi attendere il definitivo accertamento delle circostanze richieste dalle disposizioni normative richiamate dalle parti in causa per fondare una responsabilità dello Stato o una esimente.

Lussemburgo, 17 dicembre 2009

Avv. Giuseppe Albenzio

Causa C-393/08 - Materia trattata: concorrenza - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Italia) il 10 settembre 2008 - Emanuela Sbarigia/Azienda USL RM/A, Comune di Roma, Assiprofar - Associazione Sindacale Proprietari Farmacia, e Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma (avv. Stato M. Russo - AL 45634/08).

Questioni pregiudiziali

1) *Se sia compatibile con i principi comunitari di tutela della libera concorrenza e della libera prestazione dei servizi, di cui, tra l'altro, agli artt. 49, 81, 82, 83, 84, 85 e 86 del Trattato CE, l'assoggettamento delle Farmacie ai sopra specificati divieti di poter rinunciare alle ferie annuali e di poter rimanere liberamente aperte anche oltre i limiti di apertura massima attualmente consentiti dalle disposizioni sopra specificate di cui alla legge regionale Lazio n. 26/2002, e il necessario assoggettamento altresì, ai sensi dell'art. 10 comma 2, della stessa L.R., per poter ottenere nel Comune di Roma la deroga ai divieti suddetti, alla previa discrezionale valutazione dell'Amministrazione (effettuata d'intesa con gli enti e organismi specificati nel medesimo articolo) della specificità dell'ambito comunale di ubicazione delle Farmacie richiedenti;*

2) *se sia compatibile con gli artt. 152 e 153 del Trattato dell'Unione Europea l'assoggettamento del servizio pubblico farmaceutico, benché finalizzato alla tutela della salute degli utenti, a condizioni di limitazione o divieto, come quelle stabilite dalla L.R. n. 26/2002, della possibilità di incremento orario, giornaliero, settimanale ed annuale del periodo di apertura dei singoli esercizi farmaceutici.*

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana

Il giudizio a quo e la normativa nazionale

I. Le questioni pregiudiziali di cui ai precedenti punti 1) e 2) vengono sollevate nell'ambito di un giudizio in cui la titolare di una farmacia sita nel Comune di Roma ha impugnato i provvedimenti amministrativi con i quali le si nega l'autorizzazione a rimanere aperta in orari più estesi rispetto a quelli ordinari, nonché a rinunciare alla chiusura per ferie.

II. La materia è disciplinata, nell'ordinamento italiano, con legge regionale. In particolare - nell'ambito della Regione Lazio - la legge n. 26/02 all'art. 2, commi da I a V, disciplina la materia degli orari di apertura giornaliera, consentendo al comma VI[^]: *“In relazione a situazioni territoriali particolari, stagionali o periodiche, l'orario di apertura diurna può essere determinato in deroga ai criteri di cui ai commi IV e V, ma nel rispetto dei commi II e III”*; l'art. 10 della stessa legge Regionale, prevede, al comma II[^], *“per specifici ambiti comunali l'orario settimanale di apertura al pubblico, le ferie delle*

farmacie urbane e la mezza giornata di riposo settimanale... possono essere modificati, con deliberazione della ASL territoriale competente, d'intesa con il Sindaco del Comune interessato, dell'ordine dei farmacisti e delle organizzazioni sindacali provinciali delle farmacie pubbliche e private maggiormente rappresentativi”.

§§§

Il Governo italiano svolge le seguenti osservazioni:

1) Irricevibilità

La domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile in quanto manca la specificazione degli elementi in fatto e diritto, essenziali a spiegare quale rilevanza assumano, nel caso di specie, le norme richiamate.

Infatti, il TAR pone a fondamento del primo quesito gli artt. 49, 81, 82, 83, 84, 85, 86 del Trattato CE e, a fondamento del secondo, gli artt. 152 e 153 del medesimo Trattato, peraltro limitandosi in entrambi i casi ad un richiamo del tutto generico, nonché omettendo di indicare in che modo ciascuna di tali norme rilevarebbe rispetto al caso di specie.

Si dirà meglio oltre (punti 3 e 4) che, in realtà, alcune delle norme citate non sono assolutamente conferenti alla fattispecie in esame; comunque anche per quelle che potrebbero, forse, avere una qualche attinenza con la controversia, il Tribunale non fornisce indicazioni circostanziate.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che *“la Corte può rifiutarsi di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale ... qualora ... non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte”* (Causa C-223/99 *Agorà s.r.l.*, sentenza del 5 ottobre 2001 punto 20). Con particolare riferimento, poi, alla materia della concorrenza (che pure viene in considerazione nel presente giudizio), la Corte afferma (cause riunite C-51/96 e C-191/97 *Christelle Delière*, sentenza del 4 novembre 2000, punto 30 e giurisprudenza ivi richiamata) *“...l'esigenza di giungere ad un'interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui sono fondate. Dette esigenze valgono in particolare in determinati settori, quale quello della concorrenza, caratterizzati da complesse situazioni di fatto e di diritto”* (enfasi aggiunta); ed infatti la stessa sentenza - ai punti 36 e 37 - afferma che, nel caso esaminato, la sentenza di rinvio non contiene indicazioni sufficienti per quanto riguarda la concorrenza, proprio in quanto non reca indicazioni *“circa la definizione del mercato o dei mercati di cui trattasi nella causa principale”*, *“... quali siano la natura ed il numero delle imprese che esercitano la loro attività su tale mercato o tali mercati...”* *“in ordine all'esistenza ed importanza degli scambi tra Stati membri...”*. Indicazioni, queste, che sono

carenti anche nella domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, rendendola - ad avviso di questa difesa - irricevibile.

2) In via subordinata rispetto alla dedotta irricevibilità, il Governo italiano svolge le seguenti osservazioni in relazione ai quesiti proposti.

Il quesito di cui al punto 1) investe due aspetti distinti, e cioè: da un lato il principio della libertà della prestazione di servizi (art. 49 del Trattato); dall'altro, il principio della libera concorrenza (artt. 81, 82, 83, 84, 85, 86 del Trattato);

3) Prendendo le mosse dal primo di tali principi (art. 49), si osserva innanzi tutto che la norma non è conferente rispetto alla fattispecie in esame, per diversi motivi.

3.1) L'art. 49 si riferisce alla "prestazione di servizi".

La nozione di "servizio" è desumibile dall'art. 50 I^a comma del Trattato, il quale stabilisce: "*Ai sensi del presente trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*".

Il riferimento fatto dalla norma al concetto di "retribuzione", come pure la residualità della nozione di "servizio" rispetto alle attività che ricadono nell'ambito applicativo delle disposizioni in materia di libera circolazione di merci, capitali e persone, impedisce di ricondurre all'art. 49 del Trattato l'esercizio di una farmacia.

Infatti, l'esercizio di una farmacia non può prescindere né dallo svolgimento di un'attività di scambio, quale la vendita di farmaci, né dalla necessaria costituzione di un'organizzazione stanziale. Tali caratteristiche chiaramente esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 49, rientrando – piuttosto – rispettivamente nel campo applicativo delle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci (art. 28 del Trattato CE), o di libertà di stabilimento (art. 43 Trattato).

3.2) Quanto al primo profilo (libera circolazione delle merci), la giurisprudenza comunitaria – dopo avere elaborato (causa 8/74, *Dassonville*) il principio cosiddetto "dell'effetto equivalente", secondo cui "*ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative*", ha però espressamente escluso (cause riunite 267 e 268/91, *Keck e Mithouard/Francia*), che possa "*costituire ostacolo al commercio fra Stati membri... l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgono la propria attività sul territorio nazionale e sempre che incidano in ugual misura, tanto sotto il*

profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri”, precisando altresì, con riferimento alla specifica problematica delle limitazioni disposte a livello nazionale agli orari di apertura degli esercizi commerciali, che l’art. 28 (ex 30) del Trattato “*non si applica ad una normativa nazionale sull’orario di apertura dei pubblici esercizi che vale per tutti gli operatori economici che svolgono la loro attività sul territorio nazionale e che incide allo stesso modo, in diritto e fatto, sulla vendita dei prodotti nazionali e su quella dei prodotti provenienti da altri Stati membri*” (Cause riunite 69/03 e 258/93 *Punto casa s.p.a.*; Cause riunite C-401/92 e C-402/92 *Tankstation 't Heuske vof e J.B. Boermans*).

Deve perciò ritenersi che la limitazione oraria che la L.R. 26/02 impone alle farmacie non rilevi come violazione dell’art. 28 del Trattato.

3.3) Quanto al secondo profilo (libertà di stabilimento), di cui all’art. 43 del Trattato, si osserva che il principio di libertà di stabilimento può ritenersi violato solo qualora uno stato membro preveda ed imponga un ostacolo allo stabilimento nel proprio territorio di un cittadino di altro Stato membro, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Francese - causa 270/83*: “*L’art. 52 del Trattato costituisce una delle disposizioni fondamentali della comunità ed è direttamente efficace negli stati membri dalla scadenza del periodo transitorio. Esso mira a garantire il trattamento nazionale al cittadino di uno stato membro che si stabilisca, sia pure in via secondaria, in un altro stato membro per svolgere un’attività non subordinata e vieta qualsiasi discriminazione, anche di lieve entità, basata sulla cittadinanza che derivi dal diritto in vigore, in quanto restrizione della libertà di stabilimento*”. Non ricorre, quindi violazione del principio di libertà di stabilimento quando – com’è nella specie – al cittadino di altro Stato membro si consenta lo stabilimento “*alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini*”, condizioni nella specie consistenti in determinate prescrizioni quanto all’orario ed ai periodi annuali di apertura in ambiti comunali determinati, ampiamente giustificate da fini di pubblico interesse come si dirà ai seguenti punti 4.1 e 5.

4) Delle restanti norme indicate dal giudice remittente nel primo quesito (artt. 81, 82, 83, 84, 85, 86 del Trattato CE), solo l’art. 86 sembra presentare una qualche attinenza alla fattispecie oggetto del giudizio *a quo*.

Infatti, mentre gli artt. 83 ed 85 del Trattato CE riguardano poteri ed attribuzioni del Consiglio e della Commissione, gli artt. 81 ed 82 hanno ad oggetto non già condotte degli Stati membri, bensì delle imprese.

L’art. 86, invece, individuando obblighi degli Stati membri, potrebbe in astratto interessare ai fini della presente fattispecie.

Tuttavia, a ben considerare, deve escludersi che i principi in esso stabiliti possano essere di ostacolo ad una normativa quale quella in materia di orari e chiusure feriali di cui alla L.R. 26/02.

4.1) Secondo l'art. 86 cit., comma I^o *“Gli stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi”*.

Ebbene, la normativa di cui alla L.R. 26/02, che impone il rispetto di orari e chiusure feriali, e che subordina le relative deroghe alla discrezionalità amministrativa, non ricade in alcuna delle situazioni descritte nelle norme in materia di concorrenza richiamate dall'art. 86.

Essa infatti si limita a stabilire le condizioni minime e necessarie per assicurare il conseguimento del fine di interesse pubblico (tutela della salute pubblica) cui l'assistenza farmaceutica è finalizzata.

Non si può, del resto, ignorare il fatto che quello dei farmaci sia un mercato assolutamente peculiare, in quanto l'assistenza farmaceutica, nell'ordinamento giuridico italiano forma, in realtà, oggetto di un servizio pubblico, quale è il Servizio sanitario nazionale istituito con legge n. 833 del 23 dicembre 1978.

A mente dell'art. 25 I^o comma di tale legge, le prestazioni di cura comprendono l'assistenza medico generica, specialistica, infermieristica, ospedaliera e – appunto – farmaceutica.

L'art. 28 comma I^o dispone altresì che l'unità sanitaria locale eroga l'assistenza farmaceutica attraverso le farmacie, delle quali sono titolari enti pubblici e professionisti privati, tutte convenzionate secondo criteri indicati agli artt. 43 e 48, e tenute a garantire ai cittadini una serie di prestazioni (descritte analiticamente dal D.P.R. n. 371/98, art. 17: *“Le farmacie nello svolgimento della funzione di servizio pubblico sociale ed essenziale loro affidata dalla legge, e le loro organizzazioni sindacali, oltre a quanto già espressamente previsto dal precedente art. 2 partecipano e collaborano ai programmi di medicina preventiva, di informazione e di educazione sanitaria indetti dalla regione e dalle aziende, con particolare riferimento al settore dell'assistenza farmaceutica. 2. Le farmacie e le organizzazioni sindacali locali operano in stretto contatto e collaborano con le aziende e le regioni di cui al comma 1, al fine di realizzare i seguenti obiettivi: a) diffusione capillare dell'informazione e della documentazione sul farmaco, sull'attività, indicazioni e controindicazioni dei farmaci in generale, nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 29 e 31 della legge n. 833 del 1978; b) indicazioni (adeguate ed attinenti) agli assistiti sull'uso specifico dei farmaci prescritti e somministrati; c) partecipazione a gruppi di lavoro e ad équipe per la realizzazione dei programmi di informazione ed educazione sanitaria; d) partecipazione e collaborazione ad iniziative di aggiornamento professionale indette dalla regione; e) collaborazione per l'acquisizione di dati ed elementi ritenuti necessari all'indagine epidemiologica e statistica, alla formulazione dei programmi e degli interventi*

di medicina preventiva e curativa; f) disponibilità alla prestazione della propria opera e attività professionale, su richiesta della regione o dell'azienda, presso i servizi pubblici del territorio; g) predisposizione di un sistema di segnalazione immediata alla utenza di comunicazioni concernenti i servizi urgenti di guardia medica e farmaceutica in zona; h) collaborazione ad iniziative di educazione alimentare inerenti la dietetica infantile e senile, di corretti regimi alimentari degli adulti, la dietoterapia, la idroterapia, le conseguenze di alcoolismo e tabagismo; i) vigilanza in ogni caso in cui si possono presumere tentativi di induzione all'uso delle droghe e sostanze comunque nocive ...”), che vanno ben al di là della mera vendita di medicinali.

Da notare, che la situazione fin qui descritta non muta per effetto della norma di cui all'art. 5 del decreto legge 223/06 convertito in legge n. 248/06, il quale estende ad esercizi commerciali diversi dalle farmacie la possibilità di vendere medicinali: *“Gli esercizi commerciali di cui all'articolo 4, comma 1, lettere d), e) e f), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione, di cui all'articolo 9-bis del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al Ministero della salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio e secondo le modalità previste dal presente articolo. È abrogata ogni norma incompatibile. La vendita di cui al comma 1 è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine ...”*. Infatti, gli esercizi di cui parla la norma offrono solo il servizio della vendita di alcuni tipi di farmaci, con esclusione degli altri servizi, tutti finalizzati alla tutela della salute pubblica, garantiti dalle farmacie.

Una volta chiarito che la compravendita di farmaci costituisce un “mercato” del tutto particolare, in ragione della sua evidente finalizzazione ad un interesse pubblico quale la tutela della salute e della sua rilevanza nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, appare chiaro come esso non possa sottostare in tutto e per tutto alle normali logiche del mercato, ma tolleri - ed anzi esiga - una disciplina ben precisa, come quella in materia di orari e chiusure all'origine della presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

Tale disciplina è, infatti, addirittura necessaria a dare piena attuazione al fine di pubblico interesse cui l'assistenza farmaceutica corrisponde.

Ciò in quanto, come si dirà più precisamente al punto 5, è appunto attraverso tale disciplina che si garantisce continuità e diffusione capillare sul territorio all'assistenza farmaceutica.

Pertanto, deve escludersi che la legge della Regione Lazio n. 26/02 sia in conflitto con l'art. 86 I^a comma del Trattato CE.

4.2) Venendo all'analisi del II^o comma dell'art. 86 (*“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità”*), si osserva quanto segue.

Le farmacie non rientrano nella previsione e, particolarmente, nella categoria delle imprese *“incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale”*, posto che il servizio è - sì - di interesse generale, come meglio si dirà al successivo punto 5, ma non rileva certo dal punto di vista economico, bensì dal punto di vista della salute pubblica.

In ogni caso, anche a voler diversamente ritenere, la *ratio* della norma è quella di evitare alle imprese che - per loro natura e per la loro posizione - già godono di una posizione di forza, vantaggi ulteriori. Nel presente caso invece, non di vantaggi si tratta, ma di limitazioni, peraltro imposte dalla legge proprio per meglio assicurare il conseguimento della *“missione”* di tali imprese (come sarà meglio illustrato al punto 5), limitazioni peraltro di minima portata e congrue allo scopo.

5) Con il quesito di cui al punto 2), il Tribunale remittente ipotizza un contrasto fra la legge regionale n. 26/02 ed i principi di cui agli artt. 152 e 153 del Trattato, i quali individuano nella tutela della salute umana e della salute pubblica un obiettivo prioritario della Comunità.

Contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale Amministrativo del Lazio, la disciplina di orari e periodi di apertura, nonché la sottoposizione ad autorizzazione discrezionale amministrativa delle eventuali deroghe a detta disciplina, in dipendenza dalle specificità delle ubicazioni degli esercizi, non solo non contrasta con l'obiettivo della salute pubblica, ma al contrario è strumentale alla tutela di tale valore.

5.1) Ed in effetti, come già osservato al punto 4.1), la vendita di farmaci non può essere semplicisticamente assimilata ad una qualsivoglia attività commerciale.

Ciò si dice per ribadire ancora una volta la valenza di servizio pubblico tipica dell'attività svolta dalle farmacie, per garantire il quale sono indispensabili misure restrittive quali quelle oggetto dei quesiti posti dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, le quali - lungi dall'essere in contrasto con i valori tutelati dagli artt. 152 e 153 del Trattato - sono invece ad essi strumentali.

Trattasi, peraltro, di misure minime, e congrue allo scopo, come si illustrerà meglio ai punti successivi, e rispetto alle quali il Tribunale remittente non ha saputo indicare alternative.

5.2) Per garantire adeguatamente ai cittadini il servizio *“vendita di far-*

maci”, non è tanto necessario assicurare la relativa erogazione a ciclo continuo da parte del singolo esercizio commerciale, quanto – piuttosto – una razionale distribuzione del servizio medesimo sul territorio.

Infatti, da un lato, la distribuzione di farmaci è garantita non solo attraverso la singola farmacia, ma - ad esempio - anche attraverso le strutture sanitarie che mettono a disposizione il servizio di pronto soccorso per tutto l’arco delle ventiquattro ore; dall’altro, la continuità nella distribuzione di farmaci per zona viene assicurata proprio attraverso la regolamentazione normativa degli orari e periodi di apertura, che assicurano – non tramite il singolo esercizio, ma in un determinato ambito territoriale – la costante esistenza di una rivendita aperta.

5.3) E’ interessante – sotto tale ultimo aspetto – richiamare quanto ha osservato la Corte Costituzionale italiana (sent. n. 446 del 1988), analizzando proprio un caso in cui le fattispecie esaminate erano state ritenute dai giudici remittenti “*in contrasto con l’indispensabile requisito della continuità del servizio di assistenza farmaceutica*”, sia sotto il profilo della chiusura annuale per ferie, che sotto il profilo dell’ulteriore turno di chiusura infrasettimanale.

La Corte costituzionale ha infatti efficacemente osservato (punto 4 della sentenza citata): “*La tesi [dei giudici remittenti, n.d.r.] postula necessariamente che nella legislazione statale sia rinvenibile, quale espressione di un principio fondamentale, l’esigenza in termini assoluti di continuità nell’apertura di ciascun esercizio farmaceutico, senza interruzione alcuna, nell’arco dell’intero anno, né per ferie né per riposo infrasettimanale. Invero, dall’esame delle norme invocate a fondamento di tale asserzione ..., mentre risulta da un lato evidente che il legislatore ha senz’altro inteso garantire, sotto il profilo della continuità, la massima efficienza organizzativa e professionale di un servizio direttamente finalizzato alla tutela della salute pubblica, risulta però altrettanto chiaro che, nelle stesse sedi normative ove tale obiettivo è delineato, le relative modalità di attuazione non sono state regolate in modo del tutto rigido ma ne è stato invece demandato il coordinamento ad una previsione di ordine generale sui turni di apertura (diurna, notturna, per riposo settimanale), da stabilirsi in relazione alle esigenze pratiche locali proprio per consentirne un costante adeguamento alle effettive necessità*”.

La Corte prosegue richiamando “*l’intento di realizzare, attraverso valutazioni che potranno essere compiute solo in sede locale, l’ottimale funzionamento del servizio nel suo insieme*” “*... nella specie, ... la ratio della legge ed il principio che ne va ricavato sono quelli della continuità nell’assistenza farmaceutica prestata, in un adeguato ambito territoriale, dal servizio nel suo insieme e non già dalla singola farmacia*”.

La citazione testuale sopra riprodotta serve a sottolineare che – come accennato al punto 5.2) – a tutela della salute pubblica il legislatore italiano ha voluto garantire la continuità del servizio a livello non della singola farmacia,

ma del territorio, affidandone la disciplina al legislatore locale proprio al fine di assicurare una miglior aderenza alle caratteristiche del territorio.

5.4) Del resto, come successivamente la stessa Corte Costituzionale italiana ha avuto occasione di osservare (sentenza n. 27 del 2003 – punto 3.2) *“l’accentuazione di una forma di concorrenza delle farmacie basata sul prolungamento degli orari di chiusura potrebbe contribuire alla scomparsa degli esercizi minori e così alterare quella che viene comunemente chiamata la rete capillare delle farmacie”*.

5.5) Da quanto sin qui esposto, discende che le limitazioni di apertura ed orario costituiscono indispensabili e congrui strumenti di perseguimento di una finalità meritevole di tutela, quale la protezione e promozione della salute pubblica.

§§§

Si chiede pertanto alla Corte di voler dichiarare irricevibile il ricorso, ovvero in subordine rispondere:

Al primo quesito nel senso che l’assoggettamento delle farmacie al divieto di rinunciare alle ferie annuali e di rimanere liberamente aperte anche oltre i limiti massimi attualmente consentiti dalle disposizioni di cui alla Legge regionale Lazio n. 26/2002, nonché il necessario assoggettamento, ai sensi dell’art. 10 comma 2, della stessa L.R., per poter ottenere nel Comune di Roma la deroga ai divieti suddetti, alla previa discrezionale valutazione dell’Amministrazione (effettuata d’intesa con gli enti e organismi specificati nel medesimo articolo) della specificità dell’ambito comunale di ubicazione delle Farmacie richiedenti, non è in contrasto con i principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera concorrenza.

Al secondo quesito: nel senso che gli artt 152 e 153 del Trattato dell’Unione Europea non ostano all’assoggettamento del servizio pubblico farmaceutico a condizioni di limitazione o divieti, come quelli stabiliti dalla LR. n. 26/2002, della possibilità di incremento orario, giornaliero, settimanale ed annuale del periodo di apertura dei singoli esercizi farmaceutici.

Avv. Marina Russo

Causa C-396/08 - Materia trattata: politica sociale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Roma (Italia) il 12 settembre 2008 - Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)/Daniela Lotti e Clara Matteucci (avv. Stato M. Russo - AL 683/09).

Questioni pregiudiziali

1) *Se sia conforme alla Direttiva 97/81/CE, e segnatamente alla clausola sub 4 sul principio di non discriminazione, la normativa dello Stato Italiano (art. 7 comma 1 L. 638/83) che conduce a non considerare quale anzianità contributiva utile per l'acquisizione della pensione, i periodi non lavorati nel part-time verticale;*

2) *Se la predetta disciplina nazionale sia conforme alla Direttiva suddetta e segnatamente alla clausola sub 1 — laddove è previsto che la normativa nazionale debba facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale — alla clausola sub 4 ed alla clausola sub 5 — laddove impone agli Stati membri di eliminare gli ostacoli di natura giuridica che limitino l'accesso al lavoro part-time — essendo indubitabile che la mancata considerazione ai fini pensionistici delle settimane non lavorate costituisca una importante remora alla scelta del lavoro part-time nella forma del tipo verticale;*

3) *se la clausola 4 sul principio di non discriminazione possa estendersi anche nell'ambito delle varie tipologie di contratto part-time, atteso che nell'ipotesi di lavoro a tempo parziale orizzontale, a parità di un monte ore lavorato e retribuito nell'anno solare, sulla base della legislazione nazionale, vengono considerate utili tutte le settimane dell'anno solare, differentemente dal part-time verticale.*

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana

- I quesiti di cui ai precedenti punti sono stati sollevati nell'ambito di un giudizio in cui i ricorrenti – lavoratori a tempo parziale di tipo “verticale ciclico” – chiedevano il riconoscimento dell'anzianità contributiva pari all'intero numero di settimane incluse nel periodo di lavoro part time;

- L'INPS – Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, resistente nel giudizio *a quo*, riteneva invece che potessero considerarsi utili ai fini dell'anzianità contributiva i soli periodi lavorati, e non anche i periodi di inattività.

§§§

1. La normativa nazionale che disciplina la materia oggetto del giudizio *a quo* è costituita dall'art. 7 del D.L. n. 463 del 12 settembre 1983 conv. in L. n. 683 dell'11 novembre 1983, il quale prevede: “*Il numero dei contributi settimanali da accreditare ai lavoratori dipendenti nel corso dell'anno solare, ai fini delle prestazioni pensionistiche a carico dell'Istituto nazionale della pre-*

videnza sociale, per ogni anno solare successivo al 1983 è pari a quello delle settimane dell'anno stesso retribuite o riconosciute in base alle norme che disciplinano l'accredimento figurativo, sempre che risulti erogata, dovuta o accreditata figurativamente per ognuna di tali settimane una retribuzione non inferiore al 30% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore al 1° gennaio dell'anno considerato.

2. In caso contrario viene accreditato un numero di contributi settimanali pari al quoziente arrotondato per eccesso che si ottiene dividendo la retribuzione complessivamente corrisposta, dovuta o accreditata figurativamente nell'anno solare, per la retribuzione di cui al comma precedente. I contributi così determinati, ferma restando l'anzianità assicurativa, sono riferiti ad un periodo comprendente tante settimane retribuite, e che hanno dato luogo all'accredimento figurativo, per quanti sono i contributi medesimi risalendo a ritroso nel tempo, a decorrere dall'ultima settimana lavorativa o accreditata figurativamente compresa nell'anno ...”.

2. Il D.lgs del 25 febbraio 2000 n. 61, recante *Attuazione della Direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES*, disciplina - all'art. 9 - il trattamento previdenziale spettante ai lavoratori a tempo parziale, prevedendo: *“La retribuzione minima oraria, da assumere quale base per il calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale, si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimale giornaliero di cui all'articolo 7 del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria per i lavoratori a tempo pieno. ... Nel caso di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale e viceversa, ai fini della determinazione dell'ammontare del trattamento di pensione si computa per intero l'anzianità relativa ai periodi di lavoro a tempo pieno e proporzionalmente all'orario effettivamente svolto l'anzianità inerente ai periodi di lavoro a tempo parziale”.*

Il D.lgs in questione non contiene, peraltro, una norma specifica che disciplini la materia dell'anzianità contributiva, sicché al lavoro a tempo parziale non possono che applicarsi i principi generali del sistema pensionistico nazionale, e segnatamente i criteri fissati dall'art. 7 del D.L. n. 463/1983 di cui al precedente punto;

3. Secondo la prospettazione del giudice *a quo*, osterebbero a tale disciplina sia il principio di non discriminazione di cui alla Direttiva 97/81/CE, sia le clausole della medesima Direttiva che impongono agli Stati membri di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale e di eliminare gli ostacoli di

natura giuridica che limitino l'accesso al lavoro part-time.

§§§

D) Relativamente al primo quesito, nel quale il giudice *a quo* dubita della compatibilità della normativa nazionale con il principio di non discriminazione sancito alla clausola 4 della Direttiva, il Governo italiano svolge le seguenti osservazioni.

I.a) La clausola 4 della Direttiva prevede “*Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive*”.

Dalla lettura della norma emerge in maniera evidente che il quesito sub 1) è mal posto, in quanto la clausola 4 riguarda la discriminazione fra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno, e non la discriminazione interna alla prima delle due categorie.

Nel caso in esame, comunque, non si ravvisa un trattamento deteriore del lavoratore a tempo parziale rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile, in quanto anche per il primo valgono i criteri generali di cui all'art. 7 del D.L. n. 463/1983.

Il criterio utilizzato da tale norma non è fondato sul numero delle settimane in cui vi sia stata o meno prestazione lavorativa, bensì sul criterio della cosiddetta “*retribuzione minimale*”.

Infatti, l'art. 7 del D.L. 463/1983 prevede che l'anzianità contributiva sia valutata per intero in presenza di una retribuzione media settimanale pari almeno all'importo del “*minimale*” di retribuzione previsto per l'anno considerato.

In caso di mancato raggiungimento del “*minimale*”, viene invece riconosciuto un numero di contributi pari al rapporto fra imponibile retributivo annuo e minimale settimanale vigente nello stesso anno.

Ciò vale, in via generale, per tutto il sistema pensionistico italiano, quindi senza distinzioni né fra i vari tipi di contratto di lavoro a tempo parziale, né fra i contratti di lavoro a tempo parziale e quelli a tempo pieno.

Il trattamento, quindi, non può dirsi discriminatorio, in quanto fondato su di un criterio omogeneo.

I.b) Resta salva, comunque, la possibilità di versare contributi volontari per i periodi che, ai sensi dell'art. 7 I^a comma citato al precedente punto, non sono utili ai fini dell'anzianità contributiva. Tale possibilità è prevista dall'art. 8 del D.lgs del 16 settembre 1996 n. 564, recante *Attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 39, della L. 8 agosto 1995, n. 335, in materia di contribuzione figurativa e di copertura assicurativa per periodi non coperti da contribuzione*, il quale prevede: “*In favore degli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e alle forme di*

essa sostitutive ed esclusive, che svolgono attività di lavoro dipendente con contratti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale, orizzontale o ciclico, i periodi, successivi al 31 dicembre 1996, di non effettuazione della prestazione lavorativa, non coperti da contribuzione obbligatoria, possono essere riscattati, a domanda, Per i periodi di cui al comma 1, i soggetti indicati nel comma medesimo possono essere autorizzati, in alternativa, alla prosecuzione volontaria del versamento dei contributi nel fondo pensionistico di appartenenza ai sensi della legge 18 febbraio 1983, n. 47 ...”.

Alla luce di quanto esposto ai punti I.a) e I.b), si ritiene che il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno di cui alla clausola n. 4 della Direttiva 97/81/CE non osti ad una normativa nazionale quale quella di cui all'art. 7 I^a comma del D.L. 463/1983.

§§§

II) Relativamente al secondo quesito, nel quale si evidenzia un possibile contrasto fra la normativa nazionale ed i principi di cui alle clausole 1, 4 e 5 della Direttiva 97/81/CE, il Governo italiano osserva quanto segue.

II.a) I principi che prevedono che gli Stati membri siano tenuti a facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale e ad eliminare gli ostacoli di natura giuridica che limitino l'accesso al lavoro part-time, di cui alle clausole 1 e 5 della Direttiva 97/81/CE (ma non nella clausola 4, richiamata nel quesito ma non contenente un principio del genere) non ostano ad un sistema quale quello disciplinato dall'art. 7 I^a comma D.L. 463/1983.

L'ordinamento italiano ha massimamente agevolato l'accesso al rapporto di lavoro a tempo parziale, consentendo al lavoratore la scelta, del tutto libera, fra vari tipi di contratto: D.lgs. n. 61/2000, art. 1: *“Nel rapporto di lavoro subordinato l'assunzione può avvenire a tempo pieno o a tempo parziale. Ai fini del presente decreto legislativo si intende:*

a) per «tempo pieno» l'orario normale di lavoro di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, o l'eventuale minor orario normale fissato dai contratti collettivi applicati;

b) per «tempo parziale» l'orario di lavoro, fissato dal contratto individuale, cui sia tenuto un lavoratore, che risulti comunque inferiore a quello indicato nella lettera a);

c) per «rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale» quello in cui la riduzione di orario rispetto al tempo pieno è prevista in relazione all'orario normale giornaliero di lavoro;

d) per «rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale» quello in relazione al quale risulti previsto che l'attività lavorativa sia svolta a tempo pieno, ma limitatamente a periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno;

d-bis) per «rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo misto» quello che

si svolge secondo una combinazione delle due modalità indicate nelle lettere c) e d);

e) per «lavoro supplementare» quello corrispondente alle prestazioni lavorative svolte oltre l'orario di lavoro concordato fra le parti ai sensi dell'articolo 2, comma 2, ed entro il limite del tempo pieno” .

A presidio della non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale e, di conseguenza, della libertà di scelta del tipo di contratto desiderato, vi è poi l'art. 4 del D.lgs 61/00: *“Fermi restando i divieti di discriminazione diretta ed indiretta previsti dalla legislazione vigente, il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile, intendendosi per tale quello inquadrato nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dai contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, per il solo motivo di lavorare a tempo parziale.*

2. L'applicazione del principio di non discriminazione comporta che:

a) il lavoratore a tempo parziale benefici dei medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione oraria; la durata del periodo di prova e delle ferie annuali; la durata del periodo di astensione obbligatoria e facoltativa per maternità; la durata del periodo di conservazione del posto di lavoro a fronte di malattia; infortuni sul lavoro, malattie professionali; l'applicazione delle norme di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro; l'accesso ad iniziative di formazione professionale organizzate dal datore di lavoro; l'accesso ai servizi sociali aziendali; i criteri di calcolo delle competenze indirette e differite previsti dai contratti collettivi di lavoro; i diritti sindacali, ivi compresi quelli di cui al titolo III della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni. I contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, possono provvedere a modulare la durata del periodo di prova e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia qualora l'assunzione avvenga con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale; b) il trattamento del lavoratore a tempo parziale sia riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa; l'importo della retribuzione feriale; l'importo dei trattamenti economici per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale e maternità. Resta ferma la facoltà per il contratto individuale di lavoro e per i contratti collettivi, di cui all'articolo 1, comma 3, di prevedere che la corresponsione ai lavoratori a tempo parziale di emolumenti retributivi, in particolare a carattere variabile, sia effettuata in misura più che proporzionale”.

II.b) Nessun *“ostacolo di natura giuridica o amministrativa”* alla possibilità di lavoro a tempo parziale, come descritto al precedente punto deriva dalla norma di cui all'art. 7 cit. che, come detto, ha valenza di carattere generale nell'ordinamento italiano e si fonda su un criterio-cardine del sistema pen-

sionistico nazionale, valido per tutti i lavoratori.

Tra le varie possibili opzioni contrattuali, quindi, il lavoratore sceglie in assoluta libertà quella più confacente alle proprie esigenze organizzative e di vita, andando sempre incontro all'applicazione dello stesso principio regolatore dell'anzianità contributiva.

§§§

III) Relativamente al quesito 3), si osserva infine quanto segue.

Come già illustrato al punto I.a), la clausola n. 4 della Direttiva 97/81/CE non investe la questione della discriminazione fra categorie di lavoratori a tempo parziale, essendo riferita solo al divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno.

In ogni caso, il fatto che, in concreto, il lavoratore a tempo parziale “verticale”, a differenza del lavoratore a tempo pieno comparabile, non veda riconosciute le settimane non lavorate ai fini dell'anzianità contributiva, costituisce semplicemente l'ovvia conseguenza della diversa distribuzione e del diverso numero delle ore lavorate.

L'eventuale disparità di trattamento fra lavoratori a tempo parziale “orizzontale” e “verticale”, invece, è oggettivamente giustificata dalla diversità delle due forme di part-time, l'opzione per le quali è rimessa peraltro alla libera valutazione del lavoratore: ed infatti, l'assoluta libertà della scelta, illustrata al precedente punto, fra l'opzione per il part-time “verticale” e quella per il part-time “orizzontale” impedisce di ipotizzare una discriminazione interna alla categoria dei contratti di lavoro a tempo parziale, posto che il lavoratore opta per l'una o per l'altra soluzione, a seconda di quella che meglio si adatta alle proprie esigenze organizzative, andando incontro sempre e comunque all'applicazione dei medesimi principi generali del sistema pensionistico nazionale, che valgono tanto per l'uno quanto per l'altro tipo di contratto.

§§§

Il Governo italiano propone quindi di rispondere ai quesiti come segue:

Sul quesito sub 1): “*il principio di non discriminazione di cui alla clausola n. 4 della Direttiva n. 97/81/CE non osta ad una normativa nazionale che conduca a non considerare utili ai fini dell'anzianità contributiva per l'acquisizione della pensione i periodi non lavorati nel part-time verticale*”.

Sul quesito sub 2): *La Direttiva 97/81/CE – clausola sub 1 - laddove è previsto che la normativa nazionale debba facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale; clausola sub 5 – laddove impone agli Stati membri di eliminare gli ostacoli di natura giuridica che limitino l'accesso al lavoro part-time – non osta ad una normativa nazionale che conduca a non considerare utili ai fini dell'anzianità contributiva per l'acquisizione della pensione i periodi non lavorati nel part-time verticale*”.

Sul quesito sub 3): “*Il principio di non discriminazione di cui alla clau-*

sola 4 della Direttiva 97/81/CE non può essere esteso all'ambito delle varie tipologie di contratti di lavoro a tempo parziale, atteso che eventuali diversità di trattamento tra il lavoro part-time orizzontale e quello verticale possono giustificarsi in ragione della diversità delle forme di part-time, l'opzione tra le quali è frutto di una scelta volontaria del lavoratore e comporta comunque l'applicazione dei medesimi principi generali del sistema pensionistico nazionale”.

Avv. Marina Russo

Causa C-565/08 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Ricorso presentato il 19 dicembre 2008 - Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana (avv. Stato W. Ferrante - AL 3557/09 - Procedura di infrazione riguardante i massimi delle tariffe forensi).

Conclusioni

- *Constatare che, prevedendo delle disposizioni che impongono agli avvocati l'obbligo di rispettare tariffe massime, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli articoli 43 e 49 CE;*
- *Condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese del giudizio.*

Motivi e principali argomenti

La fissazione di tariffe massime obbligatorie per le attività giudiziali e stragiudiziali degli avvocati costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 43 CE, nonché una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'articolo 49 CE. Infatti, un tariffario massimo obbligatorio che deve essere applicato indipendentemente dalla qualità dell'opera svolta, dal lavoro necessario a svolgerlo, e dai costi sopportati per effettuarlo, può rendere il mercato italiano dei servizi legali non attraente per i professionisti esteri. Gli avvocati stabiliti in altri Stati membri sono dunque disincentivati a stabilirsi in Italia ovvero a prestarvi temporaneamente i propri servizi.

In primo luogo, perché il doversi adattare ad un nuovo sistemadi tariffificazione (peraltro molto complesso) comporta costi aggiuntivi che possono ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali riconosciute dal trattato.

In secondo luogo, il limite massimo del tariffario rappresenta un ulteriore freno alla libera circolazione dei servizi legali nel mercato interno poiché impedisce che la qualità delle attività svolte da avvocati stabiliti in Stati membri

diversi dall'Italia sia correttamente remunerata e quindi dissuadendo taluni avvocati, i quali chiedono onorari più elevati di quelli stabiliti dalla regolamentazione italiana in funzione delle caratteristiche del mercato italiano, dal prestare temporaneamente i propri servizi in Italia, ovvero dallo stabilirsi in tale Stato.

Infine, la rigidità del sistema di tarifficazione italiano impedisce all'avvocato (incluso quello stabilito all'estero) di fare offerte ad hoc in situazioni e/o a clienti particolari. Ad esempio, offrire un pacchetto di determinati servizi legali ad un prezzo fisso. Ovvero offrire un insieme di servizi legali prestati in diversi Stati membri ad una tariffa comune. La legislazione italiana può dunque comportare una perdita di competitività da parte di avvocati stabiliti all'estero perché priva gli stessi di efficaci tecniche di penetrazione sul mercato legale italiano.

Inoltre, la misura controversa non appare né idonea al raggiungimento degli scopi di interesse generale indicati dalle autorità italiane, né la meno restrittiva a tal fine. In particolare, essa non appare idonea al fine di garantire l'accesso alla giustizia ai meno abbienti, ovvero a garantire la tutela dei destinatari dei servizi legali o ancora ad assicurare il buon funzionamento della giustizia. Né appare essa proporzionata visto che esistono altre misure che appaiono sensibilmente meno restrittive nei confronti degli avvocati stabiliti all'estero, e parimenti (o maggiormente) idonee a conseguire gli scopi di tutela invocati dalle autorità italiane.

Infine, le autorità italiane non hanno spiegato se e quali misure alternative, e di carattere meno restrittivo nei confronti degli avvocati stabiliti in altri Stati membri, siano state esaminate, né hanno illustrato le ragioni per cui gli interessi generali perseguiti non sarebbero già tutelati dalle disposizioni che regolano la professione forense negli altri Stati membri della Comunità.

Intervento orale del Governo italiano*

Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale,

1. Con ricorso per inadempimento, la Commissione chiede alla Corte di giustizia di dichiarare che la Repubblica italiana, prevedendo delle disposizioni che impongono agli avvocati l'obbligo di rispettare tariffe massime, è venuta meno agli obblighi imposti dagli articoli 43 e 49 del trattato CE.

2. Nella fase orale, il Governo italiano intende innanzitutto ribadire che, nell'ordinamento italiano, i massimi tariffari non possono considerarsi inderogabili e che pertanto le disposizioni controverse non integrano misure restrittive della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi.

3. In subordine, il Governo italiano intende contestare la pretesa impos-

(*) V. memoria di controreplica in *Rass.* 2009, III, 203-214.

sibilità di giustificare dette misure alla luce degli obiettivi di garantire l'accesso alla giustizia in Italia, la tutela dei destinatari e la buona amministrazione della giustizia.

4. Partendo dalla prima questione, va ricordato che, nel corso della procedura di infrazione, iniziata ormai quasi cinque anni fa, la commissione ha progressivamente assestato, correggendo il tiro, il raggio delle presunte incompatibilità della normativa italiana rispetto alle richiamate norme del trattato ed alle direttive applicative dei relativi principi all'esercizio della professione forense.

5. Inizialmente, con la lettera di costituzione in mora del 13 luglio 2005, la non conformità al diritto comunitario è stata contestata con riferimento alle tariffe minime e massime per le sole attività **stragiudiziali** e solo con riferimento all'art. **49 CE**.

6. Con la costituzione in mora complementare del 23 dicembre 2005, la procedura si è estesa anche alle tariffe per l'attività **giudiziale** ed altresì in relazione alla presunta violazione dell'art. **43 CE**; inoltre è stata contestata l'incompatibilità della normativa italiana in relazione alla mancata considerazione degli effetti indotti dalla presenza di un avvocato locale.

7. Come è noto, nel corso della procedura, il Governo italiano ha adottato il c.d. decreto Bersani del 2006 (D.L. n. 223 del 2006 convertito in legge n. 248 del 2006) che, tra le altre liberalizzazioni, ha abrogato i minimi tariffari inderogabili.

8. Con la seconda lettera di costituzione in mora complementare del 23 marzo 2007, la procedura si è quindi ridotta alla contestazione delle sole tariffe massime.

9. Infine, con il parere motivato del 3 aprile 2008, la Commissione ha altresì abbandonato, restringendo ulteriormente l'ambito della procedura, la contestazione attinente alla mancata considerazione degli effetti indotti dalla presenza di un avvocato locale.

10. Va dunque dato atto del venir meno dell'oggetto principale del ricorso per inadempimento inizialmente incentrato, per la stragrande maggioranza degli argomenti, sulla illegittimità dei minimi di tariffa inderogabili ed ormai sostanzialmente svuotato di contenuto a seguito della suddetta modifica normativa.

11. Come si è già sottolineato nella fase scritta, prima del decreto Bersani, l'inderogabilità delle tariffe a pena di nullità era prevista dall'ordinamento italiano esclusivamente per le tariffe minime ed in particolare dall'art. 24 della legge n. 794 del 1942 e dal decreto ministeriale sulle tariffe forensi n. 127 del 2004, diviso in tre Capitoli, rispettivamente, per le prestazioni civili, penali e stragiudiziali e precisamente dall'art. 4, comma 1 del Capitolo I, dall'art. 1, comma 5 del Capitolo II e dall'art. 9 del Capitolo III.

12. Le tariffe massime non sono invece mai state qualificate da alcuna

norma di legge come inderogabili, obbligatorie o vincolanti.

13. Sul punto, quindi, il decreto Bersani non ha apportato alcuna modifica, essendo sempre stato possibile superare le tariffe massime, sia per volontà delle parti, che rimane il primo criterio di determinazione del compenso professionale ai sensi dell'art. 2233 del codice civile, sia per determinazione del giudice.

14. E' vero che il decreto Bersani ha fatto salve "*le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti*" ma poiché è stata contestualmente abrogata "*l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime*" non può che concludersi che le tariffe massime mantenute in vigore abbiano conservato il loro carattere non obbligatorio ma meramente indicativo e pacificamente derogabile.

15. La tariffa professionale costituisce quindi un criterio sussidiario, utilizzabile solo in mancanza di pattuizione tra le parti e finalizzata comunque ad orientare il giudice nella liquidazione del compenso.

16. Anche l'art. 61, comma 2 del R.D. n. 1578 del 1933 prevede che l'onorario dell'avvocato, **salvo patto speciale**, è determinato sulla base delle tariffe e "*può essere anche maggiore di quello liquidato a carico della parte condannata alle spese*" in relazione "*alla specialità della controversia o al pregio o al risultato dell'opera prestata*".

17. La liquidazione del giudice non è quindi vincolante nei rapporti cliente-avvocato, potendo le parti concordemente superare l'importo liquidato sulla base delle tariffe forensi.

18. Il decreto Bersani ha altresì abrogato il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti ed è quindi incontestabile, anche sotto tale profilo, la possibilità di superare i massimi tariffari con il c.d. patto di quota lite in cui il compenso, stabilito in percentuale sul risultato della lite, è determinato sulla base di un metodo di calcolo forfetario che prescinde del tutto dalle diverse voci della tariffa.

19. Peraltro, il superamento del tetto massimo della tariffa era comunque già consentito in tutte le cause di particolare importanza, complessità o difficoltà per le questioni giuridiche trattate, e quindi tutt'altro che in ipotesi limitate o eccezionali.

20. Infatti, le parti possono stabilire, senza alcun necessario parere del Consiglio dell'ordine, l'aumento **fino al doppio** dei massimi di tariffa per la materia civile (art. 5, comma 2 del Capitolo I) e fino al quadruplo per la materia penale (art. 1, comma 2 del Capitolo II del D.M. 8 aprile 2004 n. 127).

21. Il previo parere del Consiglio dell'ordine è invece richiesto, in caso di **straordinaria importanza** della controversia per la materia civile (art. 5, comma 3 del Capitolo I) e stragiudiziale (art. 1, comma 3 del Capitolo III), per aumentare il compenso **fino al quadruplo** nonché, in caso di **manifesta sproporzione** tra la prestazione professionale e l'onorario previsto dalla ta-

riffa, per aumentare il compenso **anche oltre tale limite** (art. 4, comma 2 del Capitolo I, art. 1, comma 3 del Capitolo II e art. 9 del Capitolo III).

22. Ricorrendo tali circostanze, dunque, il massimo tariffario può essere superato **senza alcun limite**.

23. Il Legislatore italiano ha abrogato l'obbligatorietà delle sole tariffe minime e non anche di quelle massime perché solo le prime erano espressamente inderogabili a pena di nullità.

24. E' quindi del tutto erroneo asserire che il sistema italiano fissa tariffe massime inderogabili, e in tal modo toglie alle parti il potere di pattuire convenzionalmente un corrispettivo diverso e al giudice il potere di vagliare liberamente la congruità del corrispettivo.

25. Si è visto che, al contrario, le parti possono liberamente pattuire qualsiasi corrispettivo anche eccedente i massimi. La tariffa viene in considerazione in via sussidiaria, cioè soltanto se le parti non abbiano pattuito alcun corrispettivo. Il giudice, poi, nello stabilire il corrispettivo allorché non vi sia accordo delle parti, è del tutto libero di derogare al tetto massimo, purché motivi adeguatamente il proprio convincimento.

26. Quanto alla giurisprudenza comunitaria, la sentenza *Amok* (sentenza del 11 dicembre 2003, causa C-289/02) ha affermato un principio particolarmente calzante rispetto alla fattispecie oggi in esame.

27. La Corte ha infatti chiarito che, alla luce dell'art. 49 CE, non è escluso che la fissazione di un tetto massimo alle spese rimborsabili di un avvocato stabilito in uno Stato membro sino alla concorrenza di quelle applicabili agli avvocati stabiliti in un altro Stato membro possa, quando le spese sono superiori a quelle risultanti dalla tariffa di quest'ultimo Stato, essere tale da rendere meno attrattiva la prestazione transfrontaliera di servizi legali.

28. Tuttavia, l'art. 50, terzo comma CE prevede che il prestatore transfrontaliero possa esercitare la sua attività nel paese destinatario "alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini".

29. In proposito, l'art. 4 della direttiva 77/49/CEE dispone che la rappresentanza in giudizio di un cliente nello Stato **ospitante** va esercitata "alle condizioni previste per gli avvocati stabiliti in questo Stato, ad esclusione di ogni condizione di residenza o d'iscrizione ad un'organizzazione professionale nello stesso Stato".

30. Ne discende, come osservato dalla Corte nella citata sentenza *Amok*, che, secondo il legislatore comunitario, fatte salve le due suddette eccezioni espressamente menzionate, tutte le altre condizioni e norme vigenti nel paese ospitante si possono applicare alle prestazioni di avvocato transfrontaliero.

31. Pertanto, il rimborso delle spese di un avvocato stabilito in uno Stato membro può anch'esso essere assoggettato alle regole applicabili agli avvocati in un altro Stato membro. Tale soluzione è peraltro l'unica che rispetti **il principio di prevedibilità e dunque di certezza del diritto** per la parte che avvia

una controversia e corre quindi il rischio di sopportare le spese del suo avversario in caso di soccombenza (punto 30).

32. Si ricorda che, con la sentenza *Amok* la Corte di giustizia ha chiaramente escluso che violasse l'art. 49 CE la normativa tedesca in base alla quale la parte vittoriosa in una controversia ha diritto di vedersi rimborsare le spese legali dalla parte soccombente, nei limiti in cui tali spese siano state necessarie a promuovere la causa o a difendersi adeguatamente in giudizio.

33. In particolare, nella fattispecie, una società austriaca, vittoriosa in una controversia svoltasi in Germania contro una società tedesca, si è vista negare le spese calcolate in base alla tariffa forense austriaca, considerevolmente superiori a quelle risultanti dall'applicazione della tariffa tedesca.

34. La previsione di una tariffa massima nella normativa tedesca non è quindi stata ritenuta tale da violare il principio di libera prestazione dei servizi nel territorio dell'Unione.

35. Va inoltre ricordato che, sin dalla sentenza *Klopp* (sentenza 12 luglio 1984, Causa C-107/83) la Corte di giustizia ha precisato, per quanto riguarda gli avvocati, che in mancanza di norme comunitarie specifiche in materia, ciascuno Stato membro rimane, in linea di principio, libero di disciplinare l'esercizio della professione d'avvocato nel proprio territorio (punto 17).

36. La sentenza *Wouters* (del 19 febbraio 2002, causa C-309/99) ha quindi ribadito che le norme applicabili a tale professione possono differire notevolmente da uno Stato membro all'altro (punto 99).

37. Per quanto riguarda inoltre la sentenza *Cipolla* (del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04), va precisato che in quel caso la Corte si è occupata della legislazione italiana previgente ed esclusivamente con riferimento agli onorari minimi.

38. Si ritiene quindi che le considerazioni contenute nella predetta sentenza possano solo in parte applicarsi al caso di specie, attesa la modifica del quadro normativo e considerato l'oggetto residuo del ricorso per inadempimento, attinente esclusivamente ai massimi tariffari.

39. Interessanti sono le conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro, depositate nella causa *Cipolla* il 1° febbraio 2006, anteriormente alla predetta modifica normativa.

40. Al punto 90, l'Avvocato generale osserva, a proposito della sentenza *Amok*, che mentre la determinazione di un onorario massimo da porre a carico della parte soccombente, come previsto dalla normativa tedesca, **consente effettivamente di accrescere la certezza del diritto**, non si può dire lo stesso di una norma che preveda un onorario minimo, potendo per definizione gli avvocati determinare il proprio onorario al di sopra di tale importo.

41. Quindi, ove l'Avvocato generale avesse dovuto trarre le proprie conclusioni alla luce della vigente normativa, che non prevede più tariffe minime inderogabili ma solo tariffe massime, peraltro, derogabili, non avrebbe potuto

che ritenere la piena conformità della legislazione italiana al principio di libera circolazione dei servizi.

42. Va comunque sottolineato che la predetta sentenza *Cipolla* non solo ha ritenuto la normativa italiana che stabiliva un limite tariffario minimo inderogabile conforme alle regole della concorrenza (punto 54) ma, con riferimento all'art. 49, ha ritenuto che la tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia rientrano tra i motivi imperativi di interesse pubblico in grado di giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi (punto 64).

43. La Corte ha altresì affermato che **spetta al giudice nazionale** determinare se, nella causa principale, la restrizione della libera prestazione dei servizi creata dalla normativa nazionale rispetti tali condizioni, tenendo conto del contesto del mercato italiano, caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente elevato di avvocati (punto 65).

44. La Corte ha quindi ammesso che, in linea di principio, il mantenimento di minimi tariffari inderogabili possa essere strumentale a garantire la qualità delle prestazioni, demandando al giudice nazionale di verificare, anche alla luce della concreta situazione della professione in Italia, se la disapplicazione generalizzata dei minimi tariffari possa comportare il rischio di incidere negativamente sul livello dei servizi prestati dagli avvocati, stimolando la concorrenza sui prezzi a discapito di quella sugli aspetti qualitativi dell'attività professionale.

45. In questa sede, invece, la Commissione sembra voler chiedere alla Corte di accertare essa stessa, in astratto, con riferimento ai massimi tariffari, ciò che nella predetta sentenza è stato invece ritenuto di pertinenza del giudice nazionale, che deve e può operare un accertamento in concreto.

46. Come si è detto, inoltre, la citata sentenza è intervenuta su un quadro normativo ormai radicalmente mutato, che ha espunto l'inderogabilità delle tariffe minime o fisse, che ha eliminato il divieto di parametrare il compenso al raggiungimento di un esito positivo della lite e che ha abrogato il divieto di svolgere pubblicità informativa, con l'intento di ridurre l'"asimmetria informativa" che caratterizza il rapporto cliente-avvocato.

47. Il Governo italiano ritiene quindi che la previsione di limiti tariffari massimi non costituisca una misura restrittiva della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi.

48. Venendo alla seconda parte di questa esposizione orale, il Governo italiano deduce, in via del tutto subordinata, che anche laddove si volesse sostenere che detta previsione costituisca una misura restrittiva ai sensi degli articoli 43 e 49 CE, la stessa sarebbe pienamente giustificabile conformemente alla giurisprudenza comunitaria.

49. La Corte di giustizia, con le sentenze *Reisebüro Broede* (del 12 dicembre 1996, causa C-3/95, punto 28), *Gebhard* (del 30 novembre 1995, causa

C-55/94, punto 37) e *Saeger* (del 25 luglio 1991, causa C-76/90, punto 15) ha infatti da tempo affermato che una misura restrittiva della libera prestazione dei servizi può giustificarsi ove ricorrano quattro condizioni: che essa si applichi in modo non discriminatorio; che sia giustificata da motivi imperativi di interesse pubblico; che sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e che non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.

50. Alla luce di tali principi, la fissazione di massimi tariffari appare pienamente giustificata, in quanto applicata in modo non discriminatorio sia agli avvocati italiani che agli avvocati comunitari nonché idonea allo scopo e non esorbitante dalle finalità perseguite di garantire l'accesso alla giustizia in Italia, la tutela dei destinatari e la buona amministrazione della giustizia.

51. Con la citata sentenza *Wouters*, la Corte ha già affermato che la peculiare natura dell'attività degli avvocati giustifica misure nazionali restrittive della libertà di prestazione dei servizi e della stessa libertà di stabilimento, quali quella di vietare qualsiasi rapporto di collaborazione integrata tra gli avvocati e i revisori dei conti, in quanto ragionevolmente necessarie al buon esercizio della professione di avvocato così come organizzata nel paese interessato.

52. La fissazione di massimi tariffari, appare una misura di gran lunga meno incisiva di quella esaminata nella sentenza *Wouters* in relazione alla legislazione olandese e pur ritenuta giustificata da motivi di interesse pubblico.

53. Per quanto riguarda in primo luogo l'obiettivo di garantire l'**accesso alla giustizia in Italia**, si è dimostrato, nella fase scritta, l'insufficienza a tal uopo delle disposizioni sul gratuito patrocinio, che presuppone limiti di reddito talmente bassi (poco più di € 10.000 lordi annui) da escludere dalla sua fruizione la stragrande maggioranza dei cittadini, limitandone inoltre l'accesso a chi non vanti una pretesa manifestamente infondata.

54. Va ricordato, al riguardo che il diritto di difesa costituisce un diritto fondamentale sia per l'ordinamento nazionale (art. 24 Costituzione) che per quello sopranazionale (art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), dovendo lo Stato assicurare l'uguaglianza nell'accesso alla giustizia non solo a tutti i cittadini ma anche in relazione ad ogni tipologia di controversia.

55. Per quanto riguarda i rapporti *business to business*, nulla vieta ai clienti che possano permettersi tariffe più elevate, per ottenere un servizio più complesso e qualificato, di concludere un accordo in tal senso, espressamente consentito dall'art. 2233 c.c., nel pieno rispetto della loro autonomia contrattuale.

56. Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'obiettivo di garantire **la tutela dei destinatari dei servizi**, si osserva che tutti gli strumenti alternativi, ritenuti dalla Commissione meno restrittivi del principio della libera prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento, sono già previsti dall'ordinamento italiano.

57. La rigorosa selezione dei candidati in sede di esame di abilitazione

alla professione forense, che presuppone anche la conoscenza delle regole di deontologia professionale, è però condizione necessaria ma non sufficiente a scongiurare fatturazioni eccessive.

58. La possibilità di contestare gli onorari ritenuti abusivi innanzi al Consiglio dell'ordine degli avvocati o l'azionabilità del risarcimento del danno per effetto di fatturazioni illecite costituiscono entrambi rimedi successivi, come tali inidonei a prevenire la produzione del danno e maggiormente onerosi rispetto alla tutela offerta dalla preventiva fissazione per legge di tetti massimi, anche tenuto conto della difficoltà per il cliente di valutare, in assenza di parametri di riferimento, l'eccessività della pretesa.

59. Per quanto riguarda, in terzo luogo, l'esigenza di garantire **la buona amministrazione della giustizia**, si osserva che la prevedibilità del costo della prestazione, ed in particolare delle spese legali che si può essere condannati a rifondere all'avversario in caso di soccombenza – a prescindere dal compenso dovuto al proprio avvocato che rimane autonomamente concordabile - può essere assicurata solo mediante la predisposizione di tariffe massime che garantiscono, con una certa approssimazione, una previsione del costo da sostenere.

60. La tariffa forense costituisce quindi una obiettiva base di riferimento sia per il giudice, sia per le parti nei rapporti con i loro avvocati.

61. Da tutto quanto sopra, emerge che la fissazione di limiti massimi nelle tariffe forensi costituisce una misura necessaria ed idonea allo scopo di garantire imperativi motivi di interesse pubblico quali l'accesso alla giustizia da parte di tutti i cittadini, la tutela dei destinatari dei servizi e la buona amministrazione della giustizia.

62. Si richiamano le conclusioni già rassegnate nella memoria di controreplica.

Lussemburgo, 23 marzo 2010

Avv. Wally Ferrante

Causa C-452/09 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di Appello di Firenze (Italia) il 18 novembre 2009 - Tonina Enza Iaia, Andrea Moggio, Ugo Vassalle/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Università di Pisa (avv. Stato W. Ferrante - AL 2207/10 - *Decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno per tardiva e/o inesatta trasposizione di direttiva comunitaria (82/76/CEE in tema di medici specializzandi)*).

Questioni pregiudiziali

1) *Se sia compatibile con l'ordinamento comunitario che lo Stato italiano possa legittimamente eccepire la prescrizione quinquennale o decennale ordinaria di un diritto nascente dalla direttiva CE n. 76/1982 per il periodo antecedente la prima legge attuativa italiana, senza con ciò impedire definitivamente l'esercizio del suddetto diritto avente natura retributiva/alimentare, o in subordine l'esercizio di una azione risarcitoria/indennitaria;*

2) *Se, viceversa, sia compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione sia preclusa perché definitivamente ostativa all'esercizio del suddetto diritto;*

3) *Oppure se sia compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione sia preclusa fino all'accertamento della violazione comunitaria da parte della CdG (nella specie fino al 1999);*

4) *Oppure se sia compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione sia comunque preclusa fino alla corretta e compiuta trasposizione della direttiva che ha riconosciuto il diritto, nella legislazione nazionale (nella specie mai intervenuto) come previsto dalla sentenza Emmot.*

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana

1. Con l'ordinanza [del 6 ottobre 2009, depositata il 20 ottobre 2009 della Corte d'appello di Firenze - Italia], è stato chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, sulle [suesposte] questioni pregiudiziali.

Fatti di causa

2. La domanda pregiudiziale trae origine da una controversia instaurata il 23 novembre 2001 da tre ricorrenti, medici specializzandi che hanno frequentato i corsi universitari di specializzazione nel periodo intercorrente tra l'anno accademico 1983/84 e l'anno accademico 1990/91, nei confronti del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, del Ministero dell'Economia e Finanze e dell'Università degli Studi di Pisa, avente ad oggetto la domanda volta ad ottenere il pagamento della somma di lire 21.500.00 (€ 11.103,82)

per ciascun anno di corso a titolo di “remunerazione dell’attività svolta” sulla base della direttiva 82/76/CEE o, in subordine, il risarcimento del danno per tardivo e/o inesatto recepimento nell’ordinamento italiano della predetta direttiva, nella misura di lire 80.000.000 (€ 41.316,55).

3. Il Tribunale di Firenze ha respinto entrambe le pretese, accogliendo l’eccezione di prescrizione quinquennale sollevata dalle amministrazioni convenute sia con riferimento all’art. 2948, n. 4 del codice civile (di seguito c.c.) in relazione alla domanda volta ad ottenere il corrispettivo per l’attività svolta, sia con riferimento all’art. 2947 c.c. in relazione alla domanda risarcitoria.

4. La Corte d’appello di Firenze, adita dagli originari ricorrenti, chiede in sostanza alla Corte di giustizia se sia conforme al diritto comunitario la possibilità per lo Stato italiano di eccepire la prescrizione quinquennale o decennale del diritto nascente dalla direttiva 82/76/CEE per il periodo antecedente la prima legge attuativa italiana (decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257) e, in caso positivo, se il termine di prescrizione debba decorrere solo dall’accertamento della violazione comunitaria da parte della Corte di giustizia (1999) o addirittura non debba decorrere fino alla corretta trasposizione della direttiva nell’ordinamento nazionale, nella specie, secondo il giudice remittente, mai avvenuta.

Irricevibilità dell’intervento

5. Preliminarmente va eccepita l’irricevibilità dell’atto di intervento del dr. Massimo Bondanini, del Dr. Guido Calzia e del CODACONS, notificato in data 11 marzo 2010 alle parti in causa presso l’Avvocatura dello Stato, in quanto soggetti diversi da quelli tassativamente indicati dall’art. 28 dello Statuto della Corte di giustizia quali parti del giudizio ex art. 234 CE.

La normativa comunitaria rilevante

6. La direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/362/CEE (c.d. direttiva riconoscimento), mira al riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati e altri titoli di medico e comporta misure destinate ad agevolare l’esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

7. La direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/363/CEE (c.d. direttiva coordinamento), mira invece al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico.

8. Entrambe le suddette direttive sono state modificate dalla direttiva del Consiglio del 26 gennaio 1982, 82/76/CEE.

9. Per quanto riguarda il riconoscimento dei diplomi di specialista la direttiva “riconoscimento” distingue tre ipotesi. Allorché la specializzazione di cui si tratta è comune a tutti gli Stati membri e compare nell’elenco di cui all’art. 5, n. 2, della stessa direttiva, il riconoscimento è automatico (art. 4). Qualora la specializzazione sia propria a due o più Stati membri e sia menzionata

all'art. 7, n. 2, il riconoscimento è automatico tra di loro (art. 6). Infine, l'art. 8 dispone che, per le specializzazioni che non compaiono nell'elenco di cui all'art. 5 né in quello di cui all'art. 7, lo Stato membro ospitante potrà esigere dai cittadini degli altri Stati membri che soddisfino le condizioni di formazione previste a tal fine dal suo diritto interno, tenendo conto tuttavia dei periodi di formazione compiuti da tali cittadini e sanzionati da un titolo di studio rilasciato dalle competenti autorità dello Stato membro d'origine o di provenienza quando tali periodi corrispondono a quelli richiesti nello Stato membro ospitante per la specializzazione in questione.

10. La direttiva “coordinamento” prevede, ai fini del riconoscimento reciproco dei diplomi di medico specialista, una certa armonizzazione dei presupposti attinenti alla formazione e all'accesso alle varie specializzazioni mediche.

11. Al riguardo, l'art. 2, n. 1, della predetta direttiva, come modificato dall'art. 9 della direttiva 82/76/CEE, dispone che la formazione che permette il conseguimento di un diploma, certificato o altro titolo di medico specialista deve soddisfare le condizioni ivi menzionate. E' richiesto in particolare, alla lett. c), che la formazione si svolga *“a tempo pieno e sotto il controllo delle autorità o degli enti competenti, conformemente al punto 1 dell'allegato”*.

12. Ai sensi dell'art. 3 della direttiva “coordinamento”, come modificato dall'art. 10 della direttiva 82/76/CEE, **fermo restando il principio della formazione a tempo pieno**, enunciato nell'art. 2, n.1, lettera c), *“gli Stati membri possono autorizzare una formazione specializzata a tempo ridotto, alle condizioni ammesse dalle autorità nazionali competenti, quando, per casi singoli giustificati, non sia realizzabile una formazione a tempo pieno”*. (evidenza aggiunta).

13. L'allegato alla direttiva “coordinamento”, aggiunto dall'art. 13 della direttiva 82/76/CEE recante *“Caratteristiche della formazione a tempo pieno e della formazione a tempo ridotto dei medici specialisti”*, dispone quanto segue:

“1. Formazione a tempo pieno dei medici specialisti

Essa si effettua in posti di formazione specifici riconosciuti dalle autorità competenti.

Essa implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nel quale si effettua la formazione, comprese le guardie, in modo che lo specialista in via di formazione dedichi a tale formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intera durata della normale settimana lavorativa e per tutta la durata dell'anno, secondo le modalità fissate dalle autorità competenti. Tale formazione forma pertanto oggetto di una adeguata remunerazione.

La formazione può essere interrotta per motivi quali servizio militare, missioni scientifiche, gravidanza, malattia. La durata totale della formazione

non può essere ridotta a causa delle interruzioni.

2. Formazione a tempo ridotto dei medici specialisti

*Essa risponde alle stesse esigenze della formazione a tempo pieno, dalla quale si distingue unicamente per **la possibilità di limitare la partecipazione alle attività mediche ad una durata corrispondente perlomeno alla metà di quella prevista al punto 1, secondo comma.***

Le autorità competenti vigilano affinché la durata totale e la qualità della formazione a tempo ridotto degli specialisti non siano inferiori a quelle della formazione a tempo pieno.

Tale formazione a tempo ridotto forma quindi oggetto di una remunerazione adeguata” (evidenza aggiunta).

14. Gli artt. 4 e 5 della direttiva “coordinamento” stabiliscono la durata minima delle formazioni specialistiche che permettono il conseguimento dei diplomi, certificati o altri titoli previsti dagli artt. 5 e 7 della direttiva “riconoscimento” e che sono comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi.

15. L'art. 16 della direttiva 82/76/CEE dispone che gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva **entro e non oltre il 31 dicembre 1982.**

16. Successivamente ai fatti che hanno dato origine alla causa principale, le direttive “riconoscimento”, “coordinamento” e 82/76/CEE sono state abrogate e sostituite dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/16/CEE, tesa ad agevolare la libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli.

17. Tale direttiva non ha apportato innovazioni di rilievo per quanto qui interessa, limitandosi a riaffermare il principio della adeguata remunerazione dei medici specializzandi.

La normativa nazionale

18. Le direttive “riconoscimento” e “coordinamento” sono state trasposte nell’ordinamento italiano con la legge 22 maggio 1978, n. 217.

19. La direttiva 82/76/CEE non è stata recepita nel termine del 31 dicembre 1982.

20. Con sentenza 7 luglio 1987, causa C-49/86, Commissione/Italia, la Corte di giustizia ha dichiarato che la Repubblica italiana, non avendo adottato nel termine prescritto le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva 82/76/CEE, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CEE.

21. A seguito di tale sentenza, la predetta direttiva 82/76/CEE è stata traspunta con decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257 (pubblicato nella gazzetta ufficiale n. 191 del 16 agosto 1991 ed entrato in vigore 15 giorni dopo la data della sua pubblicazione).

22. L'art. 1 del decreto legislativo n. 257/1991 stabilisce che “la forma-

zione specialistica dei medici ammessi alle scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia, di tipologia e durata conformi alle norme della comunità economica europea e comuni a due o più Stati membri, si svolge a tempo pieno”(evidenza aggiunta).

23. Lo Stato italiano non ha quindi ritenuto di avvalersi della facoltà contemplata all'art. 10 della direttiva 82/76/CEE di autorizzare una formazione specializzata a tempo ridotto.

24. L'art. 4 del decreto legislativo n. 257/1991 determina inoltre i diritti e i doveri dei medici specializzandi ed in particolare, al comma 1, stabilisce che *“la formazione del medico specialista a tempo pieno **implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche** del servizio di cui fanno parte le strutture nelle quali essa si effettua, **ivi comprese le guardie e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche**, nonché la graduale assunzione dei **compiti assistenziali** in modo che lo specializzando **dedichi alla formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intero anno**”*(evidenza aggiunta).

25. L'art. 5 prevede inoltre l'esclusività del rapporto e l'incompatibilità con altre attività disponendo che *“per la durata della formazione a tempo pieno è **inibito l'esercizio di attività libero-professionali esterne** alle strutture assistenziali in cui si effettua la specializzazione ed **ogni rapporto anche convenzionale o precario con il Servizio sanitario nazionale**”* (evidenza aggiunta).

26. L'art. 6 del predetto decreto legislativo istituisce poi una borsa di studio in favore dei medici specializzandi, stabilendo, al comma 1 che *“agli ammessi alle scuole di specializzazione (...) in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per la loro formazione, è corrisposta, per tutta la durata del corso, ad esclusione dei periodi di sospensione della formazione specialistica, una borsa di studio determinata **per l'anno 1991** in lire 21.500.000. Tale importo viene annualmente, **a partire dal 1° gennaio 1992**, incrementato dal tasso programmato di inflazione ed è rideterminato ogni triennio, con decreto del Ministro della Sanità (...) in funzione del miglioramento stipendiale tabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente dal Servizio sanitario nazionale”* (evidenza aggiunta).

27. Infine, l'art. 8, n. 2, dello stesso decreto precisa che le sue disposizioni si applicano a decorrere dall'anno accademico 1991/92.

28. Tale delimitazione temporale ha determinato un folto contenzioso ad istanza dei medici specializzandi che hanno frequentato il relativo corso nel periodo compreso tra l'anno accademico 1983/84 e l'anno accademico 1990/1991, all'esito del quale il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, con diverse sentenze emesse nel 1994, ha disapplicato il decreto legislativo n. 257/1991 nella parte in cui riserva l'applicazione dell'ordinamento comunitario ai soli medici ammessi alle scuole di specializzazione nell'anno

accademico 1991/1992, lasciando sopravvivere il precedente regime per le specializzazioni già in corso.

29. A seguito di tali sentenze, il legislatore italiano ha adottato l'art. 11 della legge 19 ottobre 1999, n. 370, recante "Corresponsione di borse di studio agli specializzandi medici ammessi alle scuole negli anni 1983-1991" che dispone:

*"1. Ai medici ammessi presso le università alle scuole di specializzazione in medicina dall'anno accademico 1983-1984 all'anno accademico 1990-1991, destinatari delle sentenze passate in giudicato del tribunale amministrativo regionale del Lazio (sezione I-bis), numeri 601 del 1993, 279 del 1994, 280 del 1994, 281 del 1994, 282 del 1994, 283 del 1994, **tenendo conto dell'impegno orario complessivo richiesto agli specializzandi dalla normativa vigente nel periodo considerato, nonché del tempo trascorso, il Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica corrisponde per tutta la durata del corso una borsa di studio annua onnicomprensiva di lire 13.000.000. Non si dà luogo al pagamento di interessi legali e di importi per rivalutazione monetaria.***

2. Il diritto alla corresponsione della borsa di studio è subordinato all'accertamento da parte del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica delle seguenti condizioni:

a) frequenza di un corso di specializzazione in base alla normativa prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, per l'intera durata legale del corso di formazione;

*b) **impegno di servizio a tempo pieno**, attestato dal direttore della scuola di specializzazione;*

*c) **mancato svolgimento per tutta la durata del corso di specializzazione di qualsiasi attività libero-professionale esterna, nonché di attività lavorativa anche in regime di convenzione o di precarietà con il Servizio sanitario nazionale.***

*3. **Non può essere corrisposta la borsa di studio per gli anni in cui ne è stata percepita un'altra, a qualsiasi titolo e per qualsiasi importo, quale che sia il soggetto erogatore. È escluso dalla borsa di studio di cui al comma 1:***

a) chi non abbia concluso il corso di specializzazione, ovvero non abbia recuperato i periodi di sospensione di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257;

b) chi abbia sospeso la frequenza dei corsi per motivi diversi da quelli previsti dalla lettera a).

4. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, sono determinati il termine entro il quale, a pena di decadenza, deve essere trasmessa l'istanza di corresponsione delle borse di studio previste dal presente articolo, lo scaglionamento

dei pagamenti, le modalità di inoltro, di sottoscrizione e di autocertificazione secondo la normativa vigente in materia, nonché l'effettuazione di controlli a campione non inferiori al 10 per cento delle istanze presentate. A tale fine è autorizzata la spesa di lire 83 miliardi per l'anno 1999, di lire 48 miliardi per l'anno 2000 e di lire 25 miliardi per l'anno 2001".

30. In esecuzione del comma 4 della predetta norma, è stato adottato il decreto ministeriale 14 febbraio 2000, con il quale sono stati determinati i termini e le procedure per la corresponsione delle borse di studio.

31. In esecuzione della direttiva 93/16/CE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli, è stato adottato il decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 368 che, all'art. 39, come successivamente modificato dall'art. 1, comma 300 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, dispone che *"al medico in formazione specialistica, per tutta la durata legale del corso, è corrisposto un trattamento economico annuo onnicomprensivo"* che *"è costituito da una parte fissa, uguale per tutte le specializzazioni e per tutta la durata del corso, e da una parte variabile"* determinata annualmente avuto riguardo preferibilmente al percorso formativo degli ultimi tre anni. Detta norma prevede inoltre che il trattamento economico è corrisposto mensilmente dalle università presso cui operano le scuole di specializzazione e stabilisce le modalità di ripartizione delle risorse per il finanziamento della formazione dei medici specialisti.

32. L'art. 2948, n. 4 c.c. recante *"prescrizione di cinque anni"* dispone che *"si prescrivono in cinque anni: ... n. 4) gli interessi e in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi"*.

33. L'art. 2947, c.c. recante *"prescrizione del diritto al risarcimento del danno"* dispone, al comma 1, che *"il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato"*.

34. L'art. 2946 c.c., recante *"prescrizione ordinaria"* dispone: *"salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni"*.

Sui quesiti posti alla Corte

35. I quattro quesiti posti dal giudice remittente possono essere affrontati unitariamente in quanto strettamente collegati e in parte alternativi l'uno agli altri.

36. Nella sostanza infatti la Corte d'appello di Firenze chiede alla Corte di giustizia se possa essere eccepita o meno la prescrizione quinquennale o decennale, nella fattispecie di cui alla causa principale e, in caso positivo, con quale decorrenza, se dall'accertamento della violazione del diritto comunitario da parte della Corte di giustizia (1999 *rectius* 1987, data della citata sentenza 7 luglio 1987, causa C-49/86, Commissione/Italia,) o dalla corretta trasposi-

zione della direttiva nell'ordinamento nazionale, che il giudice remittente ritiene non essere mai avvenuta, come previsto dalla sentenza *Emmot*.

37. I ricorrenti nella causa principale hanno chiesto sia, in via diretta, il corrispettivo per l'attività prestata nel periodo antecedente all'anno accademico 1991/1992 sia, in subordine, il risarcimento del danno per tardiva trasposizione della direttiva comunitaria 82/76/CEE.

38. Con riferimento alla prima domanda, la giurisprudenza italiana è costante nell'affermare che tale diritto non possa fondarsi sulla predetta direttiva che non reca una precisa quantificazione della remunerazione spettante agli specializzandi e prima ancora non individua il soggetto debitore e dunque non è immediatamente applicabile (Cass. sez. lavoro, 3 giugno 2009, n. 12814; Cass. sez. un. 17 aprile 2009, n. 9147; Cass. sez. lavoro, 18 giugno 2008, n. 16507; Cass., sez. lavoro, 6 luglio 2002, n. 9842).

39. Infatti, la Corte di Giustizia con la sentenza del 25 febbraio 1999, C-131/97, *Carbonari* ha statuito che le direttive 75/362/CEE, 75/363/CEE e 82/76/CEE devono essere interpretate nel senso che “*L'obbligo di retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione dei medici specialisti s'impone unicamente per le specialità mediche comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi e menzionate agli artt. 5 o 7 della direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/362/CEE. Tale obbligo è incondizionato e sufficientemente preciso nella parte in cui richiede – affinché un medico specialista possa avvalersi del sistema di reciproco riconoscimento istituito dalla direttiva 75/362 – che la sua formazione si svolga a tempo pieno e sia retribuita. Il detto obbligo non consente tuttavia, di per sé, al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata, né l'importo della stessa*” (evidenza aggiunta).

40. Alla luce di tale pronuncia, è stato conseguentemente affermato il carattere non *self-executing* della direttiva comunitaria, prima ed a prescindere dal necessario intervento statale che individuasse il soggetto tenuto al pagamento e che determinasse l'entità della remunerazione, come avvenuto con il decreto legislativo n. 257/1991.

41. La citata sentenza della Corte di cassazione n. 9842/2002 ha infatti precisato che: “*gli specializzandi in medicina non hanno diritto ad un compenso per l'attività medica svolta durante la frequenza della scuola di specializzazione, poiché la direttiva CE n. 82/76 non era immediatamente applicabile nell'ordinamento interno prima di essere recepita dal D. Lgs. n. 257/1991; pertanto, la domanda relativa non potrebbe in alcun modo essere fondata sulla diretta applicazione delle disposizioni comunitarie, poiché queste si limitano a prescrivere l'erogazione di una “adeguata remunerazione” senza però procedere ad alcuna quantificazione che viene rimessa alle normative nazionali. Ne consegue che non si può invocare l'applicazione del compenso fissato dal D. Lgs. n. 257/1991 in relazione ad un periodo di ser-*

vizio prestato prima della sua entrata in vigore. Né si configura una discriminazione tra chi sia entrato nella scuola di specializzazione prima di una certa data e chi sia entrato dopo, giacché non solo i compensi, ma anche l'impegno richiesto erano diversamente regolati: infatti, mentre il D. Lgs. 257/1991 determina i compensi a fronte dell'obbligo del tempo pieno e della incompatibilità con altri incarichi, la normativa precedente (legge n. 162/1982) prevedeva l'erogazione di borse di studio da mettere a concorso per la frequenza ai corsi di specializzazione, ponendo come unica condizione un limite reddituale” (evidenza aggiunta).

42. In particolare, la Suprema Corte, nell'escludere che prima del suo recepimento la direttiva 82/76/CEE fosse applicabile nell'ordinamento interno e che per il periodo anteriore al recepimento stesso potesse configurarsi un indebito arricchimento da parte dell'università, ha affermato che le diverse condizioni di impegno richieste agli specializzandi iscritti dopo l'anno accademico 1991/92 rispetto a quelle richieste agli iscritti in epoca anteriore valgono ad escludere la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, essendo la maggior retribuzione correlata ad un maggiore impegno.

43. Anche il Consiglio di Stato (sez. VI, 15 dicembre 1999 n. 2090 ed altre) ha negato che la direttiva europea abbia carattere incondizionato e talmente preciso da poter essere operante, *omisso medio*, nel nostro ordinamento, tanto da comportare il diritto dei medici che hanno frequentato i corsi di specializzazione prima dell'anno accademico 1991/92 a conseguire i correlativi emolumenti economici.

44. Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sez. III bis, n. 1982/02, ha inoltre precisato che: **“L'allegato aggiunto alla direttiva 75/363/CEE, nel disciplinare le caratteristiche della formazione a tempo pieno e ridotto dei medici specialisti, ha prescritto che essa, comportando la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nel quale si effettua la formazione, comprese le guardie, implica che le sia dedicata tutta l'attività professionale per l'intera durata dell'anno, secondo le modalità fissate dalle autorità competenti. Pertanto, solo tale formazione è considerata suscettibile di una adeguata remunerazione, dove mancano atti di esecuzione interna che riconoscano la retribuità anche dei corsi non conformi alla normativa comunitaria. (...) Il riconoscimento di emolumenti in favore dei medici frequentanti i corsi di specializzazione, poiché sottoposto da dette direttive a determinate condizioni (...), assume quindi carattere incondizionato e sufficientemente preciso con riguardo alla retribuità, in astratto, dei corsi che si sono svolti nel rispetto delle condizioni previste, ed è invece indiretto e strumentale rispetto all'obiettivo principale fissato dalle direttive in questione (...) con conseguente libertà per gli Stati membri di decidere autonomamente sulla retribuità dei corsi di specializzazione che – pur svolti nel rispetto della normativa di cui al D.P.R. 10 marzo 1982 n. 162 (che prevede all'art. 11**

solo la obbligatorietà della frequenza di detti corsi) e che si sono conclusi con il rilascio del diploma ai partecipanti – non abbiano previsto anche il rispetto delle caratteristiche della formazione dei medici specialisti prescritte dall'allegato aggiunto alla direttiva 75/363/CEE, prima citata. (...) Il beneficio invocato dai ricorrenti non può quindi derivare direttamente dalla normativa comunitaria perché questa, recepita solo dall'anno accademico 1991/92, lascia sopravvivere disposizioni già vigenti nel periodo ad esso precedente per corsi di specializzazione già iniziati".

45. Peraltro, anche se si volesse ritenere astrattamente prospettabile simile domanda, è comunque in concreto che debbono risultare provate, ed in relazione ad ogni medico ricorrente, le condizioni previste dalla direttiva stessa.

46. In altri termini, una pronuncia affermativa può solo conseguire alla positiva dimostrazione della piena aderenza della posizione di ciascun ricorrente alle prescrizioni individuate dalle direttive, conformemente alle condizioni indicate nella sentenza della Corte di Giustizia del 3 ottobre 2000, causa C-371/97, *Gozza*.

47. In base a tale sentenza, l'obbligo di retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione *"s'impone solo se le condizioni di formazione a tempo pieno di cui al punto 1 dell'allegato della direttiva 75/363, come modificata dalla direttiva 82/76, o quelle della formazione a tempo ridotto di cui al punto 2 dell'allegato della direttiva 75/363, come modificata dalla direttiva 82/76, sono rispettate dai medici specialisti in formazione"*.

48. In proposito, come già ricordato, lo Stato italiano non si è avvalso della facoltà, contemplata all'art. 10 della direttiva 82/76/CEE, di autorizzare una formazione specializzata a tempo ridotto.

49. Non si può quindi ritenere che dalla frequenza delle scuole disciplinate dal vecchio ordinamento (che prevedeva 800 ore annue a fronte delle 38 ore settimanali, pari a 1800 ore annue, previste dalla nuova disciplina, che comprende lo svolgimento di attività assistenziali e non solo la partecipazione a lezioni teoriche, per giunta con il vincolo di esclusività) si possa legittimamente dedurre il diritto alla remunerazione determinata con il decreto legislativo n. 257/91, posto che la citata sentenza della Corte di Giustizia del 3 ottobre 2000, causa C-371/97 presuppone l'accertamento delle condizioni che danno diritto a tale remunerazione e cioè il tempo pieno, la natura dell'attività prestata e l'esclusività del rapporto.

50. Quanto alla domanda risarcitoria per tardivo recepimento della direttiva comunitaria, si osserva in primo luogo che la causa principale non è stata proposta, come in altri consimili casi, nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, unico soggetto legittimato a rispondere a tale titolo per lo Stato italiano.

51. Ciò detto, va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Fran-*

covich e Bonifaci; sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du Pêcheur e Factortame*; sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*; sentenza 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*; sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del mediterraneo*; ordinanza 23 aprile 2008, causa C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*) il principio della responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario, pur non essendo espressamente previsto, trova il suo fondamento in due norme del Trattato: l'art. 10 che sancisce il principio di leale collaborazione degli Stati e l'art. 288 che prevede la responsabilità extracontrattuale della Comunità, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri.

52. Com'è noto, sin dalla citata sentenza del 5 marzo 1996 *Francovich*, è stato affermato che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è da considerare inerente al sistema del Trattato in quanto, pur non essendo espressamente previsto, trova il suo fondamento nell'art. 5 del Trattato (attuale art. 10), in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario, tra i quali, quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario.

53. Classico esempio di violazione da parte degli Stati del diritto comunitario è la mancata o tardiva trasposizione di una direttiva, obbligo imposto dall'art. 249 del Trattato, in base al quale la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.

54. Mancando peraltro nel Trattato disposizioni che disciplinino in modo diretto e puntuale le conseguenze delle violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri, la Corte di giustizia, nella citata sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur*, ha affermato che spetta proprio alla Corte - nell'espletamento del compito conferitole dall'art. 164 del Trattato (ora art. 220) di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato - statuire su tale questione avvalendosi dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, dei principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

55. Del resto, è proprio a tali ultimi principi che l'art. 215 del Trattato (ora art. 288) fa rinvio in tema di responsabilità extracontrattuale della Comunità per danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. In proposito, osserva la Corte, che in un gran numero di ordinamenti giuridici nazionali, il regime giuridico della responsabilità dello Stato è stato elaborato, in maniera determinante, in via giurisprudenziale.

56. Ciò detto, la Corte, nella citata sentenza del 10 luglio 1997, *Palmisani*, causa C-261/95, ha confermato, nel solco già tracciato dalle citate sentenze

Francovich e Brasserie du Pêcheur, che le condizioni alle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni provocati sono tre: che la norma violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di una violazione sufficientemente caratterizzata, grave e manifesta e che esista un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

57. Quanto al carattere manifesto della violazione, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato che, perché tale condizione sia soddisfatta, occorre tener conto del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la persistenza della violazione anche dopo che questa sia stata accertata a seguito di un procedimento di infrazione (sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler* cit.).

58. Va osservato che non essendo disciplinato, come si è detto, dal diritto comunitario il risarcimento dei danni degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, non vi è nemmeno alcuna previsione positiva che preveda un termine di prescrizione per esercitare tale diritto.

59. In via di principio, un termine di prescrizione, onde adempiere alla sua funzione di garantire la certezza del diritto, dovrebbe essere fissato previamente dal legislatore comunitario.

60. In mancanza, la giurisprudenza del Tribunale di primo grado ha ritenuto non estensibile analogicamente il termine di prescrizione previsto da altre norme comunitarie, come ad esempio l'art. 43 (ora 46) dello Statuto della Corte di giustizia che stabilisce il termine di prescrizione di cinque anni per l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti della Comunità (sentenza 15 settembre 1998, cause riunite T-126/96 e T-127/96, *BFM e EFIM/Commissione*).

61. Come si è detto, l'art. 215 del Trattato (ora art. 288) fa rinvio, in tema di responsabilità extracontrattuale della Comunità per danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, dei principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

62. Correttamente, quindi, il Tribunale di Firenze, nella causa principale, ha ritenuto di applicare il termine di prescrizione quinquennale riferibile sia alle prestazioni periodiche (art. 2948, n. 4 c.c.) sia alla responsabilità extracontrattuale (art. 2947 c.c.) che può accostarsi, in assenza di un'espressa disciplina, alla responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario.

63. In ogni caso, deve osservarsi che, secondo la giurisprudenza comunitaria, non è precluso ad uno Stato membro di opporre alle pretese dei singoli fondate sul diritto comunitario, termini nazionali di decadenza o di prescrizione, il cui decorso prescinda dalla considerazione del fatto che, alla data in

cui la pretesa poteva essere fatta valere, la direttiva che fondava tale pretesa non era stata ancora correttamente attuata nell'ordinamento nazionale.

64. Detto principio è stato enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 15 settembre 1998, causa C-231/1996, *Edis* nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto la richiesta di rimborso di una tassa di concessione di governativa per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese.

65. La Corte ha infatti affermato che il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro di opporre, alle azioni di ripetizione di tributi riscossi in violazione di una direttiva, un termine nazionale di decadenza che decorra dalla data del pagamento dei tributi di cui si tratta, anche se, a tale data, la direttiva non era stata ancora correttamente attuata nell'ordinamento nazionale.

66. Ciò premesso, il Governo italiano ritiene che la prescrizione della pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato non sia interrotta, né sospesa per effetto di un procedimento per inadempimento e sino alla conclusione dello stesso, tranne il caso di un'azione tempestivamente iniziata, la cui decisione venga sospesa dal giudice adito in attesa dell'esito del procedimento di infrazione.

67. Il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro inoltre non è subordinato alla condizione che l'esistenza di una violazione siffatta risulti da una sentenza pronunciata dalla Corte in via pregiudiziale (Corte di giustizia, sentenza del 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos*).

68. Quanto alla decorrenza del termine di prescrizione non si ritiene che la stessa possa iniziare solo a partire dal momento della corretta trasposizione della direttiva nel diritto comunitario. Tale principio, affermato nel caso specifico della sentenza *Emmott* (del 25 luglio 1001, causa C-208/90) è stato più volte disatteso, successivamente dalla stessa Corte (sentenze 27 ottobre 1993, causa C-338/91, *Steenhorst-Neerings*; 6 dicembre 1994, causa C-410/92, *Johnson*; 17 luglio 1997, cause riunite C-114/95 e C-115/95 *Texaco e Olieselskab Danimarca*) in quanto, nel precedente citato, la soluzione era giustificata dalle circostanze tipiche di detta causa.

69. Né può ritenersi che la decorrenza della prescrizione possa essere interrotta dalla instaurazione del procedimento di inadempimento da parte della Commissione, dovendo comunque l'atto interruttivo provenire dalla parte che ha interesse a far valere il diritto risarcitorio.

70. Al più, il termine di prescrizione potrà rimanere sospeso, ove l'azione risarcitoria sia stata tempestivamente intentata dal danneggiato, sino all'esito del procedimento di infrazione, ove il giudice adito ritenga di attendere tale decisione per valutare l'esistenza e la portata della violazione del diritto comunitario.

71. Il Governo italiano ritiene quindi che la prescrizione della pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato che si

basa sull'insufficiente attuazione di una direttiva cominci a decorrere dal momento in cui si sono prodotti i primi effetti lesivi e non dalla completa attuazione della direttiva.

72. In proposito, va segnalato che, la giurisprudenza italiana, in relazione al folto contenzioso instaurato a seguito della mancata tempestiva attuazione della direttiva 82/1976/CEE, ha sempre ritenuto di applicare il termine di prescrizione quinquennale decorrente non dall'annualità del corso frequentato, né dalla data in cui la Corte di giustizia, con sentenza 7 luglio 1987, causa C-49/1986 che ha accertato l'inadempimento dello Stato italiano bensì dall'adozione del decreto legislativo 8 agosto 1991 n. 257 con il quale è stata istituita una borsa di studio a favore dei medici specializzandi a decorrere dall'anno accademico 1991/92, con esclusione dei medici che avevano iniziato il corso anteriormente.

73. Per questi ultimi, il decorso della prescrizione è stato stabilito dalla giurisprudenza italiana nella data del provvedimento legislativo che ha sostanzialmente negato la loro pretesa (1991), a prescindere dalla successiva sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari* che ha affermato il carattere non *self-executing* della stessa.

74. Ciò premesso, va sottolineato che la sentenza resa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia il 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier* ha affermato importanti principi in materia di prescrizione del diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario ed in particolare per effetto dell'omessa, tardiva o errata trasposizione di una direttiva comunitaria.

75. La citata sentenza ha confermato innanzitutto che, in mancanza di una normativa comunitaria che regoli in modo diretto e puntuale la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, spetta ai singoli ordinamenti nazionali disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la piena tutela dei diritti conferiti alle persone dal diritto comunitario, fermo restando che le condizioni e i termini stabiliti dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento del danno non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano azioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività).

76. Quanto all'interruzione o alla sospensione dei termini di prescrizione per effetto della presentazione di un ricorso per inadempimento, la Corte di giustizia ha inoltre affermato che spetta agli Stati membri disciplinare tali aspetti purché siano osservati i principi di equivalenza e di effettività, ribadendo che non si può subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, dell'inadempimento imputabile allo Stato membro per violazione del diritto comunitario, elemento significa-

tivo ma non indispensabile (punti 36 – 38).

77. Sotto tale profilo, la Corte ha quindi concluso che la circostanza che un ricorso per inadempimento non abbia l'effetto di interrompere o di sospendere il termine di prescrizione non rende impossibile o eccessivamente difficile, per il soggetto, esercitare i diritti conferitigli dal diritto comunitario, né lede il principio dell'equivalenza, tenuto conto delle peculiarità della procedura ex art. 226 CE che non è tesa a tutelare diritti propri della Commissione (punti 39 e 45).

78. Quanto alla decorrenza della prescrizione, la Corte ha affermato che il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detto scorretto recepimento si siano verificati, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta e completa trasposizione della direttiva in questione nell'ordinamento nazionale, **dovendosi ritenere che il principio contrario affermato nella sentenza del 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott fosse determinato dalle circostanze particolari di detta causa (punto 56).**

79. La Corte ha infine chiarito che spetta al giudice nazionale stabilire la conformità al diritto comunitario di una legislazione, come quella tedesca nella causa principale, che esclude il risarcimento del danno ove il soggetto leso non abbia dato prova di una ragionevole diligenza, omettendo, dolosamente o colposamente, di evitare la realizzazione del danno mediante la proposizione delle azioni previste dal diritto nazionale.

80. Al riguardo, la Corte ha comunque escluso che la probabilità che in tale sede il giudice adito sollevi una questione pregiudiziale ex art. 234 CE renda non esigibile dai soggetti lesi l'esperimento dei mezzi di ricorso a loro disposizione in quanto l'utilizzo di tale strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali non contribuisce assolutamente a rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti al singolo dal diritto comunitario (punti 64 e 65).

81. A tale proposito, è stato ritenuto ragionevole il termine di decadenza triennale previsto dalla legislazione tedesca nella causa principale (punti 31 e 32).

82. Al riguardo, va ricordato che la Corte di Giustizia (sentenza del 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, punto 29) aveva già ritenuto congruo il termine di decadenza annuale fissato dalla legislazione italiana (art. 2, comma 7 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80 per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE concernente la tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro).

83. In relazione al termine di prescrizione, va segnalato che la Corte di cassazione, con la sentenza delle sezioni unite del 17 aprile 2009, n. 9147 ha stabilito che la domanda risarcitoria per tardiva trasposizione di direttiva co-

munitaria non rientra nello schema della responsabilità extracontrattuale ma in quello della responsabilità *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica e sussistente a prescindere dalla sussistenza del dolo o della colpa e dal carattere non *self executing* della direttiva, con conseguente applicabilità della prescrizione decennale ex articolo 2946 c.c.

84. La natura risarcitoria del diritto vantato nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario era stata invece in precedenza affermata non solo dalla stessa Corte di cassazione (Cass., 16 maggio 2003, n. 7630; Cass. 9 aprile 2001, n. 5249; Cass. 9 novembre 1994, n. 9339) ma anche dalla Corte costituzionale (sentenza 16 giugno 1993, n. 285).

85. Con la recente sentenza del 3 giugno 2009, n. 12814, la Corte di cassazione è peraltro ritornata a pronunciarsi nel senso della natura aquiliana della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, con conseguente applicazione della prescrizione decennale.

Conclusioni

86. Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere i quesiti affermando che è compatibile con l'ordinamento comunitario che lo Stato italiano possa legittimamente eccepire la prescrizione di un diritto nascente dalla direttiva 82/76/CEE per il periodo antecedente la prima legge attuativa italiana, senza con ciò impedire definitivamente l'esercizio del suddetto diritto avente natura retributiva/alimentare, o in subordine l'esercizio di una azione risarcitoria/indennitaria .

87. Pertanto non è compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione sia preclusa fino all'accertamento della violazione comunitaria da parte della Corte di giustizia.

88. Non è altresì compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione sia comunque preclusa fino alla corretta e compiuta trasposizione della direttiva che ha riconosciuto il diritto nella legislazione nazionale.

Roma, 25 marzo 2010

Avv. Wally Ferrante

Causa C-509/09 - Materia trattata: spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) il 9 dicembre 2009 - eDate Advertising GmbH / X (avv. Stato W. Ferrante - AL 11062/10 - Individuazione del giudice competente in caso di diffusione via internet di notizia produttiva di danno in più Stati membri).

Questioni pregiudiziali

1) *Se, per l'ipotesi di (minacciata) violazione di diritti della personalità attraverso contenuti di un sito Internet, la locuzione "luogo in cui l'evento dannoso può avvenire", di cui all'art. 5, n. 3, del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in prosieguo: il "regolamento n. 44/2001"), debba essere interpretata nel senso che l'interessato può esercitare un'azione inibitoria contro il gestore del sito web, indipendentemente dallo Stato membro in cui è domiciliato, anche dinanzi ai giudici di ogni Stato membro, in cui il sito può essere consultato, oppure*

la competenza giurisdizionale dei giudici di uno Stato membro, in cui il gestore del sito non è domiciliato, presuppone che, oltre alla mera accessibilità tecnica, sussista uno specifico collegamento dei contenuti controversi o del sito con lo Stato del foro (collegamento di carattere territoriale).

2) *Qualora sia richiesto un siffatto specifico collegamento di carattere territoriale:*

Secondo quali criteri esso vada riscontrato.

Se assume rilievo il fatto che il sito controverso si rivolga, alla luce delle scelte del gestore, specificamente (anche) agli utenti di Internet dello Stato del foro, o se sia sufficiente al riguardo che le informazioni accessibili sul sito presentino un collegamento oggettivo con lo Stato del foro, nel senso che, secondo le circostanze del caso concreto ed in particolare in base al contenuto del sito controverso, un conflitto tra interessi contrapposti - l'interesse dell'attore al rispetto del proprio diritto della personalità e l'interesse del gestore ad impostare discrezionalmente il proprio sito e a fornire resoconti di fatti - possa effettivamente essersi ivi verificato o potrà ivi verificarsi.

Se al fine del riscontro di tale specifico collegamento territoriale sia rilevante il numero di accessi al sito controverso operati dallo Stato del foro.

3) *Ove, ai fini della sussistenza della competenza giurisdizionale, non sia necessario alcuno specifico collegamento territoriale oppure ove, per la presunzione dello stesso, basti che le informazioni controverse presentino un collegamento oggettivo con lo Stato del foro, nel senso che un conflitto tra contrapposti interessi, alla luce delle circostanze del caso concreto ed in particolare in base al contenuto del sito controverso, possa essersi effettivamente*

ivi verificato o potrà ivi verificarsi e l'accertamento di uno specifico collegamento territoriale non presupponga il riscontro di un numero minimo di accessi al sito controverso dallo Stato del foro:

Se l'art. 3, nn. 1 e 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (in prosieguo: la "direttiva sul commercio elettronico") vada interpretato nel senso che alle relative disposizioni va attribuito carattere di norme di diritto internazionale privato, nel senso che esse, anche nell'ambito del diritto civile, prescrivono la sola applicazione del diritto vigente nel Paese d'origine con esclusione delle norme di conflitto nazionali,

oppure

tali disposizioni costituiscono un correttivo rilevante sul piano giuridico materiale, attraverso il quale l'esito giuridico sostanziale del diritto individuato come applicabile dalle norme di conflitto nazionali viene modificato a livello contenutistico e ridotto alle prescrizioni del Paese d'origine.

Per il caso in cui l'art. 3, nn. 1 e 2, della direttiva sul commercio elettronico abbia carattere di norma di diritto internazionale privato:

Se le disposizioni citate prescrivano solo la sola applicazione del diritto sostanziale vigente nel Paese d'origine o anche l'applicazione delle norme di conflitto ivi in vigore, con la conseguenza che continui ad essere possibile il rinvio da parte del diritto del Paese d'origine al diritto del Paese di destinazione.

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana

1. Con l'ordinanza [10 novembre 2009, depositata il 9 dicembre 2009 del Bundesgerichtshof - Germania], è stato chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, sulle [suesposte] questioni pregiudiziali.

Fatti di causa

2. La domanda pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra un soggetto domiciliato in Germania, condannato all'ergastolo da un Tribunale tedesco per l'omicidio di un famoso attore ed un gestore di un portale Internet, domiciliato in Austria, in ordine alla pubblicazione dal 23 agosto 1999 al giugno 2007 sul sito Internet di informazioni relative alla predetta vicenda processuale.

3. In data 5 giugno 2007, l'attore esortava il gestore del sito Internet ad astenersi dal pubblicare notizie relative alla citata vicenda e in data 18 giugno 2007 la società convenuta eliminava dal proprio sito la notizia contestata.

4. Nella controversia esaminata dai giudici tedeschi, l'attore ha richiesto di inibire alla convenuta di riportare notizie, indicando il suo nome per esteso,

in relazione al predetto reato.

5. Il Giudice del rinvio, ritenendo che l'ulteriore diffusione tramite internet di informazioni in ordine al reato commesso dall'attore integri una lesione del diritto della personalità dell'attore a non essere ulteriormente accostato a quel reato, si è posto, in via preliminare, il problema della giurisdizione del Giudice tedesco.

La normativa comunitaria rilevante

6. A norma dell'art. 5, n. 3 del regolamento n. 44/2001/CE concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro *“in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”*.

7. Ai sensi dell'art. 3, nn. 1 e 2 della direttiva n. 2000/31/CE (direttiva sul commercio elettronico), *“1. Ogni Stato membro provvede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da un prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato membro nell'ambito regolamentato. 2. Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro”*.

Sul primo quesito posto alla Corte

8. Con il primo quesito, il Bundesgerichtshof ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in ordine all'interpretazione della locuzione *“luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”* di cui all'art. 5, n. 3, del Regolamento 44/2001/CE, chiarendo se, in caso di diffusione di notizie via internet idonee a ledere diritti della personalità e a cagionare un danno, sia competente ogni Stato membro in cui dette notizie siano accessibili o se sia necessario un collegamento di carattere territoriale tra i contenuti controversi e lo Stato del foro.

9. Preliminarmente, va osservato che il quesito posto alla Corte di Giustizia dovrebbe essere dichiarato irricevibile per difetto di rilevanza nella causa principale.

10. Secondo i principi generali comuni agli ordinamenti processuali, infatti, l'azione inibitoria costituisce uno strumento giurisdizionale di urgenza che presuppone l'attualità del comportamento produttivo del danno.

11. Dall'esposizione dei fatti di causa risulta, invece, che la condotta assunta come lesiva non era più attuale al momento della proposizione della domanda inibitoria in quanto il gestore del sito aveva, prima dell'inizio del giudizio, già eliminato la notizia controversa.

12. Si ritiene tuttavia di esporre alcune considerazioni per l'eventualità in cui la Corte dovesse ritenere la domanda ricevibile.

13. Va osservato che l'art. 5, n. 3 del Regolamento n. 44/2001/CE prevede un'ipotesi di competenza speciale "*in materia di illeciti civili dolosi o colposi*". In tal caso la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta davanti "*al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire*".

14. La Corte di Giustizia non si è ancora pronunciata sui criteri di collegamento da applicare per determinare il luogo in cui si è verificato o si può verificare l'evento dannoso allorché l'asserito danno si è verificato o può verificarsi attraverso i contenuti diffusi tramite Internet.

15. Va rilevato, peraltro, che – nel periodo di vigenza della Convenzione di Bruxelles, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 27 settembre 1968 – la Corte ha affermato che è da considerarsi luogo in cui si è verificato l'evento dannoso anche il luogo ove la pubblicazione è stata diffusa e ove la vittima assume di aver subito una lesione della propria reputazione, in quanto in tale luogo si è manifestato il danno (Corte di giustizia, sentenza del 7 marzo 1995, causa C-68/93, *Shevill*).

16. Tale sentenza, peraltro, non è stata pronunciata con riferimento agli illeciti commessi tramite internet bensì in relazione ad un'ipotesi di diffamazione a mezzo stampa mediante un articolo diffuso in più Stati.

17. In quel caso, la Corte ha affermato che l'espressione "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto" deve essere interpretata, nel senso che la vittima può esperire nei confronti dell'editore un'azione di danni sia dinanzi ai giudici dello Stato del luogo ove è stabilito l'editore della pubblicazione diffamatoria, i quali sono competenti a pronunciarsi sul risarcimento dei danni derivanti dalla diffamazione nella loro integralità, sia dinanzi ai giudici di ciascuno Stato contraente dove la pubblicazione è stata diffusa e dove la vittima assume aver subito una lesione della sua reputazione, i quali sono competenti a conoscere dei soli danni cagionati nello Stato del giudice adito.

18. Per quanto concerne il caso di specie, va considerato, come rileva correttamente il giudice di rinvio, che i contenuti di internet di norma non sono "diffusi" ma "mantenuti accessibili".

19. Il giudice di rinvio si domanda, dunque, se sia sufficiente la mera accessibilità dei contenuti lesivi in uno Stato Membro, ai fini del radicamento della giurisdizione di quest'ultimo, oppure se occorra un collegamento tra la notizia e il territorio, cioè se il contenuto della notizia abbia rilevanza per un determinato Stato membro, suscitando un interesse particolare per gli utenti di detto Stato.

20. In tale ottica, il giudice del rinvio ricorda che la giurisprudenza francese richiede che, ai fini della determinazione della giurisdizione, occorra valutare il numero di accessi ai contenuti ritenuti lesivi effettuati nello Stato in questione.

21. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, di recente la Corte di Cassazione ha affermato, con riferimento al reato di diffamazione, che "il reato di diffamazione consistente nell'immissione nella rete Internet di frasi offensive e/o immagini denigratorie, deve ritenersi commesso nel luogo in cui le offese e le denigrazioni sono percepite da più fruitori della rete, pur quando il web sia registrato all'estero" (Cass., sez. II, 21 febbraio 2008).

22. Ritenere però che, laddove si riscontrino una pluralità di luoghi ove si producono i danni, occorra far riferimento a tutti i luoghi in cui i danni si sono verificati, comporterebbe un concorso di fori alternativi e di leggi applicabili.

23. Il rischio di tale tesi, come evidenziato dal giudice di rinvio, è che si estenderebbe il numero dei fori concorrenti, con conseguente erosione dei principi generali in materia di competenza giurisdizionale, fondati sullo sfavore nei confronti di fori non sufficientemente collegati alla lite.

24. Per tali ragioni, appare preferibile collegare la competenza giurisdizionale non solo alla mera accessibilità tecnica della notizia ma altresì ad uno specifico collegamento del contenuto controverso con i potenziali utenti dello Stato del foro.

25. Nella fattispecie, pur essendo il gestore del sito domiciliato in Austria, esistono numerose circostanze di fatto, risultanti dall'ordinanza di rinvio, che rendono la notizia suscettibile di suscitare un particolare e differenziato interesse in Germania: in primo luogo, il fatto che la notizia sia in lingua tedesca, il che implica che i destinatari della stessa saranno più verosimilmente in Germania che in altri Stati di lingua non tedesca; in secondo luogo, il fatto che il processo per omicidio si sia svolto in Germania, con conseguente maggiore coinvolgimento del lettore di internet tedesco rispetto a quello di altro Stato; in terzo luogo, che la vittima sia uno noto personaggio del mondo dello spettacolo tedesco, con conseguente maggior interesse tra i cittadini tedeschi rispetto a quelli di altri Stati.

Sul secondo quesito posto alla Corte

26. Quanto al secondo quesito, una volta stabilito che, per determinare il foro competente è comunque necessario che le informazioni accessibili sul sito presentino un collegamento oggettivo con lo Stato del foro e siano come tali idonee ad arrecare un danno alla reputazione del soggetto coinvolto proprio in ragione di tale collegamento, non appare necessario a tal fine verificare se la diffusione della notizia sia intenzionalmente destinata agli utenti di quello Stato membro, né condizionare la competenza ad un certo numero di accessi al sito controverso, essendo sufficiente una mera potenzialità lesiva, derivante dall'interesse specifico degli utenti di quello Stato.

Sul terzo quesito posto alla Corte

27. Per quanto attiene all'interpretazione dell'art. 3, nn. 1 e 2 della diret-

tiva sul commercio elettronico 2000/31/CE, che ad avviso del Giudice del rinvio verrebbe in rilievo ove fosse affermata la giurisdizione del giudice tedesco, va osservato che tale direttiva non introduce norme supplementari di diritto internazionale privato, né tratta delle competenze degli organi giurisdizionali, come espressamente disposto all'art. 1, n. 4.

28. Anche il ventitreesimo “considerando” prevede che detta direttiva non è volta ad introdurre norme supplementari di diritto internazionale privato sui conflitti di leggi, né tratta della competenza degli organi giurisdizionali.

Conclusioni

29. Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito affermando che per l'ipotesi di minacciata violazione di diritti della personalità attraverso contenuti di un sito Internet, la locuzione “luogo in cui l'evento dannoso può avvenire”, di cui all'art. 5, n. 3, del regolamento n. 44/2001/CE debba essere interpretata nel senso che la competenza giurisdizionale dei giudici di uno Stato membro, in cui il gestore del sito non è domiciliato, presuppone che, oltre alla mera accessibilità tecnica, sussista uno specifico collegamento di carattere territoriale dei contenuti controversi o del sito con lo Stato del foro.

30. Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito affermando che non assume rilievo il numero degli accessi al sito controverso operati dagli utenti di Internet dello Stato del foro, né il fatto che il sito controverso si rivolga specificamente a detti utenti, essendo sufficiente al riguardo che le informazioni accessibili sul sito presentino un collegamento oggettivo con lo Stato del foro.

31. Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il terzo quesito affermando che la direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE non introduce norme supplementari di diritto internazionale privato, né tratta delle competenze degli organi giurisdizionali, come espressamente disposto all'art. 1, n. 4.

Roma, 7 aprile 2010

Avv. Wally Ferrante

Causa C-3/10 - Materia trattata: politica sociale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Rossano (Italia) il 5 gennaio 2010 - Franco Affatato/Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, Azienda Sanitaria n. 3 di Rossano (avv. Stato W. Ferrante - AL 14451/10 - *Compatibilità della normativa italiana sui contratti a tempo determinato nel settore del pubblico impiego*).

Questioni pregiudiziali

1) *Se la clausola n. 2.1 dell'Accordo Quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE osta ad una norma interna, come quella dettata per i lavoratori LSU/LPU dall'art. 8, comma 1, del D.lgs. n. 468/97 e dall'art. 4, comma 1, della legge n. 81/00, che, nell'escludere per lavoratori da essa disciplinati la instaurazione di un rapporto di lavoro finisce con l'escludere la applicabilità della normativa sul rapporto di lavoro a termine di recepimento della direttiva 1999/70/CE;*

2) *se la clausola n. 2.2 dell'Accordo Quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE consenta di includere lavoratori come i lavoratori LSU/LPU disciplinati dal D.lgs. n. 468/97 e dalla legge n. 81/00, nell'ambito di non applicazione della direttiva 1999/70/CE;*

3) *se i lavoratori di cui al quesito n. 2 rientrano nell'ambito definitorio di cui alla clausola 3.1 dell'Accordo Quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE;*

4) *se la clausola 5 dell'Accordo Quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE ed il principio di uguaglianza non discriminazione ostino ad una disciplina per lavoratori nel settore scuola (cfr. in particolare l'art 4, comma 1 L. n. 124/99 e l'art. 1, comma 1, lettera a, del D.M. n. 430/00), che consenta di non indicare la causalità del primo contratto a termine, prevista in via generale dalla disciplina interna per ogni altro rapporto di lavoro a termine, nonché di rinnovare i contratti indipendentemente dalla sussistenza di esigenze permanenti e durevoli, non preveda la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti, nonché normalmente nessuna distanza tra i rinnovi ovvero, nell'ipotesi delle supplenze annuali, corrispondente alle vacanze estive in cui la attività scolastica è sospesa, ovvero fortemente ridotta;*

5) *se il corpus di disposizioni normative del settore scuola, come descritto, possa ritenersi complesso di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi;*

6) *se, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 1999/70/CE, il D.lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 possano ritenersi disposizioni aventi caratteristiche di disposizione di recepimento della direttiva 1999/70/CE in relazione ai rapporti di lavoro a termine nel settore scuola;*

7) *se un soggetto, avente le caratteristiche di Poste Italiane S.p.a., ovvero:
- è di proprietà dello Stato;*

- è sottoposta al controllo dello Stato;
- il Ministero delle comunicazioni opera la scelta del fornitore del servizio universale ed in genere svolge tutte le attività di verifica e controllo materiale e contabile del soggetto in questione, con fissazione degli obiettivi relativi al servizio universale reso;
- esercita un servizio di pubblica necessità di preminente interesse generale;
- il bilancio del soggetto è collegato al bilancio dello Stato;
- i costi del servizio reso sono determinati dallo Stato che corrisponde al soggetto importi per coprire i maggiori costi del servizio,
- debba ritenersi organismo statale, ai fini della diretta applicazione del diritto comunitario;

8) in caso di risposta positiva al quesito n. 7, se ai sensi della clausola 5 detta società possa costituire settore, ovvero l'intero ambito del personale da questa impiegabile possa essere ritenuto categoria specifica di lavoratori, ai fini della differenziazione delle misure ostative;

9) in caso di risposta positiva al quesito n. 7, se la clausola 5 della direttiva 1999/70/CE da sé sola, ovvero in uno con le clausole 2 e 4 ed il principio di uguaglianza non discriminazione, osti ad una disposizione quale l'art. 2, comma I bis, del D.lgs. n. 368/01 che consente una a-causale apposizione del termine al contratto di lavoro in relazione ad uno specifico soggetto, ovvero esima detto soggetto, differentemente dalla misura ostativa interna ordinariamente prevista (art. 1 dei d.lgs. n. 368/01), dall'indicare per iscritto e provare, in caso di contestazione, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che hanno determinato la apposizione del termine al contratto di lavoro, tenuto conto che è possibile procedere ad una proroga dell'originario contratto richiesta da ragioni oggettive e riferentesi alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato;

10) se il D.lgs. n. 368/01 e l'art. 36, comma 5, del D.lgs. n. 165/01, costituiscano normativa generale di recepimento della direttiva 1999/70/CE per il personale dipendente dello Stato, tenuto conto delle eccezioni a dette disposizioni generali come definite all'esito della risposta ai quesiti da 1 a 9;

11) se, in mancanza di disposizioni sanzionatorie in relazione ai lavoratori del tipo LSU/LPU e della Scuola come descritti, la direttiva 1999/70/CE ed in particolare la clausola 5, comma 2, lett. b, osti alla applicazione analogica di una disciplina meramente risarcitoria, quale quella prevista dall'art 36, comma 5, del D.lgs. n. 165/01, ovvero se la clausola 5, comma 2, lett. b, ponga un principio di preferenza perché i contratti o rapporti siano ritenuti a tempo indeterminato;

12) se il principio di uguaglianza non discriminazione comunitario, la clausola 4, la clausola 5.1, ostino ad una differenziazione di discipline sanzionatorie nel settore "personale dipendente degli organismi Stato" sulla scorta

della genesi del rapporto di lavoro, ovvero del soggetto datore di lavoro, o ancora nel settore Scuola;

13) se, definito l'ambito interno di recepimento della direttiva 1999/70/CE nei confronti dello Stato e degli organismi ad esso equiparati a seguito della risposta ai quesiti precedenti, la clausola 5 osti ad una disciplina quale quella di cui all'art. 36, comma 5, del D.lgs. n. 165/01, che vieti in maniera assoluta verso lo Stato la conversione dei rapporti di lavoro, ovvero quali ulteriori verifiche debbano essere compiute dal giudice interno al fine della non applicazione del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni;

14) se la direttiva 1999/70/CE debba operare integralmente nei confronti dell'Italia, ovvero se la conversione dei rapporti di lavoro nei confronti della PA appaia essere contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento interno e, quindi, da non applicare in parte qua la clausola 5, perché determinante effetto contrario all'art 1-5 del Trattato di Lisbona, non rispettando la struttura fondamentale, politica e costituzionale ovvero funzioni essenziali dell'Italia;

15) se la clausola 5 della direttiva 1999/70/CE, nel prevedere, in ipotesi di divieto di conversione del rapporto di lavoro, la necessità di una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori, rispetto ad analoghe situazioni di diritto interno, al fine di sanzionare debitamente gli abusi derivanti dalla violazione della stessa clausola 5 e di eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario, imponga di tener conto quale situazione analoga di diritto interno del rapporto di lavoro a tempo indeterminato con lo Stato, cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in assenza dell'art. 36, ovvero di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con soggetto privato, nei confronti del quale il rapporto di lavoro avrebbe avuto caratteristiche di stabilità analoghe a quelle di un rapporto di lavoro con lo Stato;

16) se la clausola 5 della direttiva 1999/70/CE, nel prevedere, in ipotesi di divieto di conversione del rapporto di lavoro, la necessità di una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori, rispetto ad analoghe situazioni di diritto interno, al fine di sanzionare debitamente gli abusi derivanti dalla violazione della stessa clausola 5 e di eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario, imponga di tener conto quale sanzione:

a) del tempo necessario a trovare nuova occupazione e della impossibilità ad accedere ad una occupazione che presenti le caratteristiche di cui al quesito sub 15;

b) ovvero, di contro, del monte delle retribuzioni che si sarebbero percepite in ipotesi di conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana

1. Con l'ordinanza [9 novembre 2009, depositata il 14 dicembre 2009 del Tribunale di Rossano in funzione di giudice del lavoro - Italia], è stato chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulle [suesposte] questioni pregiudiziali.

Fatti di causa

2. La domanda pregiudiziale trae origine da una controversia instaurata nel 2009 da un lavoratore nei confronti dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza con la quale il primo, premettendo di aver lavorato con plurimi contratti a tempo determinato presso la predetta Azienda Sanitaria dal 18 marzo 1996 al 16 maggio 1996, dal 3 agosto 1996 al 2 ottobre 1996, dal 18 dicembre 2000 al 17 febbraio 2001, dal 6 marzo 2002 al 5 luglio 2002, dal 20 agosto 2002 al 19 dicembre 2002 e dal 21 febbraio 2003 al 20 giugno 2003 in qualità di ausiliario specializzato socio-sanitario, chiede dichiararsi la nullità dei termini apposti ai contratti a tempo determinato e, conseguentemente, disporsi la conversione dei medesimi in contratto a tempo indeterminato con reintegrazione nel posto di lavoro e pagamento delle retribuzioni dovute dalla cessazione dell'ultimo contratto alla effettiva reintegra.

3. Il ricorrente nella causa principale assume infatti che la stipula di reiterati contratti a tempo determinato sarebbe stata effettuata in violazione del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES ed in particolare dell'art. 1 del predetto decreto legislativo in quanto le mansioni nelle quali era stato impiegato (utilizzo di macchinari e attrezzature specifiche, cura e riordino di ambienti ospedalieri, accompagnamento e spostamento di degenti ecc.) non rispondevano ad esigenze eccezionali o straordinarie bensì permanenti e durature, senza che fossero state esplicitate nel contratto le puntuali ragioni che avevano giustificato l'apposizione del termine; dell'art. 4 del citato decreto legislativo in quanto la proroga sarebbe avvenuta in assenza di oggettive ragioni che avrebbero potuto giustificarla nonché dell'art. 5 del predetto decreto legislativo poiché non sarebbe stato rispettato il limite temporale tra le assunzioni.

4. Nell'ipotesi di ritenuta non convertibilità dei contratti a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato alla luce dell'art. 36, comma 5 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 16 recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in base al quale la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, il ricorrente nella causa principale chiede, in subordine, il risarcimento del danno da liquidarsi tenuto conto della aspettativa

di stabilizzazione, da rapportarsi alle retribuzioni *medio tempore* non percepite tra la stipula del primo fino all'ultimo contratto.

5. L'Azienda sanitaria, resistente nella causa principale, contesta la fondatezza di tutte le domande rivolte nei suoi confronti, assumendo, per quanto qui interessa, che il termine sarebbe da considerarsi elemento essenziale dei contratti stipulati con il ricorrente e che l'ipotesi di conversione in contratto a tempo indeterminato avrebbe l'effetto di introdurre una nuova ipotesi di reclutamento del personale in violazione del citato art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001 nonché dell'art. 35 dello stesso decreto, che sancisce il principio generale, riconducibile all'art. 97 della Costituzione, del reclutamento nei pubblici impieghi a mezzo di pubblico concorso.

6. La resistente precisa inoltre di aver proceduto alla stipulazione dei contratti a tempo determinato nel rispetto dei presupposti previsti dalla legge 28 febbraio 1987, n. 56 recante norme sull'organizzazione del mercato del lavoro (in particolare, l'art. 23 in materia di contratto a termine, abrogato dall'art. 11, comma 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001, prevedeva che i contratti collettivi stabilissero il numero in percentuale dei lavoratori che potevano essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato e che i primi avessero diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda, con la medesima qualifica, a condizione che manifestassero la volontà di esercitare tale diritto entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro) nonché delle previsioni di cui all'art. 43 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del Comparto Sanità (di seguito C.C.N.L.) del 7 aprile 1999 e di cui all'art. 31 C.C.N.L. del 20 settembre 2001.

7. Del resto, il divieto per le pubbliche amministrazioni di procedere ad assunzioni a tempo indeterminato in ragione dei vincoli di bilancio, disposto da numerose leggi finanziarie, avrebbe costretto la resistente ad operare assunzioni a tempo determinato.

8. Detti contratti, sarebbero stati conclusi, secondo la resistente, nel rispetto delle disposizioni di cui al decreto legislativo n. 368 del 2001, come interpretato, quanto al regime della proroga e dei rinnovi, dalla Circolare del Ministero del lavoro del 1 agosto 2002, n. 40; peraltro, un'ulteriore proroga sarebbe stata preclusa dal disposto del citato art. 31, comma 10 C.C.N.L. del 20 settembre 2001.

9. Secondo la resistente, infine, la richiesta di risarcimento del danno, avanzata in subordine, sarebbe infondata non esistendo a monte il diritto che si assumerebbe leso, non essendovi stata alcuna violazione della normativa che disciplina la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La normativa comunitaria rilevante

10. La direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa al-

l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato premette, nel suo terzo considerando, che la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, al punto 7, stabilisce tra l'altro che la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea. *“Tale processo avverrà mediante il ravvicinamento di tali condizioni, che costituisca un progresso, soprattutto per quanto riguarda le forme di lavoro diverse dal lavoro a tempo indeterminato, come il lavoro a tempo determinato, il lavoro a tempo parziale, il lavoro interinale e il lavoro stagionale”* (evidenza nostra).

11. Al quinto considerando, la predetta direttiva, ricorda che le conclusioni del Consiglio europeo di Essen hanno sottolineato la necessità di provvedimenti per *“incrementare l'intensità occupazionale della crescita, in particolare mediante un'organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività”* (evidenza nostra).

12. Il sesto considerando della citata direttiva sottolinea inoltre che la risoluzione del Consiglio del 9 febbraio 1999 relativa agli orientamenti in materia di occupazione per il 1999 invita le parti sociali a tutti i livelli appropriati a negoziare accordi *“per modernizzare l'organizzazione del lavoro, comprese forme flessibili di lavoro, al fine di rendere le imprese produttive e competitive e di realizzare il necessario equilibrio tra la flessibilità e la sicurezza”* (evidenza nostra).

13. L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 (in prosieguo, l'accordo quadro), che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE, prevede, nel suo preambolo: *“il presente accordo stabilisce i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato, riconoscendo che la loro applicazione dettagliata deve tener conto delle realtà specifiche delle situazioni nazionali, settoriali e stagionali”* (evidenza nostra).

14. La clausola 2 dell'accordo quadro ne disciplina il campo di applicazione, prevedendo che lo stesso:

1. *“si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro.*

2. *Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o le parti sociali stesse possono decidere che il presente accordo non si applichi ai:*

a) *rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato;*

b) *contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici”.*

15. La clausola 4, n. 1 dell'accordo quadro, recante principio di non discriminazione, dispone che *“per quanto riguarda le condizioni di impiego, i*

lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive”.

16. Ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro:

*“1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e **in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori**, una o più misure relative a:*

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

a) devono essere considerati “successivi”;

b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato”.

17. Ai sensi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70/CE, gli Stati membri erano tenuti a mettere in atto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi ad essa entro il 10 luglio 2001.

La normativa nazionale

18. Con legge 29 dicembre 2000, n. 422, recante disposizioni per l'adempimento degli obiettivi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 2000, il legislatore nazionale ha delegato il governo italiano ad emanare i decreti legislativi necessari per recepire le direttive comunitarie di cui agli allegati A e B di tale legge. Nell'allegato B è in particolare menzionata la direttiva 1999/70/CE.

19. L'art. 2, n. 1, lett. b), della legge n. 422 del 2000 dispone in particolare che, *“per evitare disarmonie con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, saranno introdotte le occorrenti modifiche o integrazioni alle discipline stesse ...”*, e la stessa disposizione, alla lett. f), prevede che *“i decreti legislativi assicureranno in ogni caso che, nelle materie trattate dalle direttive da attuare, la disciplina disposta sia pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime ...”*.

20. La delega è stata attuata dal Governo italiano con l'adozione del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva

1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea), dal CEEP (centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica) e dal CES (Confederazione europea dei sindacati).

21. L'art. 1, n. 1, del decreto legislativo n. 368 del 2001 dispone che “è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, **anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro**” (la parte in evidenza è stata aggiunta dall'art. 21 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria). L'art. 1, comma 2 prevede che “l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1”. Al comma 1 è stato premesso dall'art. 1, comma 39 della legge 24 dicembre 2007, n. 247 (legge finanziaria 2008) il seguente periodo: “Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato”.

22. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, del decreto legislativo n. 368 del 2001, il contratto di lavoro può essere prorogato una sola volta quando la durata iniziale di quest'ultimo sia inferiore a tre anni a condizione che la proroga “sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato”. Tuttavia, in tal caso, la durata complessiva del detto contratto non può eccedere i tre anni.

23. L'art. 5 del decreto legislativo n. 368 del 2001, recante “Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti”, dispone:

“1. Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'art. 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, o al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

2. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, **nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis**, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. [la parte in evidenza è stata aggiunta dall'art. 1, comma 40 della legge 24 dicembre 2007, n. 247].

3. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'art. 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo in-

determinato.

4. Quando si tratta di due assunzioni successive e a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.

4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e **fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale** qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.

4-ter. Le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni, nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

4-quater. Il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, **fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale**, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine.

4-quinquies. Il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da

parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

4-sexies. Il diritto di precedenza di cui ai commi 4-quater e 4-quinquies può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro rispettivamente sei mesi e tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso e si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro” (i commi 4-bis, 4-ter, 4-quater, 4-quinquies e 4 sexies sono stati aggiunti dall’art. 1, comma 40 della legge 24 dicembre 2007, n. 247; i commi 4-bis e 4-quater sono stati ulteriormente modificati, con l’aggiunta delle parti evidenziate, dall’art. 21 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133).

24. L’art. 6 del decreto legislativo n. 368 del 2001, recante principio di non discriminazione, prevede che *“al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell’impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine”*.

25. L’art. 10 del decreto legislativo n. 368 del 2001 contiene una lista di casi nei quali l’applicazione della normativa relativa ai contratti a tempo determinato è esclusa: contratti di lavoro temporaneo, contratti di formazione e lavoro, rapporti di apprendistato, rapporti di lavoro tra datori di lavoro dell’agricoltura e operai a tempo determinato, contratti di lavoro nel settore del turismo e dei pubblici esercizi, contratti con i dirigenti, rapporti instaurati con le aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione ed ingresso di prodotti ortofrutticoli. Sono inoltre esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi nella fase di avvio di nuove attività, per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità, per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi ovvero con lavoratori di età superiore a 55 anni.

26. Nessuno di tali casi e nessuna di tali esenzioni riguarda il settore della pubblica amministrazione che deve quindi ritenersi ricompreso nell’ambito di applicabilità del decreto legislativo n. 368 del 2001, salvo quanto diversamente disposto dall’art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001.

27. Infatti, sebbene l’art. 11, n. 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 precisi che *“dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo [21 settembre 2001] sono abrogate ... tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo”*, l’art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001 deve ritenersi norma speciale relativa, appunto, al lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

28. Tale norma è stato peraltro modificata con diverse leggi successive (art. 4 del decreto-legge 10 gennaio 2006, n. 4 convertito nella legge 9 marzo 2006, n. 80; art. 3, comma 79 della legge 24 dicembre 2007, n. 244; art. 49 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133; art. 17, comma 26 del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102) che ne hanno ribadito il principio fondante della non convertibilità del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nei rapporti con le pubbliche amministrazioni.

29. L'eventuale conflitto tra norme deve quindi essere risolto in favore di quest'ultima disposizione sia in base al principio generale *lex specialis derogat generali*, sia in base al principio *lex posterior derogat priori*.

30. L'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 è integralmente riportato alle pagine 10-12 dell'ordinanza di rinvio. In particolare il comma 5 così dispone:

*“In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. **I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286**”* (la parte in evidenza è stata aggiunta dall'art. 49 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133).

31. Detta norma prevede quindi espressamente che, in caso di violazione delle norme imperative in materia di assunzione di lavoratori, pur non essendo possibile convertire il contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, sono previste misure idonee a prevenire e a disincentivare gli abusi, conformemente a quanto stabilito dalla clausola 5 dell'accordo quadro.

32. Infatti, il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno; le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave; la violazione delle disposizioni di cui all'art. 36 comporta l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale ai sensi dell'art. 21 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e di tale violazione si tiene conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente.

Irricevibilità dei quesiti da 1 a 3

33. Come si è detto nel ricostruire i fatti di causa, la controversia principale riguarda un lavoratore che ha concluso reiterati contratti a termine con una pubblica amministrazione ed in particolare con un'Azienda sanitaria.

34. La normativa rilevante nella causa principale, quindi, oltre a quella di portata generale di cui al decreto legislativo n. 368 del 2001 e di cui all'art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001, è costituita dalla normativa speciale dettata per il settore sanitario e volta a garantire il rispetto degli obblighi comunitari in materia di realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica.

35. In particolare, ai sensi dell'art. 1, commi 98 e 107 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 per gli anni 2005 e 2006, dall'art. 1, comma 198 della legge 23 dicembre 2004, n. 311 per l'anno 2006 e dell'art. 1, comma 565 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 per i triennio 2007-2009, gli enti del Servizio sanitario nazionale concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica adottando misure necessarie a garantire che le spese del personale non superino l'ammontare ivi determinato, considerando a tal fine anche le spese per il personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, con contratto di collaborazione coordinata e continuativa o che presta servizio con altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni.

36. Il citato art. 1, comma 656 della legge n. 296 del 2006 prevede alla lettera a), nn. 1, 2 e 3 che gli enti del Servizio sanitario nazionale individuino la consistenza organica del personale dipendente a tempo indeterminato e la relativa spesa nonché la consistenza del personale che presta servizio con rapporto di lavoro a tempo determinato e la relativa spesa e predispongano un programma di revisione delle predette consistenze finalizzato alla riduzione della spesa complessiva di personale. In tale ambito, è verificata la possibilità di trasformare le posizioni di lavoro già coperte da personale precario in posizioni di lavoro dipendente a tempo indeterminato.

37. Da quanto sopra si deduce che, oltre alla normativa generale fondata sul necessario rispetto del reclutamento a mezzo di procedure selettive in ossequio al dettato dell'art. 97 della Costituzione italiana, la normativa di settore prevede limiti stringenti alla stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari motivato da esigenze di contenimento della spesa pubblica.

38. A fronte di tale disciplina di dettaglio, propria del settore sanitario, appare evidente l'inconferenza, ai fini della decisione della causa principale, della normativa differenziata e propria di altri settori, quali quello dei lavori socialmente utili, del personale scolastico o del personale alle dipendenze delle Poste italiane S.p.A.

39. Per quanto riguarda i lavoratori socialmente utili, è palese l'irrelevanza dei primi tre quesiti posti dal giudice del rinvio in ordine alla conformità con l'accordo quadro dell'art. 8 del decreto legislativo 1 dicembre 1997, n. 468 e dell'art. 4 del decreto legislativo 28 febbraio 2000, n. 81 che disciplinano la

prestazione in attività socialmente utili e che non possono avere alcuna influenza sui fatti di causa.

40. E' vero che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini della pronuncia della propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dal giudice nazionale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenze 15 dicembre 1995, causa C 415/93, *Bosman*, punto 59 e 10 novembre 2005, causa C-316/04, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, punto 29).

41. E' altrettanto vero però che la Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale quando risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale o quando il problema è di natura ipotetica (cfr. citate sentenze *Bosman*, punto 61, e *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, punto 30).

42. Nella fattispecie, è lampante l'assoluta irrilevanza dei primi tre quesiti interpretativi per la soluzione della controversia, atteso che, per la legislazione italiana, l'utilizzo nelle attività socialmente utili non determina nemmeno l'instaurazione di un rapporto di lavoro.

43. I primi tre quesiti devo pertanto essere dichiarati irricevibili.

Irricevibilità dei quesiti da 4 a 6

44. Per analoghi motivi, deve essere dichiarata l'irricevibilità dei quesiti da 4 a 6 vertenti sulla conformità alla clausola 5 dell'accordo quadro dell'art. 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124 che disciplina le supplenze del personale scolastico in maniera differenziata rispetto alla disciplina generale di cui al decreto legislativo n. 368 del 2001.

45. Tale disciplina differenziata concernente i lavoratori precari del settore scuola non è ovviamente applicabile al personale alle dipendenze delle amministrazioni operanti nel settore sanitario ed il relativi quesiti in ordine alla compatibilità di tale normativa con i principi comunitari recepiti nell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE sono totalmente irrilevanti per la decisione della causa principale.

Irricevibilità dei quesiti da 7 a 9

46. Discorso analogo va fatto per i quesiti da 7 a 9 concernenti la conformità con la clausola 5 dell'accordo quadro della disciplina speciale prevista dall'art. 2, comma 2 bis del decreto legislativo n. 368 del 2001, aggiunto dall'art. 1, comma 558 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per le assunzioni a tempo determinato effettuate da imprese concessionarie di servizi nei settori

delle poste, che il giudice del rinvio identifica con i lavoratori alle dipendenze delle Poste italiane S.p.a.

47. Nessuna rilevanza può infatti assumere detta disciplina peculiare per la decisione della causa principale, che riguarda un lavoratore assunto con diversi contratti a termine da un'Azienda sanitaria, con conseguente irricevibilità dei relativi quesiti.

Irricevibilità del quesito 11

48. Parimenti irricevibile è il quesito n. 11, con il quale il giudice remittente chiede alla Corte se sia configurabile un'estensione analogica della tutela meramente risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5 del decreto legislativo n. 165 del 2001 ai lavoratori socialmente utili e ai lavoratori del settore scolastico o se debba invece applicarsi il principio di preferenza di cui alla clausola 5, comma 2, lett. b) dell'accordo quadro nel senso che i contratti debbano ritenersi a tempo indeterminato.

49. Ancora una volta, la causa principale non riguarda né un lavoratore socialmente utile, né un lavoratore precario del settore scolastico, con conseguente totale irrilevanza della questione interpretativa posta con il predetto quesito.

Sul quesito 10 e sui quesiti da 12 a 15

50. Va innanzitutto premesso che la Corte di giustizia ha già affermato che la direttiva 1999/70/CE e l'accordo quadro si applicano ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico (sentenza 4 luglio 2006, causa C 212/04, *Adeneler*, punto 54).

51. Come risulta dalla stessa formulazione della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro, il campo di applicazione di quest'ultimo viene inteso in senso lato, riguardando in maniera generale i "lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro". Inoltre, la definizione della nozione di "lavoratore a tempo determinato" ai sensi dell'accordo quadro, enunciata nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro (sentenza *Adeneler*, punto 54).

52. Ciò detto, con i suddetti quesiti, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'accordo quadro debba essere interpretato nel senso che esso osti ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso risultante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi ultimi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre una tale trasformazione è prevista per quanto riguarda i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore pri-

vato.

53. Come riconosciuto dallo stesso giudice del rinvio, la Corte di giustizia si è già occupata della questione sollevata nelle sentenze coeve e di analogo contenuto del 7 settembre 2006, causa C-53-04, *Sardino* e C-180/04, *Vassallo*.

54. Con tali pronunce, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, **qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.**

55. La Corte ha ritenuto quindi che la normativa italiana contenesse tale altra misura effettiva volta a prevenire ed a sanzionare i predetti abusi.

56. Il giudice del rinvio ritiene però che in quell'occasione il quadro normativo era stato rappresentato in maniera parziale e che lo stesso si sarebbe comunque evoluto.

57. In proposito non può non rilevarsi che, nella ponderosa ordinanza di rinvio, il quadro normativo sia ora stato rappresentato in modo del tutto ultroneo rispetto al perimetro rilevante per la decisione della controversia.

58. Sarebbe stato infatti sufficiente un richiamo al decreto legislativo n. 268 del 2001 e all'art. 36, comma 5 del decreto legislativo n. 165 del 2001, che - rispondendo così al quesito n. 10 - costituiscono la normativa generale di recepimento della direttiva 1999/70/CE ed eventualmente alla normativa specifica in materia di contratti a termine nel settore sanitario che invece, singolarmente, il giudice del rinvio non esamina affatto, dilungandosi oltremodo nell'analisi di normative, come si è visto, del tutto estranee alla materia del contendere.

59. D'altro canto, l'evoluzione della normativa non può che rafforzare la bontà delle conclusioni già raggiunte dalla Corte di giustizia nelle richiamate sentenze *Sardino* e *Vassallo*.

60. Infatti, da un lato, i commi 4-bis, 4-quater 4-quinquies e 4-sexies aggiunti all'art. 5 del decreto legislativo n. 368 del 2001 dalla legge n. 247 del 2007 hanno fissato ulteriori paletti per evitare la reiterazione di contratti a termine, stabilendo una durata massima al di là della quale il contratto si considera a tempo indeterminato e introducendo un diritto di precedenza di chi abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi nelle assunzioni a tempo indeterminato, dall'altro, l'art. 36, comma 5 del decreto legislativo n. 165 del 2001, come modificato dal decreto-legge n. 112 del 2008 convertito

dalla legge n. 133 del 2008 ha previsto, oltre al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative e alla responsabilità per dolo e colpa grave dei dirigenti nei confronti dei quali l'amministrazione deve recuperare le somme erogate a tale titolo, anche due ulteriori conseguenze a carico dei predetti dirigenti, consistenti nell'impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale e nella considerazione della predetta violazione nell'ambito della valutazione dell'operato del dirigente medesimo. Inoltre, il comma 3 del predetto art. 36 come modificato dall'art. 17, comma 26 del decreto-legge n. 78 del 2009 convertito dalla legge n. 102 del 2009 prevede che "al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato".

61. Sono stati quindi previsti ulteriori elementi dissuasivi, conformemente a quanto disposto dalla clausola 5 dell'accordo quadro, che non prevede affatto come **obbligatoria** la sanzione della conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, come riconosciuto anche dal giudice del rinvio a p. 19 dell'ordinanza, ma solo una preferenza di tale misura, che ben può quindi essere esclusa per una determinata categoria di lavoratori, come quelli alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per i quali vige il principio del concorso pubblico ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001.

62. La clausola 5 dell'accordo quadro rimette infatti agli Stati, previa consultazione con le parti sociali, di stabilire a quali condizioni i contratti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato, lasciando quindi ai Stati medesimi la possibilità di prevedere misure alternative alla predetta conversione del rapporto.

63. Pertanto, dal momento che tale disposizione non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, essa lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia.

64. Ne consegue che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (sentenza *Sardino*, punti 47 e 48).

65. Tuttavia, la Corte di giustizia ha osservato che, affinché una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo

determinato stipulati in successione (sentenza *Vassallo*, punto 34)

66. A tal riguardo una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, è stata ritenuta dalla Corte di giustizia *prima facie* soddisfare detti requisiti (sentenza *Vassallo*, punto 40).

67. Quanto al quesito n. 15, si ricorda che la Corte di giustizia ha già affermato che spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (sentenza *Sardino*, punto 56).

Irricevibilità del quesito 16

68. Quanto al quesito n. 16, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente alla Corte di indicare i parametri per quantificare il risarcimento del danno, in ipotesi di divieto di conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato, affinché la misura presenti garanzie effettive di tutela dei lavoratori.

69. In particolare, il giudice remittente chiede se a tale scopo debba tenersi conto del tempo necessario a trovare una nuova occupazione e dell'impossibilità di accedere ad un lavoro che presenti caratteristiche di stabilità analoghe a quelle di un rapporto di lavoro alle dipendenze dello Stato ovvero se debba tenersi conto di tutte le retribuzioni che si sarebbero percepite in ipotesi di conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato fino al pensionamento (p. 21 dell'ordinanza di rinvio).

70. Orbene, a p. 3 dell'ordinanza di rinvio, si da atto che il ricorrente nella causa principale ha chiesto, in subordine, di riportare il risarcimento "alle retribuzioni infratemporalmente non percepite tra la stipula del primo fino all'ultimo contratto".

71. E' evidente quindi che le due soluzioni alternative prospettate dal giudice del rinvio nel quesito n. 16 esulano totalmente da quanto richiesto dallo stesso ricorrente.

72. La risposta al predetto quesito è quindi totalmente irrilevante per la decisione in ordine alla domanda subordinata avanzata nel giudizio *a quo* atteso che, in ogni caso, il giudice del rinvio non potrebbe decidere *ultra petita*, accordando un risarcimento diverso e maggiore rispetto a quello chiesto dal ricorrente.

73. Anche detto quesito, va pertanto dichiarato irricevibile.

Conclusioni

74. Il Governo italiano propone quindi alla Corte di dichiarare l'irricevibilità dei quesiti da 1 a 9 e dei quesiti 11 e 16 perché privi di rilevanza ai fini della decisione della causa principale.

75. Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il quesito n. 10 affermando che il decreto legislativo n. 368 del 2001 e l'art. 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165 del 2001 costituiscono normativa generale di recepimento della direttiva 1999/70/CE per il personale dipendente dello Stato.

76. Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il quesito n. 12 affermando che il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro riguarda la parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato e che la clausola 5.1 consente di tener conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori e quindi applicare una differenziazione di discipline per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato.

77. Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il quesito n. 13 affermando che la clausola 5 non osti ad una disciplina quale quella di cui all'art. 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165 del 2001 che vieti, rispetto alle pubbliche amministrazioni, la conversione dei rapporti di lavoro in contratti a tempo indeterminato.

78. Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il quesito n. 14 affermando che la direttiva 1999/70/CE debba operare integralmente nei confronti dell'Italia atteso che la clausola 5 dell'accordo quadro rimette agli Stati, previa consultazione con le parti sociali, di stabilire a quali condizioni i contratti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato.

79. Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il quesito n. 15 affermando che la clausola 5 della direttiva 1999/70/CE, nel prevedere, in ipotesi di divieto di conversione del rapporto di lavoro, la necessità di una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori, rispetto ad analoghe situazioni di diritto interno, al fine di sanzionare debitamente gli abusi derivanti dalla violazione della stessa clausola 5 e di eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario, non imponga di tener conto quale situazione analoga di diritto interno del rapporto di lavoro a tempo indeterminato con lo Stato, cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in assenza dell'art. 36, ovvero di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con soggetto privato, nei confronti del quale il rapporto di lavoro avrebbe avuto caratteristiche di stabilità analoghe a quelle di un rapporto di lavoro con lo Stato, spettando al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, secondo comma del decreto legislativo n. 165 del 2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica am-

ministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato.

Roma, 28 aprile 2010

Avv. Wally Ferrante

Causa C-32/10 - Materia trattata: libera prestazione dei servizi - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) il 20 gennaio 2010 - Toni Georgiev Semerdzhiev/Del-Pi-Krasimira Mancheva (avv. Stato M. Russo - AL 15253/10).

Questioni pregiudiziali

1. Se le disposizioni della Direttiva 90/314/CEE siano applicabili nella fattispecie.

2. Come vada interpretata la nozione di “altri servizi turistici” ai sensi dell’art. 2 n. 1 lett. C della Direttiva 90/314/CE, e se tale nozione includa l’obbligo dell’organizzatore del viaggio di assicurare il consumatore - Quali siano i rischi del viaggiatore che devono essere coperti dal contratto di assicurazione stipulato dall’organizzatore del viaggio con l’impresa di assicurazioni - Che tipo di assicurazione a favore del consumatore debba prevedere il contratto di assicurazione stipulato tra l’organizzatore del viaggio e l’impresa di assicurazioni (se collettiva od individuale).

3. Se l’obbligo in capo all’organizzatore del viaggio previsto dall’art. 4 n. 1 lett. b) sub IV della Direttiva 90/314 di fornire al consumatore prima dell’inizio del viaggio le informazioni sulla sottoscrizione facoltativa di un contratto di assistenza che copra le spese di rimpatrio in caso di incidenti o malattie debba essere interpretato nel senso che comprende l’obbligo dell’organizzatore di concludere un’assicurazione individuale con il consumatore a copertura delle spese di rimpatrio in caso di incidente.

4. Se l’organizzatore del viaggio sia tenuto, a norma delle disposizioni della Direttiva 90/314, a consegnare l’originale della polizza assicurativa al consumatore prima dell’inizio del viaggio.

5. Come debba essere interpretata la nozione di “danni” subiti dal viaggiatore risultanti dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto ai sensi dell’art. 5 n. 2 della Direttiva 90/314.

6. Se la nozione di “danni” subiti dal consumatore e risultanti dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto, ai sensi dell’art. 5 n. 2 della Direttiva 90/314, includa anche la responsabilità per i danni morali sofferti dal consumatore.

7. Come vada interpretato l’art. 5 n. 2 terzo e quarto comma della diret-

tiva 90/314 in caso di domande di risarcimento dei danni morali dovuti a un danno corporale basate sull'inadempimento o sulla cattiva esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del servizio tutto compreso, inclusa la mancata consegna al consumatore della polizza assicurativa originale, qualora questa non preveda un limite al risarcimento del danno.

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana

I. Relativamente al primo quesito, si ritiene che la presente fattispecie sia soggetta all'applicazione della Direttiva 90/314/CEE in quanto, secondo ciò che riferisce il giudice rimettente, il giudizio "a quo" ha ad oggetto un contratto relativo ad un viaggio che presenta i requisiti propri del cosiddetto "tutto compreso" ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 90/314/CEE ed, in particolare, una domanda di risarcimento di danni imputati ad inadempienza degli obblighi dell'organizzatore, inadempienza che - nel caso di specie - si sarebbe concretizzata nella mancata consegna, prima della partenza, dell'originale di una polizza di assicurazione per eventuali spese mediche per incidente o malattia subiti dal consumatore.

II. Relativamente al secondo quesito, il Governo italiano ritiene debba risponderci nel senso di escludere che nella nozione di "altri servizi turistici" ai sensi dell'art. 2 n. 1 lett. c della Direttiva 90/314 vada incluso l'obbligo dell'organizzatore del viaggio di assicurare il consumatore. In effetti, tanto il tenore letterale delle norme di cui alla citata Direttiva, quanto la stessa logica, depongono in favore della risposta sopra prospettata, come qui di seguito si dirà.

II.1) Il II^o Considerando della Direttiva recita: " ... in materia di **viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso**, in seguito definiti "**servizi tutto compreso**" esistono notevoli divergenze..." (enfasi aggiunta); l'art. 1, a sua volta, dispone: "La presente direttiva ha lo scopo di riavvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri concernenti **i viaggi, le vacanze ed i giri turistici "tutto compreso"** ...".

Ebbene, da quanto esposto emerge con sufficiente chiarezza che l'art. 2 della stessa Direttiva, nel prevedere "Ai fini della presente direttiva si intende per: 1) "servizio tutto compreso": la prefissata combinazione di almeno due degli elementi in appresso, ...: a) trasporto, b) alloggio, c) **altri servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio che costituiscono una parte significativa del "tutto compreso"** ... " (enfasi aggiunta) non può che alludere esclusivamente a prestazioni che – pur se distinte dalle altre due indicate (trasporto ed alloggio) e non ad esse accessorie – siano pur sempre strettamente inerenti al turismo, per esempio l'organizzazione di escursioni, gite o visite.

Diversamente, non si vede come tali prestazioni potrebbero rappresentare una "parte significativa" di quel "tutto compreso", del quale il II^o Conside-

rando e l'art. 1 (sopra riportati) danno una definizione strettamente turistica (come viaggi, vacanze e circuiti o giri turistici).

II.2) A quanto sopra, si aggiunga che l'Allegato alla Direttiva, che - a norma dell'art. 4 comma IV punto 2 lettera a) - individua il contenuto minimo che il contratto di servizio *“tutto compreso”* deve presentare, non fa alcun riferimento a polizze assicurative. Se sussistesse un obbligo dell'organizzatore di fornirne una, è ovvio che essa dovrebbe in qualche modo emergere dal contratto.

§§§

Per quanto sin qui esposto, il Governo italiano ritiene che al secondo quesito debba risponderci come segue: ***“la nozione di “altri servizi turistici” ai sensi dell'art. 2 n. 1 lett. c della Direttiva 90/314, va interpretata nel senso che essi non comprendono l'obbligo dell'organizzatore del viaggio di assicurare il consumatore, bensì includono esclusivamente quei servizi che sono strettamente attinenti al turismo”***.

○○○

III. Relativamente al terzo quesito, il Governo italiano ritiene che al medesimo debba darsi risposta negativa. In effetti, anche in questo caso la Direttiva appare sufficientemente chiara: l'art. 4 n. 1 lett. b) punto IV, infatti, parla chiaramente di *“informazioni sulla sottoscrizione **facoltativa** di un contratto di assistenza che copra le spese di rimpatrio in caso di incidenti o malattie”* (enfasi aggiunta). La sussistenza dell'obbligo di informazione presuppone che il contratto di assistenza sia stato stipulato, il che rappresenta tuttavia una mera eventualità, posto che trattasi di sottoscrizione *“facoltativa”*. Da nessun indice normativo, poi, sembra possa dedursi che al contratto di assistenza eventualmente sottoscritto vada associato obbligatoriamente un contratto di assicurazione individuale con il consumatore, avente analogo oggetto.

§§§

Il Governo italiano propone pertanto di rispondere al terzo quesito come segue ***“L'obbligo in capo all'organizzatore del viaggio previsto dall'art. 4 n. 1 lett. b) sub IV della Direttiva 90/314 di fornire al consumatore prima dell'inizio del viaggio le informazioni sulla sottoscrizione facoltativa di un contratto di assistenza che copra le spese di rimpatrio in caso di incidenti o malattie non deve essere interpretato nel senso che comprende l'obbligo dell'organizzatore di concludere un'assicurazione individuale con il consumatore a copertura delle spese di rimpatrio in caso di incidente”***.

○○○

IV. La risposta indicata per i quesiti precedenti rende superfluo rispondere al quarto quesito.

V. Relativamente al quinto ed al sesto quesito (che sembra possano essere

trattati unitariamente, in quanto il primo verte in maniera generica sulla nozione di “danni” ex art. 5 n. 2 della Direttiva, ed il secondo ne costituisce specificazione con riferimento alla categoria dei danni morali), si ritiene che la nozione di “danni” subiti dal viaggiatore e risultanti dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto ai sensi dell’art. 5 n. 2 della Direttiva debba necessariamente comprendere tanto i danni materiali, quanto i danni morali.

Ed invero, dall’art. 5 IV comma della Direttiva, che recita “*Per quanto riguarda i danni diversi da quelli corporali derivanti dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni ... gli Stati membri possono ammettere che l’indennizzo sia limitato ...*”, si evince necessariamente che la Direttiva, oltre ai danni materiali, prende in considerazione anche quelli morali, che sono diversi da quelli “corporali”. Va peraltro ricordato che – proprio con riferimento alla categoria dei danni morali - la Corte si è pronunciata con la sentenza in data 12 marzo 2002, resa nella causa C-168/00, statuendo: “*L’art. 5 della direttiva del Consiglio 13 giugno 1990, 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», dev’essere interpretato nel senso che il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio «tutto compreso»*”.

§§§

Si propone pertanto alla Corte di rispondere al quinto ed al sesto quesito come segue “*L’art. 5 della direttiva del Consiglio 13 giugno 1990, 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», dev’essere interpretato nel senso che il consumatore ha diritto al risarcimento sia del danno materiale che del danno morale derivante dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio «tutto compreso»*”.

ooo

VI. Al settimo quesito è superfluo rispondere, dovendosi escludere che sussista un obbligo dell’organizzatore del viaggio di assicurare il consumatore e, di conseguenza, che la mancata consegna della polizza assicurativa possa integrare un inadempimento o cattiva esecuzione del contratto “tutto compreso”.

Avv. Marina Russo

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

L'istituto del matrimonio

Sul riconoscimento ai nubendi dello stesso sesso "La materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento"

(Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010 n. 138)

Le questioni prospettate alla Corte Costituzionale dalle due ordinanze di rimessione, in una visione unitaria, pur nell'intrinseca diversità delle due ordinanze, si appuntano su temi molto delicati e di ampia prospettiva. Le considerazioni sono state svolte dall'Avvocatura dello Stato prescindendo da altre angolazioni non di carattere squisitamente giuridico. Le direttrici concettuali si sono diramate con riferimento agli articoli 29, comma 1; 2; 3; ai profili internazionali che fungono da norma interposta di cui all'art. 117, comma 1; alle norme CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea; ai profili comunitari nella doppia angolazione delle norme TFUE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia; ai profili di diritto comparato passando in rassegna le scelte effettuate dagli altri ordinamenti.

Si è così individuato un punto in comune di tutta questa articolata disamina: la centralità del ruolo del legislatore e la discrezionalità nella scelta del modello normativo al quale ispirare l'equiparazione anche a limitati effetti (economici o successori) delle unioni fra persone dello stesso sesso a quelle eterosessuali. L'art. 29 non è una "norma in bianco". Come hanno rilevato molti costituzionalisti, ha un suo contenuto che non consente di tendere eccessivamente l'elastico costituzionale per evitare la rottura del sistema. Non esiste, quindi, un modello unico ma un pluralità di risposte e di livelli di tutela.

*Avv. Gabriella Palmieri**

(*) Avvocato dello Stato.

IN ALLEGATO: 1. Comunicato ANSA del 23 marzo 2010 - 2. Atto di intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale promosso dal Tribunale di Venezia con ord. 3 aprile 2009 - 3. (segue) Memoria.

(All. 1)

(ANSA) - ROMA, 23 MAR - Spetta al legislatore nazionale decidere su una materia delicata come il matrimonio. Lo ha ribadito l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri nell'udienza davanti alla Corte Costituzionale sulla questione di legittimità del divieto di matrimonio per le coppie omosessuali stabilito da alcuni articoli del codice civile.

Il legale ha sottolineato che l'istituto del matrimonio fa riferimento a persone di sesso diverso: il fatto che a un transessuale sia possibile sposarsi (elemento citato dai difensori delle coppie gay a sostegno della tesi della disparità di trattamento) non fa invece che dimostrare come la differenza di sesso sia elemento fondamentale.

“Non esiste alcuna norma che ammetta il matrimonio tra persone dello stesso sesso” ha osservato l'avvocato Palmieri insistendo sul fatto che anche le norme europee stabilite dalla Corte dei Diritti dell'Uomo, dal Trattato di Lisbona e dalla Carta di Nizza richiamano “la centralità dei legislatori nazionali” sull'argomento. “L' art. 9, che riconosce il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia, rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio di tale diritto, escludendo sia il riconoscimento automatico di unioni familiari diverse da quelle previste negli ordinamenti interni, sia l'obbligo degli Stati membri di riconoscere unioni familiari omosessuali”.

Quanto all'articolo 29 della Costituzione sulla “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”, l'avvocato dello Stato ha sottolineato che non si tratta di una “norma in bianco”: molti costituzionalisti hanno rilevato che ha un suo contenuto “che non consente di tendere eccessivamente l'elastico costituzionale per evitare la rottura del sistema. L'evoluzione sociale è molto più complessa di quanto possa sembrare. Non esiste un modello unico ma un pluralità di risposte e di livelli di tutela”. *(ANSA)*.

(All. 2)

CT 12835/2009

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
Ecc.ma CORTE COSTITUZIONALE
ATTO DI INTERVENTO

del **Presidente del Consiglio dei Ministri**, rappresentato dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici ex lege domicilia in Roma, via dei Portoghesi n. 12

nel giudizio incidentale

di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di Venezia, Sezione III Civile, con ordinanza in data 4 febbraio 2009, pubblicata il 3 aprile 2009, relativo agli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile, nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, con riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, comma 1, Costituzione (r.o. n. 177/09; in G.U. n. 26 del 1.7.2009).

* * *

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale di Venezia, adito da una coppia omosessuale alla quale l'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia aveva opposto un rifiuto alla richiesta di pubblicazione del matrimonio, ha sollevato l'eccezione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile con riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentono di operare "un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso".

Ha ritenuto il giudice remittente che, poiché, in base al "chiaro tenore" della normativa vigente, "si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), a fronte di una consolidata e millenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna"; rimettendo alla Corte Costituzionale, qualora ritenga fondata la questione, la valutazione della "necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87/1953".

La questione è inammissibile e, comunque, infondata.

2. Come si evince proprio dalla formulazione stessa della questione di legittimità costituzionale proposta, il giudice *a quo* fa espresso riferimento al c.d. "diritto vivente", alla costante e sistematica interpretazione delle norme denunciate e, quindi, all'impossibilità di individuare un'interpretazione "costituzionalmente orientata", alla luce della quale riconoscere alle coppie omosessuali la possibilità di contrarre matrimonio.

Il dato positivo incontrovertibile, infatti, è – come sottolineato unanimemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza - che tutta la normativa positiva riguardante l'istituto del matrimonio, sia quella contenuta nel codice civile, sia quella dettata dalla normativa speciale, sia quella di rango costituzionale, si riferisce senz'altro "all'unione fra persone di sesso diverso".

Non assume, perciò, particolare rilievo soffermarsi sulla ricostruzione "storica", ovvero sulla "contestualizzazione" della normativa in materia, perché è evidente che né il legislatore del 1942 né il legislatore del 1975 potevano raffigurarsi una disciplina positiva di unioni fra persone dello stesso sesso.

Il requisito della diversità del sesso, che si ricava direttamente dall'art. 107 c.c., "forma della celebrazione", che configura il matrimonio come negozio giuridico bilaterale tra due persone, le quali dichiarano in un determinato contesto formale, di volersi "prendere rispettivamente in marito e moglie", nonché in altre numerose disposizioni del codice civile, viene tradizionalmente e costantemente annoverato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tra i requisiti indispensabili per l'esistenza stessa del matrimonio.

L'istituto del matrimonio, infatti, nel nostro ordinamento si configura come un istituto pubblicistico volto a disciplinare determinati effetti che il legislatore tutela come diretta conseguenza di un rapporto di convivenza tra persone di sesso diverso (filiazione, diritti successori, legge in tema di adozione).

2. Il richiamo all'art. 2 Cost. operato dal giudice remittente non appare, però, né decisivo né conferente.

L'art. 2 Cost., per costante interpretazione della Corte Costituzionale, infatti, "deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali, quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti" (sentenza n. 98/1979), tra i quali non può ritenersi certamente ricompresa la pretesa azionata dai ricorrenti nel giudizio *a quo*. La collocazione dell'art. 2 fra i "principi fondamentali" e la collocazione dell'art. 29, invece,

nel Titolo II fra i “rapporti etico-sociali” rappresenta non solo l’argomentazione testuale, ma anche l’argomentazione più significativa sotto il profilo sostanziale e qualitativo, per escludere la fondatezza dell’assunto del giudice remittente, non essendo, ovviamente, vietata nel nostro ordinamento la convivenza tra persone dello stesso sesso.

La dottrina più recente, infatti, tende a ricondurre la tutela delle coppie omosessuali nell’ambito della tutela delle coppie di fatto.

Le recenti iniziative degli enti territoriali (Comuni, Regioni) si muovono nella direzione di istituire registri delle unioni civili, senza alcun riferimento al sesso dei conviventi (sulla cui “inefficacia giuridica”, in particolare, le sentenze n. 372/2004 e n. 378/2004).

3. Non sussiste alcuna violazione del principio di uguaglianza di cui all’articolo 3 della Costituzione che impone un uguale trattamento per situazioni uguali e trattamento differenziato per le situazioni di fatto difformi.

La dottrina, nel commentare l’art. 3 citato, ha ritenuto il divieto di discriminazioni in base al sesso “in qualche misura meno rigido rispetto ad altri”, sia sul piano della correlazione di alcune distinzioni ad oggettive differenze fra i sessi; sia sul piano normativo, nella misura in cui nella Costituzione si rinvengono norme idonee a giustificare – secondo la dottrina - entro certi limiti, distinzioni fondate sul sesso, “in particolare, gli articoli 29 e 37 e 51”.

La dottrina ha anche ritenuto che il richiamo al principio di ragionevolezza espresso nell’art. 3 Cost. nella fattispecie in esame non è pertinente, perché un trattamento normativo differenziato può ritenersi “ragionevole” in quanto tendente a realizzare altri e prevalenti valori costituzionali.

La giurisprudenza in tema di illegittime discriminazioni subite in precedenza dalle persone transessuali richiamata dal giudice remittente non si attaglia perfettamente alla fattispecie, perché il problema della “identità di sesso biologico” in quella ipotesi assumeva, evidentemente, una rilevanza diversa; né da essa può farsi discendere *tout court* un’assimilazione della fattispecie in esame alle c.d. “suspect class” di derivazione anglosassone, cioè, a discriminazioni derivanti dalla mera appartenenza ad una certa categoria di persone.

4. Neanche il parametro costituzionale rappresentato dall’art. 29 Cost. è idoneo a sostenere l’assunto del giudice remittente.

L’art. 29, stabilendo che “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”, delinea “una relazione biunivoca” tra le nozioni in esso richiamate di famiglia e matrimonio e, altresì, “vincola il legislatore a tenere distinte la disciplina dell’istituzione familiare da quelle eventualmente dedicate a qualsiasi altro tipo di formazione sociale, ancorchè avente caratteri analoghi”.

Costituisce “affermazione ricorrente” in dottrina quella secondo la quale la Costituzione “non solo non fornisce alcuna precisa definizione di famiglia”, ma anche che, per quanto riguarda l’istituto del matrimonio, “si limita ad operare un rinvio per presupposizione alla disciplina codicistica”.

Senza ripercorrere nel dettaglio il dibattito che si sviluppò nell’Assemblea Costituente in sede di elaborazione dell’art. 29 e che condusse ad una formulazione definitiva che doveva tenere conto delle varie esigenze emerse nel corso del dibattito stesso, si può, a distanza di circa sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione, sinteticamente, ritenere che due principali ricostruzioni del significato della norma costituzionale si sono delineate in contrapposizione l’una all’altra, tali da costituire, nello stesso tempo, punti di riferimenti ineludibili del dibattito sulla valenza della norma costituzionale stessa.

Una posizione, infatti, partendo da una ricostruzione di stampo giusnaturalistico, sottolinea il

carattere pregiuridico dell'istituto familiare, identificando un solo modello univoco e stabile; l'altra posizione, ritenendo insoddisfacente l'approccio giusnaturalistico e non conforme alla realtà il concetto immutabile di famiglia, attribuisce all'art. 29 Cost. un contenuto mutevole con l'evoluzione dei costumi sociali, una sorta di valenza di "norma in bianco".

Parte della dottrina ha, invece, superato la predetta dicotomia e ha finito, correttamente, per percorrere una via per così dire intermedia, ritenendo che l'art. 29 faccia riferimento ad un modello di famiglia che, sebbene "susceptibile di sviluppi e cambiamenti", sia, però, "caratterizzato da un nucleo duro", un modello, cioè, che sia "aperto a progressive trasformazioni", ma che trova "il suo contenuto minimo e imprescindibile nell'elemento della diversità del sesso fra i coniugi", che mantiene, perciò, il significato originario fissato nella Carta, senza mutarlo in maniera certamente differente e distante dall'originaria formulazione; che, in altri termini, non si ponga in conflitto con la "volontà storica del costituente".

5. Non può neanche ritenersi che la citata normativa codicistica, della cui legittimità costituzionale il giudice remittente dubita, si ponga in contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione che obbliga il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Va, innanzitutto, sottolineato che il diritto di famiglia non è stato toccato direttamente dal più generale processo c.d. di "comunitarizzazione" del diritto privato.

L'ordinamento comunitario, come per altri campi del diritto, non ha legiferato in materia matrimoniale, ma si è limitato in varie Risoluzioni ad indicare criteri e principi lasciando ai singoli Paesi membri la facoltà di adeguamento delle legislazioni nazionali.

Questa libertà dei legislatori europei ha prodotto, perciò, una molteplicità di forme di tutela delle coppie omosessuali.

Come ha osservato la dottrina, poche materie come quelle del matrimonio offrono nell'ampio panorama delle legislazioni europee una disciplina così diversificata e ciò per "la stretta connessione che tale materia presenta con le tradizioni, le condizioni storiche, le credenze ideologiche e religiose e questo è anche il motivo degli scarsi progressi compiuti nel tentativo di realizzare una maggiore uniformità normativa".

Né la citata normativa codicistica appare in contrasto con gli articoli 8 (diritto al rispetto della vita familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le cui norme costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'articolo 117, primo comma della Costituzione.

L'articolo 12, infatti, della citata Convenzione statuisce che "a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto."

La norma, pertanto, non solo riafferma che l'istituto del matrimonio riguarda persone di sesso diverso, ma rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio di tale diritto.

Non sembra, infine, che vi sia un contrasto nemmeno con gli articoli 7 (diritto al rispetto della vita familiare e privata), 21 (divieto di discriminazioni anche in riferimento alle tendenze sessuali) e con l'articolo 9 della Carta di Nizza, parte integrante del Trattato di Lisbona ratificato dall'Italia 11 agosto 2008, in quanto, in particolare, tale articolo, che riconosce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, rinvia in ogni caso alla legge nazionale per la determinazione delle condizioni per l'esercizio di tale diritto escludendo, pertanto, sia il riconoscimento automatico di unioni familiari diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni, sia

l'obbligo per gli Stati membri di adeguarsi al riconoscimento di relazioni familiari non eterosessuali.

Va, quindi, osservato che, al di là dell'eterogeneità dei modelli di riconoscimento adottati dai singoli Stati europei, l'elemento che li accomuna è senz'altro la "centralità del legislatore" nel processo di inclusione delle coppie omosessuali nell'ambito degli effetti legali delle discipline di tutela.

6. Dalle osservazioni sinora svolte risulta evidente l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale come sollevata dal tribunale di Venezia.

Un intervento della Corte Costituzionale di tipo manipolativo non potrebbe, infatti, realizzarsi attraverso un'operazione lessicale di mera sostituzione delle parole "marito" e "moglie" con la parola "coniugi", per "rileggere" la disciplina codicistica alla luce di un'interpretazione in chiave evolutiva dell'art. 29 Cost., perché famiglia e matrimonio, come si è già illustrato *supra* e come sottolineato dalla dottrina, sono delineati nella loro essenza e configurazione proprio dal codice civile, che ne contiene l'intera disciplina e alle quali la norma costituzionale stessa fa imprescindibile riferimento.

In altre parole, non si può chiedere – come fa invece il giudice remittente - alla Corte Costituzionale di ridisegnare il tessuto normativo codicistico alla luce di una norma costituzionale, che proprio a tale impianto codicistico rimanda, per la definizione in concreto dei concetti in essa contenuti; e, soprattutto, attraverso una ricognizione delle norme codicistiche da censurare che dovrebbe essere necessariamente di tale ampiezza da riguardare tutto il sistema ordinamentale contenuto nel codice, al fine di realizzare una regolazione sistematica; tanto che lo stesso giudice remittente, consapevole di ciò, ha chiesto alla Corte che la dichiarazione si estenda anche "a tutte le altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87/1953".

Si tratta, quindi, di "una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del conditor iuris" (ordinanza n. 178/1988), che pone un problema di scelte di opportunità "la cui decisione compete esclusivamente al legislatore" (ordinanza n. 586/1988).

Si chiede, in altri termini, alla Corte di compiere "una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte" stessa, in presenza di una pluralità di opzioni prospettabili, la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore" (sentenza n. 61/2006).

* * *

Si conclude, pertanto, perché la proposta questione sia dichiarata inammissibile e, comunque, infondata.

Roma 21 luglio 2009

L'Avvocato dello Stato
Gabriella Palmieri

(All. 3)

CT 12835/09

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

R.O.N. 177/09

UDIENZA 23 MARZO 2010

MEMORIA

del **Presidente del Consiglio dei Ministri**, rappresentato dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici *ex lege* domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12

nel giudizio incidentale

di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di Venezia, Sezione III Civile, con ordinanza in data 4 febbraio 2009, pubblicata il 3 aprile 2009, relativo agli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile, nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, con riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, comma 1, Costituzione.

* * *

1. Con riferimento alla questione di legittimità costituzionale indicata in epigrafe, svolgendo le argomentazioni contenute nell'atto di intervento, si ritiene di osservare quanto segue.

Come già rilevato la questione è inammissibile e, comunque, infondata.

Si è già osservato che il giudice *a quo*, nell'argomentare sulla questione di legittimità costituzionale sollevata, fa espresso riferimento al c.d. "diritto vivente", alla costante e sistematica interpretazione delle norme denunciate e, all'impossibilità di individuare un'interpretazione "costituzionalmente orientata", alla luce della quale riconoscere alle coppie omosessuali la possibilità di contrarre matrimonio.

La dottrina e la giurisprudenza sono assolutamente concordi nell'affermare che l'intera disciplina dell'istituto del matrimonio e, quindi, sia quella contenuta nel codice civile, sia quella dettata dalla normativa speciale, sia quella di rango costituzionale, si riferisce senz'altro "all'unione fra persone di sesso diverso".

In particolare, la dottrina ritiene che tale disciplina complessivamente considerata assuma "tre caratteristiche intrinseche la monogamia, l'esogamia e l'eterosessualità".

Non si tratta, pertanto, come si è già rilevato, di "contestualizzare" o di "storicizzare" la normativa in materia, perché, senz'altro, né il legislatore del 1942, né il legislatore del 1975 avrebbero potuto prevedere una disciplina positiva di unioni fra persone dello stesso sesso.

Il requisito della diversità del sesso, come già osservato, si ricava direttamente dall'art. 107 c.c., "forma della celebrazione", che configura il matrimonio come negozio giuridico bilaterale tra due persone, le quali dichiarano in un determinato contesto formale, di volersi "prendere rispettivamente in marito e moglie"; dall'art. 143 c.c., con il quale si stabilisce che "con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri"; nonché in altre numerose disposizioni del codice civile e nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha avuto occasione di precisare che "requisiti minimi" per l'esistenza del matrimonio "sono costituiti dal fatto che due persone di sesso diverso abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un ufficiale celebrante" (Sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877).

Tale requisito è tradizionalmente e costantemente annoverato, dalla dottrina e dalla giurispru-

denza, tra i requisiti indispensabili per l'esistenza stessa del matrimonio, individuati di regola nella diversità del sesso, nel consenso delle parti e nella celebrazione, che si distinguono dai requisiti indispensabili, invece, per la validità della costituzione del vincolo.

Va ricordato che l'istituto del matrimonio, infatti, nel nostro ordinamento si configura come un istituto pubblicistico volto a disciplinare determinati effetti che il legislatore tutela come diretta conseguenza di un rapporto di convivenza tra persone di sesso diverso (filiazione, diritti successori, adozione).

2. Il richiamo all'art. 2 Cost. effettuato dal giudice remittente non è - per quanto già rilevato - né decisivo né conferente.

Come osservato dalla dottrina, tale prospettiva di tutela, infatti, finisce per prendere in considerazione gli interessi dei singoli protagonisti e non la vicenda complessivamente considerata.

La collocazione in termini di disciplina costituzionale nella garanzia dell'art. 2 Cost., relativa alle formazioni sociali all'interno delle quali si svolge la personalità dell'individuo e l'adozione di un modello ricostruttivo orientato non risolve il problema "più generale" dell'esistenza o meno di una relazione fra l'art. 29 Cost. e l'articolazione dei modelli familiari nell'ambito sociale; e, soprattutto, non risolve il problema se sia ipotizzabile definire una tutela costituzionale dei modelli familiari diversi dalla c.d. "famiglia legittima" (espressione del c.d. "*favor legitimitatis*").

La dottrina ha, infatti, osservato che tale approccio ricostruttivo, da un lato, corre il rischio, implicito in tale modello teorico, di proiettare sull'attività interpretativa "una gerarchia di valori rispetto ad un fenomeno che nasce anche come momento di contestazione sociale del modello tradizionale" e come "momento di dissenso"; e, dall'altro, ha osservato che tale approccio ricostruttivo corre il rischio di realizzare "una inopportuna costrizione in schemi rigidi di una vicenda che, invece, è connotata da grande varietà e ricchezza di esperienze".

3. Non sussiste - come già rilevato nell'atto di intervento - neanche la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che impone un uguale trattamento per situazioni uguali e trattamento differenziato per le situazioni di fatto difformi.

La dottrina, nel commentare l'art. 3 citato, infatti, ha qualificato il divieto di discriminazioni in base al sesso "in qualche misura meno rigido rispetto ad altri", sia sul piano della correlazione di alcune distinzioni a oggettive differenze fra i sessi; sia sul piano normativo, nella misura in cui nella Costituzione si rinvengono norme idonee a giustificare - secondo la dottrina - entro certi limiti, distinzioni fondate sul sesso, "in particolare, gli articoli 29 e 37 e 51".

La dottrina ha anche ritenuto che non si verifica alcuna discriminazione nei confronti di alcuni soggetti nei confronti di altri, perché non si tratta di due situazioni equiparabili o comparabili fra loro, trattate in modo irragionevolmente diverso, ma si tratta, invece, di "situazioni dissimili", o meglio di situazioni che l'attuale "assetto normativo costituzionale" impone di tenere distinte e alle quali, perciò, "devono essere dedicate discipline giuridiche, magari per alcuni aspetti analoghe, ma autonome e differenziate".

L'art. 29 Cost. è letto dai commentatori nel suo "fare sistema" con i principi e con le norme di cui si compone la trama costituzionale, quale, ad esempio l'art. 30 Cost., con riferimento al quale si osserva che "nell'idea della compatibilità è pur sempre presupposto lo stato di diversità, assumendosi quello proprio dei componenti la famiglia (in senso stretto) quale parametro, *tertium comparationis*, della validità della disciplina relativa ai figli non legittimi".

4. D'altronde, è proprio il parametro costituzionale costituito dall'art. 29 Cost. a delineare "una relazione biunivoca" tra le nozioni in esso richiamate di famiglia e matrimonio e, altresì, a

vincolare il legislatore "a tenere distinte la disciplina dell'istituzione familiare da quelle eventualmente dedicate a qualsiasi altro tipo di formazione sociale, ancorché avente caratteri analoghi".

Va ribadito che costituisce "affermazione ricorrente" in dottrina quella secondo la quale la Costituzione "non solo non fornisce alcuna precisa definizione di famiglia", ma anche che, per quanto riguarda l'istituto del matrimonio, "si limita ad operare un rinvio per presupposizione alla disciplina codicistica".

Va ancora una volta sottolineato che la dottrina, pur affermando che l'art. 29 faccia riferimento ad un modello di famiglia "suscettibile di sviluppi e cambiamenti", ritiene, però, che esso sia "caratterizzato da un nucleo duro, un modello, cioè, che sia "aperto a progressive trasformazioni", ma che trova "il suo contenuto minimo e imprescindibile nell'elemento della diversità del sesso fra i coniugi", che mantiene, perciò, il significato originario fissato nella Carta, senza mutarlo in maniera certamente differente e distante dall'originaria formulazione; che, in altri termini, non si ponga in conflitto con la "volontà storica del costituente".

La dottrina giunge, pertanto, alla conclusione che dell'art. 29 Cost. non vi sia una chiave di lettura che "imponga un obbligo di riconoscere" la libertà di sposarsi anche alle coppie dello stesso sesso.

5. Non può nemmeno ritenersi che la citata normativa codicistica, della cui legittimità costituzionale il giudice remittente dubita, si ponga in contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione che obbliga il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e dall'ordinamento comunitario.

La citata normativa codicistica richiamata nell'ordinanza di remissione non appare, innanzitutto, essere in contrasto con la Convenzione CEDU Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le cui norme costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'articolo 117, primo comma, della Costituzione.

Non appare in contrasto, in particolare, con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita familiare) – come hanno sottolineato i commentatori – alla luce di alcuni pareri della Commissione dei diritti dell'uomo, secondo la quale "la relazione affettiva tra due soggetti dello stesso sesso non assume il significato di 'vita familiare' inteso dall'art. 8".

Né appare in contrasto con l'art. 12 (diritto al matrimonio), il quale statuisce che "a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto".

La norma, pertanto, non solo riafferma che l'istituto del matrimonio riguarda persone di sesso diverso, ma rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio di tale diritto.

La Commissione dei diritti dell'uomo ha, quindi, affermato che la funzione dell'art. 12 citato è quella di "rappresentare un presidio per il solo matrimonio tradizionale".

Né sussiste alcun immediato contrasto con l'art. 14 (divieto di discriminazioni), all'interno del quale non essendo esplicitamente richiamato, "l'orientamento sessuale" può essere ricondotto solo in via analogica.

Va, poi, riaffermato che il diritto di famiglia non è stato toccato direttamente dal più generale processo c.d. di "comunitarizzazione" del diritto privato.

L'ordinamento comunitario, come per altri campi del diritto, non ha legiferato in materia matrimoniale, ma si è limitato in varie Risoluzioni a indicare criteri e principi lasciando ai singoli Paesi membri la facoltà di adeguamento delle legislazioni nazionali.

Questa libertà dei legislatori europei ha prodotto, perciò, una molteplicità di forme di tutela delle coppie omosessuali.

Non vi è, comunque, alcun contrasto nemmeno con gli articoli 7 (diritto al rispetto della vita familiare e privata), 21 (divieto di discriminazioni anche in riferimento alle tendenze sessuali) e con l'articolo 9 della Carta di Nizza, parte integrante del Trattato di Lisbona ratificato dall'Italia in data 11 agosto 2008 ed entrato in vigore in data 1.12.2009.

In particolare, tale art. 9, che riconosce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia ("sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"), rinvia, appunto, in ogni caso alla legge nazionale per la determinazione delle condizioni per l'esercizio di tale diritto escludendo, pertanto, sia il riconoscimento automatico di unioni familiari diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni, sia, soprattutto, l'obbligo per gli Stati membri di adeguarsi al riconoscimento di relazioni familiari non eterosessuali.

Va, quindi, ribadito che, al di là dell'eterogeneità dei modelli adottati dai singoli Stati europei, l'elemento che li accomuna è senz'altro la "centralità del legislatore" nel processo di inclusione delle coppie omosessuali nell'ambito degli effetti legali delle discipline di tutela.

Per completare l'esame del panorama normativo e giurisprudenziale europeo, va ricordato che la Corte di Giustizia ha negato l'equiparazione tra coppie omosessuali conviventi e coppie eterosessuali coniugate (sentenza *Grant* del 17 febbraio 1998, in C-249/96; sentenza *D. e Regno di Danimarca* del 31 maggio 2001, in C-122/99 P e in C-125/99 P), ritenendo che la nozione comunitaria di "coniuge" prevista nello Statuto del personale della Comunità non potesse applicarsi al dipendente svedese che avesse contratto un'unione stabile nel suo Paese di origine, poiché «è pacifico che il termine "matrimonio", secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designi un'unione tra due persone di sesso diverso».

Né diversamente si può argomentare sulla base della recente sentenza *Makuro* (Grande Sezione, 1 aprile 2008, in C-267/06), con riferimento agli articoli 1 e 2 della Direttiva 2000/78. Nel dispositivo della sentenza è contenuto, infatti, un preciso riferimento al contesto della legislazione nazionale, avendo chiarito la Corte che il godimento della pensione di reversibilità si applica al partner al pari del coniuge laddove «nel diritto nazionale l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti». Ne consegue che: «è compito del giudice a quo verificare se, nell'ambito di un'unione solidale, il partner superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla Vddb».

Il giudizio della Corte, quindi, non si colloca in una posizione di rottura rispetto al diritto nazionale, imponendo una soluzione a esso estranea, ma più esattamente porta a compimento una scelta già autonomamente operata dal legislatore nazionale (nel caso al suo esame, tedesco).

La citata sentenza *Makuro* è in linea con le conclusioni contenute nella sentenza in data 7 gennaio 2004, nella causa C-117/01, *K.B.*, nella quale la Corte di Giustizia aveva espressamente fatto rinvio al giudice nazionale, e prima ancora al legislatore nazionale, per l'individuazione del grado di affinità tra matrimonio e altre tipologie di legame familiare, a conferma di un atteggiamento prudente del giudice europeo nei giudizi in cui il diritto comunitario interferisce con la disciplina dello stato civile delle persone e con il diritto di famiglia, ossia con ambiti materiali ancora oggi formalmente riservati alla competenza degli Stati membri e che sono spesso oggetto di intensi dibattiti nell'opinione pubblica.

In conclusione, quindi, può senz'altro ritenersi che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea

attribuisca ancora all'attualità al legislatore nazionale il compito di scegliere se offrire tutela giuridica a forme di legame familiare alternative e in che misura assimilare quelle unioni all'istituto matrimoniale.

6. Dalle osservazioni sinora svolte discende, pertanto, in modo evidente l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale come sollevata dal Tribunale di Venezia.

Come già osservato, l'intervento della Corte Costituzionale di tipo manipolativo non potrebbe, infatti, realizzarsi attraverso un'operazione meramente lessicale esplicitata attraverso la sostituzione delle parole "marito" e "moglie" con la parola "coniugi", per giungere a una "rilettura" della disciplina codicistica alla luce di un'interpretazione in chiave evolutiva dell'art. 29 Cost., perché famiglia e matrimonio, come si è già illustrato *supra* e come sottolineato dalla dottrina, sono delineati nella loro essenza e configurazione proprio dal codice civile, che ne contiene l'intera disciplina e alle quali la norma costituzionale stessa fa imprescindibile riferimento.

Non si può, pertanto, chiedere - come fa, invece, il giudice remittente - alla Corte Costituzionale di ridisegnare il tessuto normativo codicistico alla luce di una norma costituzionale, che proprio a tale impianto codicistico rimanda, per la definizione in concreto dei concetti in essa contenuti; e, soprattutto, attraverso una ricognizione delle norme codicistiche da censurare che dovrebbe essere necessariamente di tale ampiezza da riguardare tutto il sistema ordinamentale contenuto nel codice, al fine di realizzare una regolazione sistematica; tanto che lo stesso giudice remittente, consapevole di ciò, ha chiesto alla Corte che la dichiarazione si estenda anche "a tutte le altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87/1953".

Si tratta, quindi, di "una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del *conditor iuris*" (ordinanza n. 178/1988), che pone un problema di scelte di opportunità "la cui decisione compete esclusivamente al legislatore" (ordinanza n. 586/1988).

Si chiede, in altri termini, alla Corte di compiere "una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte" stessa, in presenza di una pluralità di opzioni prospettabili, la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore" (sentenza n. 61/2006).

* * *

Si insiste, pertanto, perché la proposta questione sia dichiarata inammissibile e, comunque, infondata.

Roma 26 febbraio 2010

L'Avvocato dello Stato
Gabriella Palmieri

Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010 n. 138, ud. pubb. 23 marzo 2010 - Pres. Amirante, Red. Criscuolo - Giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile, promossi dal Tribunale di Venezia con ordinanza del 3 aprile 2009 e dalla Corte d'appello di Trento con ordinanza del 29 luglio 2009, iscritte ai nn. 177 e 248 del registro ordinanze 2009 - Avvocati Alessandro Giadrossi per l'Associazione radicale Certi Diritti e per M. G. ed altro, Ileana Alesso e Massimo Clara per l'Associazione radicale Certi Diritti, per G. M. ed altro e per C. M. ed altri, Vittorio Angiolini, Vincenzo Zeno-Zencovich e Marilisa D'Amico per l'Associazione radicale Certi Diritti, per G. M. ed altro e per E. O. ed altri e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

(Omissis)

Considerato in diritto

1. - Il Tribunale di Venezia, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso».

Il giudice a quo premette di essere chiamato a pronunciare in un giudizio promosso da due persone di sesso maschile, in opposizione, ai sensi dell'art. 98 di detto codice, avverso l'atto col quale l'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia ha rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiesta, ritenendola in contrasto con la normativa vigente, costituzionale e ordinaria, in quanto l'istituto del matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano, sarebbe incentrato sulla diversità di sesso tra i coniugi.

Il Tribunale veneziano riferisce gli argomenti svolti dai ricorrenti, i quali hanno rilevato che, nel vigente ordinamento, non esisterebbe una nozione di matrimonio, né un suo divieto espresso tra persone dello stesso sesso. Essi si richiamano alla Costituzione e alla Carta di Nizza, rimarcando che l'interpretazione letterale delle norme del codice civile, posta a fondamento del diniego delle pubblicazioni, sarebbe costituzionalmente illegittima con particolare riguardo agli artt. 2, 3, 10, secondo comma, e 29 Cost.

Tanto premesso, il rimettente rileva che, nell'ordinamento italiano, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è previsto né vietato in modo espresso. Peraltro, pure in assenza di una norma definitoria, «l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso». Ad avviso del Tribunale, il chiaro tenore delle disposizioni del codice, regolatrici dell'istituto in questione, non consentirebbe di estenderlo anche a persone dello stesso sesso. Si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), «a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna».

D'altra parte, secondo il Tribunale non si possono ignorare le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali.

Ciò posto, il Tribunale di Venezia, prendendo le mosse dal rilievo che il diritto di sposarsi costituisce un diritto fondamentale della persona, riconosciuto a livello sopranazionale ed in ambito nazionale (art. 2 Cost.), illustra le censure riferite ai diversi parametri costituzionali evocati, pervenendo al convincimento sulla non manifesta infondatezza della questione promossa, che inoltre giudica rilevante perché l'applicazione delle norme censurate non è superabile nel percorso logico-giuridico da compiere al fine di pervenire alla decisione della causa.

2. - La Corte di appello di Trento, con l'altra ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ., nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. La Corte territoriale premette di essere stata adita in sede di reclamo, ai sensi dell'articolo 739 del codice di procedura civile, proposto da due coppie (ciascuna formata da persone dello stesso sesso) avverso il decreto del Tribunale di Trento, che aveva respinto l'opposizione formulata dai reclamanti nei confronti di un provvedimento dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento. Con tale provvedimento il detto funzionario aveva rifiutato di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste dagli opposenti, non ritenendo ammissibile nell'ordinamento italiano il matrimonio tra persone del medesimo sesso; ed il rifiuto era stato giudicato legittimo dal Tribunale.

La Corte rimettente, dopo aver ritenuto infondata la domanda principale diretta ad ottenere l'ordine all'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni, passa all'esame della questione di legittimità costituzionale, in via subordinata proposta dai reclamanti, svolgendo, in relazione alle censure prospettate, considerazioni analoghe a quelle esposte dal Tribunale di Venezia.

3. - I due giudizi di legittimità costituzionale, avendo ad oggetto la medesima questione, vanno riuniti per essere decisi con unica sentenza.

4. - In via preliminare, deve essere confermata l'ordinanza, adottata nel corso dell'udienza pubblica ed allegata alla presente sentenza, con la quale sono stati dichiarati inammissibili gli interventi dell'Associazione radicale Certi Diritti e dei signori C. M. e G. V., P. G. B. e C. G. R., R. F. R. P. C. e R. Z. Ciò in applicazione del consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, richiamato nell'ordinanza, secondo cui non sono ammissibili gli interventi, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, di soggetti che non siano parti nel giudizio a quo, né siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in causa e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura, avuto altresì riguardo al rilievo che l'ammissibilità dell'intervento ad opera di un terzo, titolare di un interesse soltanto analogo a quello dedotto nel giudizio principale, contrasterebbe con il carattere incidentale del detto giudizio di legittimità.

5. - La questione, sollevata dalle due ordinanze di rimessione, in riferimento all'art. 2 Cost., deve essere dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata (ex plurimis: ordinanze n. 243 del 2009, n. 316 del 2008, n. 185 del 2007, n. 463 del 2002).

6. - Le dette ordinanze muovono entrambe dal presupposto che l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna. Questo dato emerge non soltanto dalle norme censurate, ma anche dalla disciplina della filiazione legittima (artt. 231 e ss. cod. civ. e, con particolare riguardo

all'azione di disconoscimento, artt. 235, 244 e ss. dello stesso codice), e da altre norme, tra le quali, a titolo di esempio, si può menzionare l'art. 5, primo e secondo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile.

In sostanza, l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di «una consolidata ed ultramillennaria nozione di matrimonio», come rileva l'ordinanza del Tribunale veneziano.

Nello stesso senso è la dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che l'identità di sesso sia causa d'inesistenza del matrimonio, anche se una parte parla di invalidità. La rara giurisprudenza di legittimità, che (peraltro, come obiter dicta) si è occupata della questione, ha considerato la diversità di sesso dei coniugi tra i requisiti minimi indispensabili per ravvisare l'esistenza del matrimonio (Corte di cassazione, sentenze n. 7877 del 2000, n. 1304 del 1990 e n. 1808 del 1976).

7. - Ferme le considerazioni che precedono, si deve dunque stabilire se il parametro costituzionale evocato dai rimettenti imponga di pervenire ad una declaratoria d'illegittimità della normativa censurata (con eventuale applicazione dell'art. 27, ultima parte, della legge 11 marzo 1953, n. 87 – Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile, in guisa da colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale.

8. - L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.

Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.

9. - La questione sollevata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost. non è fondata.

Occorre prendere le mosse, per ragioni di ordine logico, da quest'ultima disposizione. Essa stabilisce, nel primo comma, che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», e nel secondo comma aggiunge che «Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

La norma, che ha dato luogo ad un vivace confronto dottrinale tuttora aperto, pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita "società naturale" (con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere).

Ciò posto, è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata.

Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale.

Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa.

Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto.

Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale.

In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio.

Il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, alla legge 14

aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), non è pertinente.

La normativa ora citata – sottoposta a scrutinio da questa Corte che, con sentenza n. 161 del 1985, dichiarò inammissibili o non fondate le questioni di legittimità costituzionale all'epoca promosse – prevede la rettificazione dell'attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale, passata in giudicato, che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato dall'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali (art. 1).

Come si vede, si tratta di una condizione del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto è indispensabile, di regola, l'intervento chirurgico che, con la conseguente rettificazione anagrafica, riesce in genere a realizzare tale coincidenza (sentenza n. 161 del 1985, punto tre del Considerato in diritto). La persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento.

10. - Resta da esaminare il parametro riferito all'art. 117, primo comma, Cost. (prospettato soltanto nell'ordinanza del Tribunale di Venezia).

Il rimettente in primo luogo evoca, quali norme interposte, gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952); pone l'accento su una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in causa *C. Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002), che dichiarò contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio del transessuale (dopo l'operazione) con persona del suo stesso sesso originario, sostenendo l'analogia della fattispecie con quella del matrimonio omosessuale; evoca altresì la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e, in particolare, l'art. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), l'art. 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia), l'art. 21 (diritto a non essere discriminati); menziona varie risoluzioni delle Istituzioni europee, «che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti»; infine, segnala che nell'ordinamento di molti Stati, aventi civiltà giuridica affine a quella italiana, si sta delineando una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali.

Ciò posto, si deve osservare che: a) il richiamo alla citata sentenza della Corte europea non è pertinente, perché essa riguarda una fattispecie, disciplinata dal diritto inglese, concernente il caso di un transessuale che, dopo l'operazione, avendo acquisito caratteri femminili (sentenza cit., punti 12-13) aveva avviato una relazione con un uomo, col quale però non poteva sposarsi «perché la legge l'ha considerata come uomo» (punto 95). Tale fattispecie, nel diritto italiano, avrebbe trovato disciplina e soluzione nell'ambito della legge n. 164 del 1982. E, comunque, già si è notato che le posizioni dei transessuali e degli omosessuali non sono omogenee (v. precedente paragrafo 9); b) sia gli artt. 8 e 14 della CEDU, sia gli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza contengono disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al ri-

petto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione, peraltro in larga parte analoghe. Invece gli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Per il principio di specialità, dunque, sono queste ultime le norme cui occorre fare riferimento nel caso in esame.

Orbene, l'art. 12 dispone che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

A sua volta l'art. 9 stabilisce che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

In ordine a quest'ultima disposizione va premesso che la Carta di Nizza è stata recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Infatti, il nuovo testo dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, introdotto dal Trattato di Lisbona, prevede che «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

Non occorre, ai fini del presente giudizio, affrontare i problemi che l'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali, specialmente con riguardo all'art. 51 della Carta, che ne disciplina l'ambito di applicazione.

Ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta (come, del resto, l'art. 12 della CEDU), nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Si deve aggiungere che le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione), con riferimento al detto art. 9 chiariscono (tra l'altro) che «L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso». Pertanto, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna.

Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.

Ulteriore riscontro di ciò si desume, come già si è accennato, dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso.

Sulla base delle suddette considerazioni si deve pervenire ad una declaratoria d'inammissibilità della questione proposta dai rimettenti, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi:

a) dichiara inammissibile, in riferimento agli articoli 2 e 117, primo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte di appello di

Trento con le ordinanze indicate in epigrafe;

b) dichiara non fondata, in riferimento agli articoli 3 e 29 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale degli articoli sopra indicati del codice civile sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte di appello di Trento con le medesime ordinanze.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 14 aprile 2010.

Competenza tra Stato e Regioni in materia di tariffe del servizio idrico integrato*

(Corte costituzionale, sentenza del 4 febbraio 2010 n. 29)

1. La decisione della Corte Costituzionale n. 29 del 4 febbraio 2010 risolve una controversia tra lo Stato e la Regione Emilia Romagna insorta a seguito della impugnativa in via principale da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri della legge regionale n. 10 del 2008, all'articolo 28, commi 2 e 7, per violazione dell'articolo 117, comma 2, lettere e) ed s). Ad avviso della difesa erariale la legge 30 giugno 2008 n. 10, pubblicata in B.U.R. n. 108 del 30 giugno 2008, contenente *“misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni”* sarebbe stata in contrasto con la previsione dell'articolo 117 Cost., comma 2, lettere e) ed s), in materia di concorrenza e tutela dell'ambiente, devolute alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. L'articolo 28, comma 2, stabiliva espressamente che *la Regione esercita le funzioni di regolazione economica e di regolazione dei servizi in raccordo con le autonomie locali...* provvedendo la Regione altresì *alla individuazione della tariffa di riferimento ai fini della proposizione ai soggetti partecipanti alla forma di cooperazione di cui all'articolo 30 della regolazione tariffaria.*

L'Avvocatura dello Stato evidenziava nel ricorso il contrasto della su citata disposizione con il contenuto del decreto legislativo 152 del 2006 ss.mm., Testo Unico in materia ambientale, di seguito Tua, segnatamente all'articolo 154, che letteralmente prevede che *“il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici con successiva determinazione della tariffa da parte della autorità d'ambito al fine della predisposizione del piano finanziario di cui all'articolo 149 comma 1 lettera c)”*. Inoltre l'articolo 161, comma 4, del citato articolo stabilisce che *“il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche predispone con delibera il metodo tariffario per la determinazione della tariffa di cui al citato articolo 154 e le modalità di revisione periodica, lo trasmette al Ministro dell'Ambiente e della tutela del mare e del territorio, che lo adotta con proprio decreto, sentita la Conferenza Permanente per i rapporti tra lo stato e le regioni e le province autonome di Trento di Bolzano”*.

(*) In materia di servizio idrico il 23 aprile 2010 presso l'Avvocatura Generale dello Stato, Sala Vanvitelli, si è tenuto un seminario di studio *“Rafforzare le funzioni pubbliche in una nuova regolazione per il settore idrico: il quadro comunitario e nazionale”* organizzato da Federutility e Federambiente. Tutti gli interventi sono consultabili sul sito www.federutility.it (ndr).

La Presidenza del Consiglio dei Ministri poneva in evidenza la sussistenza di una riserva statale in materia di definizione delle componenti di costo della tariffa, in considerazione del fatto che questa costituisce la base per la determinazione del corrispettivo del servizio, vale a dire la tariffa di competenza dell'AATO posta a fondamento della procedura ad evidenza pubblica da indire per la individuazione del soggetto cui affidare la gestione del servizio idrico integrato. Solo l'univoca previsione da parte dello Stato di detta tariffa di riferimento garantiva, ad avviso della difesa erariale, quella uniformità di trattamento e condizioni su tutto il territorio nazionale posta a tutela del trasparente confronto degli operatori economici nel mercato interno e comunitario.

La difesa erariale sottolineava l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, nella parte in cui stabiliva che *“per l'esercizio delle funzioni di cui al presente articolo, la Regione si avvale di una struttura organizzativa il cui costo di finanziamento è a carico delle tariffe dei servizi nel limite di spesa fissato dalla giunta regionale, sentita la Conferenza regione autonomie locali, nonché di quanto introitato a titolo di sanzioni”*. Tale previsione, non contenuta nel decreto 152 del 2006, avrebbe determinato secondo l'Avvocatura maggiorazioni delle tariffe per il servizio idrico integrato dovute a costi per il finanziamento di organizzazioni di istituzioni regionali, generandosi, a monte, una ingiustificata distorsione del confronto degli operatori economici nel settore interessato e a valle, per l'utenza, illegittimi aumenti del costo del servizio.

Al pari della tutela della concorrenza, secondo l'Avvocatura dello Stato, nel caso in questione veniva in rilievo anche la salvaguardia dell'ambiente, riservata in via primaria ed esclusiva allo Stato, al quale spetta di preservare l'ambiente e l'ecosistema, individuare le scelte strategico generali di conservazione dell'ambiente, sintetizzando la legge statale il bilanciamento di interessi e conflitti che tale materia, in considerazione del suo carattere trasversale, involge e suscita. Tale bilanciamento di interessi fissa una soglia inderogabile anche per il legislatore regionale, il quale, nella disciplina della materie di propria competenza, potrebbe perseguire finalità indirette di salvaguardia dell'ambiente, senza però alterare il quadro di tutela definito dallo Stato (1).

2. La Corte, nella decisione in commento, riconoscendo fondati i motivi di illegittimità costituzionale della legge regionale sollevati dallo Stato, asserisce che la riserva statale in materia di determinazione della tariffa di riferimento si spiega in considerazione del fatto che, come ribadito nella sentenza n. 246 del 2009 (2), *«attraverso la determinazione della tariffa nell'ambito*

(1) Principi espressi nelle sentenze della Corte costituzionale nn. 104 e 105 del 2008, in www.consultaonline.it.

(2) Sent. n. 246 del 2009, in www.consultaonline.it.

territoriale ottimale, il legislatore statale ha fissato [...] livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale e le altre finalità tipicamente ambientali individuate dagli artt. 144 (Tutela e uso delle risorse idriche), 145 (Equilibrio del bilancio idrico) e 146 (Risparmio idrico) del d.lgs. n. 152 del 2006». Nella medesima pronuncia si è altresì rilevato che «la finalità della tutela dell'ambiente viene [...] in rilievo anche in relazione alla scelta delle tipologie dei costi che la tariffa è diretta a recuperare», tra i quali il legislatore ha incluso espressamente quelli ambientali, da recuperare «anche secondo il principio “chi inquina paga”» (art. 154, comma 2).

Dal punto di vista della tutela ambientale la Corte ricostruisce l'attribuzione allo Stato del potere di determinare la tariffa di riferimento applicando principi ormai pacificamente affermati nella propria giurisprudenza, in base ai quali la salvaguardia dell'ambiente determina l'allocazione della definizione degli standard di tutela ambientale in capo al legislatore statale in nome di esigenze di uniformità di accesso alla risorsa e di sfruttamento della stessa che non ammettono differenziazioni territoriali o geografiche.

La Corte ha spesso sottolineato che l'azione unitaria svolta dallo Stato in materia di salvaguardia dell'ambiente è pienamente giustificata tanto dal fatto che lo Stato è in possesso di strumenti tecnici e conoscenze scientifiche che trascendono le competenze acquisibili in sede regionale, quanto dal fine di garantire sull'intero territorio nazionale un trattamento uniforme alle varie imprese operanti in concorrenza tra loro, intercettando qui la materia della concorrenza, oggetto, come più volte specificato, di normazione esclusiva statale, onde non produrre arbitrarie disparità di trattamento sui costi aziendali in dipendenza di vincoli imposti in modo differenziato sia sotto il profilo spaziale che sotto il profilo temporale (3).

Si parla, in proposito, dell'ambiente come “materia trasversale”, nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni (4).

In base a quanto sopra affermato pare coerente la considerazione della Corte, secondo la quale l'uniforme metodologia tariffaria, adottata con l'interposta legislazione statale, e la sua applicazione da parte delle Autorità d'ambito sono finalizzate a preservare il bene giuridico “ambiente” dai rischi derivanti da una tutela non uniforme ed a garantire uno sviluppo concorren-

(3) Così la Corte nella sentenza n. 53 del 1991 in www.consultaonline.it. Per un riassunto degli attuali approdi della giurisprudenza costituzionale sull'ambiente vedasi sent. n. 225 del 22 luglio 2009 in www.cortecostituzionale.it.

(4) Sent. Corte costituzionale n. 378 del 2007 in www.consultaonline.it.

ziale del settore del servizio idrico integrato. *Tali finalità*, ribadisce la Corte, *non potrebbero essere realizzate se dovesse trovare applicazione la normativa regionale, la quale prevede – come si è visto – la determinazione di oneri tariffari ulteriori rispetto a quelli individuati nel Tua* (Testo unico in materia ambientale).

Logicamente emerge l'altro profilo di illegittimità della legge regionale relativo alla violazione delle prerogative dello Stato in materia di concorrenza.

Le previsioni del Tua attribuiscono al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare nonché al Co.Vi.Ri, Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, il potere di procedere alla definizione delle componenti di costo della tariffa, disciplinando, all'articolo 154, un procedimento che prevede l'adozione di un decreto da parte del Ministero dell'ambiente con il quale determinare le componenti di costo della tariffa relativa ai servizi idrici. L'articolo 161 rimette al Co.Vi.ri la prerogativa tecnica esclusiva di predisporre il metodo tariffario per la determinazione della tariffa con apposita delibera da trasmettere al Ministero dell'ambiente, il quale adotta il precitato decreto una volta sentita la Conferenza Permanente Stato-Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano.

La Corte, alla luce della normativa citata, riconosce la funzione fondamentale del decreto, che costituisce obbligatorio criterio di riferimento per le diverse autorità d'ambito in vista della determinazione della tariffa di base, funzionale alla predisposizione del piano finanziario che stabilisce l'attività di ciascun ambito territoriale ottimale. Nelle intenzioni del legislatore pare potersi individuare l'aspirazione all'applicazione di una uniforme metodologia tariffaria al servizio idrico integrato al fine di garantire un effettivo sviluppo in senso concorrenziale del mercato del settore dei servizi idrici, superando le disparità di trattamento ancora esistenti a livello nazionale, che prevedono differenziazioni, in capo ai gestori e agli utenti, a seconda dei vari ambiti operativi (5).

Nella giurisprudenza della Corte la problematica delle materie trasversali, concorrenza e ambiente su tutte, viene risolta con l'affermazione che in presenza di esigenze unitarie la competenza normativa spetta allo Stato, il quale, in fattispecie che presentano spesso connessioni con altre materie rimesse alla

(5) AS446 21 febbraio 2008 dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, che proprio sulla legge n. 10 del 2080 dell'Emilia Romagna, afferma che *“una riforma in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica suscettibile di porsi in contrasto con il quadro normativo generale, determinando un effetto discorsivo della concorrenza nella fornitura di servizi, aggravando i costi a carico dell'utenza.”* L'autorità afferma che *la legge regionale citata riconoscendo il potere della regione di individuare la tariffa di riferimento ai fini della proposizione ai soggetti partecipanti alla forma di cooperazione di cui all'articolo 30 della regolazione tariffaria, nonché che per l'esercizio delle funzioni di cui al presente articolo la regione si avvale di una struttura organizzativa il cui costo di funzionamento è a carico delle tariffe dei servizi erogati si è palesemente introdotto un metodo di determinazione della tariffa autonomo rispetto alle previsioni di cui al Tua.*

competenza del legislatore regionale, detta le linee fondamentali di disciplina. In tali circostanze non si è in presenza di una normazione di principio, riservata alla competenza dello Stato e di una regolamentazione di dettaglio, spettante alle regioni. La linea di tendenza tracciata dalle decisioni della Corte è quella di lasciare alle regioni una competenza su tutti i profili che abbiano carattere integrativo e non derogatorio della normativa statale (6).

Nelle pronunce della Corte nelle materie trasversali, stante la loro natura di materia funzione, a carattere prevalentemente teleologico e ad oggetto astratto, nella definizione del riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni, una volta individuato il legislatore prevalente, la Corte afferma che la soddisfazione delle istanze delle regioni, in ossequio al principio di leale collaborazione, trovano adeguato contemperamento nella fase procedimentale (7). Aderendo alle considerazioni della difesa erariale la Corte riconosce che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 154 e 161 TUA, è prevista la partecipazione degli enti territoriali attraverso la Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

Appare questa la ragione per cui la Corte, nella fattispecie esaminata, afferma che *“non può accogliersi la tesi della Regione, secondo cui la “tariffa di riferimento” prevista dalle disposizioni censurate – limitandosi ad individuare nell’ambito regionale il «valore complessivo dei costi del servizio, calcolati in base ai criteri definiti nel metodo» tariffario, ed avendo la funzione di costituire «la base per la determinazione della tariffa da applicare all’utenza» – non si identifica né con il “metodo tariffario” né con la “tariffa di base” (ambedue determinati in applicazione esclusivamente della normativa statale) e, pertanto, può essere disciplinata dalla legislazione regionale, in quanto rientrante nella sua competenza esclusiva in materia di servizi pubblici locali.*

Tale tesi non è condivisibile, perché è indubbio che la disciplina censurata non opera in un ambito estraneo alla normativa dello Stato – come sostiene la resistente – ma modifica il menzionato processo di determinazione tariffaria puntualmente delineato dal legislatore statale. Essa incide, in particolare, sulle attribuzioni dei soggetti preposti al servizio idrico integrato (Stato,

(6) Per una analisi attenta della questione delle materie trasversali leggesi recentemente FILIPPO BENELLI *Separazione VS Cooperazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di ambiente e materie trasversali*, in *Forum di quaderni costituzionali*. Vedi anche R. BIN *Alla ricerca della materia perduta*, Nota a sentenza 401 del 2007, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

(7) La introduzione esplicita del criterio della prevalenza risale alla sent. 370/2003, con cui la Corte ha individuato nell’istruzione la materia prevalentemente interessata dagli interventi pubblici a favore dell’istituzione di asili nido. Nella sent. 50/2005 tale criterio ha trovato un’applicazione precisa come fattore di coordinamento delle competenze esclusive dello Stato con quelle concorrenti e le altre residuali: la fattispecie era relativa ai contratti di lavoro a contenuto formativo, i quali si collocano tra l’ordinamento civile, rientrante nella competenza statale, trattandosi di rapporti di lavoro, e la competenza in materia di formazione professionale che spetta alla Regione.

CO.Vi.Ri. ed AATO), sottraendo parte della competenza ad essi riservata dagli artt. 154 e 161 del d.lgs. n. 152 del 2006, senza essere a ciò legittimata da alcuna normativa statale. Resta pertanto esclusa, anche sotto tale profilo, la competenza legislativa in materia di servizi pubblici locali rivendicata al riguardo dalla Regione.

Nella sentenza in commento si legge che il corrispettivo del servizio servirebbe anche a coprire i costi derivanti dal potenziale effetto lesivo dell'ambiente, in applicazione del principio "chi inquina paga". Il principio indicato comporta che le spese relative alla protezione al ripristino e al miglioramento della qualità dell'ambiente siano poste a carico di chi rende necessari tali interventi. Nella decisione della Corte quindi la tariffa assolve anche al compito di individuare tra le varie tipologie di costi anche quelli diretti applicazione del principio suddetto (8).

La Corte non si sofferma sulla eccezione, sollevata dalla regione, basata sul fatto che la "tariffa di riferimento" introdotta con legge regionale 10/2008 non poteva dirsi coincidente né con la "tariffa di base", né con il "metodo tariffario" di cui al T.U.A., la cui determinazione e predisposizione è rispettivamente attribuita alle Autorità d'Ambito ed al Co.Vi.Ri.

Secondo la resistente, infatti, il "metodo tariffario" e la "tariffa di riferimento" attengono a profili completamente diversi, perché il primo, predisposto dal CO.Vi.Ri, «rappresenta l'insieme dei criteri che consentono l'individuazione del costo complessivo del servizio» e ne individua le varie componenti (costi operativi, aliquote di ammortamento, etc.); la seconda esprime, invece, «il valore complessivo dei costi del servizio, calcolati in base ai criteri definiti nel metodo», valore che «costituisce la base per la determinazione della tariffa da applicare all'utenza, articolata per fasce di consumo e tipologia di utenze».

(8) Nella recentissima sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, grande sezione, del 9 marzo 2010 si ricostruisce compiutamente il principio chi inquina paga. La corte asserisce che "qualora in un'ipotesi di inquinamento ambientale, non sono soddisfatti i presupposti d'applicazione ratione temporis e/o ratione materiae della direttiva 2004/35/CE, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, allora un'ipotesi del genere dovrà essere disciplinata dal diritto nazionale, nel rispetto delle norme del Trattato e fatti salvi altri eventuali atti di diritto derivato". Prosegue la Corte: La direttiva 2004/35 non osta a una normativa nazionale che consente all'autorità competente, in sede di esecuzione della direttiva, di presumere l'esistenza di un nesso di causalità, anche nell'ipotesi di inquinamento a carattere diffuso, tra determinati operatori e un inquinamento accertato, e ciò in base alla vicinanza dei loro impianti alla zona inquinata. Tuttavia, in conformità al principio «chi inquina paga», per poter presumere l'esistenza di un siffatto nesso di causalità detta autorità deve disporre di indizi plausibili quali, la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività. La corte afferma che nel caso di applicazione di misure riparatorie del danno ambientale in capo agli operatori economici non è necessario indagare l'intento doloso e colposo in capo agli autori del danno ambientale, dovendo l'autorità competente, secondo i criteri fissati dal diritto nazionale in materia di onere della prova, dimostrare il nesso di causalità materiale tra l'attività realizzata e il danno ambientale accertato.

Ad avviso della Regione il denunciato comma 2 dell'art. 28 non si riferisce al metodo tariffario, ma al "*costo complessivo del servizio*". La legge regionale avrebbe in concreto esercitato una competenza propria in quanto il d.lgs. n. 152 del 2006 attribuisce allo Stato solo la competenza a determinare le "*componenti di costo*" ed il "*metodo tariffario*", ma non anche la "*tariffa di riferimento*", che rappresenterebbe il valore complessivo in ambito regionale dei costi di servizio, calcolati in base ai criteri definiti nel metodo tariffario, ed avente la funzione di costituire «*la base per la determinazione della tariffa da applicare all'utenza*».

3. A questo punto pare opportuno effettuare alcune osservazioni. Il "*metodo tariffario*" di cui all'art. 161, secondo le previsioni di cui al D.M. 1 agosto 1996, "*Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato*", rappresenta lo strumento per consentire la realizzazione di adeguati livelli di servizio, per sostenere conseguenti programmi di investimento nell'equilibrio di bilancio, per ottenere il contenimento dei costi al consumo e il miglioramento dell'efficienza della gestione e la tutela dell'interesse dell'utenza.

La tariffa di riferimento rappresenta l'insieme dei criteri e delle condizioni cui l'Ambito deve attenersi nello stabilire la tariffa reale media della gestione.

La definizione dei componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua di cui all'art. 154, comma 2 del Testo unico dell'ambiente "*esprime la volontà del legislatore di tenere in debita considerazione gli interessi del comparto produttivo e di garantire la disponibilità di acqua ad uso umano*", recuperando altresì i costi ambientali anche secondo il principio "*Chi inquina paga*"(9).

Il Co.Vi.Ri predispone con delibera il "*metodo tariffario*" per la determinazione della tariffa di cui all'articolo 154 e le modalità di revisione periodica, lo trasmette al Ministero dell'Ambiente che lo adotta con proprio decreto, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo stato le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Le componenti di costo sono definite direttamente dal Ministero dell'Ambiente, ai sensi dell'articolo 154 TUA.

Infine, sulla base del "*metodo tariffario*" l'A.ATO, applicando il metodo nazionale, stabilisce la tariffa di base, costituente il corrispettivo del servizio che, secondo quanto prevede il comma 2 dello stesso articolo, deve essere altresì determinata "*nell'osservanza delle disposizioni contenute nel decreto per la definizione delle componenti di costo*". La tariffa, ai sensi dell'art. 154 comma 1 del Testo Unico dell'ambiente, "*costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della ri-*

(9) *Acque, gestori e costi: Consulta: Co.Vi.R.I. "orologio" delle tariffe idriche*, da *Quotidiano Giuridico Ipsoa*, EUGENIO FALCONE.

sorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento delle A.ATO, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga" (10)". Come è agevole notare le fasi sopra descritte, la definizione delle componenti di costo della tariffa e l'adozione del metodo tariffario, rappresentano l'esercizio di prerogative che il Tua, sulla base dei principi sopra affermati, ha espressamente riconosciuto allo Stato e al Co.Vi.Ri.(11). Conseguentemente sembra che la legge regionale non faccia altro che duplicare, per l'individuazione della tariffa di riferimento, competenze dalla legge già riservate allo Stato.

La Corte censura altresì il comma 7 dell'articolo 28 in quanto la legge citata "nel prevedere una specifica componente di costo che prescinde da quanto stabilito dal suddetto decreto ministeriale di cui al citato comma 2 dell'art. 154 - attribuisce alla tariffa del servizio idrico della sola Regione Emilia-Romagna una struttura del tutto peculiare, potenzialmente idonea ad influire sulla domanda del servizio stesso, così da porla in contrasto con il parametro interposto e con la indicata ratio di garantire la concorrenza anche attraverso l'uniforme individuazione su tutto il territorio dello Stato delle componenti di costo della tariffa".

Riecheggia nelle parole della Corte quanto rilevato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, nella segnalazione AS446 del 2008, riconosce che la legge citata abbia nello specifico provveduto ad avviare una riforma in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, suscettibile di determinare distorsioni alla concorrenza nella fornitura dei servizi, oltre ad aggravare i relativi costi a carico dei cittadini utenti. L'autorità stigmatizza l'aggravio in tariffa idrica dei costi di strutture e risorse operative autonoma-

(10) La Corte Costituzionale, nella sentenza 335/2008, ha ritenuto che la tariffa di depurazione sia da intendersi come corrispettivo di prestazioni e non come tributo.

Infatti è ormai un dato acquisito come il Legislatore abbia inteso costruire la tariffa in modo da coprire i costi del servizio idrico integrato prevedendo che "l'utilità particolare che ogni utente ottiene dal servizio dovrà essere pagata per il suo valore economico" e che "la tariffa deve essere espressiva del costo industriale del servizio idrico rappresentato dall'integrazione dei servizi di captazione, adduzione, collettamento e depurazione".

Si è pertanto giunti alla conclusione che la tariffa del servizio idrico integrato rappresenta, a tutti gli effetti, un corrispettivo connesso ad una prestazione commerciale complessa, il quale non deriva da un atto autoritativo, ma dal contratto di utenza per il servizio idrico integrato.

(11) L'art. 9 bis, comma 6 della L. 24 giugno 2009, n. 77 di conversione del dl 39/2009 ha soppresso il Comitato per la Vigilanza sull'uso delle risorse idriche e ha previsto la sua sostituzione con la "Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche" che subentra nelle competenze del Co. Vi.ri e dell'Autorità di Vigilanza sulle risorse idriche a sua volta soppressa con la costituzione del Co.Vi.Ri.

mente determinate dalla Regione, in contrasto con specifiche disposizioni normative (v. articolo 154 TUA)(12). La finalità della definizione omogenea delle componenti di costo della tariffa nelle diverse gestioni dei servizi idrici è quella chiaramente di promuovere il trasparente e paritario confronto degli operatori economici, all'esito del quale garantire agli utenti costi ragionevoli e servizi efficienti.

In conclusione le previsioni di cui alla legge regionale citata, nel prevedere l'individuazione da parte della regione delle componenti di costo della tariffa, finirebbero per spogliare il Ministero dell'ambiente e il Co.Vi.Ri di prerogative che il Tua espressamente riconosce allo Stato, in ossequio ad irrinunciabili esigenze di tutela di valori primari, l'ambiente e la concorrenza, non suscettibili di alterazione da parte del legislatore regionale.

*Dott. Francesco Scittarelli**

Corte costituzionale, sentenza del 4 febbraio 2010 n. 29, Ud. Pubblica del 15 dicembre 2009 - Pres. Amirante, Red. Gallo - Giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 28, commi 2 e 7, della legge della Regione Emilia-Romagna 30 giugno 2008, n. 10 (Misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri. Avvocato dello Stato Massimo Mari per il Presidente del Consiglio dei ministri e avvocati Maria Chiara Lista, Giandomenico Falcon e Luigi Manzi per la Regione Emilia-Romagna.

(Omissis)

Considerato in diritto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato in via principale i commi 2 e 7 dell'art. 28 della legge della Regione Emilia-Romagna 30 giugno 2008, n. 10 (Misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni), deducendo: quanto al comma 2, la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), della Costituzione, in relazione, quali parametri interposti, agli artt. 154, commi 2 e 4, e 161, comma 4 [rectius: lettera a) di tale comma], del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente); quanto al comma 7 dello stesso art. 28, la violazione della sola lettera e) del secondo comma dell'art. 117 Cost., in relazione agli stessi artt. 154, commi 2 e 4, e 161, comma 4 [rectius: lettera a) di tale comma], del d.lgs. n. 152 del 2006.

1.1. - Il comma 2 del citato art. 28 è censurato solo nella parte in cui prevede che «La Regione esercita le funzioni di regolazione economica e di regolazione dei servizi in raccordo con le Autonomie locali provvedendo, in particolare, [...] alla individuazione della tariffa di riferi-

(12) Segnalazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato n. 446 31 febbraio 2008.

(*) Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Cassino, Facoltà di Giurisprudenza. Ha svolto la pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

mento ai fini della proposizione ai soggetti partecipanti alla forma di cooperazione di cui all'art. 30 della regolazione tariffaria. [...]».

Le citate norme statali, assunte dal ricorrente quale parametro di riferimento quanto alla formazione della tariffa, stabiliscono che: a) «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio [...], tenuto conto della necessità di recuperare i costi ambientali anche secondo il principio "chi inquina paga", definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua» (art. 154, comma 2, del d.lgs. n. 152 del 2006); b) «L'Autorità d'ambito, al fine della predisposizione del Piano finanziario di cui all'articolo 149, comma 1, lettera c), determina la tariffa di base, nell'osservanza delle disposizioni contenute nel decreto di cui al comma 2, comunicandola [...] al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio» (art. 154, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 2006); c) la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, istituita presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, «predispone con delibera il metodo tariffario per la determinazione della tariffa di cui all'articolo 154 e le modalità di revisione periodica, e lo trasmette al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che lo adotta con proprio decreto sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano» (art. 161, comma 4, lettera a, del d.lgs. n. 152 del 2006).

Il ricorrente deduce che la disposizione impugnata contravviene alle predette norme statali, le quali, nello stabilire una riserva di legge dello Stato nella determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato, garantiscono: a) «uguali criteri di partecipazione competitiva su tutto il territorio nazionale» finalizzati a promuovere la concorrenza per il mercato; b) «standard quantitativi e qualitativi della risorsa idrica» uniformi su tutto il territorio nazionale finalizzati alla tutela dell'ambiente. Pertanto, la legge regionale violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Cost., il quale assegna allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia, rispettivamente, di tutela della concorrenza (lettera e) e dell'ambiente (lettera s).

1.2. – Il comma 7 dell'art. 28 della citata legge reg. Emilia-Romagna n. 10 del 2008 dispone che, «Per l'esercizio delle funzioni previste» dal medesimo articolo 28 della legge regionale (e cioè: la regolazione economica e dei servizi in raccordo con le Autonomie locali; la redazione del piano economico e del piano finanziario di cui all'art. 149, comma 4, ed all'art. 203, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006; la individuazione della tariffa di riferimento; la costituzione di un sistema informativo con le Province e i Comuni; il potere sanzionatorio, ad eccezione di quello connesso alla violazione del contratto di servizio), «la Regione si avvale di una struttura organizzativa il cui costo di funzionamento è a carico delle tariffe dei servizi regolati nel limite di spesa fissato dalla Giunta regionale, sentita la Conferenza Regione-Autonomie locali, nonché di quanto introitato a titolo di sanzioni».

Il ricorrente deduce, in proposito, che la previsione di una ulteriore componente di costo nella determinazione della tariffa per il servizio idrico integrato - determinazione riservata, invece, alla competenza statale dalle citate norme interposte di cui agli artt. 154, commi 2 e 4, e 161, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 2006 - altera la concorrenza, «dando origine a meccanismi competitivi disomogenei sul territorio nazionale», e viola, pertanto, l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che assegna allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza.

2. – Le questioni sono fondate.

2.1.- In ordine alla censura riferita al comma 2 del citato art. 28, va osservato che dall'inter-

pretazione letterale e sistematica degli artt. 154, 155 e 161 del d.lgs. n. 152 del 2006 si desume che la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua è ascrivibile alla materia della tutela dell'ambiente e a quella della tutela della concorrenza, ambedue di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Come ribadito da questa Corte con la sentenza n. 246 del 2009, «attraverso la determinazione della tariffa nell'ambito territoriale ottimale, il legislatore statale ha fissato [...] livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e "le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale" e le altre finalità tipicamente ambientali individuate dagli artt. 144 (Tutela e uso delle risorse idriche), 145 (Equilibrio del bilancio idrico) e 146 (Risparmio idrico)» del d.lgs. n. 152 del 2006. Nella medesima pronuncia si è altresì rilevato che «la finalità della tutela dell'ambiente viene [...] in rilievo anche in relazione alla scelta delle tipologie dei costi che la tariffa è diretta a recuperare», tra i quali il legislatore ha incluso espressamente quelli ambientali, da recuperare «anche secondo il principio "chi inquina paga"» (art. 154, comma 2).

Sotto altro - ma connesso - profilo, nella determinazione della tariffa viene poi in rilievo la materia della tutela della concorrenza; ciò in quanto «alla determinazione della tariffa provvede l'Autorità d'ambito, al fine di ottenere un equilibrio economico-finanziario della gestione e di assicurare all'utenza efficienza ed affidabilità del servizio (art. 151, comma 2, lettere c, d, e). Tale fine è raggiunto determinando la tariffa secondo un meccanismo di price cap (artt. 151 e 154, comma 1), diretto ad evitare che il concessionario unico abusi della sua posizione dominante» (sentenza n. 246 del 2009, che richiama anche le sentenze n. 335 e n. 51 del 2008). L'uniforme metodologia tariffaria, adottata con l'interposta legislazione statale, e la sua applicazione da parte delle Autorità d'ambito è finalizzata, dunque, a preservare il bene giuridico "ambiente" dai rischi derivanti da una tutela non uniforme ed a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore del servizio idrico integrato. Tali finalità non potrebbero essere realizzate se dovesse trovare applicazione la normativa censurata, la quale prevede - come si è visto - la determinazione di oneri tariffari ulteriori o diversi da parte della Regione resistente. Né può accogliersi la tesi della Regione, secondo cui la "tariffa di riferimento" prevista dalle disposizioni censurate - limitandosi ad individuare nell'ambito regionale il «valore complessivo dei costi del servizio, calcolati in base ai criteri definiti nel metodo» tariffario, ed avendo la funzione di costituire «la base per la determinazione della tariffa da applicare all'utenza» - non si identifica né con il "metodo tariffario" né con la "tariffa di base" (ambedue determinati in applicazione esclusivamente della normativa statale) e, pertanto, può essere disciplinata dalla legislazione regionale, in quanto rientrante nella sua competenza esclusiva in materia di servizi pubblici locali.

Tale tesi non è condivisibile, perché è indubbio che la disciplina censurata non opera in un ambito estraneo alla normativa dello Stato - come sostiene la resistente - ma modifica il menzionato processo di determinazione tariffaria puntualmente delineato dal legislatore statale. Essa incide, in particolare, sulle attribuzioni dei soggetti preposti al servizio idrico integrato (Stato, CO.VI.RI. ed AATO), sottraendo parte della competenza ad essi riservata dagli artt. 154 e 161 del d.lgs. n. 152 del 2006, senza essere a ciò legittimata da alcuna normativa statale. Resta pertanto esclusa, anche sotto tale profilo, la competenza legislativa in materia di servizi pubblici locali rivendicata al riguardo dalla Regione.

2.2. - Analoghe considerazioni debbono essere svolte in relazione alla censura inerente al comma 7 del medesimo art. 28 e riguardante il computo, nella tariffa, del costo di funziona-

mento della struttura organizzativa della quale deve avvalersi la Regione Emilia-Romagna per esercitare varie funzioni attinenti al servizio idrico integrato.

Al riguardo, va ribadito che il legislatore statale, con la dettagliata disciplina della tariffa di tale servizio, persegue l'obiettivo – oltre che di tutelare l'ambiente – di applicare su tutto il territorio nazionale, a tutela della concorrenza, un uniforme regime tariffario. In particolare, l'art. 154, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 elenca minutamente, a tal fine, gli elementi della tariffa, stabilendo che questa «costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio». Sempre allo stesso fine, il comma 2 dello stesso art. 154, evocato a parametro interposto, stabilisce – come pure si è visto – che «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio [...] definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua». Non v'è dubbio, perciò, che l'impugnata disposizione della legge regionale – nel prevedere una specifica componente di costo che prescinde da quanto stabilito dal suddetto decreto ministeriale di cui al citato comma 2 dell'art. 154 - attribuisce alla tariffa del servizio idrico della sola Regione Emilia-Romagna una struttura del tutto peculiare, potenzialmente idonea ad influire sulla domanda del servizio stesso, così da porla in contrasto con il parametro interposto e con la indicata ratio di garantire la concorrenza anche attraverso l'uniforme individuazione su tutto il territorio dello Stato delle componenti di costo della tariffa. La disposizione censurata viola, perciò, l'evocato art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, commi 2 e 7, della legge della Regione Emilia-Romagna 30 giugno 2008, n. 10 (Misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 27 gennaio 2010.

Dossier**Obblighi di informazione del paziente e responsabilità del medico per omessa informazione**

(Cassazione, Sez. III civ., sentenza 9 febbraio 2010 n. 2847; Cassazione, Sez. III civ., sentenza 4 gennaio 2010 n. 13; Cassazione, Sez. III civ., sentenza 30 gennaio 2009 n. 2468; Cassazione, Sez. Un. Penali, sentenza 21 gennaio 2009 n. 2437)

L'argomento del "consenso informato" nell'ambito dell'attività medica e delle connesse responsabilità ha molto di schizofrenico: come utenti vorremmo essere informati, ma vorremmo sentirci dire solo le cose che ci vengono e non accettiamo quello che ci dicono - forse male forse bene - i medici: il personale sanitario vorrebbe poter decidere la cura più adeguata, avendo in questo una piena discrezionalità, senza l'obbligo di comunicare alcunché al paziente.

Sta accadendo che quello che dovrebbe far stare più tranquillo il paziente - ovvero il consenso informato - ed evitare liti in sede giurisdizionale, diventa la maggiore arma del paziente stesso, che utilizza il consenso o l'incompleto consenso per promuovere azioni giudiziarie che un tempo erano improponibili ed impensabili.

E' un vero dramma quello che si consuma nelle sale operatorie e negli studi medici: per paura delle responsabilità il medico o è troppo allarmista oppure rende informazioni inadeguate: cerca di predisporre gli strumenti più idonei per evitare il rischio di denunce penali o azioni in sede civile.

Questa incertezza di fondo passa, poi, nelle aule giudiziarie.

La responsabilità medica, anche quella da omesso consenso informato, sta quasi diventando una forma (non prevista) di responsabilità "oggettiva", ovvero senza colpa.

All'inizio non era così: l'attività medica è stata sempre preordinata al bene della salute, con piena libertà (ed autorità) del medico, in aderenza al giuramento di Ippocrate: "*... In qualsiasi casa andrò, io vi entrerò per il sollievo dei malati, e mi asterrò da ogni offesa e danno volontario, e fra l'altro da ogni azione corruttrice sul corpo delle donne e degli uomini, liberi e schiavi*".

Oggi vale il principio opposto, se non c'è il consenso informato e consapevole, non si può intervenire, per ogni trattamento medico, sia terapeutico sia, a maggior ragione, chirurgico; il consenso deve riguardare ogni fase dell'attività medica, dalla diagnosi alla scelta della terapia, dalla sua attuazione alle fasi post-operatorie.

Con riferimento al rapporto medico-paziente, a quella che viene definita l'alleanza medico-paziente, l'obbligo di chiedere il consenso informato, che

sembra un inutile appesantimento per il personale medico, che sembra un obbligo solo formale da assolvere solo a mezzo della sottoscrizione di un modello prestampato, va a toccare, invece, il cuore del rapporto di fiducia tra il medico e il paziente, che deve sussistere in ogni fase della prestazione medica: le norme qui sotto evidenziate non fanno altro che tradurre per iscritto qualcosa che è scritto nell'intimo di chi ha a cuore la salute dei suoi pazienti, e che sa bene quanto sarebbe importante assicurarli in ogni momento; il paziente arriva nella struttura pubblica o privata, spaventato e sprovvisto, il più delle volte, dei più elementari mezzi di conoscenza e si aspetta di essere continuamente assicurato; la sensibilità sta crescendo verso questa direzione e via via stanno aumentando le disposizioni che prevedono la necessità del consenso informato, in alcuni casi anche espresso in forma scritta. Non dimentichiamoci, poi, le disposizioni del codice deontologico (artt. 33-39).

Disposizioni che prevedono l'obbligo del consenso:

- Artt. 2, 13, e soprattutto 32 Cost.;
- Art. 1 Legge 13 maggio 1978, n. 180;
- Dichiarazione Universale sul genoma e sui diritti umani;
- Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997;
- Art. 3.2 Carta diritti fondamentali U.E. 7 dicembre 2000 (c.d. Carta di Nizza);
- Art. II-63 Trattato di Roma del 2004.

Disposizioni che prevedono l'obbligo del consenso scritto:

- Art. 4 L. 26 giugno 1967, n. 458 (trapianto rene);
- Art. 14 L. 22 maggio 1978, n. 194 (I.V.G.);
- Art. 33 1° e 5° comma L. 23 dicembre 1978 n. 833 (SSN);
- Art. 2 L. 14 aprile 1982, n. 164 (rettificazione sesso);
- Art. 5, 3° e 4° comma L. 5 giugno 1990 n. 135 (AIDS);
- L. 4 maggio 1990 n. 107 (trasfusioni);
- D.Lg.vo 24 giugno 2003, n. 211 (sperimentazione);
- L. 19 febbraio 2004, n. 40 (procreazione assistita).

Allora, il punto di partenza è questo: è l'attività medica che si fonda sul "consenso".

In questo senso depongono l'art. 1 Legge n. 180/1978 secondo cui "*Gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari*", l'art. 50 c.p., che chiarisce che "*Non è punibile chi lede o mette in pericolo un diritto, con il consenso dell'avente diritto*", le varie norme della Costituzione, gli artt. 2, 13 e 32 Cost. che affermano l'esistenza del diritto di ogni cittadino di rifiutare un trattamento sanitario, anche se questo rifiuto lo espone al rischio della vita; in particolare, è rilevante l'art. 32, 2° co. Cost, secondo cui "*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto*

della persona umana”.

La dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di fondare la legittimità (e liceità) dell'attività medica, che si risolve in un rischio per la salute e/o per la vita stessa del paziente, sulla base di diverse cause di giustificazioni penali, le c.d. scriminanti che, se sussistenti, escludono la punibilità; per l'attività medica, nel corso del tempo, sono state ritenute applicabili diverse “esimenti”. Non solo l'art. 50 c.p., ma anche l'art. 51 - Esercizio diritto o adempimento dovere - , l'art. 54 - Stato necessità - o una esimente non codificata. Oggi non si dubita che l'attività medica si fonda proprio sul consenso del paziente.

La logica conseguenza è che il consenso è necessario, sia per compiere semplici esami diagnostici, sia strumentali. Se, poi, l'intervento è complesso, il dovere di informazione si estende anche sulle fasi operative preparatorie e successive all'intervento.

Secondo la Corte di cassazione 15 gennaio 1997 n. 364, *“la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative”.*

Quali sono le responsabilità connesse alla omissione del consenso informato?

Astrattamente sono possibili sia la responsabilità penale che quella civile.

Per quanto concerne la responsabilità penale, a fronte delle varie disposizioni che prevedono l'obbligo del consenso informato, mancano norme penali che prevedano sanzioni in caso di omissione: vale in diritto penale il principio secondo cui nessuno può essere condannato per un fatto che non sia espressamente previsto come reato, è il c.d. principio del *favor rei*.

Nondimeno la giurisprudenza, molte volte non ha tenuto conto di questo principio ed è pervenuta a decisioni di condanna penale di un medico, quando ad un intervento medico era conseguito un peggioramento delle condizioni di salute del paziente.

In alcuni casi, ha dato rilievo anche alla omissione del consenso, riconoscendo la sussistenza non già di una forma “*colposa*” di reato, ma addirittura “*dolosa*”, o l'omicidio preterintenzionale o addirittura quello doloso (il c.d. dolo eventuale: accettare il rischio che si verifichi un certo evento); la giurisprudenza, in particolare, ha considerato rilevante che un intervento medico - anche effettuato correttamente - sia stato effettuato in presenza di un “espresso dissenso” del paziente: in questo caso ha ritenuto la presenza del reato della violenza privata o il sequestro di persona (sono però casi limite).

La decisione che ha segnato una svolta, in positivo, per l'esercizio dell'attività medica è stata la sentenza “*Volterrani*”, dal nome dell'imputato medico. Con la decisione n. 26446 del 2002 la Cassazione, modificando il precedente orientamento inaugurato con la sentenza “*Massimo*”, di condanna

per omicidio preterintenzionale - ha invece assolto un chirurgo che aveva operato correttamente un paziente, sottoponendolo ad un intervento molto complicato, *senza consenso*, intervento al quale erano seguite complicazioni e, successivamente, la morte. Il giudice di legittimità ha affermato il principio che la pratica sanitaria è sempre “obbligata”, salvo le ipotesi da cui esula l’intento di tutela vera e propria della salute (v. trattamento estetico), dovendo ritenersi “*che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso*”.

Lo stesso principio è stato affermato da Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 40252, confermando la decisione *Volterrani* ed escludendo, quindi che l’assenza del consenso informato possa, di per se sola, determinare la condanna del medico.

Ed ancora più recentemente, le Sezioni Unite Penali della Cassazione con la decisione n. 2437/2009, hanno escluso la configurabilità del delitto di violenza privata in una fattispecie in cui l’intervento medico effettuato in assenza del consenso informato, abbia comunque prodotto un beneficio per la salute del paziente.

Per quanto concerne, poi, la responsabilità civile, la giurisprudenza ha riconosciuto che si tratta di una responsabilità *contrattuale ex art. 1218 e 2236 cc*, cosiddetta responsabilità professionale.

Secondo Cass. Sez III n. 1132 del 29 marzo 1978 l’attività medica è un’attività complessa, che consiste non solo nell’accettazione del paziente da parte del medico e della struttura sanitaria pubblica o privata, ma anche nella diagnosi e nella cura.

Volendo sintetizzare gli argomenti della giurisprudenza di legittimità, possiamo dire che quella medica è una responsabilità contrattuale, perché già nella fasi precedenti all’effettivo intervento medico, il sanitario instaura un vero e proprio rapporto contrattuale (ovvero un “contatto sociale”) con il paziente. Non si può parlare, quindi di responsabilità “pre-contrattuale” (cfr., per questo principio Cass. Sez. III n. 7027 del 23 maggio 2001).

Cosa significa che è responsabilità contrattuale? Derivano delle importanti conseguenze “processuali”, in specie per ciò che concerne l’onere della prova: Cass. Sez. III n. 23918 del 9 novembre 2006 ha chiarito che incombe sul medico l’onere prova di avere adempiuto all’obbligazione secondo le regole tecniche e di avere fatto tutto quanto possibile per evitare danni al paziente, *ex art. 1218 cc.*

Al paziente danneggiato sarà, invece, sufficiente, provare il contratto stipulato con il medico e la struttura sanitaria e il peggioramento delle sue condizioni in conseguenza dell’intervento medico.

Non vi è dubbio che questa distribuzione dell’onere della prova mette in grande difficoltà la difesa dei medici e delle strutture sanitarie, trattandosi, il

più delle volte, di una *probatio* c.d. diabolica.

Poiché, però, in virtù di quanto previsto dall'art. 2236 c.c. - responsabilità del prestatore d'opera - considerato applicabile per la responsabilità medica, *“Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”*, la giurisprudenza ha anche chiarito una diversa distribuzione dell'onere della prova, nel caso in cui sia stato, appunto, effettuato un intervento di *“speciale difficoltà”*.

In particolare, secondo la decisione della Cass. Sez. III, sent. n. 1127 del 4 febbraio 1998, *“Nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità del medico chirurgo per l'infelice esito di un intervento chirurgico, l'onere della prova si riparte tra attore e convenuto a seconda della natura dell'intervento effettuato, e precisamente: a) nel caso di intervento di difficile esecuzione, il medico ha l'onere di provare soltanto la natura complessa dell'operazione, mentre il paziente ha l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee; b) nel caso di intervento di facile o routinaria esecuzione, invece, il paziente ha il solo onere di provare la natura routinaria dell'intervento, mentre sarà il medico, se vuole andare esente da responsabilità, a dover dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia”*.

Una sola precisazione per la responsabilità dei medici dipendenti di strutture sanitarie pubbliche.

Si è cercato di applicare, nei loro confronti, una sorta di limitazione della responsabilità, espressamente prevista dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 con riguardo alla responsabilità degli impiegati civili dello Stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini.

Come è noto, in virtù delle disposizioni ora richiamate, e in attuazione dell'art. 28 cost., secondo cui *“I funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”*, è stata regolamentata la responsabilità dei funzionari pubblici per atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini; la responsabilità dell'impiegato verso i terzi - in concorso o meno con la pubblica amministrazione - è stata limitata alle violazioni dei diritti dei terzi commesse con dolo o colpa grave.

Con riferimento, però, all'attività medica, la giurisprudenza ha più volte chiarito che la responsabilità diretta dell'ente e quella del medico, inserito organicamente nella organizzazione del servizio, sono disciplinate in via analogica dalle norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale (segnatamente dalla disposizione di cui all'art. 2236 cod. civ.), senza che possa trovare applicazione nei confronti del medico la normativa prevista dagli artt.

22 e 23 del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 ora richiamata (cfr. Cass., Sez. III, sent. n. 2144 dell'1 marzo 1988, *Balestra c. Scanga*; Cass., Sez. III, sent. n. 5939 del 27 maggio 1993, *Panfili c. Boghi*; Cass., Sez. III, sent. n. 4152 del 11 aprile 1995, *Bossi c. Marconi*).

La responsabilità dell'ente pubblico gestore del servizio sanitario è diretta, essendo riferibile all'ente, per il principio della immedesimazione organica, l'operato del medico suo dipendente, inserito nell'organizzazione del servizio, che con il suo operato, nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, ha causato danno al privato che ha richiesto ed usufruito del servizio pubblico.

E, per l'art. 28 cost., accanto alla responsabilità dell'ente, esiste la responsabilità del medico dipendente.

Responsabilità che hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria.

Quale deve essere il contenuto del consenso informato? E' il contenuto più ampio possibile.

In particolare, la Cassazione ha precisato che il consenso deve concernere la natura dell'intervento, i suoi risultati, le possibilità e probabilità del loro conseguimento, nonché la possibilità di scelte mediche di diverso tipo, ed infine il decorso post-operatorio, anche in relazione alla struttura, così che il paziente possa eventualmente decidere di andare in un'altra struttura (cfr. Cass., Sez. III, n. 9705 del 6 ottobre 1997; Cass., Sez. III, n. 14638 del 30 luglio 2004 ha specificato che il consenso deve riguardare anche lo stato efficienza e il livello delle dotazioni della struttura sanitaria).

Altre decisioni hanno anche chiarito che, nel caso in cui l'equipe medica è composta da molti medici, fatta salvo l'obbligo di acquisizione del consenso da parte del capo-equipe, il medesimo obbligo sussiste anche per i medici responsabili di una parte rilevante (ed autonoma) della attività medica che deve essere svolta (si pensi agli obblighi dell'anestesista).

Se vi sono più medici che si alternano nella cura, attraverso vari turni di lavoro alternati, è pur sempre possibile la delega.

Ovviamente, in questo senso, la giurisprudenza ha escluso che possa costituire assolvimento dell'obbligo di acquisizione del consenso la semplice sottoscrizione di un modello prestampato.

Se è sconosciuto il medico che ha effettuato la prestazione medica, è pur sempre responsabile la struttura sanitaria (Cass. 24 settembre 1997 n. 9374).

Ovviamente il consenso ha ad oggetto solo rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali (Cass. 30 luglio 2004, n. 14638).

Un veloce accenno alle caratteristiche che deve avere il consenso: deve essere

- personale: proviene cioè dalla persona;

- se il paziente è minore o incapace: provvedono i suoi genitori o i parenti più stretti; se è soggetto incapace legalmente, il suo tutore...(art. 30 e 33 Cod. deontologico);
- consapevole o informato: solo così il paziente può valutare bene cosa fare;
- attuale: deve sussistere in ogni momento dell'attività medica e, ovviamente, può essere sempre revocato...;
- manifesto: espresso o tacito purché risulti chiaro ed univoco;
- scritto: nei casi previsti dalla legge (emotrasfusioni, trapianti tra vivi, interruzioni di gravidanza, fecondazione assistita ...);
- libero: scelta volontaria ed incondizionata;
- completo: adeguata ed esauriente informazione;
- gratuito: se no sarebbe nullo;
- recettizio: produce effetti solo dopo che il medico lo abbia recepito;
- richiesto: è un dovere del medico chiederlo ed ottenerlo;
- specifico: deve riguardare ogni singola fase del trattamento;
- comprensibile: reso in modo che il paziente apprenda senza difficoltà..;
- essenziale: solo quanto sia utile e necessario conoscere ai fini del trattamento sanitario;
- adeguato: commisurato alla portata dell'intervento o della terapia;
- semplificato: adeguato al livello culturale del paziente.

Vorrei terminare con l'esame delle ultime decisioni che hanno affrontato la questione della responsabilità del medico per omissione del consenso informato.

Le decisioni penali sopra ricordate e quelle civili, che ora esamineremo, sembrano confermare che la mancanza del consenso *ex se* non è in grado di determinare una responsabilità né penale né civile, quando non vi è prova del nesso causale tra danni lamentati e l'omissione del consenso.

Sotto questo profilo, è anzitutto opportuno richiamare una giurisprudenza, che ha comunque riconosciuto la responsabilità civile da omesso consenso, anche quando l'intervento medico è stato effettuato diligentemente, quindi senza colpa del medico nell'esecuzione dell'intervento, se la salute del paziente è peggiorata (Cass. SS.UU. n. 6572/2006; Cass. n. 24742 del 28 novembre 2007; Cass. nn. 1950/1967, 1773/1981, 9705/1997 in tema di chirurgia estetica, 5444/2006, 9374/1997).

Ma, in questo senso, è molto interessante quanto statuito dalla recentissima decisione della Cassazione 9 febbraio 2010 n. 2847, che ha parzialmente modificato questo orientamento, precisando che, ai fini della risarcibilità dei danni lamentati, si deve, comunque, accertare, se vi sia un nesso causale tra questi pregiudizi e l'omissione del consenso.

Nella fattispecie esaminata dalla decisione della cassazione da ultimo ricordata, la corte d'appello di Napoli aveva dichiarato la responsabilità del medico per i danni derivanti dall'intervento effettuato in difetto del consenso

informato, nessun rilievo avendo la circostanza che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto, *"Non avendo il medico (Sbordone), sul quale incombeva l'onere di provare la presenza di un consenso informato (Cass. 23/2001, n. 7027) né affermato, né tanto meno provato, di aver informato la paziente (sig.ra Salvatore) dei rischi prevedibili dell'intervento e di aver ricevuto il consenso di quest'ultima, (Cass., 24 settembre 1997, n. 9374)"*.

Ha proposto ricorso in sede di legittimità il medico. Per la parte che ci interessa, il medico ha affidato il gravame essenzialmente a due motivi di ricorso: con un primo motivo ha sostenuto che quella da omissione di consenso dovrebbe piuttosto essere considerata una responsabilità pre-contrattuale.

La cassazione, ha respinto questa tesi, alla luce dell'ormai pacifico orientamento secondo cui *"l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, dà comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale. Ne consegue che, effettuata la diagnosi in esecuzione del contratto, l'illustrazione al paziente delle conseguenze (certe o incerte che siano, purché non del tutto anomale) della terapia o dell'intervento che il medico consideri necessari o opportuni ai fini di ottenere, quante volte sia possibile, il necessario consenso del paziente all'esecuzione della prestazione terapeutica, costituisce un'obbligazione il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente, e dunque dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente"*.

Per quanto, poi, concerne i danni risarcibili, poiché è stata addebitata al medico non già una responsabilità sulle modalità di effettuazione dell'intervento – riconosciuto corretto – ma per omissione di consenso il medico, con un altro motivo di ricorso, ha sostenuto che sarebbero risarcibili *ex art. 1223 cc* solo i danni collegati a tale omissione.

In relazione a tale questione, la Corte ha riconosciuto che la giurisprudenza non ha mai affrontato il problema se, delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito, il medico debba rispondere per il solo fatto di non aver informato il paziente della possibilità che quelle conseguenze si verificassero, o se, per dirle risarcibili, deve potersi affermare che il paziente all'intervento non si sarebbe sottoposto se fosse stato informato.

E' vero che la Cassazione, numerose volte (cfr., *ex plurimis*, Cass. nn. 1950/1967, 1773/1981, 9705/1997 in tema di chirurgia estetica, 5444/2006), ha affermato che *"la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto"* (così Cass., n. 9374/1997).

Ciò sull'implicito rilievo che, in difetto di "consenso informato" da parte

del paziente, l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand'anche abbia correttamente eseguito quella prestazione.

La Cassazione ha però osservato che, come sopra detto, non è mai stato esaminato il diverso problema se - ai fini dell'accertamento della responsabilità del medico - si debba verificare (e provare) la sussistenza di un nesso causale tra mancata acquisizione di consenso consapevole e il pregiudizio lamentato.

La cassazione ha così argomentato: “...poiché l'intervento chirurgico non sarebbe stato eseguito solo se il paziente lo avesse rifiutato, per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente (realizzatosi mediante l'omessa informazione da parte del medico) e lesione della salute per le, pure incolpevoli, conseguenze negative dell'intervento (tuttavia non anomale in relazione allo sviluppo del processo causale: Cass., n. 14638/2004), deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute).”

Tra le diverse soluzioni possibili, la cassazione ha ritenuto corretta questa seconda, certamente più rigorosa per ciò che concerne l'accertamento del nesso di causalità.

Del resto il diritto all'autodeterminazione del paziente è diverso ed autonomo dal diritto alla salute (Cass., n. 10741/2009 e Cass., n. 18513/2007, che ha qualificato come mutamento della *causa petendi* il porre a fondamento dell'azione di risarcimento danni conseguenti ad intervento chirurgico il difetto di consenso informato, dopo aver fondato tale azione sulla colpa professionale).

Tale diritto rappresenta “una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (Cass., n. 21748/2007).

Ed anche secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008) il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura come un diritto fondamentale della persona e trova fondamento nei principi espressi negli artt.

2, 13 e 32 Cost., già ricordati.

Può, dunque, sussistere una lesione della salute, anche senza lesione del diritto di autodeterminazione, così come può esservi lesione di quest'ultimo diritto, senza che vi sia una lesione della salute.

Quando è che la lesione del diritto di autodeterminazione assume rilievo a fini risarcitori? Tutte le volte che - questo ha chiarito la Cassazione in questa decisione del febbraio 2010 - *“siano configurabili conseguenze pregiudizievoli di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato (cfr., con riguardo al caso di danno patrimoniale e non patrimoniale da omessa diagnosi di feto malformato e di conseguente pregiudizio della possibilità per la madre di determinarsi a ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, la recentissima Cass., n. 13 del 2010...)”*.

Così, ha pure chiarito la Cassazione, *“non potrebbe a priori negarsi una tutela risarcitoria a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa (al caso dei Testimoni di Geova si sono riferite, con soluzioni sostanzialmente opposte, Cass., nn. 23676/2008 e 4211/2007), quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela, giacché egli potrebbe aver preferito non vivere, piuttosto che vivere nello stato determinatosi; così, ancora, non potrebbe in assoluto escludersi la risarcibilità del danno non patrimoniale da acuto o cronico dolore fisico (sul punto cfr. Cass., n. 23846/2008) nel caso in cui la scelta del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso, da acquisire in esito alla rappresentazione più puntuale possibile del dolore prevedibile, col bilanciamento reso necessario dall'esigenza che esso sia prospettato con modalità idonee a non ingenerare un aprioristico rifiuto dell'atto terapeutico, chirurgico o farmacologico”*.

Allora l'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire.

Come si diceva poco fa, *il paziente che sia stato messo in questa condizione - la quale integra un momento saliente della necessaria “alleanza terapeutica” col medico - accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico. Se tuttavia lo facesse, il medico non sarebbe tenuto a risarcirgli alcun danno sotto l'aspetto del difetto di informazione (salva la sua possibile responsabilità per avere, per qualunque ragione, mal diagnosticato o mal suggerito o male operato; ma si tratterebbe - come si è già chiarito - di un aspetto del tutto diverso, implicante una “colpa” collegata all'esecuzione della prestazione successiva).*

Ma se il paziente non sia stato convenientemente informato, quella condizione di spirito è inevitabilmente destinata a realizzarsi, ingenerando manifestazioni di turbamento di intensità ovviamente correlata alla gravità delle conseguenze verificatesi e non prospettate come possibili. Ed è appunto questo il danno non patrimoniale che, nella prevalenza dei casi, costituisce l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente.

Condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008, con le quali s'è stabilito che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. Non pare possibile offrire più specifiche indicazioni.

Il danno da omesso consenso informato, così inteso, presuppone quindi l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato.

Poiché si tratta di responsabilità contrattuale, *“il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: (a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che alleggi l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; (b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della “vicinanza” al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perché il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all' id quod plerumque accidit.*

Se, nella specie, l'intervento sarebbe stato rifiutato dalla paziente ove il medico le avesse puntualmente rappresentato le sue possibili conseguenze è scrutinio che la corte d'appello ha del tutto omesso; e questo perché è incorsa nell'illustrato errore di diritto laddove ha ritenuto che della lesione della salute il medico dovesse rispondere per il solo difetto di un consenso consapevolmente prestato (che è locuzione più propria di quella corrente, giacché "informato" non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta).

La cassazione, nell'annullare la sentenza della Corte di Appello ha rinviato il giudizio ad altra sezione della Corte, perché possa essere effettuato l'accertamento richiesto e vedremo successivamente l'evoluzione che avrà, sul punto, la giurisprudenza.

Vorrei chiudere con un passo della Bibbia, molto significativo del ruolo del medico e del suo rapporto con il paziente: leggiamo dal libro del SIRACIDE 38, 1-15

*“Onora il medico come si deve secondo il bisogno,
anch'egli è stato creato dal Signore.
Dall'Altissimo viene la guarigione,
anche dal re egli riceve doni.
La scienza del medico lo fa procedere a testa alta,
egli è ammirato anche tra i grandi*

*Dio ha dato agli uomini la scienza
perché potessero gloriarsi delle sue meraviglie.
Con esse il medico cura ed elimina il dolore
e il farmacista prepara le miscele.
Non verranno meno le sue opere!
Da lui proviene il benessere sulla terra.
Figlio, non avviliti nella malattia,
ma prega il Signore ed egli ti guarirà.*

*Fà poi passare il medico
- il Signore ha creato anche lui -
non stia lontano da te, poiché ne hai bisogno.
Ci sono casi in cui il successo è nelle loro mani.
Anch'essi pregano il Signore
perché li guidi felicemente ad alleviare la malattia
e a risanarla, perché il malato ritorni alla vita.
Chi pecca contro il proprio creatore
cada nelle mani del medico”.*

*Avv. Vincenzo Rago**

Corte di Cassazione, Sez. III civile, sentenza 9 febbraio 2010 n. 2847 - Pres. Morelli, Est. Amatucci, P.M. Abbritti.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Nel febbraio del 1993 Sa.Lu. agì giudizialmente nei confronti di S.G., che il (omissis) la aveva sottoposta ad intervento chirurgico per cataratta asportandole il cristallino dell'occhio

(*) Avvocato dello Stato.

destro, e ne chiese la condanna al risarcimento dei danni per le complicanze (cheratite corneale bollosa) e le lesioni che affermò esserne conseguite.

Il convenuto resistette.

Con sentenza n. 2095 del 2002 il tribunale di Napoli, in esito a due consulenze tecniche d'ufficio, rigettò la domanda. Escluse in particolare che, a seguito del trapianto di cornea cui l'attrice si era poi sottoposta altrove, fossero residuati esiti permanenti dalla cheratite insorta dopo l'intervento di asportazione della cataratta; ritenne che lo stesso fosse necessario e che era stato eseguito correttamente, nel rispetto delle norme proprie della scienza medica; affermò che della mancanza di "consenso informato" avrebbe dovuto dare prova la paziente e che tale prova era mancata.

2.- La corte d'appello di Napoli, decidendo con sentenza n. 242 del 2005 sul gravame della soccombente, ha riformato la sentenza sul seguente, sostanziale, testuale rilievo: "Non avendo lo S., sul quale incombeva l'onere di provare la presenza di un consenso informato (Cass., 23/2001, n. 7027) nè affermato, nè tanto meno provato, di aver informato la Sa. dei rischi prevedibili dell'intervento e di aver ricevuto il consenso di quest'ultima, va affermata - come richiesto dalla Sa. in primo grado, fin dal (omissis) - la responsabilità del sanitario per i danni derivanti dall'intervento effettuato in difetto di detto consenso, nessun rilievo avendo la circostanza che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto (Cass., 24 settembre 1997, n. 9374)" (pagina 6 della sentenza).

Ha poi ritenuto che "il riconoscimento della responsabilità dello S. per carenza di consenso informato comporta la condanna dello stesso al risarcimento dei danni patiti dalla Sa. per l'invalidità temporanea, per le sofferenze patite per l'insorgenza della cheratite bollosa e per le spese affrontate per il successivo trapianto corneale, necessario ad eliminare la cheratopatia"; ed ha soggiunto che "l'assenza di specifici motivi di impugnazione della sentenza del Tribunale nella parte in cui non è stata riconosciuta la persistenza di una invalidità pur dopo il trapianto di cornea, determina l'inammissibilità della richiesta di risarcimento del danno biologico e per la assunta invalidità, e per il relativo danno morale" (pagina 8 della sentenza).

...omissis...

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- I ricorsi vanno riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

IL RICORSO PRINCIPALE (del medico).

1.1.- Il primo motivo del ricorso dello S. investe la decisione in relazione alla ripartizione dell'onere della prova in materia di consenso informato, deducendosi violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 2697 e 2043 c.c., per avere la corte d'appello ritenuto che la prova dell'intervenuto consenso consapevole della paziente all'intervento dovesse essere data dal medico. Si afferma che il consenso del paziente inerisce alla fase che precede il contratto di prestazione d'opera professionale: si verterebbe dunque in ipotesi di responsabilità precontrattuale che, in quanto tradizionalmente inquadrata nell'alveo della responsabilità aquiliana, è governata dalla regola secondo la quale la prova del fatto illecito deve essere data dal creditore.

1.2.- Il motivo è infondato alla luce dell'ormai definitivo approdo secondo il quale l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, da comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale. Ne consegue che, effettuata la diagnosi in esecuzione del contratto, l'illustrazione al paziente delle conseguenze (certe o incerte che siano, purchè non del tutto anomale) della terapia o dell'intervento che il medico consideri necessari o opportuni

ai fini di ottenere, quante volte sia possibile, il necessario consenso del paziente all'esecuzione della prestazione terapeutica, costituisce un'obbligazione il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente, e dunque dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente.

2.- Col secondo motivo è denunciato ogni possibile tipo di vizio della motivazione in punto di affermata prevedibilità della patologia corneale insorta dopo l'intervento chirurgico di asportazione della cataratta, affermandosi che tale prevedibilità è meramente postulata dalla corte territoriale e non supportata da argomenti idonei a contrastare le diverse conclusioni cui erano addivenuti i due consulenti tecnici.

Si sostiene, mediante riferimento ai riprodotti passi delle relazioni dei due ausiliari, che il primo aveva affermato che "non vi era alcuna controindicazione all'intervento chirurgico per cataratta con inserimento del cristallino in camera posteriore" e che "l'innesto di cui sopra, oltre ad avere indicazione, era una necessità"; e che la relazione del secondo consulente, in riferimento all'intervenuto scompenso corneale con formazione di bolle, aveva ritenuto che l'evento era "non certo prevedibile, in quanto non erano stati individuati elementi di questo prodromici", del pari concludendo nel senso della necessità dell'intervento.

2.1.- Anche questa censura è infondata.

La conclusione della corte sulla prevedibilità della cheratite bollosa sopravvenuta all'intervento è correlata all'affermazione del primo c.t.u. che la "cheratite bollosa che insorge dopo l'intervento per cataratta è divenuta oggi una malattia molto diffusa", essendo i relativi casi passati dal 2 al 21,2% del 1990 (secondo un trattato di chirurgia della cornea del 1994) ed all'ulteriore, saliente rilievo che la normale bilateralità della cornea guttata dalla quale la paziente era affetta e la circostanza che il medico non ne avesse mai attestato la presenza neanche all'occhio sinistro "benchè la stessa sia di facile accertamento ..., prevedendo un ulteriore intervento di cataratta all'occhio sinistro dopo 15 o 20 gg. da quello all'occhio destro, lascia ragionevolmente presumere che lo S., pur consapevole della presenza di cornea guttata ad entrambi gli occhi, abbia taciuto tale circostanza alla Sa., programmando un duplice intervento - ai due occhi distintamente - con tutte le cautele del caso, senza tuttavia informare la Sa. di una conseguenza più che probabile dell'intervento medesimo (vedi bibliografia allegata alla produzione di parte appellante)" (così la sentenza impugnata a pagina 7, capoverso).

La conclusione è logicamente coerente, sufficiente e niente affatto contraddittoria, non essendo univocamente sintomatica del vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5, la circostanza che altri passi delle relazioni di consulenza avrebbero potuto indurre a conclusioni diverse. Tanto, in relazione al principio secondo il quale la scelta delle risultanze probatorie cui conferire determinante rilievo e l'interpretazione del risultato di una complessa attività intellettuale, quale può essere quella demandata al c.t.u., competono al giudice del merito, che nella specie ha dato puntuale conto dei passi della relazione e delle ulteriori risultanze sui quali ha fondato il proprio convincimento.

Va soggiunto che, laddove la controricorrente Sa. prospetta che, in realtà, la seconda consulenza tecnica d'ufficio aveva concluso nel senso che la cornea guttata non era stata addirittura diagnosticata (pagina 5 del controricorso, in fine), evoca una possibilità che avrebbe potuto dar luogo ad una responsabilità da omessa diagnosi e da conseguente inadeguatezza della terapia chirurgica in concreto praticata; ma che, in difetto di censura da parte sua della motivazione della sentenza nella parte in cui il giudice del merito è addivenuto alla conclusione opposta (il ricorso incidentale concerne un profilo del tutto diverso), non è suscettibile di alcuna delibazione ulteriore, per essersi formato il giudicato sul punto.

3.- Col terzo motivo la sentenza è censurata per violazione e falsa applicazione dell'art. 1223 c.c., e segg., concernenti i criteri di determinazione dei danni risarcibili, e per vizio di motivazione su punti decisivi.

Sulla premessa che era stata acclarata l'assenza di qualsiasi profilo di colpa professionale nell'esecuzione dell'intervento chirurgico di asportazione della cataratta, il ricorrente rileva che l'aver la corte d'appello riconosciuto il risarcimento per le "lunghe sofferenze e le enormi spese" derivate alla paziente dalla cheratite bollosa conseguita all'intervento postula che l'evento di danno ascritto all'azione dell'oculista sia appunto la cheratite bollosa; mentre, essendo stata al medico ascritta esclusivamente la violazione del suo obbligo d'informazione, non le conseguenze della lesione del diritto alla salute potevano venire in considerazione ai fini risarcitori, ma solo quelle connesse alla lesione del diverso ed autonomo diritto alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente "sul se sottoporsi o meno all'intervento (artt. 2 e 13 Cost., art. 32 Cost., comma 2)", peraltro ritenuto necessario in relazione alle condizioni della paziente.

Per addossare al medico le conseguenze negative dell'intervento, necessario e correttamente eseguito, sarebbe occorso addivenire alla conclusione che la paziente non vi si sarebbe sottoposta se fosse stata adeguatamente informata, non potendosi altrimenti affermare la sussistenza di nesso di causalità tra la violazione (omessa informazione) e il bene giuridico che si assume leso (la salute). Ma tale indagine non era stata compiuta; se lo fosse stata - conclude il ricorrente - la indiscutibile necessità dell'intervento avrebbe univocamente indotto la corte d'appello alla conclusione che ad esso la paziente si sarebbe sottoposta quand'anche fosse stata adeguatamente informata.

3.1.- Il problema che si pone è il seguente: a) se delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito il medico debba rispondere per il solo fatto di non aver informato il paziente della possibilità che quelle conseguenze si verificassero;

b) o se, per dirle risarcibili, deve potersi affermare che il paziente all'intervento non si sarebbe sottoposto se fosse stato informato.

Effettivamente questa corte, con la sentenza citata nella sentenza impugnata e con numerose altre decisioni (cfr., ex plurimis, Cass., nn. 1950/1967, 1773/1981, 9705/1997 in tema di chirurgia estetica, 5444/2006), ha affermato che "la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto" (così Cass., n. 9374/1997).

Ciò sull'implicito rilievo che, in difetto di "consenso informato" da parte del paziente, l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicchè il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand'anche abbia correttamente eseguito quella prestazione.

Non risulta però scrutinato ex professo il problema specifico che ora si pone: se cioè, perchè il medico risponda del danno alla salute, occorre che sussista nesso causale tra mancata acquisizione di consenso consapevole e quel tipo di pregiudizio. Nè tanto meno, ovviamente, è stato mai affermato che dal nesso causale possa prescindersi (anzi, vi è stato fatto esplicito riferimento da numerose altre decisioni, fra le quali Cass., n. 14638/2004 e, da ultimo, Cass., n. 10741/2009).

Ora, la sussistenza di nesso eziologico non va indagata solo in relazione al rapporto di causalità tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute, che è addirittura scontato e che costituisce il presupposto stesso del problema che s'è

sopra sintetizzato, il quale neppure sorgerebbe se il pregiudizio della salute non fosse conseguenza dell'intervento. La sussistenza di quel nesso va verificata in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento. La riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo all'unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso. Che, se lo avesse fatto ed all'esecuzione dell'intervento (con le modalità rappresentategli) il paziente avesse in ipotesi acconsentito, sarebbe palese l'insussistenza di nesso di causalità materiale tra il comportamento omissivo del medico e la lesione della salute del paziente, perchè quella lesione egli avrebbe in ogni caso subito.

Rispetto alle conseguenze su tale piano pregiudizievoli occorre allora domandarsi, come in ogni valutazione controfattuale ipotetica, se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta: se, cioè, l'adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato. E poichè l'intervento chirurgico non sarebbe stato eseguito solo se il paziente lo avesse rifiutato, per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente (realizzatosi mediante l'omessa informazione da parte del medico) e lesione della salute per le, pure incolpevoli, conseguenze negative dell'intervento (tuttavia non anomale in relazione allo sviluppo del processo causale: Cass., n. 14638/2004), deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacchè altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute).

Tra le due sopra prospettate, la soluzione corretta in diritto è dunque la seconda.

3.2.- Il diritto all'autodeterminazione è, del resto, diverso dal diritto alla salute (Cass., n. 10741/2009 e Cass., n. 18513/2007, che ha qualificato come mutamento della causa pretendi il porre a fondamento dell'azione di risarcimento danni conseguenti ad intervento chirurgico il difetto di consenso informato, dopo aver fondato tale azione sulla colpa professionale).

Esso rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sè e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (Cass., n. 21748/2007). Secondo la definizione della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008, sub. n. 4 del "Considerato in diritto") il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che "la libertà personale è inviolabile" e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposi-

zione di legge".

Afferma ancora la Consulta che numerose norme internazionali (che è qui superfluo richiamare ancora una volta) prevedono esplicitamente la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici. La diversità tra i due diritti è resa assolutamente palese dalle elementari considerazioni che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo (è la fattispecie cui ha avuto riguardo Cass. pen., sez. un., n. 2437 del 2009, concludendo per l'inconfigurabilità del delitto di violenza privata).

Nel primo caso il consenso prestato dal paziente è irrilevante, poichè la lesione della salute si ricollega causalmente alla colposa condotta del medico nell'esecuzione della prestazione terapeutica, inesattamente adempiuta dopo la diagnosi.

Nel secondo, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benchè non sussista lesione della salute (cfr. Cass., nn. 2468/2009) o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato (cfr., con riguardo al caso di danno patrimoniale e non patrimoniale da omessa diagnosi di feto malformato e di conseguente pregiudizio della possibilità per la madre di determinarsi a ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, la recentissima Cass., n. 13 del 2010 e le ulteriori sentenze ivi richiamate).

Viene anzitutto in rilievo il caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compere. Non sarebbe utile a contrastare tale conclusione il riferimento alla prevalenza del bene "vita" o del bene "salute" rispetto ad altri possibili interessi, giacchè una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell'ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi configgenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela; un "conflitto" regolabile ab externo è, invece, escluso in radice dalla titolarità di pur contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, compete la scelta di quale tutelare e quale sacrificare.

Così, a titolo meramente esemplificativo, non potrebbe a priori negarsi tutela risarcitoria a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perchè in contrasto con la propria fede religiosa (al caso dei Testimoni di Geova si sono riferite, con soluzioni sostanzialmente opposte, Cass., nn. 23676/2008 e 4211/2007), quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela, giacchè egli potrebbe aver preferito non vivere, piuttosto che vivere nello stato determinatosi; così, ancora, non potrebbe in assoluto escludersi la risarcibilità del danno non patrimoniale da acuto o cronico dolore fisico (sul punto cfr. Cass., n. 23846/2008) nel caso in cui la scelta del medico di privilegiare la tutela dell'integrità fisica del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso, da acquisire in esito alla rappresentazione più puntuale possibile del dolore prevedibile, col bilanciamento reso necessario dall'esigenza che esso sia prospettato con modalità idonee a non ingenerare un aprioristico rifiuto dell'atto terapeutico, chirurgico o farmacologico. E nello stesso ambito dovrebbe inquadarsi

il diritto al risarcimento per la lesione derivata da un atto terapeutico che abbia salvaguardato la salute in un campo a discapito di un secondario pregiudizio sotto altro pure apprezzabile aspetto, che non sia stato tuttavia adeguatamente prospettato in funzione di una scelta consapevole del paziente, che la avrebbe in ipotesi compiuta in senso difforme da quello privilegiato dal medico.

Viene, in secondo luogo, in rilievo la considerazione del turbamento e della sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perchè non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate. L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perchè inevitabile. Il paziente che sia stato messo in questa condizione - la quale integra un momento saliente della necessaria "alleanza terapeutica" col medico - accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico.

Se tuttavia lo facesse, il medico non sarebbe tenuto a risarcirgli alcun danno sotto l'aspetto del difetto di informazione (salva la sua possibile responsabilità per avere, per qualunque ragione, mal diagnosticato o mal suggerito o male operato; ma si tratterebbe - come si è già chiarito - di un aspetto del tutto diverso, implicante una "colpa" collegata all'esecuzione della prestazione successiva).

Ma se il paziente non sia stato convenientemente informato, quella condizione di spirito è inevitabilmente destinata a realizzarsi, ingenerando manifestazioni di turbamento di intensità ovviamente correlata alla gravità delle conseguente verificatesi e non prospettate come possibili. Ed è appunto questo il danno non patrimoniale che, nella prevalenza dei casi, costituisce l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente.

Condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008, con le quali s'è stabilito che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. Non pare possibile offrire più specifiche indicazioni.

Anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio; mentre la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato.

3.3.- Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: (a) perchè la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allegghi l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; (b) perchè il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perchè si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicchè anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in fun-

zione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perchè il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'id quod plerumque accidit.

3.4.- Se, nella specie, l'intervento sarebbe stato rifiutato dalla paziente ove il medico le avesse puntualmente rappresentato le sue possibili conseguenze è scrutinio che la corte d'appello ha del tutto omesso; e questo perchè è incorsa nell'illustrato errore di diritto laddove ha ritenuto che della lesione della salute il medico dovesse rispondere per il solo difetto di un consenso consapevolmente prestato (che è locuzione più propria di quella corrente, giacchè "informato" non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta).

Il motivo è conclusivamente fondato nella parte in cui è prospettata violazione di legge. Non anche nella parte in cui è denunciato vizio della motivazione, essendo stato l'apprezzamento di fatto sulle ipotetiche determinazioni della paziente precluso dalla assorbente (benchè erronea) soluzione in diritto adottata.

4.- Col quarto motivo (erroneamente indicato anch'esso come terzo a pagina 19 del ricorso) è dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 185 c.p. e art. 1223 c.c., e segg., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, nella parte in cui la corte d'appello ha liquidato, in aggiunta alle altre voci di danno (biologico da invalidità temporanea e patrimoniale), anche "il danno morale, tenuto conto delle sofferenze patite a seguito dell'insorgenza della cheratite bollosa e del successivo intervento chirurgico".

Si afferma, sotto un primo profilo, che il danno morale soggettivo può essere riconosciuto solo in presenza di una figura di reato, nella specie insussistente. E si sostiene, sotto altro profilo, che l'assenza di nesso causale tra violazione del dovere di informazione e cheratite bollosa insorta dopo l'intervento, cui erano collegate le sofferenze patite dalla paziente, avrebbe imposto la soluzione opposta per le medesime ragioni indicate nel terzo motivo di ricorso.

4.1.- Il primo profilo di censura è infondato alla luce del principio secondo il quale la violazione di un diritto fondamentale della persona, qual è quello all'autodeterminazione in ordine alla tutela per via terapeutica della propria salute, comporta la risarcibilità di ogni tipo di pregiudizio non patrimoniale che ne sia causalmente derivato (Cass., Sez. un., nn. 26972, 26973 e 26974 del 2008, cui s'è allineata la giurisprudenza successiva).

Il secondo profilo è invece fondato per le ragioni già esposte in sede di esame del terzo motivo di ricorso, avendo la corte liquidato il danno morale soggettivo in esclusiva correlazione al ravvisato pregiudizio della salute, considerato risarcibile per una ragione errata in diritto.

... *omissis*...

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE

riunisce i ricorsi, rigetta il primo ed il secondo motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale, accoglie per quanto di ragione il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale, cassa in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla corte d'appello di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 12 gennaio 2010.

Corte di Cassazione, Sez. III civile, sentenza 4 gennaio 2010 n. 13 - Pres. Morelli, Rel. Filadoro, P.M. Apice.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza 28 ottobre 2004 - 25 gennaio 2005 la Corte di Appello di Perugia, accoglieva in parte l'appello proposto da U.L.U. e A.R. avverso la decisione del Tribunale di Spoleto del 25 settembre 1997, condannando la ASL n.(omissis) al pagamento della somma di Euro 400.000,00 ciascuno con interessi legali, a titolo di risarcimento dei danni dagli stessi subiti in dipendenza della tardiva diagnosi di una malformazione fetale della propria figlia S., nata con agenesia totale di un arto inferiore e focomelia dell'altro.

In pratica i coniugi avevano rivendicato il loro diritto ad una procreazione cosciente e responsabile. Secondo gli stessi la L. n. 194 del 1978, art. 4, che riconosce alla madre la facoltà di ricorrere alla interruzione volontaria della gravidanza entro 90 giorni nel caso di anomalie o malformazione del concepito, attribuirebbe ai genitori un legittimo diritto di scelta "circa il diventare madre di un minore con problemi fisici, oppure rinunciare per motivi di ordine personale".

La domanda proposta dai coniugi U.L. e A. nei confronti del medico ginecologo, prof. Ar., il radiologo Dott. Z. e la ASL n.(omissis) era stata rigettata dal Tribunale.

I giudici di appello hanno ricostruito nel modo seguente i fatti di causa, sulla base delle testimonianze rese, della consulenza tecnica di ufficio disposta in grado di appello e della documentazione versata nel giudizio di primo grado:

- la A. era stata ricoverata all'ottava settimana di gravidanza dal'(omissis) presso l'Ospedale civile di (omissis), nel reparto diretto dal prof. Ar.;
- in quella occasione, la patologia dalla quale era affetto il feto non era in alcun modo riscontrabile attraverso l'indagine ecografica eseguita (secondo quanto accertato dal c.t.u.):
- il prof. Ar. aveva visitato la A. nei primi giorni dell'(omissis) e le aveva prescritto una ecografia da eseguire nel più breve tempo possibile;
- l'esame ecografico era stato fissato dalla struttura ospedaliera al (omissis);
- eseguita l'ecografia, la stessa non aveva rivelato la patologia da cui il feto era affetto;
- la diagnosi di malformazione era stata effettuata a seguito della successiva ecografia, effettuata il (omissis);
- il (omissis) era nata la bambina, affetta da agenesia all'arto inferiore destro e focomelia all'arto inferiore sinistro.

La Corte territoriale ha escluso qualsiasi responsabilità del prof. Ar..

Questi, infatti, aveva prescritto l'ecografia con ragionevole anticipo e se la stessa fosse stata eseguita tra la ventesima e la ventiduesima settimana (come previsto dall'apposito protocollo) e con adeguata perizia, non si sarebbe verificato alcun errore diagnostico.

I giudici di appello hanno, parimenti, escluso una responsabilità del medico radiologo, osservando che lo stesso era assente nel giorno in cui era stato effettuato l'esame ecografico.

Tanto premesso, riformando sul punto la decisione di primo grado, i giudici di appello hanno rilevato che la responsabilità della tardiva diagnosi della malformazione doveva essere attribuita alla ASL di (omissis), da cui dipendeva l'ospedale presso il quale era stata eseguita l'ecografia del (omissis).

La Corte territoriale ha richiamato la giurisprudenza di questa Corte, per a quale la relazione che si instaura tra la struttura sanitaria ed il paziente da luogo ad un rapporto di tipo contrat-

tuale, quand'anche fondato sul solo contatto sociale, sicchè in base alla regola prevista dall'art. 1218 c.c., il paziente ha l'onere di allegare la inesattezza dell'inadempimento e non, invece, la colpa nè tanto meno la sua gravità - da parte della struttura sanitaria, mentre spetta alla controparte la dimostrazione della non imputabilità dell'inadempimento.

Il punto fermo dal quale occorreva partire, dunque, era che la ASL risponde della prestazione fornita a titolo di inadempimento contrattuale.

La coppia U.L.- A. era rimasta vittima di un duplice inadempimento: una disfunzione organizzativo - strutturale senz'altro comune, ma non per questo tollerabile, ed un errore professionale colossale.

Sotto il primo aspetto, occorreva rilevare che la ecografia richiesta dal ginecologo avrebbe dovuto effettuata, nell'osservanza dei parametri comunemente accettati, indicati anche nella consulenza tecnica, dalla ventesima alla ventiduesima settimana, mentre era stata effettuata - anche se richiesta tempestivamente in data (omissis), come risultava dalla documentazione in atti - solo il (omissis) ossia intorno alla ventottesima settimana, dunque con un ritardo di circa due mesi sul dovuto.

Inoltre la ecografia del gennaio 1990 era stata male interpretata.

Non poteva dubitarsi - ha proseguito la Corte dell'errore professionale consistito nel non aver diagnosticato la gravissima patologia dalla quale il feto era affetto. Infatti, il consulente tecnico di ufficio aveva chiaramente affermato che la patologia dalla quale alla nascita era affetta la figlia degli originari attori era certamente evidenziata ecograficamente anche con gli apparecchi di cui si disponeva a la fine degli anni (omissis) attraverso una ecografia morfologica eseguita tra la ventesima e le ventiduesima settimana. "Operando con una normale diligenza ed utilizzando la strumentazione dell'epoca, un ecografista non già eccellente, ma neppure completamente negligente, un medio ecografista, insomma, avrebbe dovuto saper vedere".

Una volta fallita la tempestiva diagnosi, la donna aveva perso la possibilità di seguire la strada della interruzione volontaria della gravidanza.

I giudici di appello osservavano che gli attori non potevano fornire la prova che avrebbero fatto effettivamente questa ultima scelta.

Il momento era oramai trascorso e nessuno poteva dunque dire se i coniugi avrebbero scelto la soluzione della interruzione della gravidanza.

A nulla rilevava, poi, che la diagnosi corretta di malformazione fetale fosse stata fatta il (omissis), a quel punto si era oramai all'ingresso del nono mese di gravidanza ed era difficile negare che il feto avesse possibilità di vita autonoma, preclusiva della interruzione volontaria di gravidanza.

Tanto premesso, la Corte territoriale procedeva alla liquidazione dei danni nella misura di L. 400.000 mensili fino all'età di trenta anni, a titolo di danno patrimoniale, per le spese occorrenti per il mantenimento della bambina fino al momento del raggiungimento della autonomia economica da parte sua. Procedeva poi alla liquidazione del danno morale soggettivo che liquidava per ciascun coniuge in Euro 30.000,00.

Quanto al danno esistenziale, la stessa Corte riconosceva la somma di Euro 200.000,00 per ciascun coniuge, liquidata alla actualità. Infine, a titolo di lucro cessante, in via equitativa i giudici di appello riconoscevano l'ulteriore importo di 100.000,00 (per un totale di 400.000,00 per ciascuno dei coniugi).

Avverso tale decisione ha proposto ricorso per cassazione la Gestione liquidatoria della Asl N.(omissis), con cinque motivi di ricorso.

Resistono con controricorso U.L.U. e A.R., proponendo a loro volta ricorso incidentale, cui

resistono Ar.Lu. e Ar.An. con controricorso. Altro ricorso è stato proposto dalla Azienda Unità sanitaria locale n. (omissis) (n. 1277 del 2006), cui resistono con controricorso e ricorso incidentale i coniugi L.U. - A. e la Gestione liquidatoria unità sanitaria locale di (omissis) in persona del Commissario liquidatore.

La Azienda Unitaria sanitaria locale n.(omissis) e la Gestione liquidatoria Unità sanitaria locale di (omissis) hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

...omissis...

3.2. Con il secondo motivo la ricorrente deduce violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1218 c.c., insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5).

I giudici di appello avevano ritenuto che l'inadempimento imputabile all'Ospedale di (omissis) fosse consistito non solo nella mancata diagnosi di malformazioni fetali al momento della esecuzione dell'ecografia del (omissis), ma anche nella ritardata effettuazione di tale esame. Si tratterebbe, secondo la Gestione ricorrente, di un rimprovero del tutto ingiustificato, in quanto basato su una ricostruzione dei fatti chiaramente contraddetta da tutte le risultanze istruttorie, acquisite al processo. Nessun inadempimento o ritardo nell'adempimento era imputabile all'Ospedale di (omissis) e dunque alla USL, in conseguenza del ritardo nella effettuazione della (seconda) ecografia del (omissis).

Infatti, ricorda la ricorrente, sin all'atto introduttivo del giudizio di secondo grado, gli appellanti avevano dichiarato che non vi era "prescrizione con carattere di urgenza dell'esame ecografico del (omissis)" ed avevano imputato la responsabilità di tale omissione al prof. Ar., in tal modo escludendo qualsiasi ritardo nella esecuzione della ecografia, imputabile alla ASL. Il motivo, così articolato, non è però pertinente, perchè non coglie, sul punto, la ratio assorbente del decum. A tenore della quale costituiva circostanza del tutto irrilevante che la richiesta di ecografia avanzata dal consultorio di Bastardo contenesse - o meno - la indicazione della urgenza dell'esame.

I giudici di appello hanno sottolineato che esistendo un normale protocollo, alla stregua del quale la ed, ecografia "morfologica" doveva essere effettuata dalla ventesima alla ventiduesima settimana (secondo quanto chiarito dal c.t.u.) essa avrebbe dovuto essere disposta entro quell'arco temporale non già per la allegazione di specifiche ragioni di urgenza, ma per le caratteristiche proprie dell'esame da compiere.

In ordine a tale punto della decisione non è stata sollevata alcuna censura da parte della ricorrente. E, sotto altro profilo, la Corte territoriale ha, del resto, precisato che la ASL non aveva affatto dimostrato - come pure sarebbe stato suo preciso onere - di non aver potuto effettuare in precedenza l'esame ecografico richiesto per la indisponibilità di mezzi.

3.3. Con il terzo motivo la ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218, 2043 e 2697 c.c., L. 22 maggio 1978, n. 194, artt. 6 e 7, nonché insufficiente o contraddittoria motivazione su fatti decisivi della controversia (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5).

Al momento della ecografia del (omissis), la A. era ben oltre il 90^o giorno e dunque la scelta abortiva non poteva considerarsi affidata alla libera autodeterminazione della donna, ma al preventivo accertamento di specifiche e rigorose condizioni (la interruzione della gravidanza può essere praticata solo: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna, ovvero, b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la

salute fisica o psichica della donna). Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, la interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui all'art. 6, lett. a), e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto.

La sentenza della Corte perugina si basava su alcune considerazioni del tutto astratte e disancorate dal caso concreto, finendo dunque per introdurre un inammissibile automatismo tra la presenza delle malformazioni e il danno grave alla salute.

Nel caso di specie, rileva ancora la ricorrente, alla A. non era stato riscontrato alcun processo patologico in grado di determinare grave pericolo per la sua salute, nè al momento in cui la stessa venne a conoscenza delle malformazioni della figlia ((OMISSIS)) nè successivamente al parto, tanto che la stessa Corte territoriale non aveva riconosciuto alla stessa l'esistenza di un danno biologico.

Da censurare era, infine, il ragionamento attraverso il quale i giudici di appello erano giunti alla conclusione che in ogni caso il feto, ne caso di specie, non avesse possibilità di vita autonoma.

Contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza impugnata, al momento della esecuzione della ecografia del (omissis), l' A. era oramai al settimo mese di gravidanza, con la conseguenza che il feto aveva raggiunto quel grado di maturità che gli avrebbe consentito di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori del grembo materno. Anche questo motivo, però, è privo di fondamento.

La L. n. 194 del 1978, dispone che dopo i primi novanta giorni l'interruzione volontaria della gravidanza può essere praticata:

- a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (art. 6 lett. a) - in questo caso e solo in questo l'interruzione può essere praticata anche se sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, ma allora il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardarla (art. 7, comma 3);
- b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna - ma, come si è visto, qui l'interruzione non può essere praticata, se per il feto sussiste la possibilità di vita autonoma.

Il giudice di primo grado, dopo aver considerato che durante la gravidanza non s'era mai presentato per la gestante alcun pericolo, ha anche escluso che la nascita del figlio malformato avesse determinato nella madre l'insorgere di gravi processi patologici capaci di metterne in pericolo la vita. Il Tribunale ha rilevato che "il disporre oggi ... una consulenza tecnica diretta ad accertare se vi sia stato un pregiudizio o del tipo detto e se questo potesse essere in tutto o in parte evitato con una informazione trasmessa circa tre mesi prima dal parto (anzichè uno soltanto) significherebbe fare opera soltanto esplorativa con scarsissime possibilità di apprezzabile successo".

La Corte d'appello ha ritenuto di non poter seguire le considerazioni svolte dal giudice di primo grado ed ha osservato come la legge stessa (art. 6 cit.) preveda che "rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro" possano gravemente influire sulla salute psichica della donna ed ha concluso che nella specie doveva indubbiamente riconoscersi - con un giudizio da formularsi nella prospettiva di prognosi postuma - altamente probabile che la conoscenza della gravissima patologia dalla quale il feto era affetto, nel periodo ricompreso tra la ventesima e la ventiduesima settimana, o tutt'al più, alla data del (omissis), avrebbe determinato il pericolo di una reazione depressiva e, dunque, avrebbe posto a repentaglio la salute psichica della

donna. E che la stessa avrebbe ottenuto il consenso medico alla interruzione della gravidanza, qualora fosse stata correttamente informata dal professionista sulle malformazioni del feto. Siccome il grave pericolo per la salute, non per la vita della donna, può interessare anche solo la sua salute psichica e siccome questo pericolo può derivare da un processo patologico innescato dal fatto di sapere che il figlio da lei concepito presenta, e perciò nascerebbe, con rilevanti anomalie o malformazioni, inerisce alla situazione descritta che la donna conosca tale condizione del nascituro.

Per cui - come del resto questa Corte ha già avvertito nella sentenza 1 dicembre 1998 n. 12195 e 10 maggio 2002 n. 6735 - quante volte si tratta di stabilire non se la donna possa esercitare il suo diritto di interrompere la gravidanza, ma cosa la stessa avrebbe deciso ove fosse stata convenientemente informata sulle condizioni del nascituro, non si deve già accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico.

In tal modo i giudici di appello hanno tenuto conto di quanto affermato in casi analoghi dalla giurisprudenza di questa Corte:

"L'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente è tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza" (Cass. 21 giugno 2004 n. 11488).

La ricorrente censura questa parte della decisione, rilevando che al momento della seconda ecografia del (omissis), in ogni caso, il feto aveva già vita autonoma e dunque la A. non avrebbe in ogni caso potuto interrompere la gravidanza.

Entrambe queste argomentazioni sono state confutate dalla Corte territoriale.

Con accertamento che sfugge a qualsiasi censura, i giudici di appello hanno negato - sulla base del quadro probatorio disponibile nel giudizio - che anche alla data del (omissis) (ma la ecografia avrebbe dovuto essere eseguita tra la ventesima e la ventiduesima settimana) il feto avesse possibilità di vita autonoma.

In tal modo, i giudici di appello hanno dimostrato di conoscere e condividere l'insegnamento di questa Corte, secondo il quale:

"Per possibilità di vita autonoma del feto si intende quel grado di maturità del feto che gli consentirebbe, una volta estratto dal grembo della madre, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori dall'ambiente materno.

Pertanto, in una causa in cui si discute se la donna sia stata impedita ad interrompere la gravidanza da un inadempimento del medico ad una sua obbligazione professionale, l'eventuale interrogativo concernente la possibilità di vita autonoma del feto va risolto avendo riguardo al grado di maturità raggiunto dal feto nel momento in cui il medico ha mancato di tenere il comportamento che da lui ci si doveva attendere" (Cass. 10 maggio 2002 n. 6735).

La valutazione espressa dalla Corte territoriale sfugge, dunque, a qualsiasi censura.

3.4. Con il quarto motivo, la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2 Cost., della L. n. 194 del 1978, artt. 1, 6 e 7, e degli artt. 1218, 1223, 1226 e 2043 c.c. (art. 360 c.p.c., n. 3).

Il bene della vita rappresenta il valore primario e centrale in ogni sistema giuridico democra-

tico.

Una volta avvenuto il concepimento, la sorte del feto non rientra nella disponibilità dei genitori, nè in quella della sola madre, e non viene lasciata alla loro libera determinazione.

Solo nella ipotesi in cui l'interesse costituzionalmente protetto del nascituro sia suscettibile di confliggere con quello, avente parimenti rilevanza costituzionale, della madre alla tutela della propria salute, viene riconosciuta a quest' ultima - e non anche al padre - la facoltà di scegliere quale dei due interessi sacrificare.

Doveva conseguentemente escludersi qualsiasi danno del padre o di altri congiunta, la cui esistenza dovrebbe, comunque, essere rigorosamente provata.

Gli unici danni che la madre può lamentare sono quelli alla sua salute.

Poichè nel caso di specie i giudici di appello avevano escluso qualsiasi patologia a carico della A., e non sussisteva quindi alcun danno biologico, non vi era spazio per la liquidazione di altre tipologie di danno.

Anche questo motivo è privo di fondamento.

In ordine alla possibilità di far ricorso alla interruzione volontaria di gravi danza, nei casi indicati dalla legge, si è già detto in precedenza. Come sul fatto che secondo la Corte territoriale "certo la A. avrebbe ottenuto il consenso medico all'interruzione della gravidanza se fosse stata correttamente informata dal professionista sulle malformazioni, del feto".

I giudici di appello hanno escluso il danno biologico, ritenendo tuttavia - con una valutazione congrua che sfugge a qualunque censura - che entrambi i coniugi avessero subito un danno in conseguenza della mancata interruzione volontaria della gravidanza.

Interrogandosi, poi, in ordine al tipo di danno determinato dalla lesione del diritto alla autodeterminazione della donna, con la conseguente nascita indesiderata, (definibile come danno esistenziale o in qualsiasi altro modo) i giudici di appello hanno osservato (cfr. punto 8.2.3.): "La nascita indesiderata, invero, determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovavano esposti a dover misurare (non i propri specifici "valori costituzionalmente protetti", ma) la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze della figlia, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono: le conseguenze della lesione del diritto di autodeterminazione nella scelta procreativa, allora finiscono per consistere proprio nei "rovesciamenti forzati dell'agenda" di cui parte della dottrina discorre nel prospettare la definizione del danno esistenziale".

"Insomma, ha concluso la Corte territoriale, la fattispecie in esame sembra costituire un caso paradigmatico di lesione di un interesse che non determina un prevalente danno morale o biologico, peraltro sempre possibile, ma impone al danneggiato di condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore (quanto si voglia nobilitata dalla dedizione al congiunto svantaggiato, ma peggiore, tanto che nessuno si augurerebbe di avere un figlio senza gambe piuttosto che con) di quella che avrebbe altrimenti condotto".

I giudici di appello, in tal modo, hanno correttamente applicato i principi formulati da questa Corte, secondo i quali, in casi del genere, il danno risarcibile non può essere limitato solo al danno alla salute in senso stretto della gestante (in questo senso, invece, Cass. 8.7.1994, n. 6464).

Lo stato patologico ed il pericolo grave per la salute rilevano, infatti, solo ai fini del perfezionamento della fattispecie per l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza, ma una volta che esso si è perfezionato, non operano come limitazione della responsabilità del sanitario inadempiente.

In altri termini detto pericolo di danno grave alla salute, che si inserisce su un processo patologico, delimita il diritto di aborto, non la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria. Poichè si versa in tema di inadempimento contrattuale, il danno, al cui risarcimento il debitore inadempiente è tenuto ex art. 1218 c.c., deve essere valutato secondo i criteri generali di cui agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c..

Se danno è il pregiudizio subito dal creditore, allora è questo pregiudizio che occorre risarcire, secondo i principi della regolarità causale (art. 1223 c.c.).

In questo danno rientra non solo il danno alla salute in senso stretto ma anche il danno economico, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario, in termini di causalità adeguata (Cass. n. 12195/1998).

Quanto all'analogo diritto del padre, i giudici di appello hanno condiviso l'indirizzo giurisprudenziale di questa Corte che ammette anche il padre del bambino malformato, tra i soggetti protetti dal contratto, con la conseguenza che la struttura sanitaria in caso di suo inadempimento è tenuta a risarcire i danni immediati e diretti subiti anche dal padre.

"Qualora l'imperizia del medico impedisca alla donna di esercitare il proprio diritto all'aborto, e ciò determini un danno alla salute della madre, è ipotizzabile che da tale danno derivi un danno alla salute anche del marito" (Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, 10 maggio 2002 n. 6735, 11 maggio 2009 n. 10741). Sicuramente il padre non ha titolo per intervenire sulla decisione di interrompere la gravidanza, ai sensi della L. del 1978, ma diversa questione è quella relativa al danno che il padre del nascituro potrebbe subire, perchè altri hanno impedito alla stessa di esercitare il diritto di interruzione della gravidanza, che essa (e solo essa) legittimamente poteva esercitare.

In questo caso non si fa questione di un diritto del padre del nascituro ad interrompere la gravidanza della gestante, che certamente non esiste, ma solo se la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario, possa essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro.

La risposta al quesito è, come si è detto, positiva, e, poichè si tratta di contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito, che, per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico - ginecologo diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino anormale) il danno provocato da inadempimento del sanitario, costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale è risarcibile a norma dell'art. 1223 c.c..

3.5. Con il quinto motivo, la ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1226, 2043 e 2059 c.c., nullità della sentenza e del procedimento, violazione dell'art. 112 c.p.c., insufficiente e contraddittoria motivazione.

La liquidazione operata dai giudici di appello, in via equitativa, doveva considerarsi in ogni caso sproporzionata ed eccessiva.

I giudici di appello avevano liquidato, a titolo di danno emergente, gli oneri economici che i genitori avrebbero dovuto sostenere per il mantenimento della figlia fino al raggiungimento della piena indipendenza economica, pur in mancanza di qualsiasi prova e di una specifica domanda da parte degli attori.

Erroneamente la Corte aveva ritenuto che vi fosse nesso causale tra il comportamento dell'Ospedale di (omissis) e il danno subito dai genitori a titolo di danno morale, a causa della mancata diagnosi delle malformazioni fetali. Il danno esistenziale (e comunque quello liquidato dai giudici di appello) viene generalmente riconosciuto nei casi di perdita delle relazioni affettive.

Nel caso di specie, invece, la nascita della figlia, pur incidendo sui tempi ed i ritmi della vita familiare, aveva soprattutto arricchito innegabilmente la famiglia di relazioni umane non meno dignitose e significative di quelle apportate dalla nascita di un figlio sano.

Anche quest'ultimo motivo del ricorso principale è destituito di fondamento, poichè attraverso la denuncia di violazione di norme di legge e di vizi della motivazione, la ricorrente finisce per sollecitare una diversa valutazione dei danni, inammissibile in questa sede.

Con motivazione congrua, i giudici di appello hanno - innanzi tutto - rilevato che i coniugi U.L. e A. avevano chiesto il riconoscimento dei danni "tutti" derivati dall'inadempimento contrattuale. Deve dunque escludersi una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Hanno precisato, poi, che il danno patrimoniale doveva tener conto, non solo del "differenziale" tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio "sano" e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto dal deficit di cui si è detto, sottolineando che una volta stabilito che la A. avrebbe optato per la interruzione volontaria di gravidanza, "l'inadempimento posto in essere dalla ASL ha fatto sì che la coppia debba sopportare per intero un costo economico che altrimenti non avrebbe avuto". Con una valutazione, necessariamente equitativa, la Corte territoriale ha provveduto così a liquidare il danno patrimoniale ed ha individuato il momento del raggiungimento della indipendenza economica alla età di trenta anni.

Hanno quindi liquidato il danno non patrimoniale in favore di entrambi i genitori, sottolineando che nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo -, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, non esaurendosi esso nel danno morale soggettivo.

La Corte territoriale ha aggiunto che la fattispecie costituiva un caso paradigmatico di lesione di un diritto della persona, di rilievo costituzionale, che indipendentemente da un danno morale o biologico, peraltro sempre possibile, impone comunque al danneggiato di condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore, di quella che avrebbe altrimenti condotto. Sulle base di tali premesse, la Corte territoriale ha proceduto alla liquidazione del danno non patrimoniale in senso lato (cfr. Cass. S.U. n. 26972 dell'11 novembre 2008, che espressamente - p. 42 - riconosce la lesione del diritto inviolabile della gestante che non sia stata posta in condizione, per errore diagnostico, di decidere se interrompere la gravidanza, con conseguente diritto al risarcimento di tutti i danni). Utilizzando come parametro di riferimento, quello di calcolo del danno biologico, i giudici di appello hanno liquidato in via equitativa la somma di Euro 200.000,00 alla actualità in favore di ciascuno dei coniugi. Data la particolarità del caso la liquidazione non poteva che essere effettuata in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze.

Ed anche al riguardo di tal danno, le censure formulate dalla ricorrente sono del tutto apodittiche, poichè non tengono conto delle argomentazioni svolte dalla Corte territoriale. Tra l'altro, la ricorrente si limita a dedurre la eccessività del risarcimento liquidato, senza neppure indicare la misura congrua nella quale - a suo avviso - lo stesso avrebbe dovuto essere riconosciuto. Pertanto, il vizio di insufficiente motivazione della sentenza di appello in ordine alla valutazione equitativa del danno - che si assume erroneamente effettuata - va escluso, anche in considerazione dell'insopprimibile carattere approssimativo di tale forma di liquidazione, in difetto di precise indicazioni, da parte della ricorrente, in ordine alla somma che a suo avviso sarebbe stata congrua, e conforme alle sue aspettative (neppure chiarite in sede di ricorso per cassazione).

4. Con l'unico motivo, i ricorrenti incidentali U.L.U. e A.R. denunciano la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (artt. 1218, 1223, 2236 e 2697 c.c., nonché art. 115 c.p.c.) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, censurando la decisione della Corte di appello nella parte in cui la stessa ha escluso la responsabilità professionale del prof. Ar.

Tra la A. e il prof. Ar. - sostengono i ricorrenti incidentali - era intercorso un vero e proprio rapporto professionale privato, come era risultato dalle testimonianze raccolte.

L'omesso esame di tale circostanza aveva consentito di escludere una diretta responsabilità del ginecologo nel ritardo della esecuzione dell'ecografia e nell'errore della interpretazione dell'esame eseguito.

La gravidanza della A. non poteva certo ritenersi "normale" sin dall'inizio, considerato che ella aveva subito un ricovero per minaccia di aborto sin dopo il primo mese di gestazione.

Il comportamento del prof. Ar. non poteva, dunque, definirsi in alcun modo adeguato, in relazione alla sua preparazione specifica ed alle condizioni della paziente.

Proprio in considerazione delle particolari condizioni di salute della paziente (che aveva avuto una minaccia di aborto con ricovero ospedaliero al primo mese di gravidanza) i ricorrenti incidentali osservano che il prof. Ar. avrebbe dovuto programmare lui stesso l'iter delle visite e stabilire un preciso calendario degli accertamenti indipendentemente dal contegno della paziente.

Tutte le censure così proposte con il ricorso incidentale sono infondate.

Si richiama quanto già rilevato in ordine all'accertamento compiuto dai giudici di appello in ordine ad una responsabilità diretta del prof. Ar.

La Corte territoriale, sulla base delle testimonianze raccolte, ha rilevato che il prof. Ar. aveva visitato la A., una sola volta, dopo il ricovero dell'(omissis), e precisamente ai primi dell'(omissis).

Ora, il prof. Ar. non aveva fatto altro che prescrivere, con ragionevole anticipo - la ecografia "morfologica" che secondo il normale protocollo - del quale aveva parlato anche il consulente tecnico di ufficio - doveva essere effettuata tra la ventesima e la ventiduesima settimana (quindi entro la prima decade di (omissis)).

Non vi era dubbio che se la ecografia fosse stata effettuata al momento giusto ed interpretata con adeguata perizia non vi sarebbe stato alcun ritardo o errore diagnostico.

Nessuna responsabilità poteva dunque configurarsi a carico del prof. Ar..

A fronte di tale, motivata, conclusione si infrangono tutte le censure dei ricorrenti incidentali, che si risolvono in una sostanziale istanza del riesame, inammissibile copie tale, in questa sede di legittimità. 5. Conclusivamente i ricorsi nn. 26538 del 2005 e 31185 del 2005 devono essere rigettati, e dichiarato inammissibile il ricorso n. 1277 del 2006 proposto dalla Azienda Unità sanitaria locale n.(omissis).

6. L'esito della lite giustifica la compensazione delle spese tra tutte le parti.

7. Ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, ricorrendone le condizioni, deve disporsi che, a cura della Cancelleria, sia apposta sull'originale della sentenza, una annotazione volta a precludere in caso di riproduzione in qualsiasi forma, la indicazione delle generalità e dei dati identificativi degli interessati, riportati nella decisione, e di tutti i dati dai quali possa desumersi anche indirettamente la identità di U.L.S. (secondo le modalità indicate nel Protocollo operativo 11 novembre 2009, della Commissione per il trattamento dei dati attinenti alla Corte di Cassazione, relativo alla attuazione del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, artt. 51 e 52).

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi.

Dichiara inammissibile il ricorso della Azienda Unità sanitaria locale n. (OMISSIS) n. 1277 del 2006. Rigetta i ricorsi 26538 del 2005 e 31185 del 2005.

Compensa le spese del giudizio tra tutte le parti.

Visto il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 52, dispone che sull'originale della sentenza sia apposta, a cura della Cancelleria, una annotazione volta a precludere in caso di svia riproduzione in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi degli interessati, riportati sulla sentenza, nonchè di tutti i dati dai quali possa desumersi - anche indirettamente - la identità della signora U.L.S..

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 12 novembre 2009.

Corte di Cassazione, Sez. III civile, sentenza 30 gennaio 2009 n. 2468 - Pres. Di Nanni, Rel. Lanzillo, P.M. Fuzio.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 30 settembre 1997 V.A. ha convenuto davanti al Tribunale di Perugia il prof. C.L. e l'Azienda SSL n. (omissis), chiedendo il risarcimento dei danni nella misura di L. 1 miliardo perchè - essendo stato ricoverato il (omissis) presso l'(omissis) per un forte attacco febbrile con diagnosi di leucopenia - era stato sottoposto al test anti - HIV, senza che gli fosse stato richiesto il consenso. Il test, eseguito senza rispettare l'anonimato, aveva dato esito positivo e la cartella clinica - recante anche la registrazione di dati sensibili non rilevanti, fra cui la sua omosessualità - era stata custodita senza alcuna riservatezza, sì che le notizie relative alla sua salute si erano diffuse all'interno e all'esterno dell'Ospedale, con suo grave pregiudizio personale e patrimoniale, considerato che, di conseguenza, egli aveva anche dovuto chiudere la sua attività commerciale. I convenuti hanno resistito alla domanda, affermando di avere agito nell'esclusivo interesse del paziente, al fine di giungere al più presto alla diagnosi per intraprendere la terapia necessaria; che l'esecuzione del test senza il preventivo consenso del paziente si era resa necessaria; tanto che, se egli non avesse acconsentito, gli si sarebbe dovuto rifiutare il ricovero o si sarebbe dovuta chiedere alle competenti autorità l'autorizzazione al trattamento sanitario obbligatorio. Hanno affermato che l'anonimato è richiesto solo nei casi di indagini epidemiologiche; che la cartella clinica era stata conservata in sala infermieri e che era nota al solo personale medico e infermieristico.

Il Tribunale di Perugia ha respinto la domanda e la Corte di appello di Perugia - con sentenza 26 febbraio/11 maggio 2004 n. 109 - ha respinto l'appello del V..

Con atto notificato il 15.9.2004 il V. propone ricorso per cassazione contro la sentenza notificatagli il 4.6.2004 - per tre motivi. Resistono con unico controricorso la Azienda SSL Umbria e gli eredi del prof. C.L., deceduto nelle more del processo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con il primo motivo, deducendo l'erronea applicazione della L. 5 giugno 1990, n. 135,

art. 5, comma 3, in relazione all'art. 32 Cost., e art. 360 c.p.c., n. 3, il ricorrente lamenta che la Corte di appello abbia ritenuto legittimo il comportamento del medico e dei sanitari dell'Azienda convenuta esclusivamente in base al rilievo che la sintomatologia da lui presentata induceva il sospetto che fosse affetto da Aids, e che rispondeva ed esigenze di necessità clinica, nel suo stesso interesse, che si pervenisse al più presto a una diagnosi precisa. Afferma il ricorrente che la cit. L. n. 135 del 1990, art. 5, comma 3, secondo cui nessuno può essere sottoposto a test anti HIV senza il suo consenso, "se non per motivi di necessità clinica, nel suo interesse" - va interpretato nel senso che si può prescindere dal consenso del paziente solo nei casi in cui egli sia del tutto impossibilitato a prestarlo; che solo tale interpretazione è in linea con quella della Corte costituzionale - secondo cui gli accertamenti sanitari che comportano prelievi ed analisi trovano un limite invalicabile nel rispetto della dignità e della riservatezza della persona che vi è sottoposta (sentenza n. 218 del 1994) - e con le analoghe disposizioni del Garante della privacy e dei principi della deontologia medica.

Ove egli fosse stato informato, avrebbe potuto disporre che il test venisse eseguito presso altro Ospedale, in luogo in cui non fosse conosciuto, considerato che non vi era alcuna urgenza di procedervi.

1.1.- Il motivo è fondato.

Va condivisa l'opinione del ricorrente secondo cui la lettura costituzionalmente orientata della L. n. 135 del 1990, art. 5, comma 3, porta a ritenere che il consenso del paziente al test HIV - così come ad ogni altro trattamento a cui debba essere sottoposto deve essere richiesto in ogni caso in cui ciò sia possibile, senza pregiudizio per le esigenze di cura del paziente stesso o per la tutela dei terzi. Ed invero, se nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, salvo espressa disposizione di legge (art. 32 Cost.), il malato ha il diritto di essere preventivamente e tempestivamente informato delle indagini cliniche e delle cure alle quali lo si vuoi sottoporre, in tutti i casi in cui possa esprimere liberamente e consapevolmente la sua volontà.

Seguendo l'interpretazione dell'art. 5, adottata dalla sentenza impugnata - secondo cui le necessità cliniche sarebbero di per sè sufficienti a consentire di prescindere dalla preventiva informazione del malato - verrebbe sostanzialmente vanificato il diritto di quest'ultimo di accettare o rifiutare le cure. Alla personale valutazione dell'interessato si sostituirebbe quella dei medici, i quali sono portati a somministrare comunque i trattamenti ritenuti opportuni, qualunque ne sia l'onere od il peso (sotto ogni profilo) per il paziente.

Va soggiunto che - anche quando il trattamento si riveli indispensabile, per legge o nell'interesse pubblico - va riconosciuto al malato quanto meno il diritto di scegliere i tempi, i modi o i luoghi dell'intervento, in ogni caso in cui ciò sia possibile.

Anche a tal fine è necessario che egli venga preventivamente informato ed interpellato.

2.- Con il secondo motivo, deducendo violazione della L. n. 135 del 1990, art. 5, comma 1, il ricorrente lamenta che erroneamente la Corte di appello abbia escluso l'indebita violazione della privacy ed abbia ritenuto che l'obbligo di mantenere l'anonimato, con riguardo ai campioni prelevati per le analisi, sia prescritto dalla legge solo in relazione alle indagini epidemiologiche.

A suo avviso il cit. art. 5, nel prescrivere l'anonimato per tali indagini - non consente di escludere che il medesimo requisito debba essere rispettato anche negli altri casi. Avrebbero dovuto essere comunque adottate tutte le misure idonee a salvaguardare il suo diritto alla riservatezza.

Al contrario, è stata indicata in piena evidenza nella cartella clinica la sua omosessualità, e la

cartella non è stata custodita con la diligenza necessaria ad evitare che di essa potessero prendere visione anche persone estranee al personale sanitario.

3.- Con il terzo motivo, denunciando erronea disamina della risultanze processuali ed erronea motivazione in relazione ad un punto decisivo della controversia, il ricorrente lamenta che la Corte di appello abbia disatteso, ritenendola inattendibile, la testimonianza di sua madre, che ha dichiarato di avere appreso la sieropositività del figlio dalla lettura della cartella clinica, abbandonata in sala infermieri su di un termosifone, a disposizione di qualunque curioso. La motivazione della Corte di appello, secondo cui l'accesso alla sala infermieri è chiuso al pubblico, è da ritenere insufficiente a giustificare la decisione, in quanto è obbligo dei sanitari di predisporre tutte le misure idonee a garantire la riservatezza dei pazienti (quindi anche ad evitare che il pubblico acceda ai luoghi riservati).

4.- I due motivi - che possono essere congiuntamente esaminati, perchè connessi - sono fondati. Giustamente la Corte di appello ha ritenuto che l'art. 5, comma 1, imponga l'anonimato solo per le indagini epidemiologiche.

Ciò non consente di escludere, tuttavia, che anche per le indagini cliniche debba essere rispettata quanto meno la riservatezza del paziente, adottando tutte le misure idonee a far sì che natura ed esito del test, dati sensibili raccolti nell'anamnesi, e accertamento della malattia, siano resi noti solo entro il ristretto ambito del personale medico e infermieristico adibito alla cura e vengano custoditi adottando tutti gli accorgimenti necessari ad evitare che altri, ed in particolare il pubblico, possano venire a conoscenza delle suddette informazioni. Ciò dispone espressamente la cit. L. n. 135 del 1990, art. 5, comma 1, secondo cui gli operatori sanitari che vengano a conoscenza di un caso di AIDS sono tenuti ad adottare tutte le misure occorrenti per la tutela della riservatezza della persona assistita.

La motivazione della sentenza impugnata appare sul punto insufficiente.

La Corte non ha positivamente accertato se le modalità di custodia della cartella clinica siano state tali da prevenire concretamente il rischio che i terzi potessero prendere visione del documento, custodendolo in luogo non accessibile, neppure occasionalmente o di fatto, da parte del pubblico. A fronte della precisa disposizione dell'art. 5, sarebbe stato onere del personale ospedaliero dimostrare di avere adottato tutte le misure idonee allo scopo.

Il rilievo della Corte di merito, secondo cui la cartella era stata lasciata in sala infermieri, locale riservato al personale sanitario, non è di per sè sufficiente, in mancanza di dimostrazione che a detta sala veniva effettivamente impedito l'accesso del pubblico.

5.- La sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio della causa alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, affinché decida sulle domande attrici uniformandosi ai seguenti principi di diritto:

"La L. 5 giugno 1990, n. 135, art. 5, comma 3, secondo cui nessuno può essere sottoposto al test anti HIV senza il suo consenso, se non per motivi di necessità clinica, nel suo interesse - deve essere interpretato alla luce dell'art. 32 Cost., comma 2, nel senso che, anche nei casi di necessità clinica, il paziente deve essere informato del trattamento a cui lo si vuole sottoporre, ed ha il diritto di dare o di negare il suo consenso, in tutti i casi in cui sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente.

Dal consenso si potrebbe prescindere solo nei casi di obiettiva e indifferibile urgenza del trattamento sanitario, o per specifiche esigenze di interesse pubblico (rischi di contagio per i terzi, od altro): circostanze che il giudice deve indicare nella motivazione".

"A norma della cit. L. art. 5, comma 1, è onere del personale sanitario dimostrare di avere adottato tutte le misure occorrenti allo scopo di garantire il diritto del paziente alla riservatezza

e di evitare che i dati relativi all'esito del test ed alle condizioni di salute del paziente medesimo possano pervenire a conoscenza dei terzi". 6.- Il Giudice di rinvio deciderà anche in ordine alle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte di Cassazione accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, che deciderà anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 14 novembre 2008.

Corte di Cassazione, Sez. Unite Penali, sentenza 21 gennaio 2009 n. 2437 - Pres. Gemelli, Rel. Macchia.

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1. - M. R., ricoverata nel reparto di ginecologia dell'Ospedale di ..., il ... fu sottoposta dal dott. N. G. ad un intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità, a salpingectomia che determinò l'asportazione della tuba sinistra. Alla stregua della ricostruzione operata dai giudici del merito, l'intervento demolitorio risultò essere stato una scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto della *lex artis* e con competenza superiore alla media; tuttavia, secondo l'assunto accusatorio, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia. Secondo i primi giudici, infatti, già in fase di programmazione della laparoscopia erano prevedibili l'evoluzione di tale intervento in operativo e l'elevata probabilità di asportazione della salpinge, la non opportunità dell'interruzione dell'intervento e la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto dello stato di necessità, ai fini dell'acquisizione del consenso. L'omissione sarebbe stata da ascrivere, in ragione della elevata prevedibilità dell'intervento chirurgico, ad una scelta consapevole e volontaria dell'imputato e non a colpa. Peraltro, ad avviso del giudice di primo grado, ogni trattamento medico eseguito in assenza di un consenso valido e specifico, integrerebbe lesione della libertà, garantita dall'art. 32 della Costituzione, di autodeterminazione della persona circa le decisioni mediche che la riguardano, comprensiva della facoltà di promuovere un consulto o di scegliere altre strutture sanitarie. Ciò induceva pertanto il Tribunale di Rimini a qualificare il reato di lesioni personali volontarie aggravate, originariamente contestato al G., come violenza privata, in ordine al quale ultimo l'imputato stesso veniva ritenuto colpevole e condannato alla pena di mesi quattro di reclusione, sostituita con la pena di euro 6.000,00 di multa, con il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Proposto appello da parte dell'imputato, la Corte di appello di Bologna, con sentenza del 5 febbraio 2007, ha reputato contraddittoria ed insufficiente la prova in ordine all'acquisizione del consenso informato della M.; sicché, esclusa, da un lato, la ricorrenza della esimente dello stato di necessità e respinta, dall'altro lato, la tesi difensiva secondo la quale è lecito ogni intervento medico compiuto in mancanza di espresso dissenso, ha rilevato l'intervenuta prescrizione del reato - così come qualificato nella sentenza di primo grado - revocando le statuizioni civili, disposte in quella stessa sentenza, stante l'assenza di una prova idonea circa la commissione del fatto.

2. - Avverso la sentenza di appello hanno proposto ricorso per cassazione i difensori dell'imputato e della parte civile M. R. ...*omissis*...

Nel ricorso proposto nell'interesse dell'imputato si deduce, quale primo motivo, vizio di motivazione in riferimento al mancato proscioglimento nel merito, giacché, da un lato, andrebbe privilegiato l'orientamento che ritiene applicabile il secondo comma dell'art. 129 cod. proc. pen., anche nei casi in cui la prova della responsabilità sia insufficiente o contraddittoria; dall'altro, la mancata adozione di una formula di merito sarebbe in contrasto con la determinazione di revocare le statuizioni civili; infine - sottolinea il ricorso - i giudici dell'appello avrebbero omesso di fornire risposta adeguata circa la doglianza relativa alla esimente dello stato di necessità, quanto meno a livello putativo. Si lamenta, poi, mancata assunzione di una prova decisiva, in riferimento alla richiesta di assunzione di testi e consulenti, al fine di contrastare l'assunto relativo alla non ricorrenza - reale o putativa - della esimente dello stato di necessità, e si prospetta, infine, violazione di legge in riferimento alla laconica asserzione per la quale i giudici a quibus avrebbero disatteso la fondatezza dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale sarebbe lecito ogni intervento medico compiuto in mancanza di un espresso dissenso del paziente. Con successive, diffuse note, i difensori dell'imputato hanno svolto articolate deduzioni volte a contestare la sussistenza, nella ipotesi di specie, del reato di violenza privata e per ribadire, al contrario, la ricorrenza della scriminante dello stato di necessità.

3. - La Quinta Sezione penale di questa Corte, cui i ricorsi erano stati assegnati, avendo ravvisato la sussistenza di un contrasto di giurisprudenza sui temi coinvolti, ha rimesso, a norma dell'art. 618 cod. proc. pen., a queste Sezioni Unite la decisione sui ricorsi medesimi, con ordinanza pronunciata il 1 ottobre 2008, ritenendo pregiudiziale la risoluzione del quesito se abbia o meno rilevanza penale, e, nel caso di risposta affermativa, quale ipotesi delittuosa configuri la condotta del sanitario che in assenza di consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle "regole dell'arte" e con esito fausto. Quanto al primo aspetto - osserva la Sezione rimettente - si registrano due diversi orientamenti. Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, il consenso del paziente fungerebbe da indefettibile presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che la mancanza di un consenso opportunamente "informato" del malato, o la sua invalidità per altre ragioni, determinerebbe la arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, salvo le ipotesi in cui ricorra lo stato di necessità ovvero se specifiche previsioni di legge autorizzino il trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 32 Cost. Secondo altro orientamento, invece, in ambito giuridico, in genere, e penalistico in particolare, la volontà del paziente svolge un ruolo decisivo soltanto quando sia espressa in forma negativa, essendo il medico - allo stato del quadro normativo attuale - "legittimato" a sottoporre il paziente affidato alle sue cure al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso anche in assenza di un esplicito consenso, con conseguente irrilevanza del problema della esistenza di eventuali scriminanti, in quanto è da escludere "in radice" che la condotta del medico che intervenga in mancanza di consenso informato possa corrispondere alla fattispecie astratta di un reato. Quanto, poi, al tipo di reato eventualmente ipotizzabile, secondo una prima interpretazione il medico, che intervenga su un paziente in assenza di congruo interpello, risponde di lesioni volontarie, pur quando l'esito dell'intervento sia favorevole. Ciò in quanto qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità integrano il concetto di malattia di cui all'art. 582 cod. pen. ; precisandosi che il criterio di imputazione

soggettiva dovrà essere invece colposo, qualora il sanitario agisca nella convinzione, per negligenza o imprudenza, della esistenza del consenso. Secondo altro indirizzo, invece, l'arbitrarietà dell'intervento - che non potrà mai realizzare il delitto di lesioni, essendo il trattamento medico chirurgico volto a rimuovere e non a cagionare una malattia - può assumere rilevanza penale solo come attentato alla libertà individuale del paziente e rendere perciò configurabile esclusivamente il delitto di violenza privata. Il tutto - conclude l'ordinanza di rimessione - non senza evocare la sussistenza di tesi intermedie, quale quella di ravvisare la sussistenza dell'indicato delitto nel caso di trattamento non chirurgico, o quella di ritenere che la violenza privata sia configurabile nella sola ipotesi di trattamento chirurgico eseguito in presenza di un espresso, libero e consapevole rifiuto del paziente.

Considerato in diritto

...omissis...

2. - Di diverso spessore sono, invece, le questioni che coinvolge il ricorso dell'imputato. L'enunciazione plurima e alternativa del quesito, sul quale queste Sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi, evoca, infatti, già di per sé, pur nel circoscritto ambito della peculiare fattispecie che ha contrassegnato l'iter del procedimento, la varietà dei piani su cui occorre soffermarsi ed il delicato concatenarsi delle problematiche coinvolte. La questione da esaminare riguarda il quesito se abbia o meno rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di lesioni personali o di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e conclusosi con esito fausto.

Si tratta di problematica antica, mai univocamente risolta, anche perché coinvolgente una gamma di questioni ad essa intimamente correlate, quali: il fondamento giuridico e di legittimazione della attività medico-chirurgica; il concetto di malattia che in relazione ad essa deve venire in rilievo; il valore che, nel sistema, occorre riconoscere al consenso informato del paziente, alla luce dei principi che, fra le altre, le fonti di rango costituzionale, legislativo e deontologico dettano al riguardo, prendendo in considerazione il bene della salute come diritto della persona.

D'altra parte, le disposizioni dettate dal codice penale del 1930, anche a voler prescindere dai limiti insiti in un sistema punitivo precostituzionale, contrassegnato dalla peculiare visione derivante dall'assetto politico-istituzionale dell'epoca, si rivelano palesemente incongrue al fine di individuare equilibrate soluzioni atte a fornire risposta a tutte le esigenze di tutela che le varie ipotesi di fatto possono presentare. Non senza sottolineare, per altro verso, come il presidio penale non possa che profilarsi, nella platea dei possibili rimedi astrattamente ipotizzabili, quale *extrema ratio*, a fronte, ad esempio, di eventuali meccanismi sanzionatori alternativi, operanti sul terreno civilistico-risarcitorio o anche amministrativo-disciplinare.

Ciò spiega, da un lato, l'ampio ventaglio di tesi dottrinarie e giurisprudenziali che si sono misurate sui vari aspetti della responsabilità del medico e sulla tematica del consenso informato: talora - è necessario riconoscerlo - con evidenti torsioni ermeneutiche, spintesi ai limiti estremi della compatibilità con il principio di tassatività che deve presiedere alla "costruzione" ed alla configurazione delle fattispecie penali; e, dall'altro lato, si chiarisce la ratio di fondo che ha sostenuto i tentativi - condotti anch'essi da giurisprudenza e dottrina - volti ad evitare, per un verso, eccessi di "penalizzazione" o di "burocratizzazione" della attività medica, ma al tempo stesso attenti a ricercare soluzioni ermeneutiche che si presentassero in linea con la (in sé condivisibile) intenzione di non lasciare senza effettiva tutela condotte riguardabili come "dannose"

da chi è stato sottoposto al trattamento sanitario: e ciò non necessariamente in ragione soltanto dell'esito infausto dello stesso.

Sofferarsi, dunque, sulle più significative sentenze di questa Corte, per analizzarne le varie rationes e gli approdi cui le stesse sono pervenute a proposito dei numerosi "nodi" che la questione sottoposta a queste Sezioni unite coinvolge, rappresenta la ineludibile premessa, per focalizzare i temi sui quali è indispensabile fornire univoca risposta.

3. - La prima sentenza che si è soffermata ex professo sul tema del trattamento medico-chirurgico e del consenso informato del paziente, è stata la nota sentenza Massimo (Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo), oggetto di diffusi rilievi, prevalentemente critici, svolti da larga parte della dottrina. Tale sentenza ha in particolare affermato il principio per il quale il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta; sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte.

Aderendo, dunque, alla tesi secondo la quale soltanto il consenso, quale manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto la antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo. Da un lato, infatti, occorre assegnare il dovuto risalto alla circostanza che l'art. 39 del codice di deontologia medica allora vigente stabiliva che il consenso del paziente deve obbligatoriamente essere richiesto per ogni atto medico; dall'altro, doveva pure rammentarsi che, in tema di trattamento medico chirurgico, l'antigiuridicità della lesione provocata, poteva, indipendentemente dal consenso, essere esclusa soltanto dalla presenza di cause di giustificazione; negandosi al tempo stesso validità alla tesi secondo la quale quella attività rinverrebbe copertura in cause di giustificazione non codificate, riferite alla finalità, pur sempre terapeutica, perseguita dal chirurgo. Sottolineava la richiamata sentenza che «se il trattamento, eseguito a scopo non illecito, abbia esito sfavorevole, si deve, pur sempre, distinguere l'ipotesi in cui esso sia consentito dall'ipotesi in cui il consenso invece non sia prestato. E si deve ritenere che se il trattamento non consentito ha uno scopo terapeutico, e l'esito sia favorevole, il reato di lesioni sussiste, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale (art. 32, comma 2, Cost.), e che, a fortiori, il reato sussiste ove l'esito sia sfavorevole». Nel contrastare, poi, la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo la quale l'oggetto di tutela dell'art. 50 cod. pen. sarebbe limitato alla libertà di autodeterminazione, con conseguente possibilità di ritenere configurabile, in relazione al trattamento medico eseguito senza il consenso, il reato di cui all'art. 610 cod. pen., la medesima sentenza ha precisato che «la formulazione di ordine generale del principio sancito dalla norma, non autorizza l'esclusione della protezione del diritto alla integrità fisica (tra molti altri) e, semmai, soltanto il trattamento medico senza il consenso che pur sempre non cagioni lesioni potrebbe far ipotizzare fatti di violenza privata».

A conclusioni diverse perviene la successiva sentenza Barese (Cass., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132), ove si è affermato che, in tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in assenza di urgente necessità, venga eseguita una operazione chirurgica demolitiva, senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di dimensioni più ridotte rispetto a quello poi eseguito, che ne abbia determinato la morte, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché, per integrare quest'ultimo, si richiede che l'agente realizzi consapevolmente ed intenzionalmente una condotta diretta a provocare una alterazione lesiva dell'integrità fisica

della persona offesa. La disamina si concentra, dunque, essenzialmente sull'elemento soggettivo, giacché «se è vero che la connotazione finalistica della condotta (la finalità terapeutica) è irrilevante - non essendo richiesto il dolo specifico per i reati di lesioni volontarie e percosse - è altrettanto vero che la formulazione dell'art. 584 cod. pen. ("atti diretti a") fa propendere per la tesi, non da tutti condivisa, che l'elemento soggettivo richiesto per l'omicidio preterintenzionale, quanto all'evento voluto, sia costituito dal dolo diretto o intenzionale con esclusione quindi del dolo eventuale».

D'altra parte - ha puntualizzato ancora la pronuncia in esame - se è vero che l'intentio del medico mal si concilia con l'atteggiamento di chi persegue sin dall'inizio una volontà lesiva, neppure sarebbe lecito affermare che il fine terapeutico escluda siffatta volontà, giacché, in tale ipotesi, si presupporrebbe l'esistenza di un dolo specifico, al contrario non richiesto dalla norma. Al tempo stesso, soggiunge la sentenza, «affermare l'intenzionalità della condotta, ogni volta che non vi sia il consenso del paziente, significa, in realtà, confondere il problema della natura del dolo richiesto per la fattispecie criminosa in esame con l'esistenza della scriminante costituita dal consenso dell'avente diritto». Quanto, poi, all'elemento psicologico del reato di lesioni volontarie, la sentenza afferma che «si avrà l'elemento soggettivo del delitto di lesioni volontarie, in tutti i casi in cui il chirurgo, o il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente. E poiché - afferma la richiamata pronuncia - l'omicidio preterintenzionale si configura anche se la condotta è diretta a commettere il delitto di percosse, non può escludersi, in astratto, anche se appare difficile immaginare il concreto verificarsi di queste ipotesi, che l'evento morte non voluto sia conseguente ad una condotta diretta, non a provocare una malattia nel corpo o nella mente, ma ad una condotta qualificabile come percossa».

Alla luce di tale ricostruzione, il consenso del paziente verrebbe ad essere ricondotto nel novero delle scriminanti, che, ad avviso della dottrina prevalente, escludono la anti giuridicità della condotta; sicché, sarebbe lecito l'assunto secondo il quale il consenso stesso «per un verso precluda la possibilità di configurare il delitto di lesioni volontarie, ma solo nel caso di consenso validamente espresso nei limiti dell'art. 5 cod. civ., per l'efficacia scriminante attribuita dall'art. 50 cod. pen. al consenso della persona che può validamente disporre del diritto; per altro verso, che, in presenza di ragioni di urgenza terapeutica, o nelle ipotesi previste dalla legge, il consenso non sia necessario». A sua volta, e sempre che non ricorrano le condizioni per ritenere sussistente lo stato di necessità - che varrebbe ad escludere, anche nella ipotesi di dissenso espresso il dolo diretto di lesioni, posto che il medico, nell'intervenire malgrado il dissenso del paziente, mira comunque a salvaguardarne la vita e la salute poste in pericolo - «l'esplicito dissenso del paziente rende l'atto, asseritamente terapeutico, un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma anche della sua integrità, con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali».

Puntualizza ancora la stessa sentenza, la circostanza che la condotta del medico sia orientata a tutelare la salute del paziente e non a cagionare menomazioni della sua integrità, fisica o psichica, permette di «escludere l'intenzionalità della condotta nei casi, non infrequenti, nei quali il medico, nel corso dell'intervento chirurgico, rilevi la presenza di una situazione che, pur non essendo connotata da aspetti di urgenza terapeutica, potendo essere affrontata in tempi diversi, venga invece affrontata immediatamente senza il consenso del paziente; per es. per evitargli un altro intervento e altri successivi disagi o anche soltanto per prevenire pericoli futuri». In tale ultima ipotesi - che assume uno specifico interesse ai fini dell'odierno

scrutinio - la medesima sentenza ritiene non configurabile il reato di cui all'art. 610 cod. pen., giacché una simile costruzione rinverrebbe un «ostacolo difficilmente superabile nella previsione della necessità che la condotta dell'agente consista in violenza o minaccia. Quest'ultima sembra proprio da escludere, mentre la violenza potrebbe forse ipotizzarsi nei soli casi di dissenso espresso del paziente al trattamento chirurgico».

L'asse delle riflessioni sembra in parte mutare nella sentenza Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, Cicarelli, anche se la portata delle affermazioni che vi compaiono risulta fortemente condizionata dalle peculiarità del caso di specie, nel quale ad un sanitario si addebitava, fra l'altro, di aver praticato un tipo di anestesia diverso da quello preferibile secondo la *lex artis*, ma per il quale il paziente aveva revocato il proprio consenso. In particolare, si evidenzia come la liceità della condotta del medico, che si caratterizza per le finalità terapeutiche che ne contraddistinguono l'agere, non possa trovare «significanza solo nel consenso entro ovvero oltre la categoria di cui all'art. 50 c.p., ma in coerenza con il principio da esso enunciato». Dunque, «l'agire del chirurgo sulla persona del paziente contro la volontà di costui, salvo l'imminente pericolo di morte o di danno sicuramente irreparabile ad esso vicino, non altrimenti superabile, esita in una condotta illecita capace di configurare più fattispecie di reato, quali violenza privata (art. 610 c.p., la violenza essendo insita nella violazione della contraria volontà), lesione personale dolosa (art. 582 c.p.) e, nel caso di morte, omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)». Ciò che rileva è la violazione del divieto di manomissione del corpo dell'uomo e, quindi, «la violazione consapevole del diritto della persona a preservare la sua integrità fisica nell'attualità - come è ora, a nulla valendo, in simile situazione, il rilievo che questa possa essere, eventualmente, migliorata - e il rispetto della sua determinazione a riguardo del suo corpo», in aderenza al principio personalista della nostra Costituzione, nella specie contrassegnato dagli artt. 2 e 32, secondo comma. Donde l'assunto per il quale «il medico chirurgo non può manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita o di altro danno irreparabile altrimenti non ovviabile, quando questi abbia espresso dissenso».

Nella sentenza Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, Firenzani, trova eco, in campo penale, la tesi - già da tempo affermata nella giurisprudenza civile - secondo la quale l'attività medica rinverrebbe la propria autolegittimazione dagli artt. 13 e 32 della Costituzione, giacché «sarebbe riduttivo [...] fondare la legittimazione della attività medica sul consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art. 5 c.c., risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato»; ferma restando la necessità del consenso debitamente informato del paziente, anch'esso costituzionalmente presidiato (cfr. fra le tante, Cass., Sez. III civ., 25 novembre 1994, n. 10014; Sez. III civ., 15 gennaio 1997, n. 364, nonché, più di recente, Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748; Sez. III civ., 28 novembre 2007, n. 24742; Sez. III civ., 15 settembre 2008, n. 23676). Nell'affermare gli identici principi, la sentenza Firenzani sottolinea che la «legittimità in sé dell'attività medica richiede per la sua validità e la sua concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico», afferendo, esso, alla libertà morale del soggetto e dalla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica, intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea: tutti profili riconducibili al concetto di libertà della persona, tutelato dall'art. 13 Cost. Non sarebbe dunque configurabile, in capo al medico, un "diritto di curare" come espressione di una posizione soggettiva qualificata, derivante dalla abilitazione all'esercizio della professione, giacché

essa, per potersi estrinsecare, comporta di regola il consenso della persona che deve sottoporsi al trattamento sanitario, salvo i casi di trattamento obbligatorio ex lege, o le ipotesi di incapacità a prestare il consenso o di stato di necessità. Pertanto «la mancanza del consenso (opportunitamente informato) del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo».

Quanto, poi, alle ipotesi delittuose di carattere doloso astrattamente configurabili, le stesse potranno rinvenirsi negli artt. 610, 613 e 605 cod. pen., nel caso di trattamento terapeutico non chirurgico; nel caso, invece, di intervento chirurgico, il reato ipotizzabile è quello previsto dall'art. 582 cod. pen., perché «qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito "fausto", implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo di detto reato, ledendo l'integrità corporea del soggetto», avuto riguardo al diritto di ciascuno di privilegiare il proprio stato attuale. «Il criterio di imputazione dovrà essere, invece, di carattere colposo - conclude la sentenza - qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso».

La medesima linea prosegue, con ulteriori apporti argomentativi, anche nella sentenza della Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, P.G. in proc. Volterrani, nella quale si afferma il principio secondo il quale in tema di attività medico-chirurgica (in mancanza di attuazione della delega di cui all'art. 3 della legge 28 marzo 2001, n. 145, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina), deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte. In tale ultima ipotesi - ha puntualizzato la sentenza - qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato, potrà profilarsi a suo carico il reato di violenza privata ma non - nel caso in cui il trattamento comporti lesioni chirurgiche ed il paziente muoia - il diverso e più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione di cui all'art. 582 cod. pen. Infatti, l'attività strumentale posta in essere dal chirurgo - quale l'incisione della cute - è priva di una propria autonomia funzionale, rappresentando null'altro che «un passaggio obbligato verso il raggiungimento dell'obiettivo principale dell'intervento, quello di liberare il paziente dal male che lo affligge». Tale attività si inserirebbe dunque «a pieno titolo, nell'esercizio dell'azione terapeutica in senso lato, che corrisponde all'alto interesse sociale di cui si è detto, interesse che lo Stato tutela in quanto attuazione concreta del diritto alla salute riconosciuto a ogni individuo, per il bene di tutti, dall'art. 32 della Costituzione della Repubblica e lo fa autorizzando, disciplinando e favorendo la creazione, lo sviluppo ed il perfezionamento degli organismi, delle strutture e del personale occorrente. Per ciò stesso questa azione, ove correttamente svolta, è esente da connotazioni di anti giuridicità, anche quando abbia un esito infausto».

A proposito, poi, della sussistenza - nel caso di specie - della scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen., la stessa pronuncia rileva come nella pratica sanitaria, in

genere, e di quella chirurgica, in specie, salvo le ipotesi in cui non ricorra l'intento di tutela della salute propriamente intesa, l'attività stessa sarebbe «sempre obbligata, per non dire forzata. Il chirurgo preparato, coscienzioso, attento e rispettoso dei diritti altrui non opera per passare il tempo o sperimentare le sue capacità: lo fa perché non ha scelta, perché quello è l'unico giusto modo di salvare la vita del paziente o almeno migliorarne la qualità». Donde l'assunto per il quale sarebbe ravvisabile uno stato di necessità ontologicamente intrinseco alla attività terapeutica, con la conseguenza che «quando il giudice del merito riconosca in concreto il concorso di tutti i requisiti occorrenti per ritenere l'intervento chirurgico eseguito con la completa e puntuale osservanza delle regole proprie della scienza e della tecnica medica, deve, solo per questa ragione, anche senza fare ricorso a specifiche cause di liceità codificate, escludere comunque ogni responsabilità penale dell'imputato, cui sia stato addebitato il fallimento della sua opera».

La giurisprudenza più recente sembra abbandonare le posizioni più estreme - fra quelle sin qui passate in rassegna - per collocarsi in linea con i principi codificati nelle massime, per così dire, intermedie. Così, nella sentenza della Sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Cane-schi, si ribadisce il principio secondo cui «l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento»; derivandone da ciò che la mancanza o la invalidità del consenso «determinano la arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e, quindi, la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo».

Più articolato, anche se non perviene ad approdi sostanzialmente innovativi, si presenta il percorso motivazionale che caratterizza la sentenza della Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, p.c. in proc. Huscer, ove si ribadisce, in massima, che, in tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in mancanza di un valido consenso informato ovvero in presenza di un consenso prestato per un trattamento diverso, il chirurgo esegua un intervento da cui derivi la morte del paziente, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché la finalità curativa comunque perseguita dal medico deve ritenersi concettualmente incompatibile con la consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva della integrità fisica della persona offesa invece necessaria per l'integrazione degli atti diretti a commettere il reato di lesioni richiesti dall'art. 584 cod. pen. Dunque, il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato. Il medico, infatti, di regola e al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare il proprio consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere informato, cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e la puntualizzazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche quella terminale. Tale

conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte, che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve sempre essere rispettata dal sanitario. Peraltro da tutto ciò «non può farsi discendere la conseguenza che dall'intervento effettuato in assenza di consenso o con un consenso prestato in modo invalido si possa sempre profilare la responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale, in caso di esito letale, ovvero a titolo di lesioni volontarie», giacché il contenuto dell'elemento soggettivo di tali reati non è di norma configurabile rispetto alla attività del medico, mentre «il consenso eventualmente invalido perché non consapevolmente prestato non può ex se importare l'addebito a titolo di dolo».

Il medesimo ordine di idee è stato infine ribadito anche dalla sentenza Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, Ruocco, intervenuta, peraltro, su una ipotesi di prescrizione di farmaci off label: vale a dire, la somministrazione di medicinali per finalità terapeutiche diverse da quelle riconosciute ai farmaci stessi. In tale sentenza si è, da un lato, confermato il fondamento costituzionale del criterio di disciplina della relazione medico-malato, ed è stato, dall'altro lato, ancora una volta escluso che dalla mancanza di valido consenso possa farsi discendere la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie, o, nel caso di morte, di omicidio preterintenzionale. E ciò perché il sanitario si trova ad agire con una finalità curativa «che è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni»; salvo che si versi in situazioni anormale e distorte, «nelle quali potrebbe ammettersi la configurabilità di tali reati: per esempio, nei casi in cui la morte consegua ad una mutilazione procurata in assenza di qualsiasi necessità o di menomazione inferta, con esito mortale, per scopi esclusivamente scientifici». La valutazione penalistica del comportamento del medico, che abbia cagionato un danno per il paziente, non subisce variazioni a seconda che l'attività sia stata svolta con o in assenza del consenso: «il giudizio sulla sussistenza della colpa e quello sulla causalità tra la condotta colposa e l'evento dannoso non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o non il consenso informato del paziente». Da tutto ciò il corollario conclusivo, secondo il quale il consenso informato del paziente alla somministrazione del trattamento sanitario non può costituire, ove lo stesso trattamento abbia cagionato delle lesioni, un elemento per affermare la responsabilità a titolo di colpa di quest'ultimo, a meno che la mancata sollecitazione del consenso gli abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo (sulla libertà di autodeterminazione del paziente, come limite al dovere medico di intervenire, v. Cass., Sez. IV, 4 luglio 2005, n. 38852, p.m. in proc. Del Re; Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 16375, p.c. in proc. Di Domenico. Per una posizione volta a privilegiare la possibilità di risolvere i casi in cui l'atto medico è affetto da vizi del consenso, facendo ricorso agli istituti della cosiddetta colpa impropria, attraverso la utilizzazione delle «categorie dell'erronea supposizione della causa di giustificazione (art. 59, c. 4, c.p.) e dell'eccesso colposo nella causa stessa (art. 55 c.p.)», v. Cass., Sez. V, 16 settembre 2008, n. 40252, Beretta).

4. - Dalla disamina testé compiuta emerge, dunque, come primo dato di riflessione, il sostanziale recepimento in sede penale della tesi civilistica della cosiddetta autolegittimazione della attività medica, la quale rinverrebbe il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 cod. pen., quanto nella

stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito. Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo messo in luce la circostanza che il bene della salute è tutelato dall'art. 32, primo comma, della Costituzione, «non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo» (sentenza n. 356 del 1991), che impone piena ed esaustiva tutela (sentenze n. 307 e 455 del 1990), in quanto «diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati» (sentenze n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979). Il diritto ai trattamenti sanitari è dunque tutelato come diritto fondamentale nel suo «nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetta dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (v., fra le altre, sentenze n. 432 del 2005, n. 233 del 2003, n. 252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999, n. 267 del 1998). Anche al di fuori di tale nucleo, d'altra parte, il diritto a trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato alla attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento». Ciò comporta che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari diviene per il cittadino «pieno e incondizionato» nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati sulla falsariga delle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie (cfr., ex plurimis, sentenza n. 432 del 2005, n. 304 e 218 del 1994, n. 247 del 1992, n. 455 del 1990). Peraltro, proprio in attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 Cost., «l'infermo assurge, nella nuova concezione della assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno ed incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere» (sentenza n. 103 del 1977).

In tale quadro di riferimento, dunque, sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 cod. pen., la base di semplice «non antiggiuridicità» della condotta del medico; e ciò anche senza evocare le problematiche frizioni che una siffatta, angusta prospettiva, potrebbe comportare rispetto ai limiti tracciati dall'art. 5 del codice civile, il cui archetipo e la cui ratio di norma precostituzionale, si saldavano all'esigenza di circoscrivere il diritto dell'individuo di poter fare illimitato «mercimonio» del proprio corpo. È infatti significativa, a tal proposito, la circostanza che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 471 del 1990, nella quale ebbe a dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 696, primo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui non consentiva di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante, ebbe a fornire una ricostruzione del valore costituzionale dell'invulnerabilità della persona come «libertà», nella quale è postulata e attratta la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. Il che ha consentito alla dottrina di desumere che l'entrata in vigore della Carta costituzionale avrebbe prodotto «modifiche tacite» all'art. 5 cod. civ., in particolare attraverso la sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute, di cui all'art. 32 Cost., riconducendo, poi, il concetto ed il limite dell'ordine pubblico ai prin-

cipi generali dell'ordinamento, come tali non superabili dal singolo, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale. Con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermarsi del principio personalista ivi enunciato, la quaestio relativa alla portata dell'art. 5 del codice civile non andrebbe più impostata in termini di "potere" di disporre, ma di "libertà" di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo.

L'attività sanitaria, pertanto, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare - in tal modo - la prescrizione, non meramente enunciativa, dettata dall'art. 2 della Carta, ha base di legittimazione (fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa, deve intendersi come "costituzionalmente imposta"), direttamente nelle norme costituzionali, che, appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo. D'altra parte, non è senza significato la circostanza che l'art. 359 cod. pen. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria, rendendo dunque davvero incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in sé, "di pubblica necessità", abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente. Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica). Come, quindi, l'attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perché la sua condotta è "scriminata" "semplicemente" dall'art. 51 cod. pen., ma in quanto direttamente "coperta" dall'art. 13 Cost., allo stesso modo può dirsi "garantita" dalla stessa Carta l'attività sanitaria, sempre che ne siano rispettate le regole ed i presupposti.

5. - Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma, Cost. e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che "giustifica" il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole - salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere - della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva, e, per così dire, "costitutiva", negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale. Sul punto, basterà richiamare una recentissima pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008), nella quale la tematica del consenso informato è stata scandagliata ex professo, offrendosi dell'istituto del consenso al trattamento medico un quadro definitorio dettagliato e del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta, come si è fatto cenno, la giurisprudenza di questa Corte. Il Giudice delle leggi ha infatti avuto modo di puntualizzare che il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione

di legge”». D'altra parte, ha osservato la Corte, anche numerose fonti internazionali prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari. Così, «l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati aderenti “riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione”, dispone che “tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore”». A sua volta, ha rammentato ancora la Corte, «l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che “un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato”; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che “ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica” e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, “il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”». «La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico - ha ancora precisato la Corte - si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge».

La circostanza, dunque, che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32 della Carta, pone in risalto - secondo il Giudice delle leggi - la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: «quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione.

Discende da ciò - ha concluso la Corte - che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale».

6. - I principi enunciati dalla Corte costituzionale, scolpiti, alla luce della pluralità di fonti che concorrono a rafforzarne gli enunciati, rappresentano, dunque, la ineludibile base pre-cettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere e della attività medico-chirurgica in specie: con l'ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso “informato” del paziente, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe eo ipso invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare. Ed è proprio in quest'ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa - non poco evolutasi nel corso del tempo - elaborata dagli organismi professio-

nali in campo di deontologia medica; giacché da essa, per un verso, si chiarisce la portata del “circuito informativo” che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che - riguardando diritti fondamentali - non può non essere condiviso; e, dall’altro lato, è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il “prescrizionale” per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale.

A seguito, infatti, della Convenzione di Oviedo, anche il codice deontologico, approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri il 3 ottobre 1998, ha proceduto ad una revisione del concetto di consenso informato, elaborando una definizione dello stesso più in linea con i parametri interpretativi suggeriti dalla stessa Convenzione. L’art. 30 del nuovo codice, infatti, ha previsto che il medico debba fornire al paziente «la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate». Dietro esplicita richiesta del paziente, inoltre, il medico dovrà fornire tutte le ulteriori informazioni che gli siano richieste. L’art. 32 ha a sua volta stabilito che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l’acquisizione del consenso informato del paziente; con l’ulteriore necessità della forma scritta per la manifestazione di tale consenso nell’ipotesi in cui la prestazione da eseguire comporti possibili rischi per l’integrità fisica del soggetto. L’art. 34 ha infine stabilito che il «medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell’indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona». Da simili principi, profondamente innovativi rispetto a quelli enunciati nel precedente codice del 1995, si è tratto, quindi, il convincimento che fosse ormai superata la configurazione della attività del medico come promanante da soggetto detentore di una “potestà” di curare, dovendosi invece inquadrare il rapporto medico-paziente (al di fuori di qualsiasi visione paternalistica) nel contesto di quella che è stata definita come una sorta di “alleanza terapeutica”; in sintonia, d’altra parte con una più moderna concezione della salute, che trascende dalla sfera della mera dimensione fisica dell’individuo per ricomprendere anche la sua sfera psichica.

Simili risultati sono stati poi ribaditi anche nel successivo codice deontologico, approvato dalla medesima Federazione il 16 dicembre 2006, ed il cui art. 35 conferma, appunto, che il «medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente», aggiungendo - quale ulteriore conferma del principio della rilevanza della volontà del paziente come limite ultimo dell’esercizio della attività medica - che «in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili “contro” la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere, l’ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi, riguarda invece il caso in cui, anche se “in assenza” di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, il risultato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente. E ciò perché, non necessariamente il mancato rispetto delle regole di deontologia medica e degli stessi principi affermati in tema di consenso informato dalla Corte costituzionale e dalla stessa giurisprudenza di legittimità determinano la automatica applicabilità delle fattispecie penali che, “tradizional-

mente”, sono state evocate a tale riguardo. Occorre, infatti, verificare se quelle fattispecie, pur nell’ambito - e nei limiti - di un percorso ermeneutico che adegui la peculiarità del caso alla struttura delle norme (certo “pensate” per altri fini), siano o meno suscettibili di “attrarre” nella propria sfera precettiva il “fatto” di cui qui si tratta, senza debordare dai confini entro i quali è consentita l’interpretazione nel campo del diritto penale sostanziale.

7. - In tale cornice, occorre, dunque, preliminarmente esaminare se - con riferimento alla particolare vicenda che qui rileva - il mutamento del tipo di intervento operatorio, effettuato (in ipotesi) senza che tale variatio fosse stata in precedenza assentita dal paziente, malgrado il relativo esito fausto, integri o meno il delitto di violenza privata che i giudici del doppio grado di merito hanno ritenuto di ravvisare nella specie, riquilificando in tal senso l’originaria imputazione di lesioni personali volontarie aggravate.

Al riguardo, non può non rilevarsi come gli orientamenti giurisprudenziali che si sono espressi a favore di tale impostazione hanno scarsamente approfondito il tema, mettendo piuttosto in luce il fatto che l’assenza del consenso comprometterebbe, non il valore della integrità fisica in sé, quanto, piuttosto, quello della libera formazione del volere: con la conseguenza di ritenere per questa via praticabile la soluzione della violenza privata, non tanto sulla base di argomentati rilievi circa la conformità del “fatto” al tipo normativo, quanto per la ritenuta “ontologica” incompatibilità che è dato ravvisare tra l’attività medico-chirurgica e il reato di lesioni volontarie.

Assai più articolata è, invece, la posizione della dottrina. A proposito, infatti, del problema della sottoposizione del paziente ad un intervento chirurgico diverso da quello che questi aveva in precedenza autorizzato - paziente che dunque versa in stato di completa incoscienza per effetto della anestesia totale praticatagli - si è osservato che, a differenza di quanto stabiliva l’art. 154 del codice Zanardelli (e sulla base del quale era stata elaborata una antica e autorevole dottrina), nell’art. 610 del codice vigente la violenza non sarebbe più posta in rapporto con una perturbazione dell’altrui libera formazione del volere, ma con un comportamento concreto - di azione, di tolleranza o di omissione - non voluto dal soggetto passivo. Considerato, quindi, che la “violenza” non richiederebbe alcuna mediazione intellettuale da parte di chi la subisce e che essa è concepibile anche nei confronti di un soggetto incapace di dissentire o consentire - come, appunto, il soggetto anestetizzato - si afferma che il chirurgo, nell’eseguire un intervento diverso da quello consentito, esplicherebbe una energia fisica sul corpo del paziente, per tale via tenendo una condotta “violenta”, integrante una vis assoluta, perché il paziente, per le condizioni nelle quali si trova, non può opporre alcuna resistenza.

Tale tesi non può essere condivisa. Al riguardo, va infatti rammentato, anzitutto, che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l’offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l’uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione (v. in tal senso, Cass., Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 5407/03, De Bortolo; Sez. V, 17 giugno 2002, n. 30175, P.G. in proc. Rossello; Sez. V, 16 maggio 2002, n. 24175, P.G. in proc. Cardilli). E si è pure puntualizzato, in proposito, che l’elemento oggettivo del reato di cui all’art. 610, cod. pen., è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l’effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa. L’azione o l’omissione, che la violenza o

la minaccia sono rivolte ad ottenere dal soggetto passivo, devono però essere determinate, poiché, ove manchi questa determinatezza, si avranno i singoli reati di minaccia, molestie, ingiuria, ma non quello di violenza privata (Cass., Sez. V, 18 aprile 2000, n. 2480, P.M. in proc. Ciardo). D'altra parte, versandosi, nella specie, in una ipotesi di violenza personale "diretta", deve convenirsi con quanti ritengono che la nota caratterizzante tale forma di violenza vada ravvisata nella idea della aggressione "fisica"; vale a dire nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo.

Il che sembra rendere del tutto impraticabile l'ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa. La violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di "costrizione a tollerare" rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen.

D'altra parte, anche il requisito della "costrizione" presenta, con riferimento alla ipotesi del paziente anestetizzato che abbia acconsentito ad altro intervento chirurgico ed alla relativa anestesia, elementi di intrinseca problematicità, che vanno ben al di là della questione, dibattuta in dottrina, se i delitti contro la libertà della persona possano essere commessi nei confronti di un soggetto che versi in stato di incoscienza. Il concetto di costrizione, postula, infatti, il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell'agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà. Nei confronti del paziente anestetizzato pleno iure, perché nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell'intervento e ne pratichi un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di "incapacitazione" del paziente, ma non certo di "costrizione" della sua volontà, proprio perché, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, "verso" (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva.

Va inoltre considerato - come la difesa dell'imputato ha puntualmente messo in luce nella memoria difensiva - che la non riconducibilità nel perimetro applicativo dell'art. 610 cod. pen., della condotta del chirurgo che "approfitti" della condizione di anestetizzato del paziente per mutare il tipo di intervento chirurgico concordato, si desume, univocamente, anche dalle precise scelte legislative operate in riferimento alla fattispecie, strutturalmente "omologa", dettata dall'art. 609-bis cod. pen. In essa, infatti, il legislatore ha ritenuto di introdurre una espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi di costringimento, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa»: eventualità, quest'ultima, che certamente si realizza anche nell'ipotesi in cui la vittima sia - come nel caso di paziente anestetizzato - in condizioni di totale incoscienza. Ciò sta dunque a significare che lo stesso legislatore, nel dettare la disciplina relativa ad altra ipotesi di violenza personale, ha dovuto dettare una apposita disposizione per equiparare condotte evidentemente fra loro non so-

vrapponibili, così da escludere che l'approffittamento della condizione di incapacità, possa, naturalisticamente e giuridicamente, equivalere ad un fatto di per sé integrante violenza.

Per altro verso, una ulteriore conferma della impraticabilità della tesi che ritiene configurabile, nella specie, il delitto di violenza privata, può desumersi pure dalle prospettive coltivate al riguardo de iure condendo. È significativo, infatti, che nella bozza di articolato presentata il 25 ottobre 1991 dalla Commissione istituita dal Ministro della Giustizia con decreto dell'8 febbraio 1988 per la predisposizione di un disegno di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale (cosiddetta Commissione Pagliaro) si sia avvertita la necessità di prevedere, all' art. 70, comma 1, n. 4), una specifica disposizione, nel capo relativo ai reati contro la libertà morale (ma in piena autonomia - ed è proprio questo l'aspetto che qui rileva - dal delitto di violenza privata, previsto nel punto n. 1) - destinata a porre come direttiva la previsione, quale delitto, della «attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto (e sussistente se il fatto non costituisce un reato più grave). Escludere la punibilità - prevedeva ancora la ipotesi di norma di delega - quando il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona».

L'esistenza, quindi, di un "vuoto normativo" da colmare era stata sin da quell'epoca lucidamente avvertita.

8. - Esclusa, quindi, la possibilità di ritenere integrato, nel caso di specie, il delitto di violenza privata, occorre esaminare quella che è stata ritenuta per lungo tempo l'alternativa "naturalisticamente" privilegiata: vale a dire il reato di lesioni di cui all'art. 582 cod. pen. E ciò non solo per completare la risposta al quesito in ordine al quale queste Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi; ma anche perché la tematica è stata direttamente trattata nel procedimento a quo, in quanto il delitto originariamente contestato all'imputato era stato proprio il reato di lesioni personali volontarie aggravato.

Ebbene, una significativa parte della giurisprudenza e della dottrina, è concorde nel mettere in luce un dato assolutamente incontestabile: vale a dire la sostanziale incompatibilità concettuale che è possibile cogliere tra lo svolgimento della attività sanitaria, in genere, e medico-chirurgica in specie, e l'elemento soggettivo che deve sussistere perché possa ritenersi integrato il delitto di lesioni volontarie. Una condotta "istituzionalmente" rivolta a curare e, dunque, a rimuovere un male non può essere messa sullo stesso piano di una condotta destinata a cagionare quel "male". Ciò non esclude, però, che l'atto chirurgico integri - ove isolato dal contesto del trattamento medico-terapeutico - la tipicità del fatto lesivo, rispetto al quale l'antigiuridicità non può che ricondursi alla disamina del corretto piano relazionale tra medico e paziente: in una parola, al consenso informato, che compone la "istituzionalità" della condotta "strumentale" del chirurgo, costretto a "ledere" per "curare". Il versante problematico si sposta, dunque, dalla antigiuridicità, derivante dal mancato consenso al diverso tipo di intervento chirurgico in origine assentito, alla "tipicità" delle lesioni dell'intervento in sé e delle conseguenze che da tale intervento sono scaturite: giacché, se l'atto operatorio ha in definitiva prodotto non un danno, ma un beneficio per la salute, è proprio la tipicità del fatto, sub specie di conformità al modello delineato dall'art. 582 cod. pen., a venire seriamente in discussione.

La questione, pertanto, finisce per coinvolgere direttamente la disamina della nozione stessa di "malattia", ai sensi dell'art. 582 cod. pen., giacché anche a questo riguardo le interpretazioni offerte da giurisprudenza e dottrina si sono non poco evolute nel corso del tempo.

Per lungo tempo, infatti, specie in giurisprudenza, il concetto di malattia ha fortemente ri-

sentito di quanto era stato al riguardo precisato nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, giacché in essa si era puntualizzato che era stato fatto uso della «espressione, correttamente scientifica, di malattia, anziché quella di danno nel corpo o perturbazione della mente, [l'art. 372 del codice Zanardelli, puniva, infatti, a titolo di lesione personale, la condotta di chi, «senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione nella mente»], giacché una malattia è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali».

Simile approccio definitorio è stato, infatti, pedissequamente recepito dalla giurisprudenza di legittimità, rimasta, sino ad epoca recente, consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura fino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione, malgrado il ritorno della persona offesa al lavoro (cfr., ex plurimis, Cass., Sez. V, 2 febbraio 1984, n. 5258, De Chirico; Sez. V, 14 novembre 1979, n. 2650, Miscia; Sez. I, 30 novembre 1976, n. 7254, Saturno; Sez. I, 11 ottobre 1976, n. 2904, Carchedi).

Sul punto, però, non può non convenirsi con quanti ritengono che il concetto di “malattia”, più che evocare l'impiego di un elemento descrittivo della fattispecie, rinvia ad un parametro normativo extragiuridico, di matrice chiaramente tecnico-scientifica, tale da far sì che il fenomeno morboso, altrimenti apprezzabile da chiunque in termini soggettivi e del tutto indistinti, presenti, invece, i connotati definitivi e di determinatezza propri del settore della esperienza - quella medica, appunto - da cui quel concetto proviene. Poiché, dunque, la scienza medica può dirsi da tempo concorde - al punto da essere stata ormai recepita a livello di *communis opinio* - nell'intendere la “malattia” come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo, ne deriva che le mere alterazioni anatomiche che non interferiscano in alcun modo con il profilo funzionale della persona non possono integrare la nozione di “malattia”, correttamente intesa.

Pertanto, la semplice alterazione anatomica non rappresenta, in sé, un presupposto indefettibile della malattia, giacché ben possono ammettersi processi patologici che non si accompagnino o derivino da una modificazione di tipo anatomico, così come, all'inverso, una modificazione di quest'ultimo tipo che non determini alcuna incidenza sulla normale funzionalità dell'organismo si presenta, secondo tale condivisibile impostazione, insuscettibile di integrare la nozione di “malattia”, quale evento naturalistico del reato di cui all'art. 582 cod. pen.

Per altro verso, non è senza significato la circostanza che nel codice, la lesione non sia definita in sé - quale semplice “rottura” della unità organica - ma in relazione all'“evento” che essa deve determinare: e cioè, appunto, una “malattia” del corpo o della mente. La circostanza, quindi, che la malattia può riguardare tanto l'aspetto fisico che quello psichico dell'individuo, e poiché tali due aspetti sono stati fra loro alternativamente considerati dal legislatore (attraverso l'uso della disgiuntiva “o”), se ne può desumere che, unitario dovendo essere il concetto di malattia e considerato che non può evocarsi una alterazione “anatomica” della mente, l'unica alterazione che è possibile immaginare, come comune ai due accennati aspetti, è proprio - e soltanto - quella funzionale. D'altra parte, il concetto stesso di “durata” della malattia - sulla cui base è parametrata la procedibilità e la gravità del reato - non può che confermare una propensione al recepimento normativo della nozione “funzionalistica”

della malattia, del tutto in linea con i tradizionali approdi definitivi cui è pervenuta, anche se con varietà di accenti, la medicina legale.

A tale impostazione mostra, d'altra parte, di aderire anche un significativo filone di giurisprudenza di questa Corte, attento a ricondurre il concetto di "malattia" nell'ambito di un paradigma di offensività strutturalmente coeso con la nozione scientifica del concetto stesso, secondo la dichiarata intentio legis fatta palese dal Guardasigilli, nella richiamata Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, ma poi "tradita" nel contenuto definitorio trasfuso in quel documento e supinamente recepito dalla giurisprudenza prevalente. Una prima, sensibile innovazione interpretativa rispetto alla tesi tradizionale è stata, infatti, offerta dalla sentenza Sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643, P.C. in proc. Francolini, ove si è affermato che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Deriva da ciò - ha concluso la pronuncia - che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità.

In linea con simili affermazioni si collocano anche Sez. V, 15 ottobre 1998, n. 714, Rocca, Sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 3448, Perna, e la più recente sentenza Cass., Sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505, Pagnani, la quale, all'esito di un percorso ricostruttivo delle diverse opinioni misurate sul tema, ha anch'essa conclusivamente ribadito che, ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia giuridicamente rilevante non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono in realtà anche mancare, bensì solo quelle alterazioni da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa.

Accedendo, dunque, ad una impostazione per così dire "funzionalistica" del concetto di malattia, se ne devono trarre i necessari riverberi anche per ciò che attiene all'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 582 cod. pen., giacché, se si ritiene che non possa integrare il reato la lesione che coincida, come evento causalmente derivato, in una mera alterazione anatomica senza alcuna apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, se ne deve dedurre che l'elemento psicologico non potrà non proiettarsi a "coprire" anche la conseguenza "funzionale" che dalla condotta illecita è derivata. Per la verità, la giurisprudenza di questa Corte si è mostrata propensa a ritenere che per la sussistenza del dolo nel delitto di lesioni personali non è necessario che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di conseguenze lesive, essendo sufficiente l'intenzione di infliggere all'altrui persona una violenza fisica; basta quindi - secondo tale impostazione - il dolo generico, che deve reputarsi sussistere - sia pure nella forma eventuale - anche in ipotesi di azione commessa ioc causa allorché l'agente abbia previsto come probabile (e quindi ne abbia accettata la verifica concreta) l'evento lesivo (cfr., ex multis, Cass., Sez. I, 7 giugno 1996, n. 6773, P.M. in proc. Poma; Sez. VI, 13 ottobre 1989, n. 3103, Lavera; Sez. V, 25 novembre 1986, n. 3038/87, Zito; Sez. V, 12 aprile 1983, n. 4419, Negovetich). Discende, poi, da tale orientamento la tesi della identità del dolo delle lesioni volontarie rispetto a quello delle percosse (Cass., Sez. V, 12 ottobre 1983, n. 9448, Ferrario; Sez. V, 3 febbraio 1984, n. 1564, Dal Pozzo).

Anche a voler prescindere dalla dubbia condivisibilità teorica di siffatta ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato di lesioni volontarie, resta il fatto che essa oblitera un dato

normativo di ineludibile risalto, quale è quello rappresentato dal fatto che l'evento naturalistico del delitto di cui all'art. 582 cod. pen. si compone di un frammento "definitorio" - la lesione - che si specifica in un altro evento che dal primo deriva: appunto, la malattia, a sua volta da intendersi nel senso che si è dianzi delineato. Se, dunque, si cagiona sul derma dell'individuo una soluzione di continuo che può integrare la nozione di "lesione", ciò è ancora in conferente, sul versante del trattamento medico-chirurgico, agli effetti della integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale dell'organismo. Pensare che questa "conseguenza" sia estranea alla sfera dell'elemento psicologico, equivale ad estrapolare dall'evento del reato un solo elemento definitorio, frantumandone, arbitrariamente, l'unitarietà che ad esso ha ritenuto di imprimere il legislatore. Sotto questo profilo, dunque, una diversa interpretazione non solo appare inaccettabile da un punto di vista di disamina "strutturale" della fattispecie - giacché la malattia finirebbe per atteggiarsi alla stregua di una "eccentrica" condizione obiettiva di punibilità - ma anche in grave frizione con il principio di colpevolezza, sancito dall'art. 27, primo comma, della Costituzione, per il quale - secondo la costante interpretazione ad esso data dalla Corte costituzionale (v. da ultimo, la sentenza n. 322 del 2007 e le altre ivi richiamate) - è postulato un coefficiente di partecipazione psichica del soggetto al fatto, rappresentato quantomeno dalla colpa, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica, fra i quali non può non essere annoverata proprio la "malattia".

9. - Alla stregua dei riferiti rilievi è dunque possibile trarre alcune conclusioni. Una prima considerazione, che appare per molti aspetti dirimente agli specifici fini che qui interessano, riguarda le peculiarità che caratterizzano, rispetto alla attività sanitaria in genere, l'intervento medico-chirurgico realizzato per fini terapeutici. In quest'ultimo frangente, infatti, la condotta del medico è non soltanto teleologicamente orientata al raggiungimento di uno specifico obiettivo "prossimo", quale può essere, in ipotesi, la riuscita, sul piano tecnico-scientifico, dell'atto operatorio in sé e per sé considerato, quanto - e soprattutto - per realizzare un beneficio per la salute del paziente. È quest'ultimo, infatti, il vero bene da preservare; ed è proprio il relativo risalto costituzionale a fornire copertura costituzionale alla legittimazione dell'atto medico. L'atto operatorio in sé, dunque, rappresenta solo una "porzione" della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli esiti "conclusivi" che dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente che a quell'atto si è - di regola volontariamente - sottoposto.

Ecco già, dunque, un primo approdo. Le "conseguenze" dell'intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, non potranno coincidere con l'atto operatorio in sé e con le "lesioni" che esso "naturalisticamente" comporta, ma con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. Il chirurgo, in altri termini, non potrà rispondere del delitto di lesioni, per il sol fatto di essere "chirurgicamente" intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento "coatto"; sebbene, proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'agere, in rapporto, anche, alle regole dell'arte. È, quindi, in questo contesto che andrà verificato l'esito, fausto o infausto, dell'intervento e quindi parametrato ad esso il concetto di "malattia" di cui si è detto. È ben vero, a questo riguardo, che la dottrina ha puntualmente evidenziato le difficoltà che - a cagione della pluralità di considerazioni, di ordine clinico e di altro genere, che tale giudizio comporta - possono compromettere una valutazione certa e obiettiva in ordine ai

risultati scaturiti, per la salute del paziente, dall'intervento medico-chirurgico. Ma si tratta di rilevi che, pur se non trascurabili, pertengono ad aspetti di merito che vanno affrontati e risolti nella competente sede.

Pertanto, ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito *lege artis*, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se "anatomicamente" lesivo, non soltanto non ha provocato - nel quadro generale della "salute" del paziente - una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto. Dunque, e per concludere sul punto, non potrà ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 582 cod. pen., proprio per difetto del relativo "evento". In tale ipotesi, che è quella che ricorre nella specie, l'eventuale mancato consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo, rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale.

Proprio sul versante della "opinabilità" della valutazione dei risultati conseguiti dall'intervento chirurgico effettuato per fini terapeutici, una parte significativa della dottrina ha fatto leva per desumere come il difetto del consenso informato allo specifico atto operatorio eseguito possa, in fin dei conti, far ritenere che il concetto stesso di "salute" e di esito più o meno fausto del trattamento chirurgico dovrebbe necessariamente postulare anche l'apprezzamento e la scelta consapevole dello stesso paziente: il quale ben può avere, della propria salute, una opinio affatto diversa da quella del medico e che, come tale, deve essere - trattandosi di diritto inviolabile della persona - adeguatamente cautelata e rispettata.

Il rilievo coglie senz'altro nel segno, ma soltanto in una (auspicabile) prospettiva *de iure condendo*. Sul piano del fatto tipico descritto dall'art. 582 cod. pen., infatti, il concetto di malattia - e di tutela della salute - non può che ricevere una lettura "obiettiva", quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa. È evidente, comunque, che per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare - quindi - che possa essere soltanto la "monologante" scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo.

Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei sensi dianzi delineati, la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale". Ciò non toglie, peraltro, che, nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo - trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici - accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 cod. pen., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali di questa Corte potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui - a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il "vizio" del consenso informato - si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt. 55 e 59, quarto comma, cod. pen.).

10. - Può quindi concludersi nel senso che, ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 cod. pen., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 cod. pen. Alla stregua di tali rilievi la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso della parte civile che condanna al pagamento delle spese processuali e della somma di euro mille alla Cassa delle ammende.
Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste.
Così deciso in roma, il 18 dicembre 2008.

Legge n. 210/92: oscillazioni giurisprudenziali in tema di legittimazione passiva dell'ente tenuto alla prestazione

(Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza 19 ottobre 2009 n. 22111)

Premessa: i termini della questione

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della questione della legittimazione passiva nei giudizi promossi ai sensi della legge 25 febbraio 1992, n. 210, e s.m.i.

Discostandosi dal precedente orientamento (1), la Suprema Corte ha attribuito la legittimazione al Ministero della Salute, escludendo il coinvolgimento delle Regioni nel contenzioso.

Ai fini della comprensione dell'intricata vicenda, appare opportuno svolgere una breve premessa.

Con la legge 210/1992 (2), il legislatore, sulla scorta di provvedimenti analoghi adottati in altri Paesi (3), ha inteso affrontare la drammatica emergenza sociale relativa ai soggetti danneggiati da complicità di tipo irreversibile causate da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati, sancendo il diritto ad un indennizzo, da richiedersi all'allora Ministero della Sanità (4)(5).

(1) Nel senso della legittimazione passiva delle Regioni, infatti, tra le altre, Cass. 23 novembre 2006, n. 24889 (in *Foro It., Mass.* 2006, p. 2109); Cass. 8 maggio 2007, n. 10431 (*ivi*, 2007, p. 949); Cass. 4 aprile 2008, n. 8809 (in *www.dejure.it*), nonché, recentissime, Cass. (ord.), 24 settembre 2009, n. 20586 (inedita). In dottrina, affronta la questione A. DE SIMONE, "Indennizzo ex lege n. 210/1992: termine triennale di decadenza per la proposizione della domanda amministrativa e legittimazione passiva nelle azioni giudiziarie", in *www.personaedanno.it*.

(2) E successive modificazioni ed integrazioni.

(3) In questo senso, si era già orientato, per esempio, il legislatore statunitense, per quanto riguarda i danni relativi alle ipotesi di vaccinazione obbligatoria (cfr. G. PONZANELLI, "Responsabilità speciali in common law: le ipotesi di vaccinazione obbligatoria", in *Rassegna di diritto civile*, 1991, 370). Degna di nota pare, altresì, in tema di contagio da HIV, la legge francese del 31 dicembre 1991, n. 1406.

(4) Il legislatore ha, quindi, deciso, in virtù del precetto di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale, di prescindere dai consueti schemi della responsabilità civile ed introdurre un provvedimento afferente al paradigma dell'assicurazione sociale (a riguardo si veda il contributo di G. PONZANELLI - A. BUSATO, "Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge 210/1992", in *Corriere giuridico*, 1992, 952). In particolare, la scelta legislativa pare motivata dall'esigenza di fornire una tutela a soggetti che, in base alle norme vigenti, avrebbero notevole difficoltà a trovare ristoro in sede giurisdizionale: in primo luogo, difetterebbero gli stessi imprescindibili elementi soggettivi dell'illecito (dolo-colpa); secondariamente, sarebbe comunque assai difficile per le parti attrici assolvere all'onere probatorio (*ibidem*, 955). Va comunque fatto presente che, fermo il principio della *compensatio lucri cum damno* (come ormai pacifico in giurisprudenza. Cfr., sul punto, Cass. S.U. 11 gennaio 2008, n. 584 in *Foro Italiano*, 2008, I, 451, con osservazioni di A. PALMIERI), nulla vieta, a differenza che nell'ordinamento nord-americano, la possibilità, per il danneggiato, già titolare dell'indennizzo, di esperire l'azione risarcitoria ex art. 2043 cc e ss.

(5) Chiarissimo, in questo senso, l'articolo 8 della stessa legge 210/1992, il quale recita, al primo comma: "Gli indennizzi previsti dalla presente legge sono corrisposti dal Ministero della Sanità". In un

Senonché, anticipando di qualche anno la rivoluzione copernicana attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, il legislatore ha emanato, a completamento delle cosiddette leggi Bassanini (6), il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

In particolare, per ciò che più rileva in questa sede, l'art. 114 del decreto in parola (rubricato "*Conferimenti alle regioni*") statuisce, al comma primo, che "*Sono conferite alle regioni [...] tutte le funzioni e i compiti amministrativi in tema di salute umana e sanità veterinaria, salvo quelli espressamente mantenuti dallo Stato*" (7), nonché, con particolare riferimento, alle questioni di cui alla legge 210/1992, l'art. 123 ("*Contenzioso*") dello stesso decreto, anche in questo caso al comma primo, prevede che, ad ogni modo, "*Sono conservate allo Stato le funzioni in materia di ricorsi per la corresponsione degli indennizzi a favore di soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*".

Successivamente, il Governo emanava dapprima il d.P.C.M. 26 maggio 2000 (8), che all'art. 3, comma primo ("*Decorrenze*"), stabiliva che "*Ai fini dell'esercizio da parte delle regioni a statuto ordinario dei compiti e delle funzioni di cui all'art. 1, le risorse individuate dal presente decreto sono trasferite a decorrere dal 1° gennaio 2001*", poi, in attuazione di quanto convenuto in occasione dell'accordo tra Governo e Regioni del 2 agosto 2001 (9), il d.P.C.M. 8 gennaio 2002 (10), che stabiliva all'art. 3 ("*Contenzioso*") che "*restano a carico dello Stato, ai sensi dell'art. 2 comma 4, del decreto del Presi-*

primo momento, quindi, la questione della legittimazione passiva non si era mai posta, risultando, *per tabulas*, la legittimazione dell'amministrazione statale. Degno di nota è, peraltro, il fatto che i successivi commi 2° e 3° dispongono al fine della relativa copertura di spesa.

(6) L. 15 marzo 1997, n. 59 e l. 15 maggio 1997, n. 127.

(7) In letteratura, su tale disposizione si vedano, oltre al recente R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 128; A. PIAZZA, "*La tutela della salute*", in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, 835; L. ZANETTI, in G. FALCON (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Bologna, 1998, 377, sub art. 114; G. GARDINI, in G. FALCON (a cura di), *Lo Stato*, cit., sub art. 123; N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2003, 625 ss.; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2005, 85; R. BALDUZZI, "*Quanti sono i sistemi sanitari italiani? Un'introduzione*", in *I servizi sanitari regionali tra autonomia e carenze di sistema*, Milano, 2005; F. PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento tra riforme amministrative e riforme costituzionali*, 2003, *passim*.

(8) Recante "Individuazione delle risorse umane, finanziarie, strumentali ed organizzative da trasferire alle regioni in materia di salute umana e sanità veterinaria ai sensi del titolo IV, capo I del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112".

(9) Il quale, al comma 2, prevede l'impegno del Ministero della Salute a: "*mantenere nella propria competenza i benefici previsti dalla legge 25 febbraio 1992 n. 210, per gli indennizzi riconosciuti sino al 21 febbraio 2001, ad esclusione di quanto previsto dall'art. 2 comma 3 della legge 25 febbraio 1992 n. 210 relativamente al caso di decesso...*".

(10) Recante "*Rideterminazione delle risorse finanziarie da trasferire alle regioni e agli enti locali per l'esercizio delle funzioni conferite dal D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 112, in materia di salute umana e sanità veterinaria*", ed, al successivo art. 4 ("*Disposizioni transitorie*"), al primo comma, che: "*Restano*

dente del Consiglio dei Ministri 26 maggio 2000, gli oneri a qualsiasi titolo derivanti dal contenzioso riferito a qualsiasi ricorso giurisdizionale concernente le istanze di indennizzo trasmesse sino al 21 febbraio 2001 al Ministero della Sanità, dalle aziende sanitarie locali”, ed al successivo art. 4 (“Disposizioni transitorie”), che “restano a carico dello Stato gli oneri finanziari relativi agli indennizzi iscritti a ruolo sino al 21 febbraio 2001, al cui pagamento continuano a provvedere i dipartimenti provinciali del Tesoro”, e che “Restano, altresì, nella competenza dello Stato, i benefici previsti della legge n. 210/1992, per gli indennizzi riconosciuti sino al 21 febbraio 2001, ad esclusione di quanto previsto dall’art. 2, comma 3, della legge 210 del 1992, relativamente ai casi di decesso”.

All’esito di tale tormentato iter, la Suprema Corte, conformemente al dato testuale, all’impostazione di fondo ed alla logica finanziaria che emergevano dalla sopra sintetizzata regolamentazione, pronunciava la già citata sentenza n. 24889 del 23 novembre 2006 (11).

Secondo tale pronuncia, “con riferimento al quadro normativo venutosi a determinare per effetto dei D.P.C.M. 8 gennaio 2002 e 24 luglio 2003 (in tema di rideterminazione delle risorse finanziarie da trasferire alle Regioni ed agli enti locali per l’esercizio delle funzioni conferite dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, in materia di salute umana e sanità veterinaria), successivamente alla precedente previsione contenuta nell’art. 3 del D.P.C.M. 20 maggio 2000, sulla scorta della quale le funzioni di indennizzo ai sensi della legge n. 210 del 1992 sono state trasferite alle Regioni con decorrenza 1° gennaio 2001, deve ritenersi che la portata della norma contenuta nell’art. 2, comma quarto, di quest’ultimo D.P.C.M. è da intendersi nel senso che restano a carico dello Stato gli oneri derivanti dal contenzioso, instauratosi in sede esclusivamente giurisdizionale, relativo alle domande riguardanti l’indicato indennizzo le cui istanze siano state trasmesse dalle U.S.L. al competente Ministero (allora della Sanità, ora della Salute) fino al 21 febbraio 2001, con la conseguente attribuzione della legittimazione passiva in ordine a siffatte istanze in capo al suddetto Ministero a cui carico si devono, perciò, considerare ancora accollati gli inerenti oneri.”

Tale orientamento, successivamente più volte confermato, è stato da ultimo disatteso dalla Suprema Corte con la pronuncia in commento.

Una siffatta impostazione suscita, tuttavia, più di una perplessità e non può essere condivisa.

a carico dello Stato gli oneri finanziari relativi agli indennizzi iscritti a ruolo sino al 21 febbraio 2001, al cui pagamento continuano a provvedere i dipartimenti provinciali del Tesoro”, ed, al secondo, che “Restano, altresì, nella competenza dello Stato, i benefici previsti della legge n. 210/1992, per gli indennizzi riconosciuti sino al 21 febbraio 2001, ad esclusione di quanto previsto dall’art. 2, comma 3, della legge 210 del 1992, relativamente ai casi di decesso”.

(11) *Supra*, nota 1.

Perché la pronuncia in esame non persuade

Il nuovo orientamento sembra, in primo luogo, contraddire il dato normativo; secondo tale pronuncia, infatti, per *“tutte le istanze proposte ai sensi della legge 210/1992, qualunque sia l’epoca della domanda amministrativa e qualunque sia la data in cui la medesima sia stata trasmessa dalle Usl al Ministero della Salute, la titolarità dal lato passivo del rapporto controverso spetta in ogni caso al Ministero della Salute”*.

Secondo la Suprema Corte, una siffatta interpretazione sarebbe imposta dall’art. 123 del già citato decreto legislativo 112/1998; in particolare, secondo la lettura che di tale disposizione fornisce il Collegio, poiché la norma è rubricata *“Contenzioso”*, se ne dovrebbe ricavare che *“il termine ricorsi non si può circoscrivere ai soli ricorsi amministrativi, la lettera della norma non lo consente e, d’altra parte, sarebbe irragionevole trasferire alle regioni e quindi alle USL il debito assistenziale ed il relativo contenzioso giudiziario e mantenere allo Stato le liti in sede amministrativa”*.

La sentenza evidenzia, inoltre, in primo luogo, che l’opposta interpretazione implicherebbe una deroga ad una fonte sovraordinata (*id est* un atto avente forza di legge, quale l’art. 123 del citato decreto legislativo 112/1998) da parte di fonti di rango inferiore (quali i D.P.C.M. del 2000 e del 2002).

Secondariamente, si ritiene ulteriormente suffragata tale tesi dal titolo del D.P.C.M. del 2000 (12), che mostrerebbe come vi sarebbe solo mero *“trapasso di fondi”* dal Ministero alle ASL.

Ancora: ulteriori elementi a favore della permanenza della legittimazione statale sono rinvenuti nello stesso testo della novellata legge 210/1992: poiché l’art. 3 prevede che le domande di indennizzo, pur presentate alle USL, siano comunque indirizzate al Ministero della Sanità, se ne desume che le USL continuerebbero a svolgere *“meri compiti amministrativi”*, mentre, proprio a causa della complessità delle questioni che la legge 210/1992 affronta, in particolar modo per quanto attiene alla sussistenza del danno ed all’accertamento del nesso causale, permarrebbe la legittimazione del Ministero, in quanto *“unico centro di verifica”* in grado di stabilire criteri uniformi cui attenersi per le valutazioni dei casi, ritenendosi che i giudizi non potrebbero essere affidati ai *“criteri adottati dalle singole USL”*.

Orbene, una tale impostazione, lo si ribadisce, non può che lasciare perplessi. In particolare, non pare condivisibile la lettura estensiva che il Collegio compie in relazione all’art. 123 del d. lgs. 112/1998.

La legge 210/1992 configura, infatti, quella che, in dottrina (13), viene

(12) Individuazione delle risorse umane, finanziarie, strumentali ed organizzative da trasferire alle regioni in materia di salute umana e sanità veterinaria ai sensi del titolo IV, capo I del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

qualificata come “*giurisdizione condizionata*”, ossia subordina l’esercizio dell’azione giurisdizionale, dinanzi al Giudice ordinario, all’esaurimento di una procedura amministrativa (14). L’errore in cui incorre la sentenza in commento sta nel non considerare correttamente il rapporto tra il procedimento amministrativo e l’eventuale, e successivo, processo civile: in realtà, il fatto che la legge affidi l’istruttoria e la decisione sulle istanze al Ministero, non esclude che si verta in materia attribuita alla competenza delle singole Regioni, come dimostra il fatto che alle stesse risulta attribuita la correlativa dotazione finanziaria.

Alla luce di quanto ora evidenziato, appare evidente che, in caso di proposizione del ricorso giurisdizionale, la data di presentazione in sede amministrativa dell’istanza di indennizzo assume una valenza fondamentale: *nulla quaestio* per le cause relative ad istanze presentate precedentemente al 21 febbraio 2001, giacché in tali casi la *legitimatio ad causam* permane in capo al Ministero; per quanto concerne, invece, le domande successive, la legittimazione non può che intendersi trasferita alle singole Regioni.

Una diversa prospettazione, d’altra parte, pare difficilmente sostenibile.

Verrebbe, infatti, a configurarsi un sistema privo di qualsiasi coerenza interna: da un lato, si assisterebbe ad un trasferimento di funzioni e, soprattutto di risorse finanziarie, a favore delle Regioni, dall’altro si finirebbe per ignorare le radicali innovazioni introdotte negli ultimi anni nel nostro ordinamento in chiave di decentramento amministrativo e di trasferimento di competenze.

Appare, dunque, evidente l’irrazionalità di tale impostazione, dovendosi ribadire come il disposto dell’art. 123 lasci in realtà del tutto impregiudicata la questione della legittimazione passiva nei giudizi relativi ad istanze presentate dopo il 21 febbraio 2001.

I rischi da evitare nella speranza che la questione possa trovare un assetto definitivo

Non ci si può esimere in questa sede dal rilevare alcune criticità cui tale delicato dibattito giurisprudenziale ha dato origine.

(13) Per tutti: S. MENCHINI, “*La tutela del giudice ordinario*”, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo V, Milano, 2003, 4927. Sui problemi che l’istituto pone in relazione agli artt. 24 e 113 della Costituzione e sulla giurisprudenza della Consulta a proposito, si veda E. ANDOLINA - G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 75 ss.

(14) Va, d’altra parte, parte ricordato che, per quanto attiene alle controversie in materia previdenziale, vige il disposto di cui all’art. 443 cpc. (“*Rilevanza del procedimento amministrativo*”). Tale norma, in particolare, si occupa di facilitare il ricorrente, prevedendo al secondo comma, che “*se il giudice nella prima udienza di discussione rileva l’improcedibilità della domanda [...], sospende il giudizio e fissa all’attore un termine perentorio di sessanta giorni per la presentazione del ricorso in sede amministrativa*”. Su tale norma, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2007, 273.

La prassi forense vuole che, nel dubbio circa l'effettiva titolarità dell'obbligazione assistenziale in parola, il ricorrente chiami in giudizio tanto l'amministrazione statale, *id est* il competente Ministero, quanto la singola Regione (15). Questo accorgimento evita conseguenze esiziali nei confronti della comprensibile domanda di giustizia dei soggetti danneggiati (16).

Quid iuris, se, però, la domanda viene proposta nei confronti solo della Regione (ovvero solo del Ministero)? (17).

Ecco, allora, che un elementare senso di rispetto nei confronti dell'art. 24 della Costituzione imporrebbe un intervento tempestivo e chiarificatore delle Sezioni Unite.

Si ritiene, infatti, di poter sicuramente concordare con quanto evidenziato nella pronuncia in esame, quanto all'esigenza che il ricorrente sia posto nella condizione di poter conoscere agevolmente il destinatario della propria domanda; appare peraltro evidente come le inopportune oscillazioni della Suprema Corte vadano nel senso contrario e possano, in molti casi, anche tradursi in un diniego di giustizia.

E' certamente comprensibile che una svolta epocale, quale quella realizzata con le riforme relative al periodo 1998-2001, possa dare àdito ad una serie di problematiche e difetti di coordinamento; occorre, tuttavia, porre rimedio, con la massima celerità, ad una situazione che va ad incidere su una tematica di così elevato allarme sociale, quale quella di cui alla legge 210/1992.

*Dott. Biagio Fraudatario**

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza 19 ottobre 2009, n. 22111 - Pres. Roselli, Rel. Nobile, P.M. Matera - Ministero della Salute (Avvocatura Generale dello Stato) c. Regione Lombardia (avv.ti Tedeschini, Schiena e Vivone), C.A. (avv.ti Forgione e Romano) e A.S.L. 1 Provincia di Milano (n.c.) - Sent. n. 250/2005 CdA Milano.

(Omissis)

Con il primo motivo del ricorso principale il Ministero della Salute, denunciando la violazione degli artt. 112, 324,334 e 436 c.p.c e 2909 c.c., nonché vizio di motivazione, in sostanza cen-

(15) Questo, in termini concreti, avviene, o mediante la richiesta di condanna alternativa/solidale, ovvero, mediante la richiesta di disporre la chiamata in giudizio dell'ente ritenuto effettivamente legittimato nel caso di estromissione dell'amministrazione, statale o regionale, citata nel ricorso.

(16) Permangono comunque, in talune occasioni, profili di criticità: si pensi ad eventuali condanne alle spese a favore dell'ente estromesso.

(17) La questione non è puro esercizio di accademia: si veda, infatti, in giurisprudenza, Cass. (ord.) 20586/2009, *cit.*

(*) Dottore in giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

sura la decisione impugnata nella parte in cui ha affermato la inammissibilità dell'appello incidentale tardivo di esso Ministero.

All'uopo il ricorrente, richiamando la giurisprudenza di legittimità, deduce che, nelle cause inscindibili o dipendenti, la parte i cui interessi giuridici sono oggetto dell'impugnazione principale è legittimata a proporre impugnazione incidentale tardiva, ai sensi dell'art. 334 c.p.c. anche contro una parte diversa da quella che ha introdotto l'impugnazione principale e su un capo di sentenza diverso da quello oggetto di questa impugnazione.

Con il secondo motivo il Ministero, denunciando violazione degli artt. 7 commi 1 e 2 lett. a), e 114 d. lgs. 112/1998 e 3 d.P.C.M. 26/5/2000, 1, 2 e 4, d.P.C.M. 8/1/2002 nonché vizio di motivazione, in sostanza sostiene che nella fattispecie deve escludersi la sua legittimazione passiva.

In particolare il ricorrente sostiene che “non solo per le istanze successive al 31-12-2000, ma anche per quelle presentate prima del 31/12/2000, non definite alla data del 1-1-2001 né a quella indicata dall'Accordo Stato Regioni del 21-2-2001, la legittimazione passiva rispetto alla domanda di condanna al pagamento dei benefici debba spettare unicamente alla Regione, e ciò vale per tutti i ratei, sia per quelli maturati nel periodo successivo, sia per quelli maturati anteriormente al passaggio delle competenze”.

In sintesi secondo il ricorrente, “se la legge (d. lgs. 112/1998) in combinato disposto con i d.P.C.M. 26-5-2000 e 8-1-2002, prevede un preciso momento per il transito della funzione e delle relative risorse alle Regioni e se tale transito è regolarmente e tempestivamente avvenuto, non si comprende perché – avendo lo Stato perduto i mezzi economici per far fronte agli impegni ex lege 210/92, eccezion fatta per gli indennizzi iscritti a ruolo o concessi entro il 21-2-2001 – esso debba comunque pagare ancora i ratei arretrati relativi a procedure non definite né al 31-12-2000 né al 21-2-2001, procedure che sarà solo la Regione a dover definire”.

In conclusione, quindi, il Ministero sostiene che “solo le Regioni dopo il 31-12-2000 – esercitano la funzione e, pertanto, pagano i benefici, senza che rilevi il carattere “arretrato” degli stessi, avendone i mezzi economici ed essendo titolari esclusive della funzione amministrativa”.

Preliminarmente deve rilevarsi che la sentenza impugnata, al di là delle espressioni adottate di non facile comprensione, in sostanza, da un lato ha espressamente ritenuto inammissibile l'appello incidentale tardivo del Ministero, dall'altro ha chiaramente affermato che “*Deve essere invece accolto l'appello dell'ASL in quanto sembra che i suoi compiti in materia siano limitati alla istruttoria amministrativa della pratica, mentre l'accertamento sanitario è prerogativa del Ministero della Salute e l'erogazione rimaneva a carico dello Stato per le domande di indennizzo presentate, come la presente anteriormente al 21 febbraio 2001*”.

Nel contempo, del resto, la stessa decisione ha, conseguentemente, condannato il Ministero al pagamento delle spese del grado in favore della C. e della ASL 1 Milano.

Tanto rilevato e considerato quindi che il *decisum* della Corte d'Appello ha riguardato espressamente anche la questione della legittimazione passiva, che è stata chiaramente affermata in capo al Ministero della Salute, ritiene il Collegio che, a fronte di tale decisione, deve essere esaminato in primo luogo il secondo motivo.

Sulla questione si osserva che la tesi del Ministero ricorrente è infondata.

Deve infatti affermarsi, contrariamente a quanto deciso da questa Corte con la sentenza n. 10431 dell'8 maggio 2007 (v. anche già Cass. 24889 del 23-11-2006) e altre successive conformi (Cass. 4-4-2008 n. 8809, Cass. 5-8-2008 n. 21139, Cass. 27-1-2009 n. 1882), che per tutte le istanze proposte ai sensi della legge 210/1992. qualunque sia l'epoca della domanda

amministrativa e qualunque sia la data in cui la medesima sia stata trasmessa dalle Usl al Ministero della salute, la titolarità del lato passivo del rapporto controverso spetta in ogni caso al Ministero della Salute.

La normativa concernente le prestazioni si compendia nella legge 25 febbraio 1992, n. 210, successivamente modificata dall'art. 7 del D.L. 23 ottobre 1996 n. 548 convertito nella legge 20 dicembre 1996 n. 641, dall'art. 1 della legge 25 luglio 1997 n. 238, a sua volta successivamente modificata dall'art. 3 secondo comma della legge 14 ottobre 1999 n. 362/99 ed ancora dall'art. 3 comma 145 legge n. 350 del 2003. Quanto alla legittimazione passiva, nella legge 210/1992 si prevedeva espressamente all'art. 8 che *“Gli indennizzi previsti dalla presente legge sono corrisposti dal Ministero della sanità”*. Non si dubitava quindi che il legittimato passivo nelle relative controversie fosse il suddetto Ministero.

E' noto che poi il D.lgs n. 112 del 31 marzo 1998, emesso sulla base della legge delega n. 59 del 15 marzo 1997 ha previsto il *“Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali”*. Ed infatti all'art 114 del citato d.lgs del 1998, inserito nel titolo IV, Capo primo avente ad oggetto *“Tutela della salute”*, si prevede che *“Sono conferite alle regioni, secondo le modalità e le regole fissate dagli articoli del presente capo, tutte le funzioni e i compiti amministrativi i tema di assume umana e sanità veterinaria, salvo quelli espressamente mantenuti allo Stato”*. In detta norma si fa quindi menzione solo dei compiti *“amministrativi”* da trasferire, in coerenza, peraltro, con l'attuale quadro normativo generale, il quale vede incentrarsi presso le regioni, e per esse presso le USL, tutte le funzioni *“amministrative concernenti le pratiche che riguardano le condizioni sanitarie, non solo in relazione ai compiti istituzionali, attribuiti dal Servizio Sanitario Nazionale, di erogazione delle prestazioni mediche, ma anche per la erogazione di prestazioni economiche a carico di altri soggetti, come ad esempio per la materia riguardante l'invalidità civile, in cui la domanda si presenta alla USL, mentre il soggetto pagatore è l'Inps.*

In genere alle medesime USL è attribuito anche il giudizio medico, il che non è però nella specie, ossia per gli indennizzi previsti dalla legge 210/1992 in commento, perché in questo caso le USL fungono da meri organi addetti a raccogliere le istanze di indennizzo e la documentazione da allegare, mentre il giudizio medico è poi demandato ad altro organo. Recita infatti l'art 3 della legge 210/1992 come modificata, *“Domanda per ottenere l'indennizzo”* che *“i soggetti interessati ad ottenere l'indennizzo di cui all'art. 1 comma 1 presentano alla USL competente le relative domande, indirizzate al Ministro della Sanità... La USL provvede, entro novanta giorni dalla data di presentazione delle domande, all'istruttoria delle domande stesse e all'acquisizione del giudizio di cui all'articolo 4, sulla base di direttive del Ministero della Sanità”*. Indi l'art. 4 della medesima legge *“Commissione Medico Ospedaliera”* prevede che *“Il giudizio sanitario sul nesso causale tra la vaccinazione, la trasfusione, la somministrazione di emoderivati, il contatto con il sangue e derivati in occasione di attività di servizio e la menomazione dell'integrità psico-fisica o la morte è espresso dalla commissione medico ospedaliera di cui all'articolo 165 del testo unico approvato con D.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1092”*.

E' vero poi, che sono le ASL ad erogare le prestazioni di legge: lo confermano i numerosi DPCM che progressivamente hanno trasferito sia il personale addetto, sia i fondi per provvedere, dal Ministero alle USL (DPCM 20 maggio 2000, 8 gennaio 2002 e 24 luglio 2003). Tuttavia il compito relativo alla erogazione è pur sempre di natura amministrativa, ed è quindi coerente con il *“Conferimento alle regioni delle funzioni e dei compiti amministrativi”* di cui al d. lgs. 112/1998.

Quanto, poi, alla legittimazione, vero è che, in via generale, che la legittimazione a contraddire in giudizio, si radica in capo al soggetto onerato della prestazione richiesta, tuttavia ciò non vale quando la legge espressamente individua un soggetto diverso. Nella specie, nonostante il trasferimento alle regioni dell'onere economico per la erogazione, la perdurante legittimazione del Ministero è prevista dall'art. 123 del d. lgs. 112/98, secondo cui *“Sono conservate allo Stato le funzioni in materia di ricorso per la corresponsione degli indennizzi a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati”*. Invero il titolo dell'art. 123 è *“Contenzioso”*, per cui il termine *“ricorsi”* non si può circoscrivere ai soli ricorsi amministrativi, la lettera della norma non lo consente e, d'altra parte, sarebbe irragionevole trasferire alle regioni e quindi alle USL il debito assistenziale ed il relativo contenzioso giudiziario e mantenere allo Stato le liti in sede amministrativa (infatti avverso il parere della CMO è previsto il ricorso al Ministero della salute ai sensi dell'art. 5 della legge), vale a dire nella sede in cui, caso mai, è più pressante l'esigenza del contatto tra il cittadino assistibile e le amministrazioni locali. La prescrizione del citato art. 123 del d.lgs del 1998, che indica il Ministero come il soggetto che funge da controparte in sede contenziosa non può che essere ovviamente derogato da disposizioni di rango inferiore quali i DPCM, i quali, si ripete, valgono solo a segnare l'iter temporale e burocratico di trapasso dei fondi dal Ministero alle ASL che è il soggetto incaricato del pagamento. Lo si desume dallo stesso titolo del primo dei DPCM, quello del 26 maggio 2000, che reca come oggetto *“Individuazione delle risorse umane, finanziarie, strumentali ed organizzative da trasferire alle regioni in materia di salute umana e sanità veterinaria ai sensi del titolo IV, Capo I del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 112”*.

Se ne trae, ancora, ulteriore conferma dalla legge 210/1992, come modificata, la quale prevede all'art. 3 che *“I soggetti interessati ad ottenere l'indennizzo di cui all'art. 1 comma 1 presentano alla USL competente le relative domande indirizzate al Ministero della Sanità”*. E' dunque il Ministero l'organo al quale la domanda amministrativa deve essere inoltrata, per cui è coerente che, in caso di diniego in sede amministrativa il soggetto da chiamare in giudizio sia il Ministero.

Inoltre, il quadro generale che emerge dalle disposizioni citate risulta del tutto ragionevole: le USL svolgono meri compiti amministrativi rispetto alle istanze rivolte ad ottenere l'indennizzo di cui alla legge 210/1992, effettuando la relativa istruttoria sulla sufficienza della documentazione da produrre e verificando i termini di decadenza stabiliti per le domande, agendo peraltro sulla base delle direttive del Ministero (art. 3 comma 1), e provvedono altresì alla erogazione dell'indennizzo una volta che la Commissione medico ospedaliera di cui all'art. 4 abbia espresso il giudizio medico positivo.

Il Ministero della Salute resta invece deputato sia alla decisione sui ricorsi amministrativi, sia come soggetto da evocare in sede giudiziale, perché solo così il medesimo può avere una visione generale delle problematiche poste nell'ambito delle competenze espressamente riservate allo Stato dalla legge, ossia dall'art. 12 del d.lgs. n. 112/98, comma 2 f). per cui, *“Sono riservate allo Stato le funzioni sul sangue umano ed i suoi componenti, la produzione di plasma, derivati e i trapianti”*. D'altra parte tutta la complessa problematica che la legge 210/92 comporta in termini di riscontro della esistenza delle menomazioni e sul nesso causale, e quindi sulla regolarità del sangue e dei suoi derivati, non potrebbe essere affidata ai criteri adottati dalle singole USL, ma abbisogna di un unico centro di verifica, capace poi di intervenire, se del caso, anche con i provvedimenti normativi che si rendessero necessari, e che non può essere se non il Ministero della salute

Si è già detto che con la sentenza di questa Corte n. 10431 dell'8 maggio 2007, e con altre successive conformi, si è già affermato invece, sulla base dei citati DPCM, che il Ministero è legittimato passivo solo ove le domande gli siano state trasmesse dalle ASL fino al 21 febbraio 2001. Il Collegio intende discostarsi da questo indirizzo, per le ragioni sopra illustrate.

Ad ulteriore confutazione va rilevato che, secondo detti precedenti, questo sistema renderebbe agevole per il cittadino la conoscenza del soggetto da chiamare in giudizio. Sembra invece al Collegio, che, seguendo le prescrizioni del citato DPCM sarebbe difficile per l'interessato sapere se deve evocare il Ministero o la USL, essendo colà indicate, come discrimine temporale, date diverse, che il medesimo non è in grado di conoscere: come la data di trasmissione dell'istanza dalla USL al Ministero, o come la data di iscrizione a ruolo della pratica (che può non coincidere con la data di presentazione). Il DPCM del 2003 reca infatti le seguenti previsioni: Art. 3. "Contenzioso": "Restano a carico dello Stato, ai sensi dell'art. 2, comma 4, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 maggio 2000, gli oneri a qualsiasi titolo derivanti dal contenzioso riferito a qualsiasi ricorso giurisdizionale concernenti le istanze di indennizzo trasmesse sino al 21 febbraio 2001 al Ministero della Sanità dalle aziende sanitarie locali". Art. 4: "Disposizioni transitorie": "Restano a carico dello Stato gli oneri finanziari relativi agli indennizzi iscritti a ruolo sino al 21 febbraio 2001, al cui pagamento continuano a provvedere i dipartimenti provinciali del Tesoro. Restano, altresì, nella competenza dello Stato, i benefici previsti della legge n. 210/1992, per gli indennizzi riconosciuti sino al 21 febbraio 2001, ad esclusione di quanto previsto dall'art. 2, comma 3, della legge 210 del 1992, relativamente ai casi di decesso". Sembra quindi al Collegio, come risulta dal tenore letterale del DPCM, il quale fa esclusivo riferimento alle date di trasferimento dell'onere economico, che la data del 21 febbraio 2001 segni solo il momento in cui questa passa da un soggetto all'altro: ossia dal Ministero, secondo il vecchio sistema, alle USL. I DPCM, in conclusione, determinano quindi solo termini e tempi del trapasso delle pratiche e dell'onere economico, e quindi regolano i rapporti interni tra Ministero e USL, a cui l'interessato risulta estraneo.

Conclusivamente, dal quadro risultante dalla legge delega e dal decreto delegato emerge che le funzioni amministrative concernenti le pratiche di indennizzo sono state trasferite alle USL, ed a queste ultime è stata anche attribuita la funzione di erogazione delle prestazioni, ferma restando, in tutti i casi, la legittimazione del Ministero in sede di ricorsi amministrativi e giudiziali.

In tal senso (e così in parte correggendosi la motivazione della impugnata sentenza ex art. 384 c.p.c.) il secondo motivo del ricorso principale va respinto.

Una volta, poi, respinto tale motivo e confermata comunque la legittimazione passiva del Ministero della Salute, nei sensi di cui sopra, va rilevata in sostanza la carenza di interesse del Ministero stesso in ordine al primo motivo, come sopra formulato

Del resto la censura risulta inammissibile in quanto, avendo la Corte d'Appello deciso su tutto il merito della controversia, il ricorrente principale non dice quale suo specifico motivo di appello si stato trascurato.

Il ricorso principale va pertanto respinto.

Resta infine assorbito il ricorso incidentale proposto dalla C. con il primo motivo all'espresso fine di ottenere "comunque" la declaratoria di inammissibilità dell'appello incidentale tardivo del Ministero, come conseguenza della declaratoria di inammissibilità dell'ASL ("Per la conseguenza di inammissibilità dell'appello incidentale tardivo del Ministero, si censura la sentenza della Corte d'Appello di Milano nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di

inammissibilità dell'appello dell'ASL di Milano...”), e con il secondo motivo per sentire affermare in ogni caso, “eventualmente modificando la sentenza impugnata”, la insussistenza in capo al Ministero di “un interesse tardivo all’impugnazione” dipendente dall’impugnazione principale della ASL.

La C., infatti, a seguito, come sopra, del rigetto del secondo motivo del ricorso principale del Ministero, con assorbimento del primo, risulta totalmente vittoriosa nei confronti del Ministero stesso nei cui riguardi alcun risultato più favorevole potrebbe ottenere con l’eventuale accoglimento del ricorso incidentale.

Infine ricorrono giusti motivi, per l’esito di entrambi i ricorsi e per la complessità della materia, per compensare le spese tra le parti costituite. Nulla per le spese con la ASL Milano 1 rimasta intimata.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi , rigetta il ricorso principale, assorbito l’incidentale, compensa le spese tra le parti costituite.

Roma 24 settembre 2009.

La demanialità sopravvenuta del lago di Lucrino

Aspetti processuali (vicende del giudicato nel tempo) e sostanziali (requisiti necessari affinché le acque interne possano essere considerate pubbliche) connessi all'accertamento della qualità di demanio idrico del lago di Lucrino

(Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche, presso la Corte di Appello di Napoli, sentenza 10 febbraio 2010 n. 17)

Dati storici ed antefatto

Il lago Lucrino è un lago costiero ad acqua salmastra di origine lagunare collegato al mare a mezzo di un ristretto canale; è ubicato nel comune di Pozzuoli ed ha una superficie di 6.8 ha, un perimetro di 1250 metri ed una larghezza di 120 metri in media.

Esso presenta interesse archeologico, essendo stato l'avamposto dell'antico *Portus Julius*, creato da Augusto nel 37 a.C.. Recenti ricerche archeologiche condotte nel comprensorio del Lucrino hanno permesso l'individuazione di numerosi complessi antichi, tra i quali quello del *Balneum tritoli* e delle stufe di Nerone. Il nome Lucrino deriverebbe da "*Lucrum*" e si riferirebbe ai guadagni che si traevano anticamente dalla coltivazione delle ostriche (che fu iniziata nel secolo I a.C. da tale Sergius Orata) e dalla pesca delle spigole; il lago fu celebratissimo da Orazio, Giovenale e Marziale per la vita allegra e lussuosa. La proprietà del lago, fino alla cd. legge Galli (legge n 36/1994) - che ha reso pubbliche tutte le acque superficiali e sotterranee - era di privati.

Con sentenza n. 9/1960 del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte di appello di Napoli (confermata, sul punto, dalla sentenza n. 22/1961 del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche) venne esclusa la natura di demanio idrico del Lucrino, dal momento che - tenuto conto dei caratteri geomorfologici del lago - non si ritenne sussistere il requisito dell'uso di pubblico generale interesse delle acque di cui all'art. 1 del TU sulle acque n. 1775/1933 (requisito non più richiesto dalla cd legge Galli in poi).

Con sentenza n. 6118/1979 della Corte di Cassazione venne escluso che il lago in esame costituisse un bene demaniale marittimo *ex art. 28 Cod. Nav.* in quanto la situazione attuale del bene (ristrettezza del canale di collegamento del lago con il mare) esclude la comunicazione libera col mare almeno per una parte dell'anno.

Nell'anno 1994 intervenne, come detto, la cd legge Galli, statuyente che "*Tutte le acque superficiali e sotterranee [...] sono pubbliche [...]*" (art. 1 legge n. 36/1994); precetto poi sostituito dall'articolo 144 primo comma del

D.L.gvo n 152/2006, secondo cui, “*Tutte le acque superficiali e sotterranee [...] appartengono al demanio dello Stato*”. Tale carattere è iterato dal DPR n. 238/1999 il quale, all’art. 1 comma 1, stabilisce: “*Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali, anche raccolte in vasi o cisterne*”.

Instaurazione della lite diretta all’accertamento della demanialità idrica del Lucrino

Alla luce di tale *ius superveniens* l’Amministrazione Statale (Agenzia del Demanio e Ministero per i Beni e le Attività Culturali) nel novembre del 2006 ha proposto ricorso al Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte di Appello di Napoli (di cui, di seguito, si riporta il testo - all. 1), nei confronti di chi si vantava proprietario privato, diretto ad accertare che il lago di Lucrino e le sue pertinenze - e quindi l’acqua, l’alveo che la contiene, la riva che delimita l’alveo e la spiaggia in uno alle relative pertinenze - è di proprietà dello Stato con la qualità di demanio idrico.

Con memoria “illustrativa” (della quale, di seguito, si riporta il testo - all. 2) l’amministrazione ha esplicitato le sue difese, anche a contrasto delle avverse deduzioni.

Sentenza decisoria della controversia

Con sentenza pubblicata il 10 febbraio del 2010, il Giudice delle Acque di Napoli ha accolto il ricorso dichiarando la proprietà dello Stato con la qualità di demanio idrico del lago di Lucrino e delle sue pertinenze.

La sentenza presenta vari profili di interesse. Tra questi se ne evidenziano due.

a) Vicende del giudicato nel tempo.

Come evidenziato sopra, con un giudicato formatosi negli anni ‘60 del secolo scorso era stato escluso che il lago *de quo* costituisse demanio idrico.

Il giudice delle acque, con la sentenza riportata, nel caso di specie ha fatto applicazione del principio secondo cui l’autorità della cosa giudicata preclude la deduzione in un nuovo giudizio di fatti o norme precedenti la sua formazione, allo scopo di cancellarla o modificarla, mentre non preclude la deduzione e l’esame di norme e fatti sopravvenuti ed idonei a produrre effetti giuridici nuovi e, perciò, estranei alla materia a suo tempo dedotta in giudizio. Principio sintetizzabile con la massima secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, ma non quello che non era ancora deducibile (Cass.18 febbraio 1991 n. 1682; Cass. 26 maggio 1986 n. 3525), ossia i fatti sopravvenuti, sia eventi fenomenici che nuove norme. Fatto sopravvenuto che nel giudizio di specie è costituito dalla cosiddetta legge Galli (legge n. 36/1994, poi recepita nel D.Lgvo n. 152/1006), che ha diversamente configurato (amplian-

doli) i connotati costitutivi del concetto di demanio idrico. Lo *ius superveniens* non toglie efficacia al giudicato che continua a regolare fatti e situazioni già verificatisi prima della sua formazione, ma opera soltanto per il futuro; in dottrina (S. MENCHINI, voce *Giudicato civile* in *Il Diritto - Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, vol. VI, pag. 699-700) si precisa che “ogni successiva modificazione giuridica esula dai confini della cosa giudicata”. Quindi il principio di indifferenza del titolo costitutivo del diritto assoluto - operante nel caso delle domande cd. autodeterminate - è negato quando trattasi di titoli succeduti nel tempo: in questo caso la deduzione in giudizio di un titolo più recente può comportare un mutamento della *causa petendi* (ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1990, pag. 475).

Di conseguenza il giudicante ha reputato che il precedente giudicato non osta ad una nuova statuizione sul punto. All'uopo ha richiamato, condividendolo, quanto affermato dal Tribunale di Napoli con sentenza del 16 dicembre 1972 (sempre sulla problematica *de qua*) secondo cui: “E’ infatti principio del tutto pacifico che allorché un singolo bene appartenente ad un privato, vuoi per la trasformazione dei suoi caratteri che gli abbia fatto assumere la natura di bene demaniale, vuoi per l’appartenenza ad una categoria che una legge sopravveniente abbia incluso nel demanio necessario, acquisti caratteristiche proprie del demanio necessario, il diritto di proprietà privata si contrae fino alla totale eliminazione, giacché l’ordinamento giuridico vigente preclude che il bene possa formare oggetto di proprietà privata”.

b) *Pubblicizzazione di tutte le acque superficiali e sotterranee, a prescindere dall'uso.*

Con lo *ius superveniens* sopraevidenziato (art. 1 legge n. 36/1994, art. 144 primo comma D.Lgvo n. 152/2006 e art. 1 comma 1 DPR n. 238/1999) è stato superato il pregresso regime delineato nel R.D. n. 1175/1933 che ricollegava la qualità di acque pubbliche all’attitudine ad usi di pubblico generale interesse; “Superamento determinato dall’aver il legislatore inteso attribuire carattere demaniale *ex lege* a tutte le acque, di qualsiasi natura (siano esse dolci, salmastre o saline), e siano o meno esse utilizzabili per un uso di pubblico generale interesse” (pag. 4 della sentenza del giudice delle acque).

Il giudicante con ampia motivazione - richiamando il tenore letterale e l’interpretazione sistematica della normativa sopravvenuta, la tutela ampia del patrimonio idrico contenuta in quest’ultima, precedenti giurisprudenziali (sentenza n. 150/2005 del T.S.A.P., sentenza n. 259/1996 della Corte Costituzionale) - ritiene non condivisibile la tesi restrittiva dei resistenti secondo cui lo *ius superveniens* è da riferire esclusivamente ai corpi idrici di acqua dolce, da cui soltanto è possibile ricavare acque per consumo umano (potabile, casalingo, irrigazione, industriale...).

Ad accogliere la tesi restrittiva dei resistenti verrebbe a configurarsi un - inammissibile - triplice regime delle acque: 1) acque dolci: pubbliche *ex l. n.*

36/1994 e succ. mod.; 2) acque salse o salmastre idonee ai pubblici usi del mare: demaniali marittime *cx* art. 28 Cod. Nav.; 3) acque salse o salmastre non idonee ai pubblici usi del mare: private. Ciò, come detto, è inammissibile atteso che l'assetto legislativo della materia prevede una mera bipartizione tra demanio idrico e marittimo, con la conseguenza che un'acqua salmastra dichiarata estranea al demanio marittimo necessariamente appartiene a quello idrico e ricade quindi nell'ambito applicativo della legge n. 36/1994 e successive modificazioni.

*Avv. Michele Gerardo**

(All. 1)

CT 12012/05 GER

**TRIBUNALE REGIONALE DELLE ACQUE PUBBLICHE
PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI**

RICORSO

dell'**Agenzia del Demanio** e del **Ministero per i Beni e le Attività Culturali**, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rapp.ti e difesi *cx* lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli presso i cui uffici domiciliario in Napoli alla Via Diaz n. 11

PREMESSO CHE

1. nel Comune di Pozzuoli (provincia di Napoli) è ubicato un lago di origine lagunare denominato "lago Lucrino" detto anche "Mariciello", specchio d'acqua costiero;
2. il lago Lucrino è riportato nel N.C.T. al foglio 77 del Comune di Pozzuoli; ~ !~ ~
3. il lago Lucrino ha una superficie di 6,8 ha, un perimetro di 1250 metri e una larghezza di 120 metri in media. Riceve apporti d'acqua da sorgenti termominerali, non quantificate. Il lago Lucrino è un lago costiero ad acqua salmastra, separato dal mare da una lingua di terra sabbiosa;
4. il lago Lucrino occupa la metà di un'area pianeggiante stretta tra i rilievi di Monte Nuovo, Vulcano Averno e la propaggine settentrionale del vulcano dei fondi di Baia;
5. la sponda meridionale del lago Lucrino è contrassegnata da una consistente pressione antropica per la presenza della strada litoranea, dalla linea ferroviaria, dagli stabilimenti balneari, da un centro sportivo, da un supermarket e da un ristorante edificato direttamente sul lago. Una arteria asfaltata permette la circumnavigazione;
6. il lago in questione è avamposto dell'antico Portus Julius creato da Augusto nel 37 a.c. e presenta interesse archeologico.

Recenti ricerche archeologiche condotte nel comprensorio del Lucrino, hanno permesso l'individuazione di numerosi complessi antichi, tra i quali quello del Balneum tritoli e delle stufe di Nerone.

Al fine di una chiara descrizione fattuale e delle caratteristiche del lago Lucrino si produce (all'atto della costituzione in giudizio) relazione descrittiva del lago Lucrino redatta nell'anno

(*) Avvocato dello Stato.

2006 dell'Agenzia del Demanio, con corredo fotografico.

7. Il lago in questione appartiene al demanio idrico e quindi proprietario ne è lo Stato ex art. 822 1° comma c.c. secondo cui: "Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico (...) i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalla legge in materia". Ciò ai sensi dell'art. 1 L. n. 36/1994 secondo cui: "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorchè non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà", abrogato e sostituito poi dall'art. 144 1 comma del D.L.vo 3 aprile 2005 n. 52 secondo cui: "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato". In altri termini, il legislatore ha ritenuto il carattere demaniale *tout court* di tutte le risorse idriche, siano esse superficiali che sotterranee.

Tale carattere è reiterato dal D.P.R. n. 238 del 18 febbraio 1999 il quale, all'art. 1 comma 1, stabilisce "Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali, anche raccolte in invasi o cisterne".

Con tale nuova normativa risulta, quindi, superato il pregresso regime delineato dal R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775 che ricollegava la qualità di acque pubbliche all'attitudine "ad usi di pubblico generale interesse" (art. 1 comma 1 R.D. n. 1775 cit.), avendo il legislatore operato a monte la scelta di riservare in via esclusiva al demanio dallo Stato la proprietà di tali risorse.

Da quanto detto ne consegue l'inconfigurabilità e, comunque, la caducazione di qualsivoglia diritto di natura privata sulle acque superficiali o sotterranee eventualmente sorto in virtù della pregressa normativa il quale si presenta quindi - confliggente e recessivo rispetto alla sopraindicata normativa (L. n. 36/94, D.L.vo n. 152/06 e D.P.R. n. 238/99) volta a salvaguardare le risorse idriche e l'ecosistema.

Conseguenza di quanto detto è che sottoposto alla sopraindicata normativa è il lago di Lucrino il quale - come detto sopra - ha carattere demaniale ex lege e, come tale, di proprietà pubblica.

8. in data 27 luglio 2005 con atto (del notaio Carlo Tafuri in Napoli Piazza Nicola Amore 14), Rep. N. 295062 - Raccolta 74213) è stato alienato per il prezzo di euro 845.000 il sopradescritto (ai punti da 1 a 5 della premessa) "Lago di Lucrino".

Parte alienante, dichiaratasi proprietaria, è stata S. C. nata a Bacoli il 01.11.1937, domiciliata in Napoli alla (omissis).

Parte acquirente è stata la società ELGEA s.r.l. con sede in Napoli alla Via Consalvo 120/A in persona dell'Amministratore Unico Affabile Roberto, nato a Napoli il (omissis).

In tale atto (del quale al momento della costituzione in giudizio se ne produrrà copia) il lago alienato viene - a pp. 2 e 3 - così descritto: «consistenza immobiliare sita in Pozzuoli (Napoli) - lago di forma irregolare denominato "Lago di Lucrino" o "Mariciello" con relativa foce a mare attraverso apposito emissario sottopassante la Strada che da Pozzuoli porta a Miliscola e la Ferrovia Cumana; in Catasto Terreni: Foglio 77, P.Illa 29 (già 29/a), ente urbano, ha 7.89,85; - confinante con P.Illa 149 (già facente parte della P.Illa 29 originaria) nonché con la P.Illa 26 (che oggi comprende la 149) entrambe di proprietà della dichiarante, Via Miliscela e Strada Comunale di Circumvallazione del Lago di Lucrino».

La detta proprietà pervenne alla dichiarante con atto Notaio Nicola Margarita di Napoli del 2 luglio 1966, trascritto a Napoli il 22 luglio 1966 ai nn. 36889t15635». Nell'atto or descritto del Lago Lucrino si dice che «trattasi di superficie lacustre» (pag.4) e si precisa altresì (pag. 7) all'art. 9, che: «Le parti espressamente convengono che l'area di lago ex P.Illa 149, oggi fa-

cente parte della P.lla 26, non è oggetto di vendita, rimanendo essa, sia porzione di lago, sia costruzione su di esso realizzata, di proprietà esclusiva di essa signora S. C. »;

9. stante la proprietà demaniale del bene oggetto del trasferimento (sopradescritto alla premessa n. 8) e la conseguente inalienabilità ai sensi dell'art. 823 c.c., dello stesso bene, si deduce la nullità ex art. 1418 1° comma e 823 1° comma c.c. dell'atto di compravendita sopraccitato alla premessa n. 8;

10. l'Agenzia del Demanio è attributaria dell'amministrazione dei beni immobili dello Stato con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, mentre il Ministero per i Beni e le Attività Culturali esercita le attribuzioni spettanti allo Stato in materia di tutela, gestione e valorizzazione dei beni culturali e dei beni ambientali.

E' interesse delle Amministrazioni in epigrafe, al fine della tutela delle materie delle quali sono attributarie, agire in giudizio al fine di accertare la proprietà demaniale - *rectius* di demanio idrico - del c.d. lago di Lucrino e delle sue pertinenze.

Gli elementi costitutivi del bene del quale si chiede l'accertamento della proprietà demaniale sono formati dall'acqua, dall'alveo che la contiene, dalla riva che delimita l'alveo e dalla spiaggia, in uno alle relative pertinenze.

Le Amm.ni in epigrafe si riservano di agire, con l'instaurazione di distinto e autonomo giudizio al fine - tra l'altro - di accertare altresì la qualità (di demanio culturale del Lago di Lucrino e di conseguire la condanna dei possessori e/o detentori alla restituzione dello stesso in favore degli aventi diritto.

Tutto ciò premesso le Amministrazione *ut supra* rapp.te e difese propongono

RICORSO

a codesto Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche al fine della tutela delle proprie ragioni e

CITANO

1) la sig.ra C. S. residente in Napoli alla Via (omissis)

2) la Società ELGEA s.r.l. in persona del legale rapp.te p.t. domiciliato per la carica presso la sede sociale in Napoli (NA) alla Via Consalvo n. 120/A

a comparire dinanzi al Giudice del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte di Appello di Napoli delegato designando, nei soliti locali all'udienza del 24 maggio 2007 ora di rito con invito a costituirsi nei termini di legge e con l'avvertenza che la mancata costituzione entro tale termine importerà l'applicazione delle decadenze previste per legge e la dichiarazione di contumacia per sentire accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

voglia l'adito giudice accertare e dichiarare, nel contraddittorio dei convenuti, che il cd. Lago di Lucrino e le sue pertinenze -e quindi l'acqua, l'alveo che la contiene, la riva che delimita l'alveo e la spiaggia in uno alle relative pertinenze - descritto ai numeri 1, 2, 3, 4 e 5 delle premesse del presente atto appartiene, è di proprietà dello Stato con la qualità di demanio idrico.

In via istruttoria si produce:

Copia conforme dell'atto di vendita redatto dal notaio Tafuri il 27/07/2005 n. 295062;

relazione descrittiva del lago di Lucrino redatta nell'anno 2006 dall'Agenzia del Demanio con corredo fotografico.

Si evidenzia che costituisce nozione di fatto che rientra nella comune esperienza la circostanza dell'esistenza e dei caratteri del lago di Lucrino.

Il lago di Lucrino è riportato ordinariamente sulle carte geografiche della Campania.

Ove l'adito giudice ritenga non provati i fatti costitutivi delle pretese delle domande proposte nella presente sede, si chiede di essere ammessi alla prova testimoniale sui capitoli di prova costituiti dalle premesse nn. 1, 2, 3, 4 e 5 del presente ricorso antepoendovi le parole "vero che .." e si indicano quali testimoni (omissis) domiciliati presso l'Agenzia del Demanio Filiale Campania - sede di Napoli.

Il presente atto viene notificato anche alla Regione Campania, alla Provincia di Napoli e al Comune di Pozzuoli affinché valutino di esperire intervento in giudizio per la tutela degli interessi pubblici dei quali sono rispettivamente attributari.

Si dichiara che il valore della lite è indeterminato e che le Amministrazione in epigrafe non sono tenute al pagamento del contributo unificato delle spese del giudizio giusta la normativa di favore (*ex plurimus* aa. 59-61 D.P.R. n. 131/86, etc.) sulla presenza dello Stato nel giudizio e che le relative spese sono prenotate a debito.

Napoli, 17 novembre 2006

Michele Gerardo
Avvocato dello Stato

(All.2)

CT 12012/05

RG. 185/06

**TRIBUNALE REGIONALE DELLE ACQUE
PUBBLICHE
PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI - G.D. Dott. ORILIA
UD. COLLEGALE 07/12/2009
MEMORIA ILLUSTRATIVA**

Dell'**Agenzia del Demanio** e del **Ministro per i Beni e le Attività Culturali** in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rapp.ti e difesi ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso i cui uffici .domiciliano in Napoli alla Via Diaz, 11

Nella lite contro

1) La sig.ra **C. S.**, rapp.ta e difesa in virtù di mandato dall'Avv.to Paolo Di Martino, presso il quale elettivamente domicilia in Napoli alla Riviera di Chiaia n. 180

2) La **Società ELGEA S.rl** in persona del legale rapp.te p.t. rappresentato e difeso in virtù di mandato dagli Avvocati Stanislao Giammarino e Mario Ciancio e presso quest'ultimo elettivamente domiciliato in Napoli alla Via S. Carlo n. 16

nel contraddittorio

Della **Regione Campania**, in persona del legale rapp.te p.t.. domiciliato per la carica in Napoli alla Via S. Lucia n. 81

nonché nel contraddittorio

della **Provincia di Napoli**, in persona del legale rapp.te p.t., rapp.to e difeso in virtù di mandato dall'Avv.to Aldo Di Falco con elezione di domicilio in Napoli alla Piazza Matteotti ti. 1.

nonché nel contraddittorio

del Comune di Pozzuoli in persona del legale rapp.te p.t. domiciliato per la carica presso la Casa Comunale in Via Tito Livio n. 2

1) Con il presente atto le Amm.ni in epigrafe chiedono l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nel "Ricorso" introduttivo della lite atteso che l'evoluzione del procedimento de quo ha confermato il quadro delineato nel citato ricorso.

In specie si richiama la relazione descrittiva del lago di Lucrino redatta nell'anno 2006 dall'Agenzia del Demanio con corredo fotografico prodotta all'atto della costituzione del giudizio.

Inoltre si richiamano le "Controdeduzioni alla consulenza di parte" del 4/10/2007 dell'Agenzia del Demanio prodotte all'udienza del 23/10/2007.

Inoltre si richiama la dissertazione pubblicata dal dr. M. Pagano sul lago Lucrino depositata in Cancelleria il 12/02/2008 con "Nota di deposito".

Si richiama altresì il contenuto della sentenza della Corte di Cassazione a S.U.n. 20756 del 31/07/2008 prodotta all'udienza del 23/12/2008 dalla difesa della Soc. Elgea.

2) **Sulla fondatezza della domanda**

a) Il lago di Lucrino è un lagq, ossia una depressione del suolo occupata da acqua. La descrizione dello stesso è contenuta nelle premesse da 1 a 6 del ricorso introduttivo del presente giudizio. In ordine alla classificazione del lago Lucrino come lago si richiamano le pagine da 8 a 11 della relazione descrittiva del lago Lucrino prodotta all'atto della costituzione in giudizio e richiamata nel ricorso introduttivo della lite.

Come detto nel ricorso il lago di Lucrino è riportato ordinariamente sulle carte geografiche riguardanti la Campania.

Non riveste natura di demanio marittimo, ancorchè comunicante con un canale con il mare in quanto esso canale non riveste i requisiti del bacino "che al meno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare" (art. 28 lett. b cod. nav.) come ampiamente argomentato dalla sentenza n. 6118/79 della Corte di Cassazione prodotta dalla controparte Elgea srl; requisiti richiedenti l'"attitudine oggettiva dello stesso ad essere utilizzato per fini di uso pubblico" (pag. 9 della sentenza n. 6118 citata).

La sentenza n. 6118/79 della Corte di Cassazione ha statuito proprio sui dati fattuali del lago di Lucrino (escludendone la qualità del demanio marittimo); sicchè le sue argomentazioni - ancorchè non aventi forza di giudicato nella odierna sede come si evidenzierà - sono pregnanti nel caso de quo.

b) il lago di Lucrino appartiene al demanio idrico. All'uopo le Amm.ni in epigrafe così dedussero nel punto 7 delle premesse (pag. 2) del ricorso introduttivo della lite.

"il lago in questione appartiene al demanio idrico e quindi proprietario ne è lo Stato ex art. 822 1° comma c.c. secondo cui:

"Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico (...) i fiumi, i torrenti, i laghi e altre acque definite pubbliche dalla legge in materia". Ciò ai sensi dell'art. 1 L. n. 36/1994 secondo cui: "Tutte le acque superficiali e sotterranee; ancorchè non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà" abrogato e sostituito poi dall'art. 144 1° comma del D.L.vo 3-4-2006 n. 152 secondo cui: "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorchè non estratte dal sottosuolo appartengono al demanio dello Stato". In altri termini, il legislatore ha ritenuto il carattere demaniale tout court di tutte le risorse idriche, siano esse superficiali che sotterranee.

Tale carattere è iterato dal D.P.R. n. 238 del 18.02.1999 il quale, all'art. 1 comma 1, stabilisce; "Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le

acque superficiali anche raccolte in invasi o cisterne”.

Con tale normativa risulta, quindi, superato il pregresso regime delineato dal R.D. 11.12.1933 n. 1775 che ricollegava la qualità di acque pubbliche all’attitudine “ad usi di pubblico generale interesse” (art. 1 comma 1 R.D.1775 cit.), avendo il legislatore operato a monte la scelta di riservare in via esclusiva al demanio dallo Stato la proprietà di tali risorse.

Da quanto detto ne consegue l’inconfigurabilità e, comunque la caducazione di qualsivoglia diritto di natura privata sulle acque superficiali o sotterranee eventualmente sorto in virtù della pregressa normativa il quale si presenta - quindi - confliggente e recessivo rispetto alla sopraindicata normativa (L. N. 36/94, D.L.vo n. 152/06 e D.P.R. 238/99) volta a salvaguardare le risorse idriche e l’ecosistema.

Conseguenza di quanto detto è che sottoposto alla sopraindicata normativa il lago di Lucrino il quale - come detto sopra - ha carattere demaniale ex lege e, come tale, di proprietà pubblica”.

e) segue. Il lago Lucrino appartiene al demanio idrico perchè presenta i connotati previsti dalla normativa attualmente disciplinante la materia.

Va precisato, richiamando la sentenza n. 150/05 del T.S.A.P. (prodotta dalla controparte Elgea srl) dichiarante demanio pubblico il lago di Averno, che “l’ art. 822 c.c. inserisce i laghi nel demanio pubblico, ma si deve ritenere che, prima della legge n. 36 del 1994 essi potessero qualificarsi demaniali, solo se aventi o destinati ad avere un uso di pubblico generale interesse, non essendo acque pubbliche semplicemente per la loro esistenza come accade invece dopo il 1994” (art. 16-17 della sentenza).

Va ancora precisato che nel vigore esclusivo del T.U. acque - accogliente una concezione restrittiva del concetto di demanio idrico rispetto alla successiva legge Galli - gli usi pubblici generali potevano essere i più vari: produzione di elettricità, irrigazione, fornitura di acqua potabile, bonificazione dei terreni, attività industriali o ittogenetiche o di destinazione a scorte idriche o antincendio, balneazione o diporto e usi assimilabili (così pag. 18 - 19 della citata sentenza n. 150/05); al fine di tali usi è irrilevante che l’acqua sia dolce o salmastra, potabile o non (così ancora p. 19 della citata sentenza n. 150/05 con riferimento specifico al lago di Averno).

Poi va precisato che nella normativa attualmente disciplinatrice della materia non vi è alcuna limitazione nella individuazione dei requisiti connotanti come pubblica una data acqua, come peraltro già disciplinato nell’impero del T.I.J. n. 1775 al lume di quanto appena detto sopra. Tutte le acque, senza limiti, superficiali e sotterranee appartengono al demanio dello Stato (art. 144 1° comma D.L.vo n. 152/06 e art.1 D.P.R. n. 238/99).

La normativa non prevede quindi che alcune acque, o le acque dolci, o solo le acque salmastre o saline appartengono al demanio dello Stato.

La normativa è chiara ed assoluta: tutte le acque, senza distinzione di uso quindi, (arg. ex aa. 144 comma 2 e comma 3, 146 comma 1 lett. a, lett. a e comma 2 D.L.vo n. 152/06), superficiali e sotterranee appartengono al demanio dello Stato.

La circostanza che la normativa sopravvenuta si riferisce a tutte le acque, prescindendo dall’uso, è confermata anche dalla Corte Costituzionale.

La Corte intervenendo sulla costituzionalità della cd. Legge Galli (art. 1 comma 1 L. 05/01/1994 n. 36 poi sostituito dall’art. 144 D.L.vo n. 152/06, come sopra evidenziato) con le sentenze del 19 luglio 1996 n. 259 e 27 dicembre 1996 n. 419 pacificamente ha rilevato che tale legge si applica a tutte le acque indiscriminatamente; in specie poi la citata sentenza n. 419/96 interveniva in una lite che aveva ad oggetto un fosso di bonifica raccogliente le

acque meteoriche drenate dal terreno.

Va evidenziato che, per tutto quanto dedotto, non rilevante, nel caso de quo - è la massima della sentenza n. 53/99 del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche secondo cui: *“Le disposizioni della L. 5.1.1994 n. 37, laddove stabiliscono la demanialità in ogni caso dei beni in essa contemplati (nella specie, del letto di un fiume), non sono applicabili in via retroattiva e, quindi; non hanno la forza di modificare precedenti situa.ztoni giuridiche, tanto da estinguere diritti soggettivi su una determinata categoria di beni; pertanto tali norme non possono travolgere la proprietà privata dei beni già legalmente appartenenti ai privati”*.

In prima analisi, la massima! va calata al caso di specie deciso. Dalla complessiva lettura della sentenza si evince che veniva in rilievo una sdemanializzazione tacita del demanio idrico avvenuta prima della novella dell'art. 947 c.c. con la cd. legge Galli (novella statuyente: *“in ogni caso è esclusa la sdemanializzazione tacita dei beni del demanio idrico”*). Ove la novella fosse stata applicata alla sdemanializzazione tacita già realizzatasi, ossia a situazioni che alla data di entrata in vigore della legge Gallo non avevano - all'attualità - alcunchè di connotabile come demanio idrico, effettivamente si sarebbe realizzata una applicazione retroattiva della legge. Il che - in mancanza di una previsione di retroattività prevista espressamente dalla legge - non è possibile. Quando la legge Gallo è entrata in vigore - nel caso deciso dalla citata sentenza n. 53 - non esisteva un bene avente i caratteri ontologici dell'acqua pubblica, ma un antico alveo dimesso sul quale i privati avevano eretto da decenni alcune opere edilizie. Una lettura piana della sentenza nr. 53/99 consente di acclarare quanto evidenziato.

Dalla sopracitata massima non può però argomentarsi che la legge Galli (e le successive) non riguarda le acque appartenenti a privati alla data della sua entrata in vigore. Difatti, ove un'acqua già privata alla data di entrata in vigore della l. nr. 37/94, abbia i connotati designati dall'art. 1 della legge citata, essa acqua diventa pubblica.

Alcun limite del tipo evidenziato è applicabile. Ciò per una molteplicità di ragioni.

1) alcun limite vi è nella legge. Non viene in rilievo - nel caso sottoposto a codesto Giudice (diversamente dal caso deciso dal T.S.A.P. con la sentenza nr. 53/99) - un problema di applicazione retroattiva della legge. La retroattività implica la applicabihtà della legge a condotte, ad atti pregressi. Ma nel caso di specie vi è la disciplina di stati; di connotazione di beni che non può non riferirsi ad essi beni;

2) dalla parte motiva delle citate sentenze della Corte Costituzionale si evince che, chiaramente il giudice delle leggi reputa applicabile la legge Galli alle acque così come esistenti alla data di entrata in vigore della L. n. 36/94;

3) La L. n. 36/94 non può che applicarsi alle acque esistenti. Implausibile è la applicazione ad acque future.

3) Infondate sono le eccezioni sollevate dalle convenute.

A) Sulla legittimazione attiva dell'Amm.ne per i Beni e le Attività culturali.

Nella odierna lite si discute dell'accertamento della proprietà pubblica del cd. lago di Lucrino contestata da privati, tanto che questi ultimi hanno alienato il cespite in questione. All'evidenza la qualità pubblica del cespite consente in maniera adeguata l'esercizio delle attribuzioni del Ministero, viceversa non esercitabili con analoga efficacia ove il cespite fosse qualificato privato.

In ordine alla qualità pubblica e, tra l'altro, di bene culturale del lago di Lucrino si richiama quanto detto negli atti di causa e in specie la dissertazione prodotta il 12/2/2008 nella quale si dà compiutamente conto di tutti quei complessi antichi che sorgevano e sorgono sulle rive

del lago, di cui non può sottrarsi l'intrinseco valore archeologico culturale derivante dal suo costituire, in uno con il bacino del lago d'Averno, il complesso augusteo del Portus Julius. Tale situazione, come evidenziato nel punto 10 delle premesse del ricorso introduttivo della odierna lite, legittima ad agire il Ministero in epigrafe al fine della idonea tutela delle materie delle quali è attributario.

B) Sul rapporto tra l'odierna lite e quella introdotta dalla signora S. nel dicembre 1995.

Le convenute Elgea S.r.l. e S. C. lamentano la litispendenza e/o continenza - chiedendo anche la sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c. dell'odierno giudizio rispetto a quello introdotto dalla signora S. nell'anno 1995 nel quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze avrebbe proposto domanda riconvenzionale di accertamento della demanialità del lago di Lucrino. Le difese di controparte sul punto sono infondate per almeno tre ordini di ragione:

a) alcun rapporto può esistere tra i due soprandicati giudizi atteso che gli stessi - coinvolgono soggetti diversi. Per i principi in materia è richiesta la identità dei soggetti coinvolti nelle due liti (tra le quali individuare un rapporto di litispendenza e/o - continenza e/o pregiudizialità implicante, la necessità della sospensione). Nell'odierno giudizio vi è l'Agenzia del Demanio persona giuridica di diritto pubblico ed ente pubblico economico del tutto distinta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze; poi nel giudizio introdotto nel dicembre 1995 sono estranei, tra gli altri, anche il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, la Soc. Elgea sri e la Regione Campania;

b) nel giudizio instaurato nel 1995, come può agevolmente può desumersi dallo svolgimento del processo contenuto nella sentenza n. 20756/08 della Corte di Cassazione, il Ministero non ha proposto la domanda riconvenzionale descritta dalla controparte;

c) il rapporto di litispendenza continenza e/o pregiudizialità ex art. 29 cpc lamentato dai convenuti è espressamente escluso anche dalla citata sentenza n. 20756/08 della Corte di Cassazione;

C) Sulla competenza dell'adito giudice

Le convenute eccepiscono che l'adito giudice è incompetente in quanto la competenza spetta al Tribunale Ordinario.

La competenza per i principi in materia (arg. ex art. 10 c.p.c.) è determinata in base alla domanda. Con il ricorso introduttivo dell'odierno giudizio le Amm.ni in epigrafe hanno proposto la domanda di accertamento delle proprietà dello Stato a titolo di demanio idrico del cd. lago di Lucrino e delle sue pertinenze. Tale lite rientra ex art. 140 lett. a) r.d. 11/12/1933 n. 1775 nella cognizione dell'adito giudice. Che un tale principio si applichi al caso di specie si desume, implicitamente e nel complesso, dell'obiter contenuto a pag. 9 della citata sentenza n. 20756/08 della Corte di Cassazione a S.U. Tale sentenza ha rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario - eccezione basata sul rilievo che "la demanialità idrica è attribuita al Giudice delle Acque (Trap e Tsap)" - per due ragioni: la prima perché la domanda di pronuncia sull'accertamento della demanialità idrica è stata ritenuta nuova e la seconda perché il rapporto tra il giudice ordinario e quello specializzato non pone una questione di giurisdizione ma di competenza.

Non ha affermato la Cassazione, né poteva per la chiara disciplina in materia, che la cognizione sulla demanialità idrica non è attribuita al giudice delle acque.

Le sentenze citate dalla convenuta Elgea S.r.l. (sentenza n. 22/61 del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e sentenza n. 6118/79 della Corte di Cassazione) non sono pertinenti nel caso di specie per i motivi che si illustrano:

a) il giudicato contenuto nelle citate sentenze non si estende alle Amm.ni in epigrafe, soggetti

giuridici distinti ed autonomi rispetto a quelli coinvolti nei giudizi sfociati nelle due sopracitate sentenze. Ciò per i limiti soggettivi del giudicato ex art. 2909 c.c. che richiede l'identità di persone, *petitum* e *causa petendi*. Va precisato che - diversamente da quanto opinato dalla convenuta S. (pag. 11 della comparsa di risposta) - tra il Ministero delle Finanze e l' Agenzia del Demanio si è avuta una mera vicenda organizzatoria;

b) i giudicati contenuti nelle due sentenze *COMUNQUE* - ossia anche a volere estendere esso giudicato alle Amministrazioni n epigrafe - non operano nel presente giudizio per il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto ed il deducibile ma non quello che non era ancora deducibile, ossia i fatti sopravvenuti.

Fatto sopravvenuto che nel giudizio di specie è costituito dalla cd. legge Galli (L. n. 36/1994 poi recepita nel D. Lvo 3/7/2006 n. 152) che ha diversamente configurato, ampliandoli, i connotati costitutivi del concetto di demanio idrico. Tale circostanza è evidenziata anche nella sopracitata sentenza n. 20756/08 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite enunciante "essendo evidente l'errore in cui è in corso la Corte di Appello di Napoli, facendo da un lato riferimento a giudicati formati in epoca precedente alla entrata in vigore della legge n. 36 del 1994 sulla base della quale andrebbe affermata la demanialità idrica (...)" (pp.9-10 della sentenza).

e) le due sentenze citate dalla controparte non dicono quanto affermato dalla stessa. Non è esatto che la sentenza n. 6118/79 della Cassazione (prodotta dalla convenuta Elgea S.r.l) "ha definitivamente chiarito la natura marina delle acque del lago di Lucrino"; la sentenza in esame ha escluso che il lago di Lucrino costituisce un bene demaniale marittimo ex art. 28 cod. nav., in quanto la situazione attuale del bene (ristrettezza del canale di collegamento del lago con il mare) esclude una comunicazione libera col mare almeno una parte dell'anno (pag. 8 della sentenza).

Non è esatta l'affermazione della convenuta Elgea S.r.l. secondo cui "la non appartenenza al demanio idrico del lago di Lucrino e quindi l'incompetenza di questo Tribunale è stata accertata con sentenza del Tribunale Superiore delle Acque del 22.12.1961 n. 22/61 emessa a seguito di appello avverso la sentenza del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte di Appello di Napoli n. 9/60 del 26.10.1960, sulla considerazione che versavasi in tema di acque marittime" difatti in tale sentenza il giudice si ritenne competente - confermando la sentenza di primo grado sul punto - in ordine all'accertamento della qualità pubblica o meno delle acque del lago di Lucrino, mentre si ritenne incompetente sulla problematica della qualificazione del lago di Lucrino come demanio marittimo; quanto ora evidenziato si evince dalla sentenza n. 6207/90 (pp.9-10) del Tribunale di Napoli, dalla sentenza n. 11576/72 (pag. 16) del Tribunale di Napoli prodotte in giudizio dalla controparte Elgea S.r.l.

Va precisato poi - che il giudizio sfociato nella sentenza n. 22/61 del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche coinvolgeva l'accertamento della qualità di acqua pubblica del Lago di Lucrino alla stregua della disciplina e dei requisiti contenuti nell'art. 1, del T.U. sulle acque (n. 1775/33), requisiti richiedenti un uso di pubblico generale interesse delle acque. Uso non più richiesto a partire dalla cd. Legge Galli in poi.

Va evidenziato che nel procedimento - in primo e in secondo grado - sfociato nella citata sentenza n. 22/61 del T.S.A.P. nell'individuare i requisiti acchè si qualificasse pubblica un'acqua Sri si tenne in considerazione la natura dolce o salmastra del lago. Vuol dirsi che la natura dolce o salmastra delle acque già nel regime esclusivo del T.U. acque era neutra al fine della qualificazione dell'acqua come pubblica.

Ancora non pertinente è il richiamo fatto dalla controparte Elgea S.r.l. alla sentenza n. 150/03

del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche affermando la natura di demanio idrico del lago d'Averrio. Tale sentenza, dichiarando la natura di demanio idrico del lago di Averno nel regime dell'art. 1 T.IJ. n. 1775/33 (ossia prima della cd. Legge Galli) contiene un mero richiamo alle statuizioni della sentenza del Tribunale delle Acque Pubbliche di Napoli del 26/10/1960 n. 9; peraltro tale richiamo (pag. 15 della sentenza n. 150/03) correttamente precisa che il T.R.A.P. esclude ILLO TEMPORE (ossia nella vigenza esclusiva del T.U. 1933 n. 1779 art. 1) la natura di demanio idrico del lago di Lucrino, che "ha ritenuto solo virtuale e possibile ma non probabile l'uso dell'invaso citato per fini pubblici e generali"; per il resto tale sentenza - come si dirà in seguito - somministra elementi in favore della natura pubblica delle acque del lago di Lucrino.

D) In ordine alle ulteriori deduzioni della società Elgea Sr.l. (fatte proprie anche da C. S.).

a) Alcuna rilevanza, al lume di tutto- quanto sopra evidenziato e anche al lume delle deduzioni sui limiti soggettivi del giudicato e sullo ius superveniens costituito dalla legge n. 36/94, hanno le numerose pronunce evidenziate dalla controparte a pagg. 11,12 e 13 della propria comparsa.

Si precisa - per quanto non influente per il caso di specie alla luce dello ius supervenieris - che con la sentenza n. 6207/90 del Tribunale di Napoli è stato riconosciuto un diritto all'indennizzo alla S., ma non è stata accertata con efficacia di giudicato la titolarità del diritto di proprietà da parte della S.

Il punto peraltro è sub iudice nel giudizio nel quale è intervenuta la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 20756/08 sopracitata.

Si precisa ancora - per quanto non influente per il caso di specie alla luce dello ius superveniens - che nelle sentenze del Tribunale del 29/5/1972, della Corte di Appello di Napoli del 2/7/1976 e della Corte di Cassazione n. 6118/79 non contengono l'accertamento della proprietà del sig. G. S. dante causa di C. S.

Si rileva altresì - per quanto non influente per il caso di specie alla luce dello ius superveniens - che, come già evidenziato sopra, erronea è l'affermazione della convenuta Elgea srl (a pag. 9 della comparsa) secondo cui il Tribunale Regionale delle Acque pubbliche nel 1960 avrebbe accertato che nel caso di specie "versavasi in tema di acque marittime"; una lettura piana della sentenza conferma quanto or dedotto.

Da ultimo si precisa che le Amm.ni attoree diversamente da quanto ritenuto da controparte (pag. 13 della comparsa) non tornano su detto argomento "fingendo di ignorare l'ampio dibattito già sviluppatosi e le conclusioni a cui esso è pervenuto".

Difatti fin dal ricorso introduttivo della lite si è precisato (punto 7 delle premesse) che lo ius supervenies (legge Galli e successive) comporta "l'inconfigurabilità e, comunque, la caducazione di qualsivoglia diritto di natura privata sulle acque superficiali e sotterranee eventualmente sorto in materia dalla pregressa normativa il quale si presenta - quindi - confliggente e recessivo rispetto alla sopraindicata normativa (L. 36/94 D.L.vo 152 (96 e D.P.R. n. 238/99)".

b) Infondati sono alla luce di quanto sopra precede, le deduzioni in ordine alla non invocabilità dell'art. 1 L. n. 36/94.

Difatti l'interpretazione restrittiva della controparte non è rinvenibile nella normativa disciplinatrice della materia; il lago Lucrino non costituisce acqua marina; se tale fosse verrebbe in rilievo il demanio marittimo (il che non è, come rileva anche la controparte). Le acque del

Lucrino o ricadono nel demanio marittimo o in quello idrico. Sicchè ove si dichiara che le acque del Lucrino siano estranee al demanio marittimo devono dirsi necessariamente appartenenti a quello idrico e allora ricadere nell'ambito applicativo della L. 36/94 e D.L.vo n. 152/06.

All'uopo si richiama quanto detto sopra in ordine alla avvenuta pubblicizzazione di tutte le acque a prescindere dall'uso.

Non pertinente è il - citato dalla controparte Elgea - decreto del 13.03.1995 del Ministro per i Beni Culturali e Ambientali che avrebbe dichiarato di interesse particolarmente importante l'invaso del lago Lucrino. E' da ritenere infatti che l'Amm.ne attese le risultanze catastali e al fine della tutela anche - tuzioristica dell'area - ha adottato il decreto de quo; decreto inutile alla luce della natura ontologica del bene. Peraltro tale decreto non risulta mai stato notificato ai destinatari.

c) Infondati sono i rilievi della convenuta in ordine alla rappresentazione delle caratteristiche del lago Lucrino.

In ordine ai caratteri del Lucrino si richiama quanto detto nel ricorso introduttivo, nella relazione descrittiva redatta nell'anno 2006, allegata al ricorso introduttivo e nella ulteriore relazione datata 04/10/2007 prodotta all'udienza del 23/10/2007.

In tale ultima relazione, a proposito del parere del prof. Luciano Ferrara prodotto dalla convenuta Elgea all'atto della costituzione in giudizio, si evidenzia che quest'ultimo non apporta sostanziale nuovi elementi di reale contrapposizione alla descrizione fatta dall'Amm.ne, ma alcuni approfondimenti di carattere biologico rappresentanti un contributo per la maggior conoscenza dell'ambiente del lago salato costiero o laguna salmastra/salata.

Nella .relazione del 04/10/2007 si osserva altresì:

“A proposito di questa ultima locuzione (laguna salmastra/salata), nella relazione di [controparte], risulta la proposizione di una diversa terminologia di individuazione del “Lago di Lucrino”, sostituito appunto dalla locuzione “laguna salmastra/salata” che sembra, nello - scenario disegnato dal consulente di contro parte] - proporre quasi un diverso ambiente naturale.

In buona sostanza, per quanto riguarda l'individuazione degli elementi caratterizzanti, utili a determinare l'attribuzione di un certo status giuridico allo specchio acqueo in questione per l'accertamento della proprietà al demanio dello Stato o al privato, le due locuzioni hanno esattamente la stessa valenza.

Al fine di non intervenire in seguito su tale argomento, si richiama da subito, la pubblicazione “Le lagune costiere: ricerca e gestione” autori gli esimi professori G.C. Canada, F. Cicogna, E. Fresi ed in particolare il capitolo “Lagune e stagni costieri” ove nella introduzione, parlando di terminologia riportata nelle cartografie nazionali, si evidenzia, in relazione alla improprietà degli utilizzi di termini adoperati appunto nelle cartografie: “Delle stesse improprietà non sono esenti le cartografie di altri paesi dove analoghi ambienti, vuoi per le dimensioni, vuoi per la tradizione volgare, vuoi per le definizioni idiomatiche locali, vengono definiti a seconda dei casi <mari> (Olanda), <laghi> (Egitto, USA), <bacini> (USA)”.

Inoltre al capitolo “Definizione di laguna e stagno costiero” chiarisce: “le lagune esistono solo in presenza di maree (...)... , per laguna si intende un bacino costiero, dominato dalle maree, separato dal mare da un cordone litorale (insieme di lidi), ma comunicante con esso attraverso bocche (foci) lagunari.”(...) i termini <bacino>, <mare>, <lago> , riferibili ad analoghe situazioni costiere rientrano nei tipi sopra definiti....”.

Nella citata relazione vi è anche la classificazione del CNR che riporta il lago Lucrino nei

laghi italiani e riproduce la scheda tecnica relativa allo stesso.

La citata relazione quindi conclude:

“Concludendo la vasta trattazione sviluppata nelle relazioni, - si può affermare che lo specchio acqueo che identifica il lago di Lucrino, deriva dalla separazione a mezzo di un cordone sabbioso, da un braccio di mare aperto (Golfo di Lucrino), per evoluzione geomorfologica della linea di costa.

Il Lago infatti - presenta fondali sabbiosi, è invaso dall’acqua di mare (demanio pubblico marittimo) con cui comunica a mezzo della bocca/foce (opere appartenenti al demanio pubblico marittimo), e riceve apporti di acqua dolce di origine termale (demanio pubblico idrico) dalle vasche di Pollio e dalle Stufe di Nerone (concessionarie), a mezzo di un canale che immette al lago.

Inoltre la flora e la fauna ivi presente, è marina. -

Si sottolinea, che nessuna caratteristica geomorfologica del Lago, che si identifica nel suo stesso specchio acqueo, ci riporta a conclusioni diverse dal definire l’intero impianto del Lago di Lucrino appartenente al demanio pubblico dello Stato”.

d) la società Elgea S.r.l. deduce che l’Amm.ne avrebbe introdotto la odierna lite in via temeraria e richiama l’art. 96 c.p.c. che espressamente prevede l’obbligo di risarcimento del danno da liquidarsi anche d’ufficio. Motiva tale deduzione sulla base del fatto che:

- l’Amm.ne avrebbe agito non tenendo conto dell’ampio dibattito sviluppatosi in tema di proprietà del lago di Lucrino e delle conclusioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza;

- l’Amm.ne avrebbe fornito false informazioni anche a mezzo di una imprecisa e parziale relazione predisposta dalla stessa Agenzia del Demanio

- l’Amm.ne avrebbe introdotto l’odierna lite sconsigliata dalla Capitaneria di Porto di Napoli (come descritto a pag. 18 della comparsa) con la nota del 1/11/2005 (prodotta in giudizio dalla Elgea) in riscontro alla nota dell’Avvocatur Distrettuale dello Stato del 13/09/2005 con la quale si chiedevano alle Amm.ni notizie al fine di valutare la instaurazione della odierna lite.

Tali motivazioni sono erronee:

- l’Amm.ne ha tenuto conto di tutto il pregresso ed ha reputato che la normativa sopravvenuta (L. n. 36/94, D.L.vo n. 152/06 D.P.R. n. 238/99) modificasse lo stato delle cose;

- l’Amm.ne in modo corretto con rilievi fotografici e rinvio al notorio, ha rappresentato i dati fattuali;

- l’Amm.ne ha raccolto dati e notizie dalle varie articolazioni dell’Amm.ne Statale sul problema e all’esito di attenta istruttoria ha reputato - a tutela degli interessi erariali - proponibile l’azione. Conseguenza di ciò è che le considerazioni espresse nella - nota - del 07/01/2005 della Capitaneria di Porto di Napoli (peraltro estranea al giudizio de quo) sono state reputate non condivisibili.

L’Amm.ne ha svolto un ampio e articolato lavoro con un ampio carteggio intercorso con l’Avvocatura dello Stato, suo organo legale. Ciò al fine di evitare appunto, di instaurare liti temerarie ed aggravare il carico di lavoro dei Tribunali.

L’Amm.ne evidenzia che i due documenti prodotti dalla convenuta Elgea - nota dell’Avvocatura dello Stato del 13/09/2005 di richiesta di notizie e nota della Capitaneria di Porto di Napoli del 07/11/2005 di riscontro, ambedue antecedenti all’instaurazione della lite - sono sottratte al diritto di accesso in virtù dell’art. 2 del D.P.C.M. 26/1/1996 n. 200 sull’accesso dei documenti pertinenti l’Avvocatur dello Stato il quale recita:

“Ai sensi dell’art. 24, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in virtù del segreto professionale già previsto dall’ordinamento, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti

fra difensore e difeso sono sottratti all'accesso i seguenti documenti: - -

- a) parere resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza;
- b) atti defensionali;
- e) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)".

All'evidenza, con la produzione dei due documenti è stato violato il segreto professionale.

E) In ordine alle ulteriori deduzioni di S. C.

a) la convenuta S. - pp. 9-11 della comparsa di risposta - si vanta titolare del bene venduto alla Società Elgea srl e, tra l'altro, richiama i giudicati formatisi nel passato inter partes evidenziando altresì che al sopravvenire della legge Galli e s.m.i. - in presenza di diritti reali - non importa la variazioni del rapporto reale posto a fondamento del petitum) e, pertanto, non vale ad impedire la preclusione del giudicato (all'uopo si richiama Cass n. 6627/98).

Come già evidenziato sopra, quanto dedotto dalla controparte contrasta con il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile (tale è il caso deciso da Cass.6627/98 al punto 1A del DIRITTO) ma non anche quello che non era ancora deducibile (nella sentenza citata n. 6627/98 al punto 1.B del DIRITTO la deduzione del ricorrente dell'acquisto per usucapione in un momento successivo a quello di un precedente giudicato è stata dichiarata inammissibile perchè non prospettata nel precedente stadio processuale) ossia, i fatti sopravvenuti, sia eventi fenomenici che nuove norme.

Vuoi dirsi: non vi è - come già evidenziato sopra - un problema di caducazione del giudicato. Il giudicato resta in piedi. Solo che la legge, con efficacia EX NUNC, a partire dal 1994 (entrata in vigore della legge Galli ha pubblicizzato le acque che in precedenza erano private. L'effetto del giudicato si mantiene - nel caso di specie - fino al 1994.

Dal 1994 in poi vi è una nuova disciplina.

E' principio comunemente accettato che l'autorità della cosa giudicata preclude la deduzione in un nuovo giudizio di fatti o norme precedenti la sua formazione, allo scopo di cancellarla o modificarla, mentre non preclude la deduzione e l'esame di norme e fatti sopravvenuti ed idonei a produrre effetti giuridici nuovi e, perciò estranei alla materia a suo tempo dedotta in giudizio. (S. Menchini voce Giudicato civile in Il Diritto - Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore vol. VI p. 699-700 il quale precisa: "ogni successiva modificazione giuridica esula dai confini della cosa giudicata").

Lo ius superveniens non toglie efficacia al giudicato, che continua a regolare fatti e situazioni già verificatisi prima della sua formazione, ed opera così soltanto per il futuro.

Il principio di indifferenza del titolo costitutivo del diritto assoluto o dello status è negato anche quando trattasi di titoli succeduti nel tempo: in questo caso la deduzione in giudizio - di un titolo più recente può comportare un mutamento della causa petendi (Attardti, In terna di limiti oggettivi della cosa giudicata (Riv. Trim. proc. civ. 1990. 475).

Tali principi sono stati, in misura piena, applicati anche dal Tribunale di Napoli nella citata sentenza n. 11576/72 (sempre sulla problematica de qua); all'uopo il giudice ha precisato: "E' infatti principio del tutto pacifico che allorché un singolo bene appartenente ad un privato vuoi per la trasformazione dei suoi caratteri che gli abbia fatto assumere la natura di bene demaniale, vuoi per l'appartenenza ad una categoria che una legge sopravveniente abbia incluso nel demanio necessario, acquisti caratteristiche proprie del demanio necessario, il diritto di proprietà privata si contrae fino alla totale eliminazione, giacché l'ordinamento giuridico vigente preclude che il bene possa formare oggetto di proprietà privata" (pp. 26-27 della sentenza).

b) Non fondata è l'eccezione della S. di estensione del giudicato anche al Ministero per i Beni

e le Attività Culturali (come dedotto a pag. 11 e 12 della comparsa di risposta).

Non pertinente è la giurisprudenza richiamata (Cass. 7523/07 e Cass. 4864/07) in tema di efficacia riflessa del giudicato nei confronti dei soggetti estranei al rapporto processuale. Difatti, tale efficacia riflessa presuppone che il soggetto estraneo vanti un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo. Ma, come peraltro precisa la citata sentenza nr. 7532/07, *“tali effetti riflessi sono impediti tutte le volte in cui il terzo vanti un proprio diritto autonomo rispetto al rapporto in ordine al quale il giudicato interviene, non essendo ammissibile che quegli ne possa ricevere un pregiudizio giuridico”*.

Nel caso di specie, all'evidenza, il Ministero vanta un diritto autonomo.

Tutto ciò detto

si insiste

acchè vengano accolte le conclusioni rassegnate nel ricorso introduttivo della lite.

Napoli 25 novembre 2009

Michele Gerardo
Avvocato dello Stato

Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte d'Appello di Napoli, sentenza 10 febbraio 2010 n. 17 - Pres. Gallo, Est. Dacono - Agenzia del Demanio e Ministero per i Beni e le Attività Culturali (avv. Stato M. Gerardo) c. Elgea srl (avv. ti S. Giammarino e M. Ciancio), S. C. (avv. P. Di Martino).

(Omissis)

Motivi della decisione

La domanda dei ricorrenti - entrambi legittimati, l'Agenzia del Demanio quale attributaria dell'amministrazione dei beni immobili dello Stato, ed il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali in quanto esercitante le attribuzioni spettanti allo Stato in materia di tutela, gestione e valorizzazione dei beni demaniali - investe unicamente la titolarità del lago di Lucrino a titolo di demanio idrico, essendo stata esclusa la sua natura di demanio marittimo, come da precedenti giurisprudenziali. La sentenza n. 6118/1979 della Suprema Corte, per quanto non emessa nei confronti di tutte le parti in causa, ha escluso infatti la appartenenza del Lago al demanio marittimo per la mancanza della sua attitudine oggettiva ad essere utilizzato per fini di pubblico uso; e comunque non è posta in questa sede (e peraltro questo Tribunale sarebbe incompetente a deciderla) la questione inerente appunto la sussistenza delle caratteristiche di cui all'art. 28 del codice della navigazione.

In relazione alla natura di demanio idrico, che costituisce unico oggetto del presente giudizio, ed in relazione al quale è pertanto da ritenersi la **competenza** di questo tribunale specializzato, come peraltro già statuito in sentenza n. 9/1960 di questo Tribunale confermata dal TSAP con sentenza depositata il 9.12.1961 (che ha dichiarato la incompetenza del Tribunale delle Acque Pubbliche solo in relazione domanda di demanialità marittima del lago di Lucrino, confermando nel resto la sentenza che in primo grado aveva ritenuto la propria competenza in ordine alla domanda di riconoscimento di demanialità idrica, respingendola poi nel merito), va detto che nessuna rilevanza assumono i precedenti giurisprudenziali richiamati dalle parti (vedi anche Cass. n. 20756/2008). Infatti la piena proprietà del lago da parte di S.G., dante causa di

S. C. e quindi della Elgea srl, come già riconosciuta giudizialmente, in base alla normativa esistente al momento delle pronunce richiamate, è stata contestata dalle ricorrenti esclusivamente in conseguenza della normativa sopravvenuta di cui allo art.1 legge n. 36/1994, secondo cui “tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorchè non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà”; norma abrogata e sostituita poi dall’art. 144 comma 1 del D.L.vo 3.4.2006 n. 152 secondo cui “tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorchè non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato”.

Con tale normativa sarebbe infatti stato superato il pregresso regime delineato dal R.D. n. 1775/1933 - che ricollegava la qualità di acque pubbliche alla attitudine ad usi di pubblico generale interesse -, e dall’art. 822 cc - che doveva parimenti essere interpretato con riguardo alla necessaria sussistenza della attitudine a soddisfare un pubblico interesse: vedasi sentenza TRAP n. 9/1960, confermata dal TSAP, pronunciata nei confronti del Ministero dei Lavori Pubblici e delle Finanze e vincolante nei confronti degli attuali ricorrenti quali enti parimenti rappresentativi dello Stato e facenti parte della sua Amministrazione e che aveva costituito il substrato normativo per il riconoscimento della proprietà privata del lago; superamento determinato dall’aver il legislatore inteso attribuire carattere demaniale ex lege a tutte le acque, di qualsiasi natura (siano esse dolci, salmastre o saline), e siano o meno esse utilizzabili per un uso di pubblico generale interesse.

Appare pertanto risolutivo esaminare se detta **nuova normativa** sia da interpretare come sostenuto dai ricorrenti, e sia applicabile alla fattispecie. Va detto in primo luogo che anche i resistenti non hanno dubitato della portata innovativa della cd. legge Galli (vedasi comparse di costituzione) in punto di estensione ex lege del carattere demaniale pur in assenza di una attitudine ad un uso pubblico; ed in effetti anche Cass. S.U. n. 10876/2008 evidenzia come la nuova normativa confermi la tendenza legislativa ad estendere l’ambito delle acque pubbliche indipendentemente dal pubblico generale interesse. Ora, risulta accertato in punto di fatto che il lago di Lucrino, di origine vulcanica, “è alimentato principalmente dalle acque pluviali e dalle sorgenti termominerali di San Filippo; e che se non fosse in comunicazione con il mare, avrebbe un livello appena leggermente più basso di quello che raggiunge attualmente nella fase di massima escursione della marea sicché esso è una unità idraulicamente ed idrologicamente indipendente e non può considerarsi come un’appendice del mare che si insinua naturalmente nella terra. Quanto alla comunicazione con il mare, essa è artificiale essendo stata aperta nel XVII secolo ed allargata nel 1873 dal proprietario ... L’afflusso ed il deflusso delle acque marine è regolato da un portellone... non vi sono, in altre parole, fattori dinamici naturali idonei a porre le acque del lago in comunicazione con il mare...L’opera dell’uomo è stata quindi il presupposto indispensabile ed insostituibile per la creazione della comunicazione» (così la sentenza del Tribunale di Napoli del 16 febbraio 1972); e che “è alimentato da acque saline provenienti dall’invasione di alta marea nello emissario, ma anche da acque dolci provenienti da precipitazioni e da falde sotterranee; esso comunica con il mare mediante un solo canale chiuso con saracinesca azionato dalla mano dell’uomo; ... è evidente che ci troviamo di fronte ad una di quelle tipiche valli salmastri o bacini chiusi appartenenti alle acque interne di cui è concepibile la privata proprietà a differenza delle lagune vive, che si appartengono alle acque marittime” (così sentenza TRAP n. 9/1960).

Ritenuto pertanto, sulla base delle caratteristiche sopra evidenziate come già statuite in precedenti giurisprudenziali che ben possono porsi a base della presente decisione in quanto ritualmente acquisiti al giudizio, che il lago di Lucrino sia un bacino interno autonomo,

indipendente dal limitrofo mare, pur se con acque salmastre conseguenti all'intervenuto collegamento artificiale col mare stesso, ne consegue dover esso rientrare nella previsione di cui alla legge n. 36/1994, prima, e dell'art. 144 comma 1 del D. L.vo 3 aprile 2006 n. 152.

La tesi di parte resistente secondo cui detta normativa intende riferirsi esclusivamente a corpi idrici di acqua dolce da cui soltanto è possibile ricavare acque per consumo umano (potabile, casalingo, irrigazione, industriale,..) non è condivisibile. La norma di cui all'art. 1 legge 36/1994, nella sua letteralità, nel considerare appartenenti al demanio dello Stato tutte le acque superficiali e sotterranee ancorchè non estratte dal sottosuolo, mostra di prescindere, oltre che dall'interesse ad un uso pubblico delle acque, anche dalla loro natura dolce, salata o salmastra. Lo stesso articolo peraltro aggiunge al comma 2 che *“qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale”*, e non sembra che l'integrità del patrimonio ambientale per le generazioni future sia un concetto circoscritto al solo ambiente costituito da invasi di acque dolci, e non anche salate o salmastre; e al comma 3 in aggiunta si stabilisce che la norma è dettata per preservare, tra l'altro, *“il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, ... la fauna e flora acquatiche...”*, ovvero in funzione di una tutela ampia che non può essere conseguita se non a 360°, apparendo deficitaria per il raggiungimento di tali obiettivi una riferibilità ridotta della norma, che porterebbe a ritenere ad es. che i laghi con acque non dolci non incidano in alcun modo sulla vivibilità dell'ambiente, o che la flora e fauna ivi esistente non debba essere tutelata. E ancora, il comma 4 espressamente esclude dalla disciplina le acque termali, minerali e per uso geotermico: l'esclusione non sarebbe stata necessaria se le disposizioni avessero riguardato le sole acque dolci utilizzabili per scopi industriali, agricoli, od alimentari.

L'art. 144 del D. L.vo 3 aprile 2006 n. 152, che sostituendolo riproduce l'art. 1 della l. n. 36/1994, è inserito nella parte III (*“Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche”*), alla sezione III, intitolata *“Gestione delle risorse idriche”*; nelle prime due sezioni viene data la definizione di acque superficiali, quali corrispondenti a *“le acque interne, le acque di transizione e le acque costiere”*, e acque interne vengono definite *“tutte le acque superficiali correnti o stagnanti e tutte le acque sotterranee all'interno della linea di base che serve da riferimento per definire il limite delle acque territoriali”* (art. 54 e 74). Appare logico ritenere che se l'art. 144 avesse voluto attribuire un significato più ristretto al termine *“acque superficiali”*, escludendone quelle di natura salata o salmastra, l'avrebbe espressamente indicato. La disciplina dell'utilizzo delle acque viene poi indicata come finalizzata a consentire alle generazioni future di fruire di un *“integro patrimonio ambientale”* (art. 144 comma 2), e quindi a non pregiudicare *“il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la piscicoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici”* (art. 144 comma 3): come si vede, e come si è detto sopra in relazione all'art. 1 legge 36/1994, gli obiettivi della legge sono ben più ampi della sola tutela delle acque per consumo umano, involgendo una generale vivibilità dell'ambiente dal quale non possono essere considerati estranei i bacini di acqua salmastra. In definitiva l'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nella sezione III (in cui è inserito l'art. 144) è la disciplina delle risorse idriche anche *“per i profili che riguardano la tutela dell'ambiente rimarcando quanto stabilito dall'art. 2 (”il presente decreto legislativo ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali”)* e la circostanza

che gran parte degli articoli di detta sezione riguardano poi il servizio di captazione, adduzione e distribuzione di acqua dolce non incide sul contenuto dell'art. 144 che, come detto, è onnicomprensivo di tutte le acque superficiali la cui proprietà viene attribuita al demanio quale ente preposto alla difesa dell'ambiente.

Tale interpretazione è paraltro stata ritenuta anche dal TSAP con sentenza n. 150/2005, ove si specifica che *“l'art. 822 inserisce i laghi nel demanio pubblico ma si deve ritenere che prima della legge n. 36 del 1994 essi potessero qualificarsi demaniali solo se aventi o destinati ad avere un uso di pubblico generale interesse, non essendo acque pubbliche semplicemente per la loro esistenza come accade invece dopo il 1994”*; e dalla Corte Costituzionale che con sentenza n. 259/1996 ha tra l'altro rilevato come il legislatore abbia avvertito l'esigenza *“di un maggiore intervento pubblico concentrato sull'intero settore delle acque, sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli, collegato ad una iniziale dichiarazione di principio generale e programmatica (art. 1 comma 1, della legge n. 36 del 1994) di pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee, indipendentemente dalla estrazione dal sottosuolo”*. E anche se l'interesse generale è presupposto in linea di principio, in relazione alla *“limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua suscettibile anche potenzialmente di utilizzazione collimante con gli interessi generali”* tale limitatezza e potenzialità di utilizzazione generale sono altresì rinvenibili nel caso di specie, considerato che, come è artificiale il collegamento del lago con il mare, così deve ritenersi artificiale anche la particolare attuale composizione salmastra dell'acqua.

Nessun rilievo ai fini della ricostruzione di cui sopra è poi da attribuirsi al vincolo archeologico di cui alla legge 1.6.1939 n. 1089 decretato dal Ministero dei Beni Culturali ed Ambientali e trascritto in data 10.3.1997. Tale vincolo comporta infatti l'esigenza dell'intervento della Sovrintendenza per i beni archeologici in relazione agli eventuali interventi edilizi che i privati concessionari volessero effettuare sui beni demaniali, e non è pertanto incompatibile con la natura demaniale del lago.

In accoglimento del ricorso, deve pertanto dichiararsi la proprietà dello Stato con la qualità di demanio idrico del Lago di Lucrino, come riportato al N.C.T. al foglio 77 p.lla 29 del Comune di Pozzuoli, e delle sue pertinenze. In proposito, deve infatti condividersi quanto anche affermato da TRAP in sentenza 16 dicembre 1972, per cui *“è principio del tutto pacifico che allorché un singolo bene appartenente ad un privato vuoi per la trasformazione dei suoi caratteri che gli abbia fatto assumere la natura di bene demaniale, vuoi per la apparenza ad una categoria che una legge sopravveniente abbia incluso nel demanio necessario acquisti caratteristiche proprie del demanio necessario il diritto di proprietà privata si contrae fino alla totale eliminazione, giacché l'ordinamento giuridico vigente preclude che il bene possa formare oggetto di proprietà privata”*.

In ordine alla **domanda di garanzia** proposta dalla resistente Elgea srl nei confronti della venditrice S. C., onde ottenere ex artt. 1479 e 1483 cc e comunque a titolo di risarcimento danni il rimborso del prezzo pagato incrementato delle spese successive affrontate va rilevato che essa è fondata, e deve pertanto essere accolta. L'art. 1483 cc prevede infatti che il compratore che subisce l'evizione totale del bene per effetto di diritti che un terzo ha fatto valere su esso ha diritto ad essere risarcito dal venditore ai sensi dello art. 1479 cc. L'operatività della garanzia presuppone la privazione del compratore, dopo la stipula del contratto, della proprietà del bene acquistato ed è necessario che l'evento che l'ha determinato anche se verificatosi in concreto successivamente debba attribuirsi ad una causa preesistente alla conclu-

sione del contratto. Entrambi detti requisiti risultano sussistenti; in particolare quello temporale considerato che l'atto di acquisto è avvenuto con contratto in data 27 luglio 2005, ovvero successivamente alla entrata in vigore della legge n. 36/1994, che ha sancito la demanialità delle acque superficiali. Nessuna rilevanza hanno poi:

- la contestuale scrittura privata intervenuta tra la S., la Elgea srl e l'avv. Dario Cincotti con patteggiamenti per il caso in cui l'Amministrazione avesse esercitato il diritto di prelazione e non liquidato alla venditrice il corrispettivo stabilito, non rilevandosi da essa alcuna conoscenza della altruità del bene o accettazione del rischio per evizione;
- la contestuale scrittura privata intervenuta tra la S. ed il Cincotti di cessione di un contestato credito risarcitorio da cui si evincerebbe la conoscenza delle parti delle pretese della Amministrazione, trattandosi di scrittura in cui non è parte la Società Elgea srl (di cui nessuna prova è stata fornita dell'essere il Cincotti il dominus);
- la nota del 16.9.2005 con la quale la Regione Campania evidenziava le pretese dello Stato sulla proprietà del bene, essendo questa successiva alla conclusione dell'atto di compravendita sottoposto alla condizione sospensiva del solo mancato esercizio del diritto di prelazione.

Inammissibili sono poi le prove orali di cui alla comparsa di costituzione della S. tendenti ad identificare la persona dell'avv. Cincotti con quelle della società Elgea, in quanto contenenti circostanze generiche contrarie ad atto scritto, e comunque inidonee a ritenere provata la suddetta identificazione.

Deve pertanto condannarsi la S. alla restituzione in favore della Elgea srl del prezzo versato per l'acquisto, corrispondente agli € 845.000,00 previsti come corrispettivo nel contratto di compravendita sottoposto a condizione e del cui avvenuto pagamento non vi è contestazione. Non risulta provato avere la acquirente eseguito opere di miglioramento o effettuato spese delle quali avrebbe parimenti diritto a rimborso. Sull'importo sopra indicato vanno aggiunti gli interessi al tasso legale e la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, effettuando il calcolo con la tecnica degli interessi, computati - non sulla somma originaria nè su quella rivalutata al momento della liquidazione - ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno" (cfr. Cass. n. 4587/2009); e con decorrenza dalla data del 27.7.2005 per l'importo di € 165.000,00, e dalla data del 4.10.2005 per l'importo di € 680.000,00.

Le spese di lite seguono la soccombenza, e vanno liquidate come da dispositivo. Si ritiene equo disporre soltanto la integrale compensazione di quelle inerenti il limitato rapporto processuale con la Amministrazione Provinciale di Napoli, intervenuta ad adiuvandum ma non titolare di un diritto proprio da far valere in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte d'Appello di Napoli, pronunciando sulla domanda proposta dall'Agenzia del Demanio e dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali nei confronti di S.C. ed Elgea srl, con l'intervento della Amministrazione Provinciale di Napoli; e sulla domanda proposta dalla Elgea srl nei confronti di S. C. disattesa ogni ulteriore eccezione, deduzione ed istanza, così provvede

1) in accoglimento del ricorso, dichiara la proprietà dello Stato con la qualità di demanio idrico del Lago di Lucrino, come riportato al N.C.T. al foglio 77 p.la 29 del Comune di Pozzuoli, e delle sue pertinenze;

(*Omissis*)

I "Mobility Scooters" quali dispositivi medici sono esonerati dall'applicazione del dazio doganale

(Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, Sezione Quarta,
sentenza del 9 febbraio 2010 n. 66)

La sentenza in esame si pronuncia su ricorso intentato dalla ditta Moretti, Società per Azioni che opera nel settore sia della produzione e commercializzazione di dispositivi medici, sia dell'importazione di carrozzelle ed altri veicoli per invalidi anche con motore o con meccanismi diversi di propulsione.

Tale Società, impugnava, affinché fossero annullati, l'avviso di rettifica dell'accertamento n. 17345 del 22 aprile 2008, il correlato processo verbale di revisione dell'accertamento e il processo verbale di constatazione prot. n. 16980 del 21 aprile 2008, emessi tutti dall'Agenzia delle Dogane di La Spezia e aventi come oggetto il recupero dei dazi doganali relativi all'importazione di dispositivi elettrici di mobilità (i c.d. "Mobility Scooters"), veicoli simili alle sedie a rotelle, dotati di una larghezza inferiore a cm. 80, di due serie di ruote aderenti al terreno e di caratteristiche speciali per alleviare la disabilità.

Il *punctum pruriens* della controversia risiedeva nella classificazione giuridica dei mezzi importati.

Secondo la Società ricorrente, sarebbero stati qualificabili come carrozzelle e altri veicoli per disabili, rientranti nella voce tariffaria doganale 87139000 (*carrozzelle ed altri veicoli per invalidi, anche con motore o altro meccanismo di propulsione – altri*) per i quali è previsto un dazio ad aliquota 0%. Secondo l'Ufficio Doganale invece, sarebbero stati qualificabili come veicoli costruiti principalmente per il trasporto di persone, rientranti nella voce 8703101800 in base a quanto disposto dalle regole generali per l'interpretazione della nomenclatura combinata, le note di sezione e di capitolo, con conseguente applicazione di un dazio ad aliquota 10%. Questa prospettazione è stata il frutto di una rettifica in sede di controllo *a posteriori* operata dallo stesso Ufficio, il quale in un primo momento aveva incluso i "Mobility Scooters" nella voce doganale 87139000, la stessa ritenuta appropriata dalla Società ricorrente.

Nella sentenza la Commissione passa in rassegna le singole censure presentate da Moretti S.p.A. quali: 1) la violazione delle regole per l'interpretazione della Nomenclatura Combinata che porterebbe all'illegittimità intrinseca dei provvedimenti emessi dalla Dogana; 2) la violazione dell'art. 12 Reg. C.E. del Consiglio 12 ottobre 1992 n. 2913 e dell'art. 11 Reg. C.E. 2 luglio 1993 n. 2454, che stabiliscono il tipo di efficacia dell'Informazione Tariffaria Vincolata a carico della Dogana; 3) l'illegittima applicazione degli artt. 11 D.lgs n. 374/90 e 303, u.c., del T.U. n. 43/73, per la quale la Dogana avrebbe

comminato sanzioni amministrative corrispondenti alle presunte violazioni commesse per l'aver indicato nella dichiarazione di importazione codici errati che hanno consentito alla Società di non corrispondere alcun dazio; 4) l'assoluta carenza di motivazione nell'emissione degli avvisi impugnati, in particolare in riferimento alla qualificazione e alla classificazione della merce.

Dal punto di vista formale la Commissione Tributaria pronuncia la nullità della citazione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in quanto detto Ministero non sarebbe parte a nessun titolo del procedimento. Dichiarò inoltre la non impugnabilità dei processi verbali di revisione dell'accertamento in quanto atti interni della Dogana. Infine, ritiene inconsistente l'eccezione n. 4) perché, sebbene stringata, non può mai dirsi carente quella motivazione che consente comunque al contribuente di percepire e comprendere quanto richiesto, e a che titolo, dalla Dogana, considerando anche il fatto che può essere in ogni momento integrata nel corso del procedimento in caso di necessità.

La Commissione Tributaria, accoglie il ricorso nel merito ritenendolo "*non privo di fondamento*" dal momento che giudica fondata e accettabile la tesi della Moretti S.p.A., ricavabile essenzialmente dalla lettura sistematica dei primi due motivi di ricorso.

La questione a cui la sentenza è chiamata a rispondere è in base a quali indici i veicoli per disabili del tipo "Mobility Scooters" possono essere considerati dispositivi medici anziché mezzi di trasporto, con la conseguenza dell'inapplicabilità del dazio doganale.

Per dispositivo medico, ai sensi dell'art. 1, par. 2, lettera a) della direttiva 93/42/CEE, si intende "*qualsiasi strumento, apparecchio, impianto, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compreso il software informatico impiegato per il corretto funzionamento e destinato dal fabbricante ad essere impiegato nell'uomo a scopo di:(...), diagnosi, controllo, terapia, attenuazione o compensazione di una ferita o di un handicap (...)*".

Il dispositivo è quindi per l'invalido un sostegno che tutela la sua salute e preserva la sua sicurezza. Rappresenta un qualcosa di più e di diverso dal semplice mezzo di trasporto perché costituisce un ausilio permanente, un completamento del corpo del soggetto disabile.

I principi ricavabili dalla lettura della sentenza sono due e possono essere individuati, il primo, nella *non vincolabilità delle note esplicative di accompagnamento del singolo prodotto*, e il secondo, nella *preminenza dei criteri oggettivi della considerazione della proprietà del prodotto e della destinazione principale del bene*.

Le note esplicative non sono giuridicamente vincolanti perché fungono da meri strumenti per l'interpretazione delle voci della Tariffa, senza portata innovativa (v. ad es. Corte di Giustizia C.E. 16/06/1994 n. 35). Le note sono applicabili solo se in linea con la nomenclatura.

Il criterio decisivo è rappresentato dalla considerazione delle caratteristiche oggettive definite nel testo della voce della Tariffa Doganale Comune e dalla destinazione del prodotto per la qualifica sulla base della nomenclatura combinata. La destinazione costituisce caratteristica inerente al prodotto e tale inerenza deve poter essere valutata in funzione delle proprietà oggettive del medesimo prodotto.

Il riconoscimento della fondatezza e dell'accettabilità della tesi di Moretti S.p.A. implica l'adesione alle seguenti pronunce della Corte di Giustizia Europea, citate dalla stessa ricorrente. La prima è la sentenza n. 130 del 4/03/2004, per la quale: *"Il criterio decisivo per la classificazione doganale delle merci va ricercato in linea di principio nelle loro caratteristiche e proprietà oggettive quali definite nel testo della voce della tariffa doganale comune e delle note delle sezioni o dei capitoli per la classificazione delle merci nella nomenclatura combinata. Per quanto riguarda la nomenclatura combinata le note esplicative elaborate dalla Commissione forniscono un rilevante contributo all'interpretazione della portata delle varie voci doganali, senza però essere giuridicamente vincolanti. Criterio oggettivo di classificazione può essere inoltre la destinazione del prodotto per la qualifica sulla base della nomenclatura combinata"*. La seconda è la n. 467 del 17/03/2005, che ponendosi sulla stessa linea della precedente, afferma: *"Il criterio determinante per la classificazione doganale delle merci va reperito, in linea di massima, nelle loro caratteristiche e proprietà oggettive come definite nel testo della voce della nomenclatura combinata della tariffa doganale comune"*.

D'altra parte l'art. 3 della direttiva 93/42/CEE aveva in precedenza chiaramente affermato che: *"I dispositivi devono soddisfare i pertinenti requisiti essenziali prescritti nell'allegato I in considerazione della loro destinazione"*.

I requisiti essenziali contenuti nell'allegato I prescrivono le caratteristiche necessarie che i dispositivi medici devono possedere al fine di tutelare la salute e la sicurezza di pazienti, utilizzatori, terzi; inoltre definiscono i risultati da conseguire o i pericoli da gestire.

La logica applicata al problema della qualificazione di un mezzo come dispositivo medico consiste nel collegarlo a uno scopo, "funzionalizzarlo", facendo in modo che debba possedere necessariamente determinati requisiti.

Volendo azzardare un paragone con un settore diverso, ma sempre nell'ambito del diritto comunitario, si potrebbe dire che la medesima logica sia stata utilizzata, ad esempio, per l'inquadramento giuridico del c.d. "organismo di diritto pubblico". Secondo la definizione più recente, si intende per organismo di diritto pubblico qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di

questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (Direttiva CE 18/04, art.1, comma 9).

In proposito è stato rilevato che, *"la Corte di Giustizia, in diverse occasioni, ha avuto modo di chiarire come, alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza, perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione in materia di appalti pubblici, alla nozione di "organismo di diritto pubblico" debba essere data un'"interpretazione funzionale" (F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè - Percorsi, Milano 2007, pag.520 ; Corte Giustizia CE, sez. IV 13/12/2007, n. 337: "Le nozioni di "amministrazione aggiudicatrice" e di "organismo di diritto pubblico", devono essere interpretate in chiave funzionale in vista dell'esigenza comunitaria di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro allorché intendano offrire beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici in un altro Stato membro")*. Questo significa che per qualificare un organismo di diritto pubblico e distinguerlo da un ente di diritto privato, occorre la compresenza dei tre requisiti previsti dalla Direttiva 18/04, mentre è indifferente se l'atto istitutivo sia un atto pubblico come una legge o un atto di diritto privato perché il profilo della forma degli atti non ne influenza la sostanza. Tornando invece al caso dell'allegato I alla direttiva 93/42, i requisiti essenziali non prevedono specifiche soluzioni tecniche, tuttavia, definendo i risultati da conseguire, obbligano i produttori a conformarsi ai dettami pena il divieto di commercializzazione e messa in servizio (es. *"9.3. I dispositivi devono essere progettati e fabbricati in modo tale da minimizzare, durante la normale utilizzazione prevista e in caso di primo guasto, i rischi di incendio o di esplosione"*).

La similitudine non serve ad altro che a mostrare come l'ordinamento giuridico comunitario, nato con lo scopo concreto di creare un insieme di regole comuni ai paesi membri, necessita di un'applicazione che tenga conto delle esigenze di certezza del diritto in modo da evitare cadute in formalismi improduttivi.

Su questa linea, la Commissione Tributaria di La Spezia, aderendo alla tesi della Società ricorrente in ordine ai profili della non vincolabilità delle note esplicative di accompagnamento per l'individuazione del prodotto e della preminenza del carattere oggettivo e della destinazione principale del bene, conclude che a determinare una tariffa o a giustificare il ricorso a un'altra, è *"l'uso per il quale il bene stesso è stato progettato e ritenuto utile per una categoria particolare di persone"*.

In sostanza, è l'utilità per il disabile a rappresentare il criterio ultimo, lo scopo per la classificazione.

A proprio sostegno la Commissione cita il precedente della Corte di Appello di Amsterdam che nel caso in esame, da un lato non ha applicato le note perché in contrasto con la nomenclatura e dall'altro ha riconosciuto nel fatto che le merci fossero destinate all'uso esclusivo da parte di persone invalide il criterio classificatorio nelle voci doganali.

Nel caso in esame, i mezzi importati da Moretti S.p.A. assurgono a dispositivi medici perché sono dotati di tutte quelle caratteristiche speciali, previste dalla normativa, per alleviare la disabilità nell'esclusivo interesse dell'utente. Di conseguenza risultano inapplicabili la sanzione, i dazi richiesti e l'IVA corrispondente.

*Avv. Clarissa Baragli**

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, Sezione IV, sentenza 9 febbraio 2010 n. 66 - Pres. Grandinetti, Rel. Molino - Moretti S.p.A. (avv.ti Andreani, D'Addario) c. Ag. dogane circoscrizione doganale di La Spezia, Ministero economia e finanze (Avv. distrettuale Stato di Genova).

(Omissis)

Con il tempestivo ricorso in esame la società Moretti spa impugnava l'avviso di rettifica dell'accertamento n. 17345 del 22 aprile 2008, il correlato processo verbale di revisione dell'accertamento e il processo verbale di constatazione prot. n. 16980 del 21 aprile 2008, emessi dall'Agenzia delle Dogane della Spezia e riguardanti il recupero di dazi doganali relativi all'importazione di dispositivi elettrici di mobilità, classificati dalla dogana come veicoli costruiti principalmente per il trasporto di persone per i quali è previsto un dazio con aliquota del 10% e non come carrozzelle ed altri veicoli per disabili, per i quali è previsto un dazio ad aliquota 0%; il tutto senza che l'ufficio doganale indicasse alcuna motivazione a supporto della propria tesi circa l'errata classificazione fatta al momento dell'importazione di carrozzelle e altri veicoli per invalidi.

La società ricorrente, non concordando con l'ufficio doganale, chiede l'annullamento degli atti impugnati per i seguenti motivi.

1) Violazione delle regole per l'interpretazione della Nomenclatura Combinata.

Alla luce delle caratteristiche dei dispositivi elettrici importati e della verosimiglianza con quelli esentati dal pagamento del dazio, la società fa rilevare l'illegittimità intrinseca dei provvedimenti emessi dalla Dogana.

Infatti, occorre ricordare il principio enunciato dalla Corte di Giustizia CEE con le sentenze n. 130 del 4/3/2007 e n. 467 del 17/3/2005 secondo cui "il criterio decisivo per la classificazione doganale delle merci va riscontrato in linea di principio nelle loro caratteristiche e proprietà oggettive quali definite nel testo della voce doganale comune e delle note delle sezioni o capitoli per la classificazione delle merci nella nomenclatura combinata... criterio oggettivo

(*) Avvocato del Foro di Firenze.

di classificazione può essere inoltre la destinazione del prodotto per la qualifica sulla base delle nomenclature combinate”.

La società ritiene che gli atti impugnati siano viziati da travisamento di fatti e falsa applicazione di legge, poiché la merce in questione va classificata alla voce doganale 8713 e non a quella 8703. I dispositivi di mobilità sono veicoli per invalidi, dunque, riacadono nella v.d. 8713 e in applicazione della regola generale per l'interpretazione della nomenclatura combinata, trattandosi di carrozzelle ed altri veicoli per invalidi.

Inoltre, fa rilevare che, nel caso di specie, la classificazione della merce deve essere fatta in base alla sua destinazione d'uso, per cui non vi sono dubbi di sorta sull'equiparazione della merce importata, in considerazione proprio delle caratteristiche oggettive dei dispositivi di mobilità, alla classificazione di cui alla v.d. 8713. La stessa è dotata di larghezza inferiore a cm. 80, di una serie di ruote aderenti al terreno e di caratteristiche speciali per alleviare la disabitabilità e, quindi, ad essa deve essere equiparata nell'applicazione del dazio.

2) *Violazione dell'art. 12 Reg. C.E. del Consiglio 12/10/1992 n. 2913 e dell'art. 11 Reg. C.E. 2/7/1993 n. 2454.*

Secondo la società ricorrente detta normativa stabilisce “l'efficacia dell'informazione Tariffaria vincolante a carico della dogana nei confronti del titolare in riferimento alla classificazione tariffaria; la ITV infatti non ha efficacia ex se vincolante per la definizione della classificazione di merci, perché un' applicazione in ipotesi erronea e difforme della normativa in uno stato membro si basa esclusivamente sul testo delle voci doganali”.

Ne consegue che la Dogana non poteva effettuare alcuna rettifica in merito alla riclassificazione della merce importata.

3) *Illegittima applicazione degli artt. 11 D.Lgs n. 374/90 e 303, u.c., del T.U., n. 43/73.*

L'illegittima applicazione della normativa citata ha condotto la dogana alla comminazione delle sanzioni amministrative correlate alle presunte violazioni commesse per aver indicato nella dichiarazione di importazione codici errati che hanno consentito alla società di non corrispondere alcun dazio.

Il ricorso, infatti, “a una simile procedura è infatti consentito, a tutto concedere, esclusivamente nelle ipotesi in cui la nuova liquidazione dei diritti doganali sia stata determinata da una differente qualificazione delle merci importate o in genere dalla modifica degli elementi (di quantità, qualità, valore e origine delle stesse merci) poste alla base dell'accertamento originario; nella diversa ipotesi in cui la rideterminazione del tributo siesta invece causata da errori della P.A. in cui essa, impregiudicata l'identificazione soggettiva ed oggettiva delle merci nei loro elementi fiscalmente rilevanti sia caduta sull'inquadramento delle stesse ed in un certa voce della tariffa o sul calcolo del tributo (ipotesi in cui va espressamente ricompresa l'erronea applicazione di una franchigia o di un'esenzione ovvero in via generale l'errata individuazione del regime giuridico applicabile) non implicando tali errori nessuna indagine sulla merce, è invece azionabile direttamente la pretesa fiscale basata sul potere d'accertamento suppletivo”. Nel caso di specie non si può negare che la Dogana sia incorsa sia in errore sulla voce di classificazione della merce al momento dell'importazione, sia nella violazione della norma considerato che nello stesso momento poteva ragionevolmente scoprire la diversa natura e classificazione della merce, quindi, non legittimata ad un recupero a posteriori di eventuali tributi.

4) *Assoluta mancanza di motivazione e conseguente violazione dell'art. 11 del D.Lgs n. 374/90.*

Nell'emettere gli avvisi impugnati la Dogana ha ommesso del tutto qualsiasi motivazione e

spiegazione in riferimento alla qualificazione e alla classificazione della merce. Data la rigorosità della valutazione che deve sottostare alla motivazione del proprio operato, la stessa non può essere di certo demandata ad un generico riferimento alle regole generali 1 e 6 dell'interpretazione della nomenclatura combinata, poiché la classificazione delle merci va effettuata con riferimento alle loro caratteristiche. La stessa motivazione è ulteriormente viziata dal riferimento all'art. 70 del DPR n. 633/72 poiché la classificazione della merce alla cat. 8713900000 non comporta assoggettamento ad IVA.

Conclude la società ricorrente con la richiesta di annullare gli atti impugnanti per la loro palese illegittimità con vittoria delle spese di giudizio.

Con la comparsa di costituzione del 30 luglio 2008 la dogana conferma la legittimità del proprio operato, evidenziando in primo luogo la carenza di legittimazione passiva del Ministero dell'economia e delle finanze, non titolare a qualsiasi titolo del procedimento riguardante l'emissione degli avvisi impugnati, stante l'autonomia assoluta dell'Agenzia delle dogane, e, in secondo luogo, l'improponibilità e l'inammissibilità dell'impugnazione dei processi verbali di constatazione.

Nel merito, nell'evidenziare la legittimità del proprio operato, contesta le asserzioni della società ricorrente, poiché, per la soluzione dei vari problemi collegati alla classificazione merceologica e alla determinazione dell'aliquota daziaria applicabile occorre far riferimento all'allegato I del Reg. CEE n. 2658/87, che regola l'uniformità dell'applicazione della nomenclatura, e alle Note Esplicative, che costituiscono la descrizione e l'illustrazione delle voci rientranti nella Nomenclatura Combinata. Nella note Esplicative relative alla voce doganale 87139 rientrano i veicoli elettrici simili alle sedie a rotelle destinati esclusivamente al trasporto dei disabili. Tuttavia sono esclusi dalla sottovoce gli scooter a motore (mobility scooter) muniti di piantone dello sterzo separato e regolabile. Questi ultimi sono classificati alla voce 8703.

Per quanto riguarda il punto 4) la Dogana precisa di essersi attenuta alle disposizioni in vigore, dato che, come già prima evidenziato, la classificazione delle merci nella nomenclatura combinata si effettua in conformità di una serie di regole la prima delle quali prescrive che i titoli delle sezioni, dei capitoli o dei sottocapitoli sono da considerare puramente indicativi, poiché la classificazione delle merci è determinata legalmente da testo delle voci, da quello delle note premesse alle sezioni o ai capitoli e, occorrendo, dalle norme che seguono, purché queste non contrastino col testo di dette voci e note.

Sulla base di quanto esposto e sulla conseguente legittimità del proprio operato, l'ufficio doganale conclude con la richiesta di rigetto del ricorso e di condanna della società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

Questa Commissione, visti gli atti in proprio possesso ritiene accoglibile il ricorso proposto dalla società ricorrente, in quanto non privo di fondamento.

Per quanto riguarda la citazione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze, questa Commissione la ritiene nulla, in quanto detto Ministero non è parte, a nessun titolo, di questo procedimento. Dichiaro, inoltre, la non impugnabilità dei processi verbali di revisione dell'accertamento, in quanto atti interni della dogana, prodromici alla emanazione degli avvisi di revisione e, principalmente, perché atti non autonomamente impugnabili ex art. 19 del D.Lgs n. 546/92.

Per quanto riguarda l'eccezione relativa alla carenza di motivazione, questa Commissione la ritiene inconsistente sia perché, anche se stringata, gli avvisi emessi contengono una motivazione che consente al contribuente di percepire e comprendere quanto e a che titolo richiesto

dalla Dogana, sia perché la stessa può essere in ogni momento integrata nel corso del procedimento qualora ve ne fosse necessità, sia perché le norme citate prevedono espressamente la comminazione della nullità degli atti in questione soltanto in caso di inesistenza della motivazione.

Nel merito della questione, invece, si ritiene fondata e accettabile la tesi della società ricorrente in ordine sia alla non vinco labilità delle note esplicative che accompagnano l'individuazione del singolo prodotto, in quanto applicabili solo se in linea con la nomenclatura, sia alla preminenza del carattere oggettivo e della destinazione principale del bene. Non è la struttura del bene a determinare una tariffa o a giustificare il ricorso ad una diversa, quanto l'uso per il quale il bene stesso è stato progettato e ritenuto utile per una categoria particolare di persone, per cui non si può non concordare pienamente con quanto decisione dalla Corte di appello di Amsterdam, la quale non nel caso in esame non ha applicato le richiamate note esplicative, poiché esse si ponevano in evidente contrasto con quanto previsto dalla nomenclatura, concludendo che "le merci hanno l'oggettiva caratteristica di esser usate specificatamente da persone invalide. Tale destinazione d'uso può essere utilizzata quale criterio per la classificazione nelle voci doganali...".

Non sussistendo per questa Commissione violazione alle norme relative all'importazione di tale merce, è consequenziale l'inapplicabilità della sanzione, dei dazi richiesti e dell'IVA corrispondente.

Sussistono i presupposti per la compensazione tra le parte delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso. Spese compensate.

La Spezia, 24 novembre 2009

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. - Parere del 18 novembre 2009 prot. nn. 344147/59 - Canoni concessori di alloggi demaniali; concetto di ristrutturazione per l'aggiornamento del coefficiente di vetustà del cespite immobiliare ai sensi dell'art. 20 legge n. 392/1978 sull'equo canone (avv. Giancarlo Pampanelli - AL 28703/09).

«Codesto Ispettorato delle Infrastrutture dell'Esercito – Ufficio Studi e Normativa – ha chiesto di conoscere se, ad avviso di questo organo legale, a seguito di accorpamento ad alloggi di servizio di ulteriori vani (quali cantine, stanze di sgombero, ecc.), si possa ritenere verificata una fattispecie di integrale ristrutturazione, con conseguente ricalcolo del canone di concessione del cespite immobiliare, in particolare con aggiornamento del parametro di "vetustà" dell'alloggio ai sensi dell'art. 20 legge n. 392/1978 sull'equo canone, normativa applicata per la congruità dei canoni concessori degli alloggi demaniali del personale militare.

Al riguardo, codesta Amministrazione ha precisato che sul suddetto quesito, già posto da Reparti territoriali dipendenti, si sono pronunziate in modo opposto l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze (con due pareri) e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, rispettivamente la prima nel senso che, nelle ipotesi di che trattasi, si verificherebbe una ristrutturazione edilizia, con conseguente modifica anche del parametro di vetustà, e la seconda affermando viceversa non ricorrere una fattispecie di ristrutturazione, con conseguente esclusione di modifica del coefficiente di vetustà del cespite.

Tutto ciò premesso, la Scrivente deve anzitutto rilevare che, per l'aggiornamento del parametro di "vetustà" dell'alloggio, l'art. 20, 2° comma, della legge citata n. 392/1978 – abrogato dall'art. 14 della legge n. 431 del 1998 ma le cui previsioni rimangono rilevanti ai fini della determinazione della congruità dei canoni concessori degli alloggi di servizio del personale militare – richiede che sia intervenuta una integrale ristrutturazione del cespite.

Al riguardo, la Suprema Corte ha specificamente avuto modo di affermare

che "in tema di determinazione dell'equo canone, la nozione di integrale ristrutturazione (o di completo restauro) dell'unità immobiliare, rilevante, ai sensi dell'art. 20 della legge 27 luglio 1978 n. 392, per determinare la vetustà dell'unità immobiliare, deve essere tratta dall'art. 31 della legge 5 agosto 1978 n. 457, contenente norme per l'edilizia residenziale, che, nel precisare come rientrino tra gli interventi di ristrutturazione anche quelli di "modificazione o inserimento", nell'edificio, "di nuovi elementi" chiaramente include nel concetto di ristrutturazione anche le opere di ampliamento dell'unità immobiliare con l'aggiunta di uno o più vani" (Cass. Civ. – sez. III, sent. n. 12027 del 6 novembre 1992).

Più in generale, la Cassazione ha affermato che l'"inserimento di nuovi elementi" nell'immobile determina una ristrutturazione rilevante ai fini della determinazione dell'indice di vetustà, ai sensi dell'art. 31 legge n. 457/78 e 20 legge n. 392/78 (v. Cass. – Sez. III – n. 3280/1997).

D'altro canto, in base alla sopravvenuta normativa di cui all'art. 10, 1° comma, lettera C, del D.P.R. n. 380 del 2001 (Testo Unico in materia edilizia), qualora l'organismo edilizio venga a configurarsi anche solo in parte diverso e si abbia un aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero, per gli immobili compresi nelle zone omogenee A, mutamenti della destinazione d'uso, si realizza una "ristrutturazione edilizia".

Ne consegue che l'accorpamento di nuovi locali all'alloggio, anche senza mutamento della destinazione d'uso, determina una innovazione della configurazione complessiva della unità immobiliare e ne amplia la superficie utile, per cui costituisce ristrutturazione edilizia e non manutenzione straordinaria.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha a suo tempo precisato infatti che: "gli interventi di manutenzione straordinaria ex art. 31, lett. b), della legge 5 agosto 1978 n. 457 sono caratterizzati da un duplice limite: uno di ordine funzionale costituito dalla necessità che i lavori siano diretti alla mera sostituzione o al puro rinnovo di parti dell'edificio, l'altro di ordine strutturale consistente nella proibizione di alterare i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari o di mutare la loro destinazione" (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 644 del 23 aprile 1991; v. anche Cons. Stato, V, n. 807/1994; Cons. Stato, V, n. 194/1989, ecc.).

Pertanto, danno luogo a manutenzione straordinaria solo gli interventi di minore importanza, non incidenti sulla volumetria e/o sulle destinazioni d'uso (degli immobili compresi nelle zone omogenee A), quali ad esempio i lavori comportanti demolizioni e ricostruzioni di pareti divisorie, di pavimenti o di servizi igienici, la realizzazione di scale interne e la formazione di servizi igienici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 1989 n. 194 cit.; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 1984 n. 64; Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 1983 n. 307).

Inoltre, come recentemente precisato dalla Suprema Corte, le modifiche volumetriche previste dall'art. 10 del D.P.R. n. 380 del 2001 per le attività di

ristrutturazione edilizia devono consistere in diminuzioni o trasformazioni od incrementi volumetrici modesti, come nei casi all'esame, tali da non configurare apprezzabili aumenti di volumetria, in quanto altrimenti verrebbe meno la distinzione tra ristrutturazione edilizia e nuova costruzione (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 47046 del 2007).

Conclusivamente, dunque, è da ritenere che l'accorpamento di ulteriori vani all'alloggio di servizio, anche senza mutamento della destinazione d'uso, determini una ristrutturazione edilizia, con necessario aggiornamento del parametro di vetustà del cespite.

Sul presente parere si è pronunciato in conformità il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato nella seduta dell'11 novembre 2009».

A.G.S. - Parere reso in via ordinaria del 23 novembre 2009 prot. 350126 - Terzo condono edilizio e disciplina degli effetti del ritardato pagamento della rata intermedia di oblazione (avv. Giuseppe Fiengo - AL 20734/2009).

«Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sottopone all'attenzione della Scrivente un quesito concernente il ritardato pagamento delle rate di oblazione, ex art. 32 del D.L. 30 settembre 2003 n. 269 (convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003 n. 326), ai fini del conseguimento del permesso di costruire in sanatoria.

Come noto, la disciplina del “terzo condono edilizio” è contenuta nel comma 25 dell'art. 32, D.L. n. 269/2003, che estende “*le disposizioni di cui ai Capi IV e V della Legge 28 febbraio 1985, n. 47 (...), come ulteriormente modificate dall'art. 39 della Legge 23 dicembre 1994, n. 724, (...) alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31 marzo 2003*”.

Oltre a disporre la reviviscenza delle precedenti leggi sul condono, l'art. 32 detta una normativa di dettaglio (innovativa rispetto a quella delle leggi n. 47/1985 e n. 724/1994), al fine di consentire la regolarizzazione e la riqualificazione urbanistica ed edilizia del territorio, prevedendo la possibilità di ottenere il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria per le opere realizzate in modo non conforme alla disciplina vigente.

Ovviamente, la possibilità di ottenere il provvedimento di condono è soggetta alla verifica della sussistenza di alcune condizioni, sostanziali e procedurali.

Tralasciando le questioni sostanziali (dandosi per presupposto che – sul piano sostanziale – l'abuso cui ci si riferisce sia condonabile), ai fini del parere in esame vengono in rilievo le condizioni procedurali del nuovo condono edilizio, rispetto alle quali la legge n. 326/2003 impone che la domanda di sana-

toria sia depositata entro un certo termine e sia corredata da una serie di documenti tecnici, nonché dall'attestazione dei versamenti effettuati a titolo di oblazione e di oneri concessori.

Si è in tal guisa configurato un vero e proprio procedimento amministrativo, scandito da molteplici termini, alcuni a carico dei richiedenti (per la domanda, per il pagamento dell'oblazione, per il completamento della documentazione), altri a carico dell'autorità comunale territorialmente competente (per la verifica di congruità dell'oblazione versata), e da lassi temporali al cui decorso, in concomitanza di ulteriori presupposti, la legge riconnette effetti tipizzati.

I dettagli del procedimento di condono sono demandati alle leggi regionali. In via suppletiva, laddove le Regioni non siano intervenute, l'incompleto procedimento delineato dall'art. 32, D.L. n. 269/2003, viene completato dalle disposizioni contenute nell'art. 35, commi 14, 15, 19, 21, legge n. 47/1985. Ancora è da ritenere che eventuali ulteriori lacune vadano colmate mediante applicazione della disciplina dettata dal T.U. edilizia per l'ordinario procedimento di rilascio del permesso di costruire.

Nel meccanismo della legge le obbligazioni del richiedente e le attività del comune risultano separatamente cadenzate e si muovono, fino a un certo punto, su binari paralleli in maniera tale che le conseguenze che vengono fatte discendere dall'osservanza, da parte del richiedente, delle scadenze procedurali, non sono svincolate dall'assolvimento, da parte dell'Amministrazione, dagli obblighi che la norma sul condono fa discendere direttamente dalla presentazione della domanda e dal pagamento dell'oblazione dovuta, ai fini dell'effetto estintivo dell'illecito penale e degli illeciti amministrativi.

In particolare, per quanto riguarda quest'ultima, il comma 38 dell'art. 32 ha stabilito che la misura dell'oblazione e dell'anticipazione degli oneri concessori, nonché le relative modalità di versamento, sono disciplinate nell'Allegato 1 alla legge medesima – come modificato dall'art. 10 del D.L. 29 novembre 2004, n. 282, convertito nella legge 27 dicembre 2004 n. 307.

La legge statale ha dunque determinato in misura certa la misura dell'oblazione dovuta per le varie tipologie di abusi, e ne ha previsto il pagamento in tre rate: la prima, pari al 30% del totale, da pagare prima della presentazione della domanda di condono, in allegato alla quale va prodotta l'attestazione del pagamento; la seconda, pari alla metà del residuo 70% (quindi il 35% del totale) da pagare entro il 20 dicembre 2004 (poi prorogato al 31 maggio 2005); la terza, pari alla metà del residuo 70% (dunque il restante 35% del totale), da pagare entro il 30 dicembre 2004 (poi prorogato al 30 settembre 2005).

Anche ad una semplice lettura dell'Allegato alla legge n. 326/2003 risalta come il legislatore, pur individuando dei termini precisi per il versamento rateale dell'oblazione, tuttavia non abbia inteso disciplinare in alcun modo gli effetti del ritardato pagamento delle singole rate dell'oblazione, sanzionando

esplicitamente soltanto l'omesso versamento **dell'intera oblazione dovuta** nel termine all'uopo previsto.

Il comma 37, dell'art. 32 *cit.* - peraltro con riferimento solo all'oblazione e non anche al contributo concessorio - dispone, infatti, che “*se nei termini previsti l'oblazione dovuta non è stata interamanete corrisposta o è stata determinata in forma dolosamente inesatta, le costruzioni realizzate senza titolo abilitativo edilizio sono assoggettate alle sanzioni richiamate all'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e all'art. 48 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001 n. 380*”.

Ai sensi di tale ultima disposizione, l'amministrazione procedente potrà quindi comminare: a) sanzioni amministrative (demolizione dell'opera) e sanzioni penali ex D.P.R. n. 380/2001; b) sanzione civile della nullità degli atti tra vivi, aventi ad oggetto diritti reali relativi ad opere edilizie abusive (legge n. 47/1985); c) sanzione civile del divieto per le aziende erogatrici di servizi pubblici di somministrare le loro forniture per opere edilizie prive di titolo edilizio (D.P.R. n. 380/2001).

Di conseguenza, solo l'inutile decorso del termine ultimo fissato dalla legge per il pagamento (integrale) dell'oblazione può ritenersi causa di diniego della sanatoria e d'irrogazione delle succedanee sanzioni per l'illecito realizzato, non, invece, l'eventuale slittamento nel saldo della rata intermedia.

Costituisce, infatti, principio generale del nostro ordinamento che affinché un termine possa o debba essere considerato perentorio, tale caratteristica debba essere specificatamente prevista dalla normativa di riferimento (ad esempio, anche con l'indicazione espressa di una sanzione), lasciando quindi un'interpretazione residuale sull'ordinarietà del termine in tutti gli altri casi.

In applicazione di detto principio, dunque, possono considerarsi perentori il termine connesso al primo versamento dell'oblazione da effettuarsi contestualmente alla presentazione al Comune competente della domanda di condono, cui va allegata la relativa attestazione di versamento, pena l'irricevibilità della domanda (e quindi la non condonabilità dell'opera) ed il termine di pagamento della terza rata, ultima *chance* per il richiedente di completare il versamento di quanto dovuto.

Diversamente il secondo termine rateale, in mancanza di un'esplicita previsione d'inderogabilità, si configura come meramente ordinatorio, sicché l'eventuale pagamento effettuato oltre la sua scadenza - **ma, in ogni caso, non oltre la scadenza dell'ultima rata dell'oblazione**, come meglio se ne dirà - non potrebbe in alcun modo giustificare il diniego dell'istanza, consentendo al più, oltre alla richiesta d'integrazione, l'applicazione della normativa generale in materia di ritardo nell'adempimento. Da ciò l'applicazione degli interessi legali nel caso di ritardato pagamento degli importi dovuti a titolo di oblazione, in base al noto principio che vuole l'istituto dell'interesse legale quale, da un lato deterrente in capo al debitore in funzione del trascorrere del

tempo e stimolo a sanare il debito stesso, e dall'altro come riparazione del sacrificio del creditore in funzione dell'incasso ritardato del credito.

Viceversa, il carattere perentorio del termine relativo alla terza rata si desume dalla univoca dizione letterale del comma 37, dell'art. 32 *cit.*, che, nel richiamare l'oblazione "*interamente corrisposta*", impone all'interprete una considerazione unitaria del *quantum debeatur*, comminando esplicita sanzione soltanto alla mancata integrale corresponsione dell'oblazione dovuta nei termini fissati.

Detta interpretazione risulta avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale che, nella sentenza 28 marzo 2008, n. 70, ha affermato che "*ai fini dell'estinzione del reato, ai sensi dell'art. 32, comma 36, del decreto-legge n. 269 del 2003, requisito essenziale è l'integralità dell'oblazione corrisposta dall'imputato*" ed appare necessaria anche alla luce di altri aspetti significativi: anzitutto, l'eccessivo rigore di un eventuale rigetto della domanda per il semplice ritardato/omesso pagamento di una singola rata, posto che tale effetto, in definitiva può farsi derivare solo dopo che il Comune abbia messo in mora l'interessato, considerato che titolare del procedimento in sanatoria è *ex lege* l'ente locale. L'omesso versamento di una rata non può produrre il rigetto della domanda se non previa contestazione e invito ad adempiere.

Sotto altro aspetto, in materia, accanto alla lettera della legge, si ritiene debba trovare applicazione anche il generale principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa, in base al quale nel procedimento occorre tener conto della possibilità di conseguire in concreto la finalità della legge. Con la conseguenza che nel procedimento in sanatoria il Comune deve accertare col massimo rigore possibile l'esistenza delle condizioni di diritto sostanziale fissate dalla legge per ottenere il titolo abilitativo in sanatoria (limiti urbanistici, paesaggistici, quantitativi, ecc.). Nondimeno, una volta accertata l'esistenza di tali presupposti, dovrà perseguire il raggiungimento delle finalità della legge, sicché un diniego motivato esclusivamente sulla base di ritardi o omissioni in cui sia incorso il richiedente nel pagamento della seconda rata dell'oblazione si configurerebbe quale misura evidentemente eccessiva e sproporzionata e, quindi, contraria alla legge.

Il che significa che il *dies ad quem* per il versamento della seconda rata in realtà continua a rilevare solo ai fini del conseguente obbligo di corrispondere gli interessi, ma che ai fini della regolarità del procedimento di condono è possibile che l'istante proceda a versare tutta la somma soltanto dopo che il Comune, successivamente allo scadere dell'ultimo termine rateale, espletati gli accertamenti del caso, gli avrà notificato l'obbligo di pagamento, evidentemente comprensivo degli interessi legali.

Infatti, la somma dovuta, maggiorata degli interessi legali, dovrà essere corrisposta entro 60 giorni dalla data di notifica da parte del Comune dell'obbligo di pagamento (*ex art. 2, comma 40, della legge n. 662/96* - come modi-

ficato dall'art. 1, comma 9, della legge n. 449/97 -, tutt'ora applicabile in virtù del richiamo espresso di cui all'art. 32, comma 28, della legge sul terzo condono). Né v'è dubbio che nel presentare la domanda di sanatoria il richiedente abbia contratto (sia pure subordinatamente alla sua ammissibilità) un'obbligazione pecuniaria ex art. 1282 c.c., cui va applicata, in assenza di specifica regolamentazione, il tasso legale ex art. 1284 c.c., come naturale e fisiologica conseguenza della fruttuosità di pieno diritto dell'obbligazione pecuniaria medesima.

In ogni caso, anche nel nuovo condono il rilascio della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria rimane subordinato all'avvenuto pagamento dell'oblazione legittima, degli oneri concessori, se dovuti, e degli interessi maturati.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha ricollegato la decadenza dalla possibilità di sanatoria soltanto al mancato pagamento della prima rata dell'oblazione e alla **sostanziale** elusione dell'obbligo del pagamento integrale dell'oblazione.

Ed invero, *“poiché è previsto dalla legge che l'esatta determinazione della somma dovuta debba essere effettuata dall'amministrazione competente con la successiva corresponsione di congruagli a favore di detta amministrazione, oltre interessi, ovvero di rimborsi a favore dell'istante per il condono”* la Corte di Cassazione ha ritenuto che *“la mancata corrispondenza dell'importo versato con quello effettivamente dovuto non determina alcuna decadenza, salva l'ipotesi in cui per il carattere irrisorio della misura della anticipazione versata [...], detto pagamento si debba ritenere inesistente”* (cfr. Cass. Pen., sez. III, 17 dicembre 2008, n. 46384).

Ciò a differenza di quanto previsto dalla previgente normativa (ed in particolare dall'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, in forza del quale *“I soggetti che hanno presentato la domanda di concessione o di autorizzazione edilizia in sanatoria ai sensi del capo IV della L. 28 febbraio 1985 n. 47, o i loro aventi causa, se non è stata interamente corrisposta l'oblazione dovuta ai sensi della stessa legge devono, a pena di improcedibilità della domanda, versare, in luogo della somma residua, il triplo della differenza tra la somma dovuta e quella versata, in unica soluzione entro il 31 marzo 1996”*) che aveva indotto il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sugli effetti derivanti dal mancato versamento della seconda rata di oblazione, con decisione n. 4441 del 13 agosto 2007, ad affermare che *“l'omessa corresponsione della seconda rata dell'oblazione computata con la domanda di condono edilizio, né nei termini stabiliti dall'art. 35 l. n. 47 del 1985, né in quelli fissati dall'art. 39, comma 6, l. n. 724 del 1994, rende improcedibile l'istanza di condono [...] e senza che rilevi che l'Amministrazione abbia o meno richiesto il pagamento delle rate successive alla prima”*.

Piuttosto, in base alla nuova normativa sul condono edilizio, la mancata

osservanza del termine previsto per il pagamento della seconda rata da parte dell'interessato, cui abbia però fatto seguito il versamento dell'intero importo dovuto entro l'ultima scadenza prevista dalla legge, non appare più sanzionabile con la decadenza dalla richiesta di condono. Tale lettura soddisfa anche l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, arginando il rischio - paventato nella sentenza emessa dal tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto 15 febbraio 2006, n. 45; 27 gennaio 2006 n. 50 e 19 gennaio 2006 n. 640 - di dilazioni *ad libitum* da parte del privato che, con il ritardato pagamento di tutte le rate previste per il condono edilizio, finirebbe, di fatto, con l'attribuirsi, il diritto di decidere arbitrariamente il tempo in cui terminare il relativo *iter* amministrativo con il pagamento dell'ultima rata, laddove si dovesse ritenere anche quest'ultima scadenzata da un termine meramente ordinatorio.

Tanto più che il pagamento integrale dell'oblazione dovuta (ove per oblazione dovuta s'intende la somma indicata nella domanda di sanatoria e non già quella da corrispondere effettivamente - cfr. Trib. Roma, sez. I, 6 marzo 2008, n. 22923) costituisce però solo una fase del procedimento di condono, il quale si conclude con una formale dichiarazione dell'autorità preposta, previo esperimento di un apposito (sub)procedimento amministrativo.

Infatti, ai sensi del comma 36 dell'art. 32 del D.L. n. 269/2003, a partire dal saldo nei termini dell'(intera) oblazione dovuta inizia a decorrere un ulteriore lasso di tempo (della durata massima di tre anni) - volto a consentire all'autorità comunale competente di svolgere tutti gli accertamenti di merito relativi alla sanatoria delle opere abusive - al cui spirare la legge riconnette, in concomitanza di altri elementi, l'effetto estintivo dei reati in questione (*"La presentazione nei termini della domanda di definizione dell'illecito edilizio, l'oblazione interamente corrisposta nonché il decorso di trentasei mesi dalla data da cui risulta il suddetto pagamento, producono gli effetti di cui all'art. 38, comma 2, della legge 47/1985. Trascorso il suddetto periodo di trentasei mesi si prescrive il diritto al conguaglio o al rimborso spettante"*). Anche la Corte di Cassazione ha ribadito come *"ai fini dell'estinzione del reato costituito dall'illecito edilizio, le tre condizioni previste dall'articolo 32, comma 36, del D.L. 269/03 (presentazione nei termini della domanda di condono; versamento dell'intero importo della somma dovuta a titolo di oblazione, decorso di trentasei mesi dalla data di effettuazione del suddetto versamento) debbono ricorrere congiuntamente"* (Cass. Pen., III, 26 aprile-14 giugno 2007, n. 23131).

La disposizione ha lo scopo precipuo di consentire al Comune di controllare l'esattezza dei calcoli effettuati dai dichiaranti in ordine alla misura dell'oblazione, e di procedere, se del caso, ai conguagli (art. 35, comma 14, legge n. 47/1985) o ai rimborsi, determinando, quindi, in via definitiva, l'importo esatto dell'oblazione, sulla base della documentazione ricevuta e dell'istruttoria espletata.

Ne deriva nel correlato giudizio penale, che il giudice dovrebbe sospendere il processo e chiedere all'autorità comunale competente notizie sulla congruità dell'oblazione autodeterminata e versata dall'interessato così come deve chiedere notizie circa il rispetto dei termini stabiliti dalla legge per il versamento dell'oblazione o per la presentazione della documentazione integrativa richiesta sia per accertare se si è perfezionato oppure se è diventato improcedibile l'*iter* dell'oblazione sia per verificare se il reato si è estinto (in questo stesso senso, v. anche Cass. pen., sez. III, 18 gennaio 2001). La previsione al riguardo di un termine triennale non esclude affatto che qualora il Comune abbia accertato la corrispondenza tra l'oblazione versata e quella effettivamente dovuta dal trasgressore e, per l'effetto, si sia pronunciato anticipatamente sulla domanda edilizia, il provvedimento concreto di assenso al condono edilizio, oltre a chiudere il procedimento amministrativo, farà scattare anche l'ultimo presupposto per la dichiarazione di estinzione del reato contestato, senza la necessità per il giudice penale di attendere tempi ulteriori.

Va ricordata al riguardo l'incostituzionalità della previsione, giudicata in parte qua priva di ogni ragionevole giustificazione "*perché se i tre anni sono previsti ex lege per consentire agli uffici comunali di operare i necessari accertamenti, una volta acclarata la congruità della somma pagata, il decorso del tempo ulteriore non assolve più ad alcuna funzione*" e la fattispecie estintiva dei reati può (*rectius*, deve) ritenersi comunque perfezionata. Così, Corte Cost. sentenza n. 70/2008, cit; in senso conforme, anche Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2009, n. 3582, secondo cui "*L'estinzione per condono del reato costituito da illecito edilizio, laddove la competente autorità comunale abbia attestato la congruità dell'oblazione corrisposta, non necessita del decorso di trentasei mesi dalla data di effettuazione del versamento*".

In definitiva anche ai fini dell'estinzione dei reati, ai sensi del D.L. n. 269 del 2003, art. 32, comma 36, requisito essenziale è "*l'integralità dell'oblazione corrisposta dall'imputato*" e, per la relativa verifica di corrispondenza di quanto versato a quanto realmente dovuto, il giudice penale "*si avvale degli accertamenti compiuti dall'autorità comunale, la quale è il soggetto formalmente preposto alla determinazione definitiva dell'importo dell'oblazione, ai sensi della L. n. 47 del 1985, art. 35, comma 14* (Corte Cost. 70/2008 cit.)".

Pertanto, l'indicazione di un *dies ad quem*, a decorrere dal pagamento integrale dell'oblazione, quale presupposto dell'estinzione dei reati edilizi, dal punto di vista procedimentale risponde all'esigenza di "scadenzare" l'attività di determinazione dell'oblazione spettante al Comune (con accertamenti non solo documentali sull'istanza di condono avanzata dal privato, ma anche fattuali, mediante eventuali sopralluoghi tecnici sulle opere realizzate, al fine di verificarne la conformità a quanto indicato nell'istanza di condono) e di verifica della congruità della somma pagata, evitando che l'effetto estintivo (a fronte della sussistenza degli altri presupposti di legge) possa essere indefini-

tamente procrastinato per inerzia della P.A. precedente. In particolare la specifica previsione di un termine finale rigoroso per il pagamento dell'intera oblazione a decorrere dal quale il Comune debba verificare la congruità della somma pagata è innanzitutto volta a consentire che, affinché si possa estinguere il reato, l'amministrazione accerti che l'oblazione versata sia quella dovuta in base alla legge, onde evitare elusioni della disposizione. Al tempo stesso, tale previsione pone un limite temporale per effettuare i controlli e gli accertamenti (anche di fatto) necessari, in modo da evitare che il ritardo o l'inerzia dell'amministrazione possano procrastinare indefinitamente l'estinzione del reato. L'effetto estintivo assicurato dalla legge sull'ultimo condono edilizio a chi abbia presentato la relativa domanda viene ora a collegarsi direttamente all'oblazione versata nella misura dovuta - così come certificata dalla P.A. - a prescindere dal requisito temporale, con la conseguenza che per il proscioglimento del reato edilizio non si dovrà più attendere il decorso del termine triennale, essendo necessaria e sufficiente la prova della congruità dell'oblazione pagata.

Entro il termine indicato nell'art. 32, comma 36, il tecnico incaricato dall'ente di procedere alla verifica dovrà determinare il reale importo dell'oblazione dovuta per l'abuso commesso e gli importi delle rate risultanti dalla sua scomposizione, maggiorando degli interessi legali per il periodo compreso tra il giorno della scadenza della rata e il giorno in cui è stata effettuata la verifica, in caso di ritardato e/o inesatto pagamento, ovvero richiedendo conguagli o pagando rimborsi; quindi, contestualmente all'esibizione da parte dell'interessato della ricevuta del versamento all'Erario delle somme dovute ad integrazione (a titolo di interessi legali o di conguaglio) di quelle già versate, il competente dirigente comunale (non più il sindaco) rilascerà il titolo in sanatoria.

In conclusione, con specifico riferimento al quesito specifico (invero non esaustivo) formulato da codesta Amministrazione si ritiene che, demandando la legge l'esatta determinazione dell'oblazione legittima all'amministrazione comunale con la successiva eventuale corresponsione di conguagli a favore di detta amministrazione, oltre interessi, ovvero di rimborsi a favore dell'istante per il condono, la mancata corrispondenza dell'importo originariamente versato con quello effettivamente dovuto non possa in alcun modo determinare *tout court* alcuna decadenza a carico del privato, *“salva l'ipotesi in cui, per il carattere irrisorio della misura della anticipazione versata, di cui non ricorrono gli estremi, detto pagamento si debba ritenere inesistente (Cfr. Cass. pen. Sez.III, n.46384/2008 cit.)”*, ovvero l'ipotesi in cui il privato non provveda ad integrare la somma richiestagli entro il termine all'uopo assegnatogli dall'amministrazione precedente».

A.G.S. - Parere del 2 dicembre 2009 prot. n. 362337 - Costituzione di ipoteca su beni archeologici appartenenti a Società cooperative; necessità dell'autorizzazione ministeriale (avv. Paola Palmieri - AL 21135/09).

«La società cooperativa Opitergium Vini S.a.c. chiedeva alla Banca Iccrea la concessione di un mutuo fondiario, offrendo come garanzia un terreno per il quale richiedeva di accendere un' ipoteca.

Da una relazione notarile emergeva che su tale terreno risultava trascritto un vincolo archeologico in favore del Ministero per i Beni Culturali ed Ambientali.

Preso atto di tale vincolo, la Banca Iccrea rifiutava di approvare il finanziamento richiesto dalla cooperativa in assenza di previo parere e di relativa autorizzazione della Soprintendenza per i Beni Archeologici del Veneto, in merito alla costituzione dell'ipoteca sul summenzionato terreno.

Tuttavia, interpellata dalla cooperativa per ottenere l'autorizzazione sollecitata dalla Banca, la Soprintendenza negava che il caso in questione richiedesse autorizzazione, poiché, non essendo la Opitergium S.a.c. una persona giuridica privata senza fine di lucro, il terreno sottoposto a vincolo archeologico non poteva considerarsi rientrante nell'articolo 56 del D.Lgs. n. 42 del 2004.

A fronte della persistente richiesta della Banca la Soprintendenza per i Beni Archeologici del Veneto richiedeva parere legale all'Avvocatura Distrettuale dello Stato, la quale, condividendo le deduzioni postulate dalla Banca ed andando in contrario avviso rispetto alle considerazioni della Soprintendenza, ha rimesso il quesito a questo G.U nella considerazione dei suoi aspetti generali e di massima.

I- Considerazioni generali sull'art. 56 del Codice Urbani

Ai sensi dell'art 56 commi 1 lett b) e 4 *quinquies* del Codice dei beni culturali e del paesaggio, Decreto Legislativo n. 42 del 22 gennaio 2004 debbono essere soggette ad autorizzazione da parte del Ministero dei Beni Culturali ed Archeologici sia le alienazioni sia le costituzioni di ipoteca sui beni culturali appartenenti non solo allo Stato, regioni ed altri enti pubblici territoriali (lett. a) art. 56, ma anche agli enti pubblici diversi da quelli elencati sub a) o alle persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

Il contrasto interpretativo, pertanto, verte sulla seguente questione: se le società cooperative delineate dal codice civile rientrino o meno nel novero della categoria delle "*persone giuridiche private senza fini di lucro*".

Giova premettere, in linea generale, che tanto nel vigore del D.Lgs n. 490 del 1999 (che, all'art. 5 recepisce nella sostanza il contenuto dell'art. 4 della legge n. 1089 del 1939), ed infine nel Codice Urbani, i beni culturali apparte-

nenti alle persone giuridiche senza fini di lucro (ma già prima sotto il vigore della legge Bottai , *enti o istituti legalmente riconosciuti*) sono tradizionalmente affiancati quanto alle modalità di individuazione del bene e quanto al regime di tutela, ai beni appartenenti agli enti pubblici in generale, territoriali e non.

Anche sotto il profilo autorizzatorio (art. 26 della l. 1089 del 1939 e art. 53 comma 3 del T.U. del 1999), la disciplina giuridica dei beni appartenenti a tali soggetti coincide con quella prevista per i beni in mano pubblica, in considerazione delle finalità sociali che contraddistinguono gli enti privati di erogazione (soprattutto di servizi sociali) di origine privatistica, in modo sostanzialmente non difforme da quelli pubblici.

Costituisce contrappeso a tale regime differenziato della proprietà e, soprattutto, all'assoggettamento automatico al vincolo dei beni appartenenti agli enti privati senza finalità di lucro, il particolare regime di agevolazioni e finanziamenti pubblici a favore di tali enti, in vista delle finalità collettivistiche perseguite dai medesimi.

Il regime pubblicistico, dunque, è stato in questo senso visto come pregnante limite e significativo strumento di controllo sull'attività negoziale del settore non profit.

In effetti, a partire dagli anni 90' in poi, si assiste, da un lato, ad un vasto processo di privatizzazione di molti enti pubblici e dall'altro, per quel che qui interessa, all'emergere di un intero settore di enti (complessivamente denominati non profit) che, sia pure dotati di personalità di diritto privato, sono connotati, sotto il profilo oggettivistico, dal perseguimento di fini di utilità sociale, ascrivibili anche alla promozione culturale del paese, alla valorizzazione dei beni culturali.

Si tratta di vedere, dunque, se le società cooperative - in ragione delle loro caratteristiche - possano essere fatte rientrare o meno nel novero di enti privati che, in quanto privi di finalità di lucro, condividono la vocazione di utilità sociale propria degli enti pubblici ed in quanto tali, possano essere legittimamente affiancati a questi ultimi, come ritenuto dall'Avvocatura Distrettuale di Venezia.

II- Considerazioni generali sulla natura delle cooperative

Nelle disposizioni generali che regolano le società, l'art. 2247 c.c. evidenzia come lo scopo di lucro caratterizzi tutte quelle attività economiche idonee a produrre utili (c.d. lucro oggettivo) distribuibili tra i soci (c.d. lucro soggettivo).

Diversamente, l'art. 2511 c.c. definisce le società cooperative quelle "società a capitale variabile con scopo mutualistico".

Secondo la tesi sostenuta dalla Avvocatura Distrettuale di Venezia, le cooperative rientrerebbero tra gli enti privati senza fini di lucro in quanto le stesse, ai sensi dell'art 2511 del codice civile, sono informate al principio mutualistico

inteso come fine contrapposto a quello di lucro, proprio delle società commerciali in genere.

Tale conclusione sarebbe valida anche nel caso in cui si tratti di cooperative a mutualità non pura (c.d. *spuria*), in cui vi è coesistenza di fini mutualistico e lucrativo, atteso che il principio mutualistico, ove presente, caratterizza e distingue le società cooperative, imprimendo loro una disciplina giuridica completamente diversa rispetto a quella disegnata dal Legislatore per le società “lucrative” propriamente dette, e, pertanto, per ciò solo assorbirebbe comunque ogni altro elemento.

Ritiene, tuttavia, la Scrivente che definire le *cooperative* come *società a scopo mutualistico* (art. 2511 c.c.) non sembrerebbe potersi tradurre, come ha ritenuto l'Avvocatura Distrettuale in indirizzo, nella tautologica definizione di “*assenza di scopo di lucro*”.

Si osserva, al riguardo, come i due concetti, scopo lucrativo e scopo mutualistico, non siano giuridicamente da intendersi l'uno come l'equivalente antitetico dell'altro.

Lo scopo mutualistico è pacificamente inteso come quella autodestinazione di risultati rinvenibile nella “gestione di servizio a vantaggio dei soci”, consistente secondo la Relazione al codice civile n.1025, nel “*fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato*”, in contrapposizione al concetto puro di impresa in cui si persegue il lucro oggettivo (obiettivo di perseguire un profitto) e il lucro soggettivo (suddivisione tra i soci del profitto).

Nel corso degli anni, col mutare delle condizioni socio-economiche, la dottrina ha affiancato all'applicazione del concetto di mutualità in senso *puro* - riferibile a quelle società operanti nei soli confronti dei soci - quello di mutualità *spuria*, riferibile alle società che interagiscono con i terzi oltre che con i soci e maggiormente tendenti all'impresa lucrativa. Peraltro, proprio su quest'ultima categoria si è concentrato il Legislatore della riforma, il quale, contemplando due tipologie di cooperative, le *cooperative a mutualità prevalente* (art. 2512,1513,1514 c.c.) e le *diverse*, ha realizzato una gradazione all'interno delle “*spurie*”, finalizzata all'individuazione dei diversi regimi di agevolazioni tributarie (art. 223-*duodecies*, comma 6°, disp. att.) in ragione della componente mutualistica.

Si osserva, peraltro, come anche costante giurisprudenza (SS.UU. della Cassazione, sentenza n. 401 del 2000) abbia in più occasioni sottolineato il fatto che tra le cooperative *diverse* l'elemento mutualistico sarebbe addirittura sussidiario rispetto al lucrativo; ciò nonostante, esse mantengono la denominazione sociale di “*cooperative*”, avendole il Legislatore egualmente ritenute degne di tutela e destinatarie di agevolazioni di carattere tributario (seppur nettamente meno ampie rispetto alle cooperative a mutualità prevalente), pro-

prio per la compresenza dell'elemento mutualistico, ancorché non dominante.

La presenza di connotati lucrativi non è, quindi, inconciliabile con lo scopo mutualistico, tipico della società cooperativa (in tal senso anche: Cassazione Civile, I sez, n. 5832 del 1992). Tale concetto di compatibilità tra scopo lucrativo e scopo mutualistico, sembra sufficiente a dimostrare la non coincidenza tra le nozioni giuridiche della "mutualità" e della "non lucratività", posto che la "compatibilità" non è sinonimo di "identità".

Quanto sopra affermato sembra essere ulteriormente corroborato dalla lettera dell'articolo 45 della Costituzione, in cui si dispone che "la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata": affinché quindi la cooperazione tra gli individui sia meritevole di tutela essa dovrà contenere al proprio interno un elemento positivo, la *mutualità*, e un elemento negativo, l'*antispeculatività*; come pacificamente evidenziato più volte da autorevole dottrina e consolidata giurisprudenza, l'*antispeculatività* non sarebbe da intendersi nel senso di assenza di profitto eventualmente prodotto dalla società nei suoi rapporti con i terzi (c.d. *lucro oggettivo*), bensì come mancata distribuzione di utili ai singoli soci (c.d. *lucro soggettivo*).

Alla luce di quanto sopra esposto, dunque, ciò che costituirebbe, allora, il vero *discrimen* tra le "società lucrative *stricto sensu* (quali le Spa, le Srl, le Sapa, le Snc, le Sas etc) , e le società cooperative, non è rappresentato dalla presenza o meno dello scopo di lucro nell'attività economica, bensì dall'esistenza o meno, all'interno dello statuto, di un limite, (non già totale impedimento), posto alla divisione degli utili tra i soci, in ossequio alla disciplina disegnata dal Legislatore della riforma; a differenza delle altre, tanto le *cooperative a mutualità prevalente* quanto le *diverse*, infatti, vedono compreso il profilo lucrativo della partecipazione sociale, seppur con alcune differenze (che si traducono nelle maggiori o minori agevolazioni di natura tributaria ad esse riconosciute): mentre per le prime è stata prevista la restrittiva disciplina disposta dall'art. 2514 c.c., per le seconde è sufficiente che l'atto costitutivo fissi la percentuale massima degli utili ripartibili tra i soci.

Fondamentale, al fine di individuare l'effettiva natura della cooperativa sarà, pertanto, l'esame dello Statuto. (Nel caso di specie, ad esempio, emerge dallo Statuto della società interessata che lo scopo mutualistico viene individuato nel "far conseguire ai soci vantaggi economici e sociali da ricevere da essa, tramite scambi mutualistici *attinenti l'oggetto sociale, alle migliori condizioni possibili*". Ancora, lo statuto dispone che la Cooperativa sia retta dai principi della mutualità ai sensi di legge, indicando tuttavia, nell'oggetto sociale una serie di attività lucrative tanto in senso oggettivo - quali ad esempio la vendita al minuto dei vini, dei sottoprodotti, e di altri prodotti agricoli - art. 4 lett. a e b -, la distribuzione tra i soci, in rapporto alla quantità e alla qualità delle uve conferite e di quant'altro dagli stessi consegnato, del ricavato delle

vendite dell'esercizio al netto di ogni spesa ed onere - art. 4 lett. c -, la possibilità di concludere operazioni di natura immobiliare, mobiliare, commerciale, industriale, finanziaria, l'assunzione di interessenze e partecipazioni, sotto qualsiasi forma, in imprese, Enti, Associazioni, ancorché strumentali al raggiungimento degli scopi sociali art. 4 lett. h); quanto in senso soggettivo, quale è la possibilità, ancorché in via accessoria e complementare, di operare anche con terzi (art. 3), e la divisione degli utili tra i soci seppur nei limiti posti dalla legge (art. 3).

Conclusioni in ordine al quesito - Il caso particolare delle ONLUS cooperative

Alla luce di quanto sopra esposto in ordine al quesito di carattere generale sottoposto a questo G.U. è possibile concludere nel senso che l'art. 56 del Codice Urbani, individuando tra i vari destinatari dell'obbligo di autorizzazione alla costituzione di ipoteca le "*persone giuridiche private senza fine di lucro*", si riferisca, più propriamente, a quelle persone giuridiche connotate da totale assenza di qualsivoglia perseguimento di un fine di lucro soggettivo, come ad esempio le associazioni, le fondazioni, le cui attività, essendo rivolta a favore di soggetti terzi estranei, non già soltanto dei propri associati, sembrano maggiormente aderenti agli scopi di tipo altruistico perseguiti da tutti gli altri destinatari individuati dalla norma, quali lo Stato, le regioni, gli enti territoriali, e gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

In effetti, se l'interesse dei soggetti riuniti in cooperativa è concentrato sulle finalità proprie e pur sempre egoistiche degli associati, la caratteristica dell'ente senza fine di lucro ai fini della normativa sui beni culturali è, piuttosto, quella di avere come precipua finalità istituzionale lo svolgimento di un'attività rivolta a finalità sociali e superindividuali. Tali enti, benché privati, si affiancano all'attività dello Stato e degli enti pubblici direttamente competenti per la tutela dei beni culturali in modo tale da giustificarne l'attrazione alla sfera del pubblico quanto al regime di tutela dei beni ad essi appartenenti. Non sembra, per contro, possibile ravvisare tali caratteristiche nelle società cooperative siano esse diverse o, anche, a mutualità prevalente, il cui regime proprietario, dunque, in assenza di una ragionevole giustificazione, non può essere assoggettato al sistema autorizzatorio richiesto dalla normativa sui beni culturali per enti senza finalità di lucro.

La Scrivente, in linea generale, ritiene comunque di potere osservare che l'unica residuale ipotesi di cooperativa eventualmente interessata dalla normativa ex art. 56 Codice dei Beni Culturali e Archeologici potrebbe essere individuata, su un piano teorico, in quella afferente alla categoria che tradizionalmente la dottrina qualifica come cooperative a mutualità "pura", la cui attività è caratterizzata dalla assoluta e totale assenza di qualsivoglia elemento lucrativo.

In effetti, la considerazione per cui il codice civile successivo alla riforma

societaria non menzioni la mutualità pura, non dovrebbe indurre l'interprete a considerare tale scelta come una sorta di negazione di esistenza della stessa; al contrario, tale omissione sembrerebbe piuttosto da interpretarsi come la mera volontà del Legislatore di non voler riconoscere ad esse alcun effetto ulteriore in termini di agevolazioni di natura tributaria, rispetto a quelle concesse alle cooperative a mutualità prevalente.

Si rammenta, tuttavia, che, alla luce dell'attuale scenario socio-economico, come affermato da autorevole dottrina e giurisprudenza, la realizzazione della mutualità pura risulti nella pratica di difficoltosa applicazione, e di ciò sembrerebbe aver preso atto lo stesso Legislatore della riforma, che ha scelto di accordare il più ampio *favor* alle cooperative a mutualità prevalente.

Se, pertanto, in base a quanto sopra considerato è possibile escludere in linea generale che le cooperative - anche se a mutualità prevalente - siano da ritenere normalmente escluse dall'ambito applicativo dell'art. 56 D.Lgs. n. 42 del 2004, si potrebbe comunque ritenere sussistente un residuo ambito di applicazione anche a fronte di soggetti che rivestono formalmente la veste di cooperativa. Ma ciò esclusivamente nel caso in cui - previa analisi, caso per caso e al di là delle nomenclature statutarie, della reale ed effettiva attività della cooperativa a mutualità pura - sia possibile verificare la reale e totale estraneità della cooperativa al perseguimento di qualsivoglia scopo lucrativo di tipo soggettivo, come sopra illustrato.

Solo in tale ristretto ambito, in effetti, si potrebbero ritenere sussistenti da un punto di vista funzionale ed oggettivistico le stesse esigenze di tutela che sottendono la *ratio* della previa autorizzazione richiesta per la generalità degli enti privi di finalità di lucro.

Rientra sicuramente in tale ambito il caso delle **Onlus cooperative** costituite ai sensi del **D.Lgs. 4. dicembre 1997 n. 460**

Ai sensi dell'art. 10 del riferito decreto legislativo *sono organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica*, i cui statuti o atti costitutivi, redatti nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata, prevedono espressamente lo svolgimento di attività in uno o più settori indicati dal seguito della disposizione (assistenza sociale o socio sanitaria, beneficenza, istruzione, tutela e valorizzazione di beni culturali ecc.) o che, in generale, siano rivolte esclusivamente a fini di solidarietà sociale.

Le caratteristiche proprie di tali enti fanno, dunque, sì che le cooperative si trovino affiancate ad enti non societari, quali le associazioni e le fondazioni, condividendo con questi ultimi finalità tipicamente solidaristiche.

L'esclusione di qualsivoglia finalità lucrativa, anche di tipo soggettivo, è garantita dal regime proprio di tali enti caratterizzati - oltre che dal divieto di svolgere attività in settori diversi da quelli indicati dalla stessa disposizione

(art.10, primo comma, lett. c) del D.Lgs. n. 460 del 1997), dal divieto di distribuire, anche in modo indiretto utili ed avanzi di gestione, nonché fondi o riserve di capitali durante la vita dell'organizzazione - dall'obbligo di reimpiegare utili o avanzi di gestione per la realizzazione di attività istituzionali, nonché dall'obbligo, in caso di scioglimento, di devolvere il patrimonio ad altre organizzazioni non lucrative (lett. c),d), ed f) della medesima disposizione).

Non sembra sia revocabile in dubbio la possibilità di ricomprendere tali cooperative, ove abbiano le caratteristiche sopra riferite, tra gli enti privati senza scopo di lucro di cui al Codice Urbani, tanto più che, che tra i settori ritenuti rilevanti ai fini del D.L.gs. n. 460 del 1997 rientrano proprio le specifiche finalità di tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico di cui alla legge n. 1089 del 1939, ivi comprese le biblioteche e i beni di cui al DPR n. 1409 del 1963.

Resta, per contro, confermata l'esclusione dalla categoria degli enti senza finalità di lucro delle società cooperative costituite ai sensi dell'art. 2511 c.c. ove prive delle caratteristiche proprie delle ONLUS istituite ai sensi del D.Lgs. n. 460 del 1997.

I beni appartenenti a queste ultime, pertanto, saranno sottoposti a regime di tutela solo ove presentino un interesse particolarmente importante ex art. 10 comma terzo del D.Lgs. n. 42 del 2004 e previa notifica del provvedimento di dichiarazione, sottoposto al regime di trascrizione e, dunque, dotato di opponibilità ai terzi, ex art. 15 del medesimo decreto legislativo.

Sulle questioni di cui al suesteso parere è stato sentito il Comitato Consultivo il quale si è espresso in conformità».

A.G.S. - Parere del 17 dicembre 2009 prot. n. 380132 - Opere pubbliche. Rapporti tra stazione appaltante e Raggruppamento Temporaneo di Imprese: deroghe al principio di immodificabilità soggettiva dei componenti (avv. Marco Stigliano Messuti - AL 33638/2009).

«Codesta società ha chiesto di conoscere l'avviso della scrivente in ordine alla possibilità o meno di autorizzare, in seno ad un raggruppamento temporaneo di concorrenti partecipanti ad una procedura di gara, il recesso di una mandante ed il conseguente subentro della mandataria nella titolarità della quota di pertinenza della mandante.

In fatto: l'impresa Aleandri spa nella qualità di mandataria dell'ATI con l'impresa Sar.Co.Bit. si aggiudicavano la procedura di evidenza pubblica relativa ad i lavori di costruzione del collegamento veloce tra Sassari - Alghero

- Aeroporto.

Con atto notarile del 16 aprile 2009 veniva stipulato con la committente Anas il relativo contratto di affidamento dei lavori.

Con atto notarile del 15 settembre 2009 la mandante dichiarava di recedere dall'ATI conferendo la propria quota pari al 20 % alla mandataria Aleandri che prestava il consenso al recesso ed al subentro nella quota di lavori da eseguire.

Con nota del 16 settembre 2009 la capogruppo, Aleandri spa chiedeva all'Anas di consentire il recesso della mandante ed il subentro nella titolarità della quota del 20 % allo stato di pertinenza della mandante.

Preliminarmente va rappresentato che la normativa in vigore non disciplina la fattispecie del recesso dell'impresa mandante, e che pertanto l'analisi è il frutto della sola interpretazione data sul punto dalla giurisprudenza della Cassazione (in particolare Cass., sezione I, 11 maggio 1998 n. 4728) e del Consiglio di Stato.

Al riguardo è opportuno tenere distinti due aspetti del problema in quanto occorre avere riguardo al momento temporale in cui interviene il recesso della mandante.

1) recesso volontario di un impresa mandante dalla compagine associativa partecipante ad una gara nella fase intercorrente tra la fase di prequalifica e la presentazione dell'offerta.

2) recesso volontario dalla compagine associativa della mandante che interviene, successivamente alla stipula del contratto di appalto con il RTI risultato aggiudicatario della gara.

Con riferimento all'ipotesi sub 1) si è oramai consolidato un orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità del recesso.

Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, disciplinato dall'art. 37, comma 9, Dlgs 163/2006, deve intendersi, in particolare, giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate. Così definita la *ratio* del divieto in esame, si deve, allora, rilevare, in conformità con la finalità della disposizione (per come appena individuata), che lo stesso deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione.

Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'a.t.i., in corso di gara, di

un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'a.t.i. ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti che siano ovviamente titolari da sole dei requisiti di partecipazione e qualificazione) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate (cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, 13 maggio 2009 n. 2964; sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101; Tar Liguria, 9 gennaio 2009 n. 39 e Tar Calabria, sezione di Reggio Calabria, 26 gennaio 2009 n. 56).

Con riferimento all'ipotesi sub 2) la fattispecie va considerata sotto una diversa visuale atteso che il vincolo obbligatorio tra la committente e il RTI è consacrato e regolato dalla intervenuta stipula del contratto con tutte le conseguenze civilistiche che ne derivano.

L'associazione temporanea di due o più imprese nell'aggiudicazione ed esecuzione di un contratto di appalto pubblico (art. 34, lettera d), Dlgs 163/2006) è fondata su di un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese (mandanti), collettivamente, ad altra impresa (mandataria) "capogruppo" legittimata a compiere, nei rapporti con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto. Essa soltanto, infatti, presenta l'offerta, sottoscrive il contratto, riscuote i pagamenti, fornisce le necessarie cauzioni e fidejussioni, provvede all'iscrizione delle riserve e sottoscrive gli atti di gestione dell'appalto e il certificato di collaudo, compiendo un'attività che produce direttamente effetti giuridici nei confronti delle imprese mandanti fino all'estinzione del rapporto.

Il vincolo contrattuale che lega il RTI alla committente comporta che la revoca del mandato (*rectius* il recesso della mandante), consentita solo per giusta causa quando si tratti di mandato collettivo (art. 1726 cod. civ.), benché accettata dalla mandataria, attiene ai rapporti interni del contratto di mandato e conseguentemente non produce effetti nei confronti del soggetto appaltante, che può mantenere vincolate al contratto ciascuna delle imprese riunite (Cass., sezione I, 11 maggio 1998 n. 4728).

Sotto il profilo della responsabilità (art. 37, comma 5, Dlgs 163/2006) i raggruppamenti di tipo orizzontale determinano la responsabilità solidale di tutte le imprese partecipanti - mandanti e mandataria - (Consiglio di Stato, sezione V, n. 5679/2000). Nel caso di raggruppamenti verticali, per effetto della suddivisione ben individuata dell'esecuzione dell'appalto tra le associate, la responsabilità delle mandanti non è solidale, ma è limitata alle parti scorporate di opere da esse assunte, ferma restando la responsabilità solidale del manda-

tario.

In ragione delle suesposte considerazioni, il recesso della mandante, che pur deve ritenersi consentito, attenendo alle vicende interne delle imprese associate, non è opponibile nei confronti della committente che può mantenere vincolate al contratto ciascuna delle imprese riunite.

L'irrevocabilità del mandato si configura, infatti, come assoluta solo nei confronti della Amministrazione e non fa venir meno la qualifica di mandataria dell'impresa capogruppo e la continuazione della sua attività gestoria, ma non impedisce l'estinzione del rapporto fra mandante e mandataria.

In applicazione della disciplina dettata dall'art. 1726 cod. civ. nel caso di mandato collettivo, la situazione non muta nell'ipotesi di associazione di due sole imprese, poiché anche in tal caso l'impresa capogruppo è tenuta a continuare, da sola o previa sostituzione dell'impresa receduta, l'esecuzione del contratto nei confronti dell'Amministrazione, trattandosi di mandato conferito non solo anche nell'interesse del mandatario, ma pure in quello, preminente, dell'Amministrazione committente (art. 1723, 2 comma cod. civ.).

Per contro, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario per l'intera esecuzione del contratto, sia nell'ATI orizzontale che verticale, la circostanza che il recesso della mandante non è opponibile alla stazione appaltante, legittima quest'ultima a mantenere vincolate al contratto tutte le imprese riunite e ad esigere comunque la prestazione per l'intero da parte della mandataria capogruppo.

Conclusivamente:

Il recesso della mandante dal RTI e il completamento dell'opera (anche per la quota della mandante) da parte della mandataria, che vi è obbligata in solido, attenendo ai rapporti interni del vincolo associativo devono ritenersi consentiti.

La committente, per contro, nei cui confronti il recesso non produce alcun effetto, non è tenuta a prestare il proprio consenso né al recesso della mandante (in quanto ad essa non opponibile), né al "subentro" della mandataria nella quota di lavori della mandante (trattandosi in realtà di mero adempimento dell'obbligazione solidale gravante sulla mandataria stessa), potendo mantenere vincolate al contratto tutte le imprese riunite, e ferma restando l'opportunità di una verifica interna da parte della committente sull'eventuale configurarsi delle condizioni di cui all'art. 1461, c.c..

In tal caso, nell'ipotesi di riunione "orizzontale", mandante/i e mandataria rispondono solidalmente dell'esecuzione integrale del contratto, che resta unico e indivisibile.

Nell'ipotesi invece di riunione "verticale", la mandataria in virtù del vincolo di solidarietà è responsabile per tutte le obbligazioni scaturenti dal contratto e per la sua integrale esecuzione, e quindi anche della quota di competenza della mandante receduta, che rimane comunque obbligata limita-

tamente alle parti scorporate di opere da essa assunte.

Facendo corretta applicazione dei suddetti principi alla fattispecie in esame ne consegue:

- il recesso della mandante Sarcobit accettato dalla mandataria Aleandri produce i suoi effetti limitatamente al rapporto interno di mandato;

- la stazione appaltante non deve esprimere alcun consenso in ordine al recesso, che è improduttivo di effetti nei suoi confronti potendo pretendere l'esecuzione integrale della prestazione relativa alla quota di lavori della mandante receduta sia dalla mandataria Aleandri (solidalmente obbligata), sia dalla mandante Sarcobit;

- la stazione appaltante deve, in risposta all'istanza di autorizzazione formulata dalla capogruppo, comunicare che sia la mandante che la mandataria rimangono comunque vincolate nei suoi confronti all'adempimento degli obblighi contrattuali;

- ovviamente, per quanto riguarda le modalità di esecuzione della quota di lavori oggetto di recesso, è onere di mandante e mandataria, obbligate in solido, di trovare un accordo al fine di coordinarsi e garantire l'esatto e tempestivo adempimento degli obblighi contrattuali.

Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato consultivo nella seduta del 16 dicembre 2009».

A.G.S. - Parere del 22 dicembre 2009 prot. n. 385978 - Sull'indennità di missione *ex art. 1* della L. 18 dicembre 1973, n. 836 (avv. Lucrezia Fiandaca - AL 32118/09).

«Codesta Amministrazione chiede alla Scrivente di formulare un parere in ordine all'istanza veicolata in data 23 gennaio 2009 dal (omissis), magistrato amministrativo presso il T.A.R. Lazio, concernente la corresponsione dell'indennità di missione per la partecipazione alle singole riunioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, presso il quale ha svolto le funzioni quale componente elettivo a far data dal (omissis).

In particolare, l'istante deduce che, essendo stato autorizzato a risiedere in una sede diversa da quella ordinaria di servizio (omissis), giusta provvedimento del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, emesso in data 11 aprile 2003, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento interno per il funzionamento del Consiglio di Presidenza (provvedimento del 6 febbraio 2004), al medesimo spettò l'indennità di missione per la partecipazione alle sedute del citato organo, quando non coincidenti con i giorni di udienza del T.A.R. Lazio.

A sostegno dell'assunto l'istante cita alcune pronunce, e in particolare la sentenza del Consiglio di Stato n. 8522/03 (Cons. Stato, 24 dicembre 2003, n.

8522) e una decisione del T.A.R. Liguria (T.A.R. Liguria, Sez. II, 7 giugno 2007, n. 1051).

Il ricorrente rileva inoltre che la *ratio* della normativa risiede nella compensazione dei “*disagi connessi alla temporanea prestazione del servizio in luogo e forme diverse dall’ordinario*” oltre che “*del tempo trascorso in viaggio*” (pag. 1 dell’istanza).

Sostiene inoltre l’istante che ciò che rileva, al fine della corresponsione della citata indennità, è la sede di residenza, circostanza desumibile *a contrario* da quanto disposto dall’art. 5 della legge n. 417 del 1978, ai sensi del quale tale emolumento non compete nel caso di servizio prestato presso la sede di residenza del ricorrente, ancorché ubicata fuori dalla ordinaria sede di servizio.

Le suddette considerazioni, a giudizio della Scrivente, non appaiono condivisibili.

Al riguardo, è d’uopo richiamare il disposto dell’art. 1, co. 1, della legge 18 dicembre 1973, n. 836, alla stregua del quale “*Ai dipendenti civili dello Stato, compresi quelli delle amministrazioni con ordinamento autonomo, ed agli appartenenti alle forze armate ed ai corpi organizzati militarmente comandati in missione isolata fuori della ordinaria sede di servizio, in località distanti almeno 30 chilometri, spettano le indennità di trasferta di cui alle unite tabelle A, B, C, D, E ed F per ogni 24 ore (ivi compreso il tempo occorrente per il viaggio) di assenza dalla sede. Per le ore residuali spettano le indennità orarie di cui all’art. 3 della presente legge*”. Tale norma va interpretata congiuntamente a quanto previsto dall’art. 1 della legge 26 luglio 1978, n. 417, che recita: “*A decorrere dall’1 dicembre 1977 le indennità di trasferta dovute ai magistrati, agli avvocati e ai procuratori dello Stato....comandati in missione fuori della sede ordinaria di servizio in località distanti almeno 10 chilometri, sono stabilite come segue...*”, sebbene tale disposto sia stato abrogato, con effetto *ex nunc*, e dunque senza alcuna rilevanza per la fattispecie in rassegna, dall’art. 1, co. 213, della L. 266/05.

L’applicabilità dell’art. 1, co. 1, della legge 18 dicembre 1973, n. 836 (in relazione all’art. 1 della legge 26 luglio 1978, n. 417, che si occupa del *quantum* e delle percorrenze chilometriche che giustificano la corresponsione dell’indennità in rassegna) al caso in disamina, secondo peraltro una prospettazione condivisa dall’istante, sembra conferente.

E invero, la norma si riferisce all’ipotesi di dipendenti civili dello Stato, comandati in missione isolata fuori dalla ordinaria sede di servizio.

Orbene, nella fattispecie concreta viene in rilievo la partecipazione, da parte di un magistrato amministrativo, alle sedute di un organo rappresentativo della categoria, di guisa che è quanto meno ravvisabile un nesso di occasionalità necessaria tra la professione ordinariamente svolta e il mandato elettivo ricevuto quale componente del Consiglio di Presidenza per la Giustizia Am-

ministrativa.

Al riguardo, è d'uopo riferirsi all'orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di partecipazione dei magistrati ordinari alle sedute del CSM. Vale *in primis* premettere che per le missioni dei magistrati ordinari sussiste una normativa speciale, dal tenore tuttavia analogo a quello dell'art. 1, co. 1, della legge 18 dicembre 1973, n. 836.

Il dato normativo per i magistrati ordinari è infatti costituito dalla L. 2 aprile 1979, n. 97, come interpretato dall'art. 1, co. 209, della legge n. 266/05; i contenuti di tali disposizioni rinviano, per la disciplina sostanziale, all'art. 1 della L. 6 dicembre 1959, n. 1039. L'unica peculiarità della normativa vigente per le missioni dei magistrati ordinari risiede nei presupposti per l'applicazione della stessa, essendo limitata agli uditori giudiziari o a quanti siano trasferiti di ufficio, sebbene la giurisprudenza ricomprenda in tale ultima evenienza anche il caso del magistrato che, per effetto del passaggio a funzioni superiori, si trovi a svolgere la propria attività in un luogo diverso dalla sede ordinaria di servizio.

Merita richiamare una recente sentenza di legittimità, che si è occupata del caso di un magistrato, in servizio presso la Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Venezia ed eletto al CSM.

Trattasi della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 luglio 2008, n. 3866, ove si richiama *“il consolidato orientamento giurisprudenziale il quale, in armonia con la ratio del beneficio in oggetto - che è quella di compensare i soggetti destinatari della norma (uditori giudiziari di prima nomina e magistrati trasferiti di ufficio) del disagio conseguente allo spostamento di sede -, richiede quale presupposto necessario per la spettanza dell'indennità di missione, sulla base del combinato disposto dei citati artt. 13 l. nr. 97/1979 e 6 l. nr. 27/1981 e dell'art. 16, comma XVIII, della legge 24 dicembre 1993, nr. 537, che vi sia un effettivo mutamento geografico della sede di servizio (cfr. ex plurimis le decisioni di questa Sezione nr. 1993 dell'8 aprile 2004 e nr. 914 del 15 febbraio 2002)”*.

In sostanza, la normativa concernente le missioni dei magistrati ordinari, incentrata anch'essa sulla nozione di sede ordinaria di servizio, e ritenuta applicabile anche per i casi di elezione al CSM, riconosce la spettanza del beneficio in oggetto quante volte la nuova sede sia diversa da quella ordinaria di servizio

Orbene, il dato normativo indica chiaramente, quale presupposto per poter usufruire della citata indennità, lo svolgimento di un'attività al di fuori della sede ordinaria di servizio; nel caso di specie, essendo la pretesa avanzata da un magistrato del T.A.R. Lazio, tale sede è certamente Roma. La sede ordinaria di servizio è dunque la medesima rispetto a quella in cui si sono tenute le riunioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, per la partecipazione alle quali il ricorrente richiede il riconoscimento dell'emolumento

in disamina.

Mette conto di osservare, inoltre, che il criterio della sede ordinaria di servizio, al fine dell'attribuzione del diritto al trattamento economico di cui all'art. 1 della citata legge, non è mai dalla medesima, né da altre disposizioni, derogato, se non *in peius*, come nel caso, prospettato dal ricorrente, in cui la sede della missione coincida con quella di residenza.

È peraltro evidente che ogni eccezione alla prefata norma deve essere espressamente prevista, stante la chiarezza del dato normativo. Non appare pertanto cogliere nel segno il tentativo del ricorrente di addivenire ad un'interpretazione sistematica della legge, atteso che con riguardo alla disciplina di settore in ordine a missioni e trasferte non emerge alcuna particolare esigenza interpretativa delle disposizioni summenzionate rispetto al senso fatto palese dalle loro parole secondo il tenore letterale delle stesse.

Ancora meno suggestiva si prospetta l'argomentazione che riposa all'art. 5 della legge n. 417/1978.

A parte l'ovvio rilievo che trattasi di una norma che deroga *in peius* alla disposizione generale, contenuta, come poc'anzi accennato, nell'art. 1 della legge n. 836/1973, preme osservare che il ricorso all'analogia presuppone un vuoto normativo che nella specie non sussiste. Né può obiettarsi che trattasi di un'interpretazione estensiva, la quale non opera ove il dato letterale sia puntuale e perfettamente in linea con la fattispecie concreta.

Quanto alle sentenze richiamate nell'istanza, merita evidenziare che le medesime concernono fattispecie diverse ed affermano comunque principi in contrasto con quelli richiamati dal ricorrente.

E invero, la sentenza n. 8522/03 si occupa del distinto profilo concernente i rapporti tra la citata indennità ed i compensi per lavoro straordinario, ribadendo inoltre che "*l'indennità di missione costituisce la remunerazione del disagio connesso al mutamento temporaneo del luogo in cui effettuare le prestazioni*". Tale luogo, nel caso che ci occupa, è Roma, per cui non si delinea quello spostamento dalla sede ordinaria di servizio che giustifica la corresponsione dell'indennità.

Quanto alla sentenza n. 1051/07 del T.A.R. Liguria, essa si occupa della distinta fattispecie in cui un dipendente dello Stato, trasferito da una sede all'altra, mantenga la residenza nel comune di provenienza, ove venga assegnato in missione; la decisione si palesa nondimeno interessante laddove osserva che anche la *ratio* della normativa in rilievo (oltre che il dato letterale) è nel senso di attribuire rilevanza alla sede ordinaria di servizio, evidenziandosi che essa "*intende compensare i disagi connessi alla temporanea prestazione del servizio al di fuori dell'ordinaria sede di servizio*".

Il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa appare unanime nell'attribuire rilevanza esclusivamente all'allontanamento dalla sede ordinaria di servizio quale presupposto per la riconoscibilità dell'indennità di

missione. Nello specifico, giova richiamare una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2009, n. 1855) che ricostruisce nei seguenti termini la *ratio* e la funzione dell'istituto. La sentenza chiarisce che *“l'indennità di missione [...] costituisce la remunerazione del disagio connesso con il mutamento temporaneo del luogo ove si effettua la prestazione, che può essere imposto al dipendente, ricorrendone le ragioni di servizio, ma poiché ciò influisce appunto sul luogo della prestazione di lavoro, ne consegue la necessità di remunerare ulteriormente l'aggravio nella prestazione che lo spostamento comporta [...] L'indennità di missione misura economicamente il disagio rappresentato dal periodo in cui il dipendente è tenuto a prestare la sua opera fuori dalla sede ordinaria di lavoro e per tale motivo è corrisposta anche per le ore di viaggio, durante le quali il dipendente è costretto ad abbandonare la propria sede di servizio per raggiungerne un'altra, con aggravio della prestazione di lavoro e conseguente ristoro con l'indennità in questione”*.

Tale impostazione riprende invero quanto già osservato dalla precedente giurisprudenza amministrativa. Sovviene, *in subiecta materia*, la pronuncia n. 5504/08 del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2008, n. 5504) ove si legge: *“È ben noto, infatti, che l'indennità di missione è destinata a ristorare i disagi sofferti dal dipendente in ragione del mutamento di sede di lavoro limitato nel tempo e per la durata prevista nel provvedimento di incarico”*.

La decisione ora richiamata riassume e compendia i principi già affermati da numerose decisioni di primo e secondo grado, tra le quali, *ex plurimis*, merita citare: T.A.R. Piemonte Torino, Sez. II, 2 marzo 2007, n. 916; Cons. Stato, Sez. IV, 8 agosto 2006, n. 47845; T.A.R. Marche Ancona, Sez. I, 19 settembre 2009, n. 581; T.A.R. Marche Ancona, Sez. I, 25 ottobre 2006, n. 852.

Da ultimo, preme richiamare una decisione del T.A.R. Calabria – Reggio Calabria (sent. n. 1061/07) che si occupa di una fattispecie simile a quella in rilievo, specificando che *“se l'indennità di missione è, in linea generale, un istituto che mira a compensare il particolare disagio connesso alla prestazione lavorativa effettuata, per un periodo limitato di tempo, in altra sede, essa non può essere direttamente corrisposta nel caso di specie in cui, di fatto, lo svolgimento dell'attività lavorativa è avvenuto nella sede già a suo tempo assegnata”*.

La chiarezza del dato normativo, e dunque l'assenza di lacune ordinali, in uno con l'orientamento costante della giurisprudenza amministrativa non sembrano dare ingresso ad interpretazioni difformi.

Vale da ultimo richiamare, a corroborazione di quanto sin qui precisato, che sussiste un noto principio dell'ordinamento giuridico, alla stregua del quale *“cuius commoda eius et incommoda”*. La scelta di risiedere fuori dalla sede di servizio, previa autorizzazione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in altri termini, non può risolversi in danno dell'Am-

ministrazione, che sarebbe diversamente gravata dell'onere economico corrispondente all'ammontare dell'indennità di missione.

Si ribadisce, pertanto, che non sembrano sussistere, nel caso di specie, i presupposti per il riconoscimento dell'indennità di missione.

La questione è stata sottoposta all'esame del Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato di cui all'art. 26 della legge 3 aprile 1979 n. 103, che si è espresso in conformità».

A.G.S. - Parere del 10 febbraio 2010 prot. n. 48403 - Titolarità dello *ius postulandi* per le Casse di previdenza delle forze armate (avv. Marina Russo - AL 3121/2010).

«Il presente quesito trae origine da un contenzioso avente ad oggetto l'avviso di accertamento inerente l'ICI pretesa dal Comune di Chianciano Terme su un immobile di proprietà della Cassa Sottufficiali della Marina Militare.

L'Amministrazione della Difesa ha, infatti, richiesto il patrocinio dell'Avvocatura Distrettuale di Firenze affinché la stessa invocasse l'esenzione dal tributo innanzi al giudice competente. L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze ha reso motivato parere, sostenendo che la Cassa Sottufficiali dovrebbe necessariamente valersi del patrocinio di un libero professionista, in mancanza di una norma o di un provvedimento che, a mente dell'art. 43 r.d. 1611/33, ne attribuisca il patrocinio all'Avvocatura dello Stato.

L'Amministrazione - segnalando che la questione dell'esenzione è attualmente sottoposta al riesame del Comune, interessato in sede di autotutela, e comunque non condividendo il parere dell'Avvocatura Distrettuale - pone ora all'Avvocatura Generale il quesito se spetti o meno all'Avvocatura dello Stato il patrocinio della Cassa Sottufficiali della Marina Militare.

Due, in particolare, le ragioni di perplessità dell'Amministrazione circa l'avviso espresso dall'Avvocatura Distrettuale:

1. La riconduzione, sostenuta dall'Avvocatura di Firenze, del patrocinio delle Casse all'art. 43 del r.d. 1611/33;
2. La declaratoria di inammissibilità del ricorso che, secondo l'Avvocatura Distrettuale, conseguirebbe automaticamente ed irrimediabilmente al rilievo del difetto di *ius postulandi* che il giudice dovesse operare.

§§§

Va premesso che, ferma restando l'autonomia delle Avvocature Distrettuali nella gestione degli affari contenziosi e consultivi di relativa competenza, l'Avvocatura Generale può comunque essere chiamata a pronunciarsi sulla questione del patrocinio delle Casse di previdenza delle forze armate, in quanto

questa riveste carattere di massima.

Ciò premesso, si osserva quanto segue.

L'Avvocatura Distrettuale rende il proprio parere sulla scorta di due sentenze (6629 dell'8 luglio 98 e 155 del 18 marzo 99) rese dalle Sezioni Unite della Cassazione, con riferimento alla Cassa Ufficiali dell'Esercito.

In tali sentenze si afferma espressamente (secondo un avviso diametralmente opposto a quello solo pochi giorni prima espresso dalla stessa Suprema Corte - sez. lav. - con sent. n. 6450 del 1 luglio 98) che il patrocinio dell'Avvocatura sussiste solo in quanto previsto, con norma innovativa, dall'art. 1 del d.l. 313/96. Ciò in quanto, secondo le SS.UU., la Cassa Ufficiali dell'Esercito - essendo dotata di propria personalità giuridica ed autonomia gestionale, e pur se sottoposta al controllo del Ministero della Difesa - va considerata ente distinto dallo Stato.

Tanto premesso, la Scrivente ritiene che - *rebus sic stantibus*, e con riferimento alla normativa vigente all'epoca in cui l'Avvocatura Distrettuale di Firenze si è pronunciata - l'avviso espresso dalla stessa sia pienamente condivisibile, in quanto coerente con l'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Suprema Corte, formatosi relativamente alla Cassa Ufficiali dell'Esercito, il cui ordinamento, per quanto concerne i tratti salienti ai fini dell'individuazione della relativa natura giuridica, appare pienamente sovrapponibile a quello della Cassa Sottufficiali M.M..

Infatti, secondo la legge istitutiva della Cassa Ufficiali dell'esercito (l. 1712/1930, come integrata e modificata dal d.l. 313/96 conv. in l. 416/96), quest'ultima:

- era istituita "presso il Ministero della Guerra", ora Ministero della Difesa;
- aveva per fine istituzionale quello di erogare una previdenza integrativa agli ufficiali dell'esercito;
- aveva personalità giuridica propria (art. 1 l. 1712/1930);
- era sottoposta alla vigilanza del Ministero di riferimento (art. 1 l. 1712/1930);
- godeva di autonomia finanziaria ed amministrativo-contabile (artt. 2 e 5 l. 1712/1930 ed art. 1 d.l. 313/96);
- alla provvista degli organi provvedevano il Ministero di riferimento e quello delle Finanze, ed i relativi componenti includono personale del Ministero della difesa (art. 2 l. 1712/1930);
- il collegio sindacale di controllo era anch'esso di nomina ministeriale.

La Cassa Sottufficiali della M.M. (istituita con l.1226/1936), a sua volta:

- era istituita presso l'Amministrazione di riferimento, ha personalità giuridica propria, ed ha per fine istituzionale quello di erogare una previdenza integrativa ai sottufficiali della Marina (art. 1 l. 1226/1936);
- era sottoposta alla vigilanza del Ministero di riferimento (art. 1 l.

1226/1936);

- godeva di autonomia finanziaria ed amministrativo-contabile (art. 2 l. 1226/1936);

- alla provvista degli organi provvedevano il Ministero di riferimento e quello delle Finanze ed i relativi componenti comprendono personale del Ministero della Difesa e dell'Economia e Finanze (già Tesoro) (art. 2 cit.);

- il collegio sindacale di controllo era anch'esso di nomina ministeriale.

A parità di ordinamento, tuttavia, per la Cassa Sottufficiali M.M. non era prevista una norma che attribuisse il patrocinio all'Avvocatura dello Stato, analoga a quella dettata per la Cassa ufficiali dell'Esercito: era quindi corretta – *de iure condito* – la soluzione data al problema dall'Avvocatura Distrettuale..

§§§

Nella corrispondenza e nei contatti intercorsi in via breve, tuttavia, l'Amministrazione richiama l'attenzione della Scrivente sulla sopravvenienza di un fatto nuovo, costituito dal d.p.r. del 4 dicembre 2009 (che risulta pubblicato in G. U. del 29 gennaio 2010, con il numero 211/09), recante il riordino delle Casse militari: in particolare, secondo l'Amministrazione, tale nuova normativa determinerebbe una modifica dello scenario nel quale sono intervenute le sentenze delle Sezioni Unite, rafforzando la “statualità” delle Casse che ora confluiscono in un unico, nuovo soggetto, ed accentuandone la dipendenza dal Ministero della Difesa. Sempre a parere dell'Amministrazione, da quanto sopra conseguirebbe, da un lato, il superamento della norma di cui al citato d.l. 313/96 (che - secondo la lettura datane da Cass. SS.UU. cit. - attribuirebbe il patrocinio della Cassa ufficiali all'Avvocatura dello Stato a mente dell'art. 43 r.d. 1611/33) e, dall'altro, la riconduzione del nuovo soggetto (Cassa Previdenza delle Forze Armate) in cui sono accorpate le preesistenti Casse, alla categoria delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, e del relativo patrocinio all'art. 1 del r.d. 1611/33 (cosiddetto “patrocinio necessario”).

A tale proposito, si osserva quanto segue.

In effetti, nel d.p.r. 211/10, come meglio si illustrerà *infra*, si ravvisa un nuovo elemento che sembra offrire utili argomenti per poter ragionevolmente sostenere in giudizio, fino al grado di legittimità, la tesi della natura di “*amministrazione dello Stato ad ordinamento autonomo*” del nuovo soggetto (la Cassa Previdenza delle Forze Armate) nel quale il d.p.r. stesso ha accorpato le Casse già esistenti, dal che può farsi discendere l'applicabilità del patrocinio ai sensi dell'art. 1 r.d. 1611/33, con tutte le necessarie conseguenze in termini di normativa processuale applicabile.

Quanto sopra, naturalmente, pur sempre con un certo margine di alea, peraltro insito in qualsivoglia giudizio, alea che – tuttavia – nel caso di specie sembra ben possa essere affrontata, in ragione del valore economico del contenzioso che appare modesto (circa € 9.000,00), specie se raffrontato all'intere-

resse manifestato dall'Amministrazione a che venga affermata l'applicabilità del patrocinio della Scrivente alla Cassa ora istituita. Sempre con riferimento al profilo dell'alea del giudizio, va peraltro chiarito che è corretta l'affermazione dell'Avvocatura Distrettuale (sulla quale pure l'Amministrazione in indirizzo, come già detto, solleva perplessità) in relazione al rischio che, ove venisse affermato il difetto di *ius postulandi* dell'Avvocatura, il ricorso sarebbe sanzionato dalla declaratoria di inammissibilità (sempre che, peraltro, non possa giovare la norma di cui all'art. 182 c.p.c., come sostituito dall'art. 46 l. 69/09): infatti, la giurisprudenza costituzionale richiamata dall'Amministrazione (sent. 189/00) attiene ad una fattispecie (mancanza di sottoscrizione del ricorso da parte di un difensore tecnico) diversa da quella che qui potrebbe prospettarsi (sottoscrizione da parte di un difensore tecnico sprovvisto di *ius postulandi*), sicché essa non necessariamente gioverebbe nel caso in cui il giudice dovesse rilevare il difetto di *ius postulandi* dell'Avvocatura.

Va da sé, poi, che analogo rischio di dichiarazione di inammissibilità del ricorso sussisterebbe anche ove l'azione venisse intrapresa con il patrocinio di un legale del libero foro, e – sempre alla luce del d.p.r. 211/10 – il giudice dovesse ritenere che fosse quest'ultimo ad essere sfornito di *ius postulandi*, appartenendo la difesa della Cassa all'Avvocatura ex art. 1 R.D. 1611/33.

L'assunto, poi, che tale ultima tesi possa essere sostenuta con ragionevoli probabilità di successo in considerazione del tenore del d.p.r. 211/10, trova sostegno nelle seguenti considerazioni.

Sebbene la nuova Cassa di previdenza non presenti, rispetto agli Enti preesistenti, novità significative relativamente alla funzione svolta (erogazione del trattamento previdenziale integrativo - art. 2 comma 2 d.p.r. 211/10), al meccanismo di finanziamento (autonomo - art. 2 comma 2), alla sottoposizione alla vigilanza del Ministero della Difesa, alla composizione degli organi formati, tra l'altro, da dipendenti in servizio o in quiescenza del Ministero di riferimento e dell'Economia e Finanze, cui si aggiungono ora magistrati contabili (artt. 4, 5 e 6), ed alla provvista degli organi medesimi cui provvede, ancora, il Ministero della Difesa, tuttavia, non è certo di irrilevante il fatto che l'art. 2 del d.p.r. 211/10 preveda ora espressamente che la Cassa, pur se dotata di propria personalità, costituisce un "**organo con personalità giuridica di diritto pubblico istituito nell'ambito della struttura organizzativa del Ministero della Difesa**" (enfasi aggiunta), nella quale è, in effetti, pienamente inserita, anche in quanto viene gestita da un Ufficio costituito con le risorse umane e strumentali del Ministero (art. 7 comma 2).

L'art. 2 reca, dunque, un indicazione normativa ben precisa (carente all'epoca in cui si pronunciarono le SS. UU.), dalla quale sembra possa trarsi la convinzione che l'intenzione del legislatore del 2009 sia proprio quella di attribuire al rapporto fra l'Amministrazione ed il soggetto di nuova creazione il carattere dell'immedesimazione organica.

L'importanza di un preciso indice normativo da cui possa desumersi - ai fini del riconoscimento del suddetto rapporto - la riferibilità allo Stato dell'attività compiuta da un soggetto avente autonoma personalità è stata riconosciuta dalle stesse SS.UU. le quali - sia pur pronunciandosi in relazione ad una fattispecie diversa, quale quella delle Agenzie Fiscali (SS. UU. 3116 e 3118/06, Sez. I[^] 2305/06) - hanno appunto sostenuto la necessità di "*un sicuro elemento testuale che consenta di ritenere che l'attività della seconda persona giuridica ... sia direttamente imputata ad altra persona giuridica*": ebbene, l'elemento testuale sembra ora essere costituito dall'art. 2 cit..

Alla luce della sopravvenuta indicazione normativa, e posto che Cass. SS. UU. da ultimo citata ha indicato l'elemento tipico del rapporto di immedesimazione tra Stato ed organo non tanto nella natura d'interesse pubblico dell'attività svolta o nell'esistenza di controlli pubblici, quanto - piuttosto - proprio nella riferibilità allo Stato dell'attività posta in essere dall'organo, sembra si possa utilmente argomentare altresì che l'attività svolta prima dalle singole Casse ed in futuro dalla neo-istituita Cassa (gestione di una forma di previdenza per una categoria di dipendenti del Ministero della Difesa), è - contrariamente a quanto si dovrebbe desumere da SS.UU. 6629/98 e 115/99 - un'attività dello Stato, in quanto datore di lavoro.

Quanto sopra potrebbe trovare sostegno in quella giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. lav. 2140/1985, recentemente confermata da sez. lav. 9419/08 e Cass. SS.UU. 2328/1975) che ha sostenuto la natura di amministrazione dello Stato ad ordinamento autonomo, con conseguente patrocinio dell'Avvocatura a mente dell'art. 1 del r.d. 1611/33, del Fondo di previdenza per il personale del Ministero delle Finanze e del Fondo di previdenza del personale delle Dogane "*... ad esso sono iscritti di diritto gli impiegati dell'Amministrazione ... e cioè esso è istituito ed utilizzato dallo Stato*").

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo della Scrivente, che si è espresso in conformità ».

A.G.S. - Parere del 17 febbraio 2010 prot. n. 57196 - La difesa in giudizio di un ente pubblico non economico in violazione dell'art. 417 *bis* c.p.c. e dell'art. 43 R.D. n. 1611/1933 (avv. Pierluigi Di Palma - AL 21507/07).

«Con comunicazione a firma del Segretario Generale, questa Avvocatura Generale, in data 22 maggio 2007, ha rimesso a codesto Ente, insieme ad altri, l'atto introduttivo del giudizio instaurato dal dipendente in oggetto. Trattandosi di controversie relative a rapporto di lavoro si è ritenuto, in base alle disposizioni di legge ed in particolare alle previsioni dell'art. 417 *bis* del c.p.c., che l'ENAC potesse stare in giudizio avvalendosi di propri funzionari.

Nella medesima nota, veniva precisato che si restava *“in attesa di ricevere la relativa sentenza non appena pubblicata o notificata per gli eventuali successivi adempimenti, corredata dal ricorso introduttivo, di un circostanziato rapporto e dei relativi documenti ed atti, ivi compresi la memoria predisposta per la difesa, i verbali di udienza e le eventuali memorie avversarie, con le indicazioni del nominativo e del recapito telefonico del funzionario che ha istruito la pratica.”*

In data 29 luglio 2009, è pervenuta, per conoscenza, una nota del difensore (acquisita al protocollo in data 8 agosto 2009) di (omissis) ed altri dipendenti dell'ENAC con la quale si invitava a dare pronta esecuzione alla sentenza n. 18524/08 del Tribunale di Roma, già notificata presso la sede legale dell'Ente e presso la studio dell'Avv. (omissis) *“risultante difensore nel giudizio in presunta sostituzione dei “dipendenti” di cui all’art. 417 bis, 1° comma, c.p.c., in data 16 aprile 2009”*.

Ciò posto, il 2 settembre 2009, veniva inviata una richiesta di chiarimenti all'ENAC, facendo altresì presente che la decisione non risultava notificata a questa Avvocatura né tantomeno era stata trasmessa dall'Ente per i successivi adempimenti di competenza.

Con la nota che si riscontra, codesto Ente, in risposta alla richiesta avanzata da questo Generale Ufficio riguardante la trasmissione di una dettagliata informativa sui fatti di causa, corredata da copia degli atti del giudizio, riferisce che i ricorsi in oggetto sono stati trattati dalla Direzione del personale nel cui ambito era, *illo tempore*, incardinata la materia del contenzioso del lavoro gestita, ex art. 417 bis c.p.c., da un solo funzionario.

Codesto Ente rappresenta, altresì che, il Direttore Generale in carica, *“probabilmente incalzato dalle strutture interne direttamente interessate, stante l'elevato numero di contenziosi e la scarsità di risorse da adibire alla materia, incaricò della difesa dell'Ente l'Avv. (omissis) del foro di Roma, che, con riferimento al giudizio promosso da (omissis), presenziò ad una sola udienza.”*

Il giudizio si è concluso con la soccombenza dell'Enac.

Infatti, con sentenza n. 1854/2008, il Tribunale Civile di Roma - sez. lavoro -, ha riconosciuto il diritto dei ricorrenti a percepire le differenze retributive tra il trattamento economico previsto per il personale con la qualifica dirigenziale ed il trattamento dagli stessi percepito nei periodi indicati in sentenza; il Tribunale ha, inoltre, accertato il diritto degli istanti a percepire le somme relative alle differenze tra il trattamento di fine rapporto percepito e/o da percepire e quello effettivamente spettante.

Codesto Ente conferma, altresì, la circostanza che la sfavorevole sentenza è stata notificata a cura della controparte all'ENAC e presso lo studio del domiciliatario, avv. (omissis), il quale ha proposto appello avverso la medesima, su delega del Direttore Generale p.t., *“stante la ristrettezza dei termini a fronte*

di un doppio passaggio della gestione del contenzioso.”

Al riguardo, l'ENAC segnala che, solo con disposizione organizzativa del 9 dicembre 2008, il Direttore Generale p.t. ha disposto l'assegnazione della competenza del contenzioso lavoro alla Direzione affari legali unitamente alle risorse umane e strumentali. Il passaggio di consegne dalla Direzione del personale alla Direzione affari legali è concretamente avvenuto in data 12 maggio 2009.

Codesto Ente riferisce, in ultimo, che in ottemperanza alla citata sentenza sta provvedendo a predisporre i pagamenti in favore degli interessati.

Tutto ciò considerato, questo Generale Ufficio, “*estraneo*” al giudizio in oggetto, osserva quanto segue.

Preliminarmente, si ritiene opportuno analizzare l'esatta portata normativa dell'art. 417 bis c.p.c., nonché dell'art. 43, R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 ss.mm.ii, al fine di valutare se un Ente pubblico possa o meno conferire mandato *ad litem* ad un professionista del libero foro.

L'art. 417 bis c.p.c. recita: “*Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui al quinto comma dell'art. 413, limitatamente al giudizio di primo grado le Amministrazioni stesse possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti. Per le Amministrazioni statali o ad esse equiparate, ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, la disposizione di cui al comma precedente si applica salvo che l'Avvocatura dello Stato competente per territorio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, determini di assumere direttamente la trattazione della causa dandone immediata comunicazione ai competenti uffici dell'amministrazione interessata nonché al Dipartimento della funzione pubblica, anche per l'eventuale emanazione di direttive agli uffici per la gestione del contenzioso del lavoro. In ogni altro caso l'Avvocatura dello Stato trasmette immediatamente e comunque non oltre 7 giorni dalla notifica degli atti introduttivi, gli atti stessi ai competenti uffici dell'amministrazione interessata per gli adempimenti di cui al comma precedente ...*”.

Dal tenore letterale della citata disposizione normativa si evince chiaramente che il legislatore ha voluto prevedere, limitatamente al primo grado di giudizio la possibilità per le Amministrazioni pubbliche, compresi gli Enti pubblici, di stare in giudizio avvalendosi di propri dipendenti, solo nel caso in cui l'Avvocatura dello Stato, competente per territorio, non determini di assumere direttamente la trattazione della causa.

Diversamente, nei successivi gradi di giudizio la difesa deve essere assunta dall'Avvocatura dello Stato territorialmente competente, poiché, in difetto, l'eventuale atto di impugnazione o di costituzione proposto dall'Amministrazione in proprio o mediante un avvocato libero professionista, salva l'ipotesi di regolarizzazione prevista dall'art. 182 c.p.c., II° comma, per

i giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009, risulterebbe inammissibile per evidente difetto di *ius postulandi* del dipendente o dell'eventuale difensore che sottoscrive l'atto.

In sintesi, l'art. 417 bis c.p.c. deroga alla regola generale sulla rappresentanza e difesa in giudizio delle pubbliche Amministrazioni ovvero degli Enti pubblici da parte della difesa erariale in favore dei dipendenti dell'ente stesso solo relativamente al primo grado di giudizio e solo laddove l'Avvocatura dello Stato competente per territorio non valuti di assumere direttamente la trattazione della causa.

In ogni caso, la predetta norma non riconosce espressamente ai soggetti pubblici la possibilità di avvalersi di avvocati del libero Foro per la difesa in giudizio nelle medesime controversie. La natura derogatoria di detta norma, rispetto alla normativa generale che prevede la difesa *ope legis* da parte dell'Avvocatura dello Stato non consente di operare una interpretazione estensiva né tantomeno una qualsivoglia interpretazione analogica della stessa.

Pertanto, l'Ente pubblico potrebbe avvalersi di un avvocato del libero Foro solo allorché ricorrano le specifiche circostanze indicate dall'art. 43 R.D. n.1611/1933, che disciplina direttamente i requisiti per la valida dispensa dal patrocinio obbligatorio ed indirettamente i presupposti per la valida nomina di un professionista del libero Foro.

E' noto che, ai sensi dell'art. 43 del citato T.U., l'Avvocatura dello Stato, in aggiunta al patrocinio obbligatorio in favore delle amministrazioni dello Stato, può essere autorizzata ad assumere la rappresentanza e difesa anche di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, purché "*sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato*" (c.d. patrocinio autorizzato).

Condizione necessaria per l'esercizio del "*patrocinio autorizzato*" è la sussistenza di un'autorizzazione legislativa, regolamentare o, secondo le previsioni della L. n. 12/91, di un D.P.C.M., sentito il Guardasigilli ed il Ministro dell'economia e delle finanze.

Quando interviene il provvedimento autorizzativo, la rappresentanza e la difesa, salva l'ipotesi di conflitto di interessi con il patrocinio di amministrazioni dello Stato e delle regioni, sono assunte dall'Avvocatura in via organica ed esclusiva, applicandosi le stesse regole del patrocinio obbligatorio.

In tal senso si è espressa la Suprema Corte (Sent. 21 luglio 1999, n. 484) che, in tema di esercizio dello "*ius postulandi*" in favore dell'ANAS, ancora Ente nazionale per le strade, ha affermato il principio che "*anche in regime cosiddetto facoltativo di assistenza legale e di patrocinio da parte dell'Avvocatura dello Stato non è necessario, in ordine ai singoli giudizi, uno specifico mandato all'Avvocatura medesima, né quest'ultima deve produrre il provvedimento del competente organo dell'ente recante l'autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in causa. Ciò si evince dagli artt. 43, primo comma, e 45 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 e successive modificazioni. Que-*

st'ultima norma, in particolare, stabilisce che per il patrocinio cosiddetto facoltativo si applica il secondo comma dell'art. 1 dello stesso R.D., alla stregua del quale gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato speciale, bastando che consti della loro qualità (cfr. Cass., 26 luglio 1997, n. 7011; Cass., sez. un., 4 novembre 1996, n. 9523; Cass., 6 luglio 1991, n. 7515)."

Di recente, nella camera di consiglio del 3 novembre 2009, la IV sez. del Consiglio di Stato, in sede cautelare, accogliendo il ricorso proposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in materia di patrocinio obbligatorio delle Autorità Portuali ha rilevato che le delibere che intendano incaricare professionisti del libero Foro devono essere *"adeguatamente motivate"* e la VI sez. del Supremo consesso di giustizia amministrativa, nella camera di consiglio del 10 novembre 2009, ha dichiarato inammissibile l'istanza cautelare proposta dall'Autorità Portuale di Gioia Tauro perché rappresentata e difesa da un avvocato del libero Foro, secondo il collegio giudicante, *"sprovvisto dello jus postulandi"*.

Nella motivazione di quest'ultima ordinanza, richiamando la decisione della Suprema Corte Sez. Un., 5 luglio 1983, n. 4512, viene precisato che *"la natura autorizzata del patrocinio non ne muta il carattere tendenzialmente obbligatorio salvo che per i casi di comprovata specialità (c.d. obbligatorietà attenuata) sicché, solo qualora questi ultimi ricorrano, è possibile per l'Ente rinunciare al patrocinio dell'Avvocatura e procedere alla nomina di un legale del libero Foro, previa apposita motivata deliberazione sottoposta all'organo di vigilanza."*

In materia, da ultimo, è intervenuta anche la decisione del 23 ottobre 2007 della Corte dei conti, sez. II Giurisdizionale Centrale d'Appello, che, nell'inflettere una pesante condanna di carattere economico all'amministratore p. t. dell'ANAS s.p.a., ha ribadito la necessità, in vigenza del regime facoltativo di assistenza legale ex art. 43 R.D. n. 1611/1933, nei casi di affidamento del patrocinio legale, salvo ipotesi di conflitto, di adottare apposita delibera per l'individuazione dei casi speciali in cui l'ente intende non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato.

Ciò posto, l'ENAC, ente pubblico non economico sottoposto a *"patrocinio facoltativo"* ex art. 5, c. 2, D. L.vo n. 250/97, salvo le ipotesi di conflitto, solo con delibera motivata sottoposta agli organi di vigilanza, può non avvalersi della Avvocatura dello Stato; al contrario la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi dell'ENAC, ivi compreso il caso di specie, continua ad essere assicurata da questo Istituto secondo le descritte modalità.

Infatti, l'art. 43 R.D. 30 ottobre 1993, n. 1611, consente, in casi speciali, all'Ente pubblico di poter rinunciare al patrocinio dell'Avvocatura e procedere alla nomina di un legale del libero foro, previa apposita motivata deliberazione sottoposta all'organo di vigilanza.

Di talchè, la mancata deliberazione, l'inesistenza della motivazione, o la mancata sottoposizione della deliberazione dismissiva all'organo di vigilanza, integrando una violazione del predetto art. 43, determinano l'invalidità del mandato e il conseguente difetto di *ius postulandi* del difensore (cfr. C.d.S., IV sez., ord. n. 5653/09).

Da quanto esposto, risulta evidente che l'affidamento da parte dell'Amministrazione di un incarico ad un avvocato del libero Foro ha carattere di specialità e deve essere supportato dall'esistenza di oggettive e inderogabili esigenze, nonché da adeguata motivazione.

Nella fattispecie in esame, come si legge nella nota che si riscontra, costo Ente ritiene di essersi trovato in una contingente situazione di oggettiva difficoltà organizzativa a causa "*dell'elevato numero di contenziosi e della scarsità di risorse umane da adibire alla materia*". Detti motivi non appaiono poter giustificare il conferimento di un incarico difensivo ad un avvocato del libero Foro, tenuto conto, tra l'altro, che l'art. 417 bis c.p.c. non fa riferimento ad un dipendente con specifica professionalità ma genericamente ad un funzionario dell'amministrazione.

In ogni caso, la difficoltà oggettiva da parte dell'ENAC di garantire la difesa dell'Ente con propri funzionari, come in altri casi è avvenuto, poteva e doveva essere segnalata a questa Avvocatura per le successive determinazioni di competenza, che avrebbe permesso, se del caso, a procedere, d'intesa, al motivato e legittimo affidamento del patrocinio ad un legale del libero Foro, ricorrendo le predette ipotesi di specialità.

Naturalmente, le eventuali determinazioni in merito all'affidamento del patrocinio ad un avvocato del libero Foro andavano deliberate dall'ENAC e sottoposte agli organi di vigilanza dell'Ente. Peraltro, l'ENAC, una volta conosciuta la decisione del giudice di primo grado avrebbe dovuto, trasmetterla a questa Avvocatura Generale dello Stato al fine di consentire la predisposizione di un'adeguata e tempestiva difesa, così come previsto dall'art. 417 bis c.p.c.

In tale contesto giuridico-fattuale, pare altresì opportuno segnalare che, in assenza dei presupposti dettati dall'art. 43 del R.D. n. 1611/1933, il conferimento dell'incarico difensivo ad un avvocato del libero Foro risulterebbe nullo anche per violazione dell'art. 417 bis c.p.c. e, conseguentemente ogni atto dallo stesso proposto risulterebbe inammissibile per evidente difetto di *ius postulandi* del difensore, salva, naturalmente, l'ipotesi dell'art. 182 c.p.c., II ° comma, se applicabile.

Tutto ciò premesso, questo Generale Ufficio non può esimersi dal segnalare l'insorgenza di specifiche ipotesi di responsabilità professionali a carico dell'avvocato del libero Foro che assuma un incarico difensivo in violazione di quanto previsto dall'art. 417 bis c.p.c. nonché dall'art. 43 del R.D. n. 1611/1933, e ciò per la violazione del dovere di diligenza media e di compe-

tenza esigibili ai sensi dell'art. 1176, II° comma, cod. civ. e 12 del codice deontologico.

In conclusione, ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c. un Ente pubblico non economico per il quale sia normativamente previsto il patrocinio facoltativo di questa Avvocatura, limitatamente al giudizio di primo grado può stare in giudizio in proprio, avvalendosi del proprio personale dipendente laddove l'Avvocatura dello Stato competente per territorio non valuti di assumere direttamente la trattazione della causa; può avvalersi di avvocati del libero Foro per la difesa in giudizio nelle medesime controversie, in ipotesi di conflitto, ricorrendo i presupposti dettati dall'art. 43 del R.D. 1611/1933. Nei casi di "specialità", la difficoltà soggettiva ed oggettiva dell'Ente nel garantire la difesa con propri funzionari deve essere segnalata a questa Avvocatura per le successive determinazioni di competenza che possono configurare, d'intesa, l'ipotesi di affidamento del patrocinio ad un legale del libero Foro, sottoponendo la proposta a delibera dell'Ente ed a verifica da parte degli organi di vigilanza. In ogni caso, a prescindere dalle responsabilità di carattere contabile ascrivibili ai referenti dell'Ente pubblico che hanno dato luogo all'illegittima difesa processuale, nell'ipotesi di assunzione di mandato difensivo da parte di un avvocato del libero foro, quest'ultimo può essere chiamato a rispondere dei danni provocati dalla nullità degli atti compiuti.

La questione è stata esaminata da Comitato consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 10 febbraio 2010».

DOTTRINA

L'impugnazione degli atti di controllo

Gli orientamenti della giurisprudenza e le relative giustificazioni di teoria generale

*Pasquale Fava**

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. - 2. Profili generali dell'impugnativa degli atti di controllo. - 3. L'impugnativa degli atti di controllo della Corte dei conti: la tesi sandulliana dell'insindacabilità per la neutralità e il "disinteresse" delle funzioni di controllo esercitate viene recepita dalle Sezioni unite. - 4. L'insindacabilità degli atti di controllo preventivo di legittimità. - 5. L'insindacabilità dei referti-relazione di controllo sulla gestione degli enti della Repubblica (Stato, Autonomie, enti sovvenzionati). - 6. La sindacabilità degli atti preliminari all'esercizio del controllo magistratuale neutrale: l'identificazione degli enti le cui gestioni vanno assoggettate a verifica. - 7. L'inimpugnabilità dei pareri di contabilità della Corte dei conti. - 8. L'inimpugnabilità degli atti interlocutori o soprassessori adottati dall'autorità di controllo. - 9. L'inimpugnabilità delle relazioni dei servizi di controllo interno.

1. Premessa metodologica

I controlli (1) costituiscono un anello del sistema delle "garanzie giuridiche" preordinate ad assicurare il rispetto della legalità e la conformità del-

(*) Giudice della Corte dei conti.

(1) L'etimologia del termine controllo deriverebbe dal francese "contrôle", lemma che avrebbe le proprie origini nel latino, connettendosi all'idea del "rotulus", cioè al foglio in cui è fissato uno schema, un piano o un elenco al quale un qualche aspetto della realtà deve corrispondere; letteralmente "contre-rôle" indicherebbe, quindi, un registro di riscontro, di qui, per traslato, il passaggio ai termini riscontro, verifica, e, secondo alcuni, sindacato [per tale ricostruzione etimologica U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi senesi*, XXXII, 1916, 173-174, alla quale si è rifatta tutta la dottrina successiva tra cui P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, IV (Teoria generale dei con-

l'azione dell'Amministrazione all'ordinamento giuridico (2).

La giurisprudenza ha elaborato principi e regole particolari in relazione alle controversie aventi ad oggetto atti di controllo.

Tali principi e regole trovano poi ulteriori specificazioni laddove venga in rilievo l'esercizio del potere di controllo magistratuale neutrale della Corte dei conti in omaggio alla posizione istituzionale occupata da quest'ultima nel sistema costituzionale e alla neutralità ed imparzialità che caratterizzano l'esercizio delle proprie funzioni di controllo.

Onde offrire un quadro sistematico delle numerose pronunce intervenute in materia, si procederà, quindi, prima alla sintetica identificazione delle regole generalmente applicabili all'impugnativa degli atti di controllo, passando successivamente a verificare le peculiarità delle tecniche di sindacato nei confronti dell'esercizio delle funzioni di controllo della Corte dei conti individuando le giustificazioni costituzionali del trattamento differenziato.

2. Profili generali dell'impugnativa degli atti di controllo

In linea generale la giurisprudenza (3) suole distinguere, nell'ipotesi di controllo preventivo di atti perfetti ma inefficaci, a seconda che l'atto di con-

trolli), Padova, CEDAM, 1960, 3; M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1264, poi in *Studi Chiarelli*, II, Milano, 1973, 1216. Hanno parlato di potere di sindacato o riscontro della Corte dei conti in sede di controllo G. DE GIOANNIS GIANQUINTO (*Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1881, Vol. III, parte prima, 58 ss.), ERICO PRESUTTI (*Istituzioni di diritto amministrativo*, II, 1905, Napoli, Tocco ed., 146 ss.) e C. F. FERRARIS (*Diritto amministrativo*, Padova, Editrice universitaria, II, 1922, 146 ss.).

Per ampi riferimenti bibliografici in merito all'etimologia ed al significato del termine francese "contrôle" si rinvia alle voci "Contrôle" e "Contrôler" del *Trésor de la Langue Française (Dictionnaire de la langue du XIX e du XX siècle (1789-1960))*, VI, Paris, Éditions du centre national de la recherche scientifique, 1978, 104-107, diretto da P. IMBS, le quali evidenziano che l'accezione amministrativa del lemma controllo identifica, in Francia, un giudizio di legalità e regolarità ("vérification portant sur le caractère légal et régulier de quelque chose").

Per una recente rivisitazione della teoria generale dei controlli sia consentito rinviare a P. FAVA, *Teoria generale dei controlli e i controlli esterni*, in G. MORBIDELLI, *Teoria e regole dell'organizzazione amministrativa* e in *Riv. Corte conti*, 4/2009.

(2) G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato* (trad. V.E. Orlando dell'"Allgemeine Staatslehre", prima parte dell'opera "Das Recht des modernen Staates" – la seconda parte, il "Besondere Staatslehre" non vide mai la luce per la morte del giurista tedesco), Milano, Giuffrè, 1949, 305, ricondusse i controlli giuridici al genere delle garanzie giuridiche poste a tutela del diritto obiettivo ("I controlli, cioè l'esame alla stregua di determinate norme degli atti rilevanti per lo Stato [...] possono essere giuridici o politici [...] i controlli giuridici hanno per scopo l'esame degli accennati atti in conformità di norme giuridiche").

(3) In dottrina G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, 256-257; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 466.

Sulla questione dell'interesse a ricorrere del terzo contro l'atto di controllo è consueto il rinvio all'opera di L. RAGNISCO, *Sull'interesse a ricorrere contro le decisioni dell'autorità tutoria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922, II, 39 (in precedenza V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato cit.*, III, Milano, 1901, 683-685).

trollo sia positivo (esprime un giudizio di conformità dell'atto alle regole di riferimento) o negativo (esprime un giudizio di difformità dell'atto alle regole di riferimento).

Nell'ipotesi in cui l'atto di controllo sia positivo si suole affermare che quest'ultimo scompare dietro l'atto controllato di tal che il primo non è autonomamente impugnabile essendo tale solo il secondo (4). Si osserva che con l'adozione dell'atto soggetto a controllo non sussiste alcun obbligo di impugnazione per l'assenza di un interesse a ricorrere non essendovi ancora, causa l'inefficacia del provvedimento finale, alcuna lesione attuale (5); l'atto di controllo positivo, difatti, non è idoneo a determinare alcuna lesione diretta della posizione giuridica soggettiva dell'interessato, essendo privo di autonomia rispetto al provvedimento controllato di cui è mera condizione di efficacia (6). In tale ipotesi si potrebbe, al più ipotizzare un'impugnazione meramente fa-

(4) Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2002, n. 3483, in *Cons. St.*, 2002, I, 1380 ("gli atti di controllo non ledono posizioni giuridiche soggettive incise dai provvedimenti sottoposti a controllo"); Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 1993, n. 314, in *Foro amm.*, 1999, 444; TAR Lazio, Sez. I, 4 luglio 1992, n. 1092.

Il principio di carattere generale è richiamato da G. BERTI, L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 317-318 ("gli atti di controllo non sono impugnabili (in via amministrativa o giurisdizionale) di per sé, ma solamente attraverso il ricorso diretto contro il provvedimento caratterizzatore della fattispecie"). Tale conclusione dipenderebbe dall'anomala ambivalenza dell'atto di controllo, trattato alla sfera dell'amministrazione agente o all'autorità controllante a seconda dell'esito positivo o negativo del controllo medesimo (BERTI, *Problemi del controllo sugli enti locali e dell'impugnativa dei relativi atti*, in *Studi Pugliatti*, Milano, 1978, 126 ss.).

Per tale ragione la giurisprudenza amministrativa esclude che l'autorità tutoria possa acquisire la qualità di controinteressata al ricorso giurisdizionale (Cons. Stato, ad. plen., 21 giugno 1996, n. 9; Id., Sez. V, 26 maggio 1997, n. 567).

(5) Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 1995, n. 576, in *Cons. Stato*, 1995, 890.

(6) La costruzione è oramai *ius receptum* rilevandosi oramai unanimemente che il controllo, specie laddove preventivo, operando nella fase integrativa dell'efficacia e scomparendo dietro il provvedimento finale, non sarebbe impugnabile secondo la tesi prevalente [E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 393 e 466; ZANOBINI, pur ritenendo che "la materia dei controlli non fa parte del procedimento di formazione dell'atto amministrativo, perché il controllo, quando è prescritto precede tale formazione o la segue dopo il suo compimento, ma resta in ogni caso esterno ad essa", riconosce che i controlli sovente dispiegano una certa influenza sull'efficacia dei provvedimenti (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I (*Principi generali*), 1958, 286 ss.); secondo il Consiglio di Stato, peraltro, gli atti di controllo, proprio perché posti in essere in veste neutrale ed al solo fine di verificare la legittimità dei provvedimenti, non avrebbero natura discrezionale (Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5730)], non costituendo l'esito di un procedimento autonomo bensì di una fase endoprocedimentale accessoria e strumentale a quella finale (per l'affermazione giurisprudenziale di questa tesi si rinvia a quanto osservato in sede di trattazione sulla natura giuridica dell'atto di controllo).

La capacità di produrre effetti da parte del (pur perfetto) provvedimento finale sarebbe, difatti, condizionata al venir in essere dell'atto positivo di controllo, il quale opererà con efficacia retroattiva (Cons. Stato, sez. VI, 25 ottobre 1991, n. 728; Cons. Stato, sez. V, 28 novembre 1993, n. 648).

Tra i corollari della configurazione accessoria e strumentale di tali tipologie di atti di controllo si ravvisa l'esclusione dell'applicazione delle facoltà partecipative in relazione al procedimento di controllo (Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 1999, n. 2069 - che ha ascritto il nulla osta ministeriale sulle autorizzazioni paesaggistiche rese in base all'art. 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497 alla categoria degli atti di controllo).

coltativa, specie nei casi in cui l'atto sottoposto a controllo sia comunque portato ad esecuzione (7), salva, tuttavia, l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse nell'ipotesi di successiva adozione di un atto di controllo negativo. Di qui la necessità di verificare la decorrenza del *dies a quo* dell'impugnazione dell'atto soggetto a controllo una volta che sia stato adottato l'atto positivo di controllo. Secondo un primo (prevalente) orientamento essa decorrerebbe da quando l'interessato abbia avuto conoscenza dell'atto di controllo positivo (8), mentre una seconda opzione fa coincidere il *dies a quo* con l'adozione del provvedimento a prescindere dalla conoscenza che ne abbia avuto il privato (9).

L'atto di controllo negativo (10), invece, precludendo in via definitiva la produzione degli effetti del provvedimento finale, può essere impugnato autonomamente, sia da parte dell'Amministrazione controllata che dal privato beneficiario dall'atto controllato, negli ordinari termini decadenziali decorrenti dalla conoscenza legale dell'atto di controllo (11).

Transitando al versante delle controversie afferenti atti di controllo sus-

(7) La giurisprudenza prevalente esclude un onere di impugnativa nelle ipotesi di anticipata esecuzione (per il carattere facoltativo della medesima Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 1986, n. 784; Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 1996, n. 1538). Deve, peraltro, escludersi l'esistenza di un onere di impugnativa del sopravvenuto atto di controllo positivo non essendo quest'ultimo autonomamente impugnabile. In tale ipotesi, quindi, la mancata impugnazione dell'atto di controllo positivo non dovrebbe comportare alcuna improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.

(8) Cons. Stato, ad. plen., 22 ottobre 1985, n. 20, in *Foro it.*, 1986, III, 1; Ad. plen., 12 ottobre 1991, n. 9, in *Foro it.*, 1992, III, 154; Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 1990, n. 318 e 376, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Giustizia amministrativa*, n. 303 e 301; Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 1991, n. 181, Cons. St., 1991, I, 347; Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 1991, n. 743, in *Foro it.*, 1992, III, 157; Cons. Stato, sez. V 14 aprile 1997, n. 358; Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 1998, n. 1065 (l'orientamento applica le regole generali previste dall'art. 21, comma 1, della legge TAR, in tema di decorrenza del termine di impugnazione, ancorandola alla conoscenza effettiva dell'atto di controllo positivo; si è affermato in questo modo il principio generale secondo cui il termine per l'impugnazione degli atti amministrativi non corre in pendenza di quello per il controllo mancando l'attualità della lesione che presuppone l'efficacia dell'atto impugnato).

(9) Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 1987, n. 751, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Giustizia amministrativa*, n. 266; Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 1987, n. 168 e 27 settembre 1990, n. 181 (l'orientamento crea un onere per l'interessato di attivarsi per conoscere il momento in cui intervenga l'atto di controllo fondandolo sulla circostanza che quest'ultimo è obbligatorio e previsto da specifiche previsioni di legge che i consociati sono tenuti a conoscere).

(10) Sulla tematica dell'impugnativa degli atti di controllo F. ARCANGELI, *Note sulla impugnabilità degli atti negativi di controllo emessi su provvedimenti delle amministrazioni statali*, in *TAR*, 1997, II, 285-303.

(11) Cass., sez. un., 28 maggio 1977, n. 2184, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1528 ("il provvedimento della Commissione regionale di controllo sugli atti delle regioni a statuto ordinario, che ex art. 45 l. 10 febbraio 1953, n. 62, annulla una delibera regionale è impugnabile innanzi al giudice amministrativo, sia da parte dell'amministrazione controllata, che da parte del privato destinatario dell'atto sottoposto a controllo"); Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2000, n. 668, in *Cons. St.*, 2000, I, 245; Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 633, in *Cons. St.*, 2004, I, 342; Cons. giust. amm., 5 maggio 1993, n. 166, in *Cons. St.*, 1993, I, 781.

seguito aventi ad oggetto atti perfetti ed efficaci, si applicano le regole generali in relazione al controllo positivo, mentre nell'ipotesi in cui quello negativo possa far venire meno gli effetti dell'atto controllato (già prodotti dal momento del perfezionamento di quest'ultimo), l'atto soggetto a controllo, presentando un'immediata efficacia lesiva, deve essere impugnato tempestivamente secondo le regole generali (12), mentre l'adozione dell'atto di controllo negativo determina, di regola, la cessazione della materia del contendere in relazione al giudizio di impugnazione dell'atto controllato.

In linea generale, con riferimento agli atti di controllo negativo, si è posto il problema se l'amministrazione controllante possa essere considerata controinteressata in relazione al ricorso giurisdizionale proposto dal privato. La Plenaria del Consiglio di Stato (13), recependo l'orientamento tradizionale (14), ha chiarito che l'Amministrazione vistasi annullare un provvedimento in sede di controllo è cointeressata in relazione al giudizio d'impugnazione dell'atto negativo di controllo introdotto dal terzo beneficiario del provvedimento caducato dall'autorità tutoria. L'Amministrazione controllata, difatti, vantando un interesse alla conservazione del provvedimento annullato di segno analogo a quello del ricorrente, avrebbe dovuto anch'essa impugnare nei termini decadenziali l'atto negativo di controllo. Quindi, in questa ipotesi, l'interesse dell'Amministrazione controllata non è quello tipico del controinteressato (che è sostanzialmente opposto a quello dell'interessato), bensì quello che normalmente consente di proporre un ricorso in via principale. Peraltro, l'omissione di ogni iniziativa processuale da parte dell'Amministrazione nei termini decadenziali, non potrebbe essere sanata attraverso un atto di intervento (intempestivo) atteso che, in presenza di una situazione soggettiva che radica la legittimazione a ricorrere, è di regola esclusa quella ad intervenire in quanto

(12) Cons. Stato, ad. plen., 12 ottobre 1991, n. 9 (*"il termine per ricorrere contro un provvedimento ancora sottoposto a controllo, ma immediatamente esecutivo, decorre dalla piena conoscenza da parte dell'interessato, essendo lesivo immediatamente"*); Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio, n. 111, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Giustizia amministrativa*, n. 362; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 1987, n. 287, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Giustizia amministrativa*, n. 354; Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 1993, n. 603.

(13) Cons. Stato, ad. plen., 21 giugno 1996, n. 9.

(14) L'orientamento tradizionale, osservando che l'Amministrazione controllata è titolare di un interesse adesivo e parallelo a quello del ricorrente in quanto l'accoglimento del ricorso conduce al ripristino dell'efficacia del provvedimento caducato per effetto del controllo negativo, aveva sempre escluso che la P.A. controllata potesse essere considerata parte necessaria controinteressata essendo quest'ultima fisiologicamente titolare dell'interesse alla difesa del proprio provvedimento negativamente riscontrato (in questi termini Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 1995, n. 16; Id., Sez. VI, 9 ottobre 1991, n. 622; Id., Sez. IV, 30 ottobre 1979, n. 877).

L'orientamento contrario (Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 1994, n. 609; Id., Sez. IV, 20 aprile 1993, n. 443; Id., Sez. IV, 28 febbraio 1992, n. 209; Id., Sez. IV, 16 maggio 1985, n. 184; Id., Sez. IV, 17 novembre 1984, n. 858), per converso, ritenendo controinteressata l'Amministrazione controllata, dichiarava inammissibili i ricorsi non notificati a quest'ultima nelle ipotesi in cui la P.A.: a) avesse ricevuto un beneficio economico dal provvedimento di controllo negativo; b) si fosse trovata in effettivo contrasto di interessi con il ricorrente; c) avesse manifestato comportamenti adesivi.

gli interessi che le giustificano sono eterogenei e non sovrapponibili (15).

3. L'impugnativa degli atti di controllo della Corte dei conti: la tesi sandulliana (16) dell'insindabilità per la neutralità e il "disinteresse" delle funzioni di controllo esercitate viene recepita dalle Sezioni unite

In relazione all'impugnazione degli atti di controllo della Corte dei conti sono state generalmente condivise le tesi sandulliane dell'inammissibilità del

(15) *"L'ente pubblico i cui atti sono sottoposti al controllo di altro organo ha un interesse alla conservazione in vita di tali atti identificabile nella tutela della propria attività volitiva, sia essa discrezionale o vincolata, compressa dall'atto negativo di controllo; pertanto, la posizione che nell'ambito del processo amministrativo assume l'amministrazione che ha emanato il provvedimento poi annullato in sede di controllo viene a coincidere con quella del soggetto al quale il provvedimento stesso avrebbe recato beneficio e non già con la posizione dell'organo di controllo al quale deve essere notificato il ricorso; ne consegue che l'ente controllato non assume la veste di controinteressato in senso tecnico nei riguardi del ricorso proposto dal beneficiario degli effetti dell'atto annullato e ciò nemmeno se dall'eventuale accoglimento del proposto gravame l'ente verrebbe a sopportare un maggior onere finanziario atteso che l'amministrazione per il carattere pubblico che le è proprio è tenuta ad improntare la sua azione esclusivamente al rispetto della legge"* (Cons. Stato, A.P., 21 giugno 1996, n. 9).

La soluzione ha trovato adesioni nella giurisprudenza successiva (Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2000, n. 4575; in termini Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2001, n. 3213).

Non è, tuttavia, mancata qualche manifestazione di dissenso relativa a fattispecie di adesione dell'Amministrazione controllata ai riscontri evidenziati da quella controllante rilevando che, in tali situazioni, potrebbe profilarsi un contrasto tra gli interessi del ricorrente e quelli della P.A. controllata (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 1998, n. 53, che riprende la posizione della sezione IV del Consiglio dell'8 ottobre 1996, n. 1095).

Sul punto non può essere sottaciuto che, secondo giurisprudenza costante, l'individuazione del soggetto controinteressato, che si concreta nell'accertamento della contestuale sussistenza in capo al soggetto dell'elemento formale (identificazione o identificabilità risultante dal provvedimento impugnato) e di quello sostanziale (titolarità di una situazione di interesse di segno omogeneo e contrario rispetto a quella del ricorrente principale), va effettuata in relazione al momento in cui l'atto amministrativo impugnato viene adottato, essendo irrilevante ogni sopravvenienza di fatto o di diritto. L'adesione dell'Amministrazione controllata ai riscontri dell'Autorità tutoria è necessariamente successiva all'adozione dell'atto negativo di controllo impugnato e a nulla rileva che la prima, per la sopravvenienza fattuale (propria determinazione di adeguarsi alle indicazioni emergenti dall'atto di controllo), modifichi la propria situazione soggettiva che si trasforma in una posizione di interesse simile a quello dell'Autorità controllante. Al tempo dell'adozione dell'atto di controllo impugnato, quindi, la P.A. controllata era cointeressata e tale rimane ai fini dell'applicazione della normativa sul contraddittorio nel processo amministrativo, non essendo il controinteressato sopravvenuto parte necessaria del giudizio amministrativo.

La posizione di cointeressata dell'Amministrazione controllata ha consentito alla giurisprudenza di affermarne la legittimazione ad impugnare l'atto di controllo negativo e ad intervenire in senso adesivo nel giudizio da altri incardinato per l'annullamento dell'atto di controllo (Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 1996, n. 1095; Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 1999, n. 1837).

Giova rilevare che nel caso in cui l'Amministrazione controllata si sia adeguata alle indicazioni dell'organo tutorio, l'impugnativa va estesa a queste successive determinazioni, a pena di improcedibilità del ricorso originario (avente ad oggetto l'atto di controllo negativo) per sopravvenuta carenza di interesse, essendo stata assorbita la lesività dell'atto di controllo negativo nel nuovo provvedimento di amministrazione attiva.

(16) A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, (200-

ricorso per difetto assoluto di giurisdizione fondate sulla posizione di neutralità e terzietà della Corte (le cui guarentigie assicurano l'indipendenza dell'Istituzione dal governo e l'imparzialità di giudizio dei suoi magistrati), nonché sul carattere "disinteressato" e "distaccato" dell'esercizio delle proprie funzioni (che sono svolte al di fuori e al di sopra di qualsiasi specifico interesse pubblico e finalizzate a garantire la legalità assicurando il rispetto dell'ordinamento senza preferenze in favore di interessi pubblici specifici), di guisa che tali poteri non possono essere ricondotti all'attività amministrativa che è "un'attività istituzionalmente "impegnata" (e ciò anche quando sia attività di controllo)" (17).

216); ID., *In materia di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei conti e nei confronti degli atti di controllo della Corte*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1336-1340; ID., *Atti della Corte dei conti e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1972, III, 465-470; *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale. Repliche*, in AA.VV., *La Corte dei conti strumento di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica, Atti del convegno "Corte dei conti e finanza pubblica"*, Napoli-Salerno, 19-21 gennaio 1979, Napoli, ESI, 1979, 27-53 (per le *Repliche*, pag. 328-336), poi in *Dir. soc.*, 1979, 33-61; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 410-411.

Sulle tesi del giurista napoletano L. GIAMPAOLINO, *La Corte dei conti nel pensiero di Aldo Sandulli*, in *Riv. C. conti*, 2005, I, 349 ss.; G. CAIANIELLO, *Postfazione a Luigi Giampaolino, La Corte dei conti nel pensiero di Aldo Sandulli*, in *Riv. C. conti*, 2005, I, 359 ss.

(17) A.M. SANDULLI, *In materia di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei conti e nei confronti degli atti di controllo della Corte*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1339-1340; in precedenza ID., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 205-206, opera nella quale il Sandulli aveva equiparato l'attività consultiva del Consiglio dei Stato e quella di controllo della Corte dei conti sottolineando l'estraneità delle due Istituzioni alla pubblica amministrazione e la finalizzazione delle rispettive attività alla realizzazione dell'ordinamento giuridico, da cui l'ascrizione di tali funzioni nelle "forme di "neutralità" propria e piena".

La posizione è stata condivisa in dottrina da G. CORREALE, *Le pronunce di controllo della Corte dei conti ed il giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, I, 859-878 ("la sezione del controllo della Corte dei conti è corpo deliberante, ma non amministrativo, bensì magistratuale, titolare di una funzione non amministrativa, ma certamente, quanto meno, neutrale: il che rende il Consiglio di Stato – sempre e comunque – carente di giurisdizione, rispetto alle pronunce della sezione medesima"). Il Correale, riprendendo le posizioni sandulliane, ha chiarito che l'impugnativa di un atto di controllo negativo della Corte è inammissibile per carenza di interesse in quanto la "Corte non è titolare di alcuna potestà di incidere autoritativamente sulla situazione dell'amministrato, né di operare lesioni nella di lui sfera giuridica. Ne consegue che l'atto della Corte non modifica la situazione, né pregiudica, in alcun modo, i beni dell'amministrato, per la semplice ragione che la Corte stessa è posta al di fuori, anzi, al di sopra, di tale situazione, ab origine – vale a dire istituzionalmente – in quanto non è deputata alla cura dell'interesse pubblico specifico nel perseguimento del quale può venire ad essere coinvolta la situazione del privato [...] La Corte, allora, ha natura neutrale e siede da "terza", rispetto al rapporto esistente fra l'amministrazione e l'amministrato. In quanto tale, cioè, nella sua qualità di non "amministratrice" del rapporto, di figura priva della giuridica possibilità di creare una situazione di soggezione in capo all'amministrato – rispetto ad essa terzo, non amministrato – la Corte stessa non può essere considerata soggetto, autore di un atto oggettivamente amministrativo [...] La funzione di controllo demandata al magistrato, diversamente dalla attività amministrativa di controllo che viene esercitata nell'interno della pubblica amministrazione, da parte di organi amministrativi, non tende alla tutela degli interessi perseguiti in concreto dall'Amministrazione controllata, bensì alla tutela di interessi e di quei valori obiettivi nei quali si identifica l'ordinamento giuridico e quello contabile in specie" (pag. 863 ed 866).

Per Aldo Maria Sandulli, quindi, l'attività di controllo della Corte dei conti si svolge "unicamente in funzione della realizzazione dell'ordinamento giuridico (Stato-ordinamento)" come "funzione esplicata in veste obiettiva e neutrale (e perciò disinteressata) e quindi al di fuori e al di sopra di qualsiasi specifico interesse pubblico" (18).

Spetta, quindi, al Sandulli il merito di aver sistematizzato e dotato di un solido fondamento scientifico la tesi dell'insindacabilità degli atti di controllo della Corte dei conti che era già stata ampiamente sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa (19).

Si sancisce, in tal modo, che la Corte dei conti, nell'esercizio delle funzioni di controllo, interviene dall'esterno non solo formalmente (non è pubblica amministrazione in senso tecnico) ma anche sostanzialmente (non opera

(18) A.M. SANDULLI, *In materia cit., loc. cit.*

(19) Cons. Stato, 30 gennaio 1903, in *Foro it.*, 1903, III, 17, e Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 1903, in *Giur. it.*, IV, 1903, 177 ss., con annotazione critica di F. CAMMEO, *La competenza della IV Sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 177.

Per quest'ultima decisione "La Corte dei conti, secondo i principi informativi della sua istituzione, non può altrimenti considerarsi che quale emanazione del potere parlamentare, in virtù di delegazione permanente delle camere, e quale magistratura suprema ed autonoma, sotto i due aspetti indipendente dal potere esecutivo [...] La Corte dei conti appartiene all'ordine costituzionale e per taluni aspetti all'ordine giudiziario, ma in nessun caso rientra nell'orbita del potere esecutivo e nel novero degli organi amministrativi, non dovendo rispondere dei propri atti ad altra autorità che al Parlamento per quanto riguarda l'adempimento del mandato parlamentare, e non avendo sopra di sé che la corte di cassazione in quanto possano i suoi giudicati esorbitare dai confini della sua giurisdizione speciale".

La Sezione IV ha, in tal modo, recepito la teoria di VITTORIO EMANUELE ORLANDO che, nei suoi *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, 143, n. 220, aveva rilevato il ruolo costituzionale della Corte dei conti che trarrebbe "la propria autorità da una vera delegazione di poteri da parte del Parlamento" (in termini Id., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze Barbera, 1891, 82 ss. "di un'alta importanza è poi il carattere costituzionale che la Corte dei conti riveste e per cui essa rientra nell'orbita del potere legislativo assicurando, in virtù di una delegazione del Parlamento, che il bilancio esercitato dall'amministrazione corrisponda rigorosamente a quello approvato dalle Camere").

La tesi dell'Orlando, nonostante autorevoli dissensi (F. CAMMEO, *La competenza della IV Sezione cit.*; S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1906, 126), è stata ampiamente accolta dai Padri costituenti. In proposito si richiamano gli interventi di Mortati, Einaudi e Perassi nella discussione del 27 gennaio 1947 in seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, nonché la relazione di presentazione del progetto di Costituzione del Presidente Ruini del 6 febbraio 1947, tutti concordi nel riconoscere posizione e rilevanza costituzionale alla Corte dei conti la cui "ausiliarità" si riferirebbe più che al Governo, dal quale deve rimanere indipendente, alla Repubblica (Ruini) e al Parlamento (Mortati, Einaudi e Perassi).

La giurisprudenza successiva (Cons. Stato, ad. plen., 25 gennaio 1961, n. 1, in *Cons. St.*, 1961, I, 3; Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 1963, n. 572, *ivi*, 1963, I, 952; 4 ottobre 1963, n. 597, *ivi*, 1304; Cons. giust. amm. reg. sic., 14 dicembre 1962, n. 548, *ivi*, 1963, I, 2104) ha ribadito l'insindacabilità facendo leva anche su argomentazioni giuridiche diverse: rifacendosi alla giurisprudenza consolidata delle Sezioni unite (Cass., sez. un., 3 luglio 1953, n. 2073, in *Foro it.*, 1953, I, 1094; 5 luglio 1965, n. 1396, in *Mass. foro it.*, 1965, 403) è stata esclusa l'impugnabilità degli atti di controllo della Corte dei conti in quanto non formalmente imputabili ad un'"autorità amministrativa" né sostanzialmente amministrativi sottolineando che l'art. 26 t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 contempla la giurisdizione del Consiglio esclusivamente nei confronti di atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi.

per la cura di interessi pubblici specifici), di tal che non può essere considerata una *parte*. Il Sandulli, in sede di commento (aspramente critico) ad un'isolata pronuncia del Consiglio di Stato che aveva ammesso il sindacato giurisdizionale sugli atti di controllo della Corte dei conti (20), decisione annullata senza rinvio dalla Cassazione (21) e priva di seguito in giurisprudenza amministrativa, ha ipotizzato la possibilità per la Corte dei conti in sede di controllo di agire in qualità di autonomo potere dello Stato ricorrendo in Cassazione per difetto assoluto di giurisdizione e, in caso di esito negativo, alla Corte costituzionale con ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (22).

Tale orientamento è stato confermato in un saggio successivo (23) nel quale, peraltro, il giurista ha sancito, con ancora maggiore incisività rispetto al passato, la *"rilevanza costituzionale"* delle funzioni di controllo della Corte che è *"garante della legalità nell'esercizio della attività della pubblica amministrazione [...] al servizio dell'ordinamento giuridico in sé e per sé e/o della comunità unitariamente intesa"* e, come il Consiglio di Stato, presenta attribuzioni a *"carattere binario"* essendo ad essa devoluti *"compiti di controllo e compiti giurisdizionali"* (24). Sandulli, ha avuto cura di precisare, altresì, che il carattere di ausiliarità posto dalla Costituzione non si riferisce all'Istituzione, bensì alle funzioni esercitate (25). Ciò, peraltro, non determinerebbe *"un ruolo secondario e servente di esse"* perché *"quando una funzione accessiva rispetto ad altre viene svolta da un organo (e, a maggior ragione, da un soggetto) non solo in posizione di terzietà, ma altresì (non in quanto esponente di particolari interessi soggettivi, bensì) in quanto espressione soltanto dell'ordinamento e/o della comunità unitariamente intesa, il ruolo di essa – pur differenziato nell'essenza e nella portata – è nondimeno primario (nel senso di non derivato e non subalterno)"* (26).

In considerazione delle numerose tipologie di potere di controllo esercitabile dalla Corte dei conti la casistica giurisprudenziale si presenta quanto mai varia.

Di seguito si cercherà di fornire un'analisi sistematica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali evidenziando come i principi generali identificati

(20) Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 1972, n. 501.

(21) Cass., sez. un., 23 novembre 1974, n. 3806, in *Cons. St.*, 1975, II, 206, in *Foro it.*, 1975, I, 36 e in *Foro amm.*, 1975, I, 1, 216 ss.

(22) A.M. SANDULLI, *Atti della Corte dei conti e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1972, III, 468-470.

(23) A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in AA.VV., *La Corte dei conti strumento di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, *Atti del convegno "Corte dei conti e finanza pubblica"*, Napoli-Salerno, 19-21 gennaio 1979, Napoli, ESI, 1979, 27-29, poi in *Dir. soc.*, 1979, 33-35.

(24) A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale cit.*, 27.

(25) A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale cit.*, 27.

(26) A. M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale cit.*, 28.

dalle Corti in relazione all'impugnativa degli atti di controllo amministrativo sia stata adeguata e modulata onde tenere in considerazione i valori e gli interessi costituzionali che la Corte dei conti è chiamata a far rispettare con neutralità, autonomia ed indipendenza.

4. *L'insindacabilità degli atti di controllo preventivo di legittimità*

In relazione alle (residue) ipotesi di atti di controllo preventivo di legittimità (27), la giurisprudenza ha sempre considerato inammissibile l'impugnazione di questa tipologia di atti della Corte dei conti, residuando al privato quella degli atti che l'Amministrazione abbia posto in essere a seguito dei *dicta* del giudice contabile (28).

Il difetto assoluto di giurisdizione è stato giustificato sulla base della natura "neutrale" di tale tipologia di controllo che viene, peraltro, esercitato in senso "disinteressato", cioè a garanzia del rispetto delle regole oggettive dell'ordinamento e non per la cura di interessi pubblici specifici (29). Alla mancanza di

(27) La legge 14 gennaio 1994, n. 20, ha, difatti, limitato le categorie di atti assoggettati al controllo preventivo di legittimità, mentre l'art. 27, comma 7, della legge 24 novembre 2000, n. 340, ha semplificato il procedimento di controllo riconoscendo "esecutività" (*rectius* efficacia) agli atti controllati con il decorrere di sessanta giorni dalla ricezione.

(28) Superando il vecchio orientamento espresso in numerose risalenti decisioni che avevano prospettato soluzioni divergenti (Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 1903, in *Giur. it.*, 1903, III, 110; 2 aprile 1909, in *Giur. it.*, 1909, III, 217; 2 febbraio 1912, in *Giur. it.*, 1912, III, 386, e in *Foro it.*, 1912, III, 308-313, con nota di U. FORTI, *Corte dei conti e ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato*; 13 marzo 1914, in *Giur. it.*, 1914, III, 172; 30 dicembre 1914, in *Giur. it.*, 1915, III, 79 con nota di F. CAMMEO, *Il ricorso alle IV sezione contro i provvedimenti conseguenti ad un rifiuto di registrazione da parte della Corte dei conti*), la giurisprudenza amministrativa ha costantemente ammesso l'impugnabilità del provvedimento col quale l'Amministrazione avesse comunicato all'interessato di non poter dar corso ad un decreto a causa del rifiuto di registrazione della Corte dei conti in quanto con tale comunicazione, da considerarsi provvedimento tacito o implicito, l'Amministrazione farebbe propri i motivi addotti dalla Corte (Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 1956, n. 781, in *Cons. St.*, 1956, n. I, 884 e in *Foro amm.*, 1957, I, 42; ad. plen., 25 gennaio 1961, n. 1, in *Giur. it.*, 1961, III, 193, con nota di JEMOLO, in *Giur. cost.*, 1961, 1487, con note di NIGRO e D'ALBERGO, in *Giust. civ.*, 1961, II, 344, con nota di BORZELLINO; sez. VI, 8 novembre 1961, n. 841, in *Cons. St.*, 1961, I, 1947; sez. IV, 31 luglio 1963, n. 572, in *Cons. St.*, 1963, I, 952; sez. IV, 4 ottobre 1963, n. 597, in *Cons. St.*, 1963, I, 1304; sez. IV, 28 giugno 1966, n. 562, in *Cons. St.*, 1966, I, 1186; sez. VI, 22 dicembre 1966, n. 985, in *Cons. St.*, 1966, I, 2346; sez. IV, 8 gennaio 1974, n. 30, in *Foro. it.*, 1974, III, 301).

Nella giurisprudenza più recente Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 636, in *Cons. St.*, 1996, I, 771 e in *Rep. foro it.*, 1996, voce *Giustizia amministrativa*, n. 189 ("è da escludere l'impugnabilità degli atti di controllo della Corte dei conti perché essi sono sottratti al sindacato giurisdizionale ammesso dall'art. 113 Cost., contro gli atti dell'amministrazione, trattandosi di atti emanati nell'esercizio di una funzione imparziale, svincolata dall'indirizzo politico ed amministrativo del governo, provenienti da un organo estraneo all'apparato della pubblica amministrazione"); in termini Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 1996, n. 1089, in *Rep. foro it.*, 1996, voce *Giustizia amministrativa*, n. 190; Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 642.

(29) Si tratta della menzionata tesi del Sandulli che ha trovato autorevoli risonanze in dottrina (secondo G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 257, "il rifiuto del visto da parte

soggettività amministrativa e ai caratteri della funzione svolta, si affianca, quindi, l'assenza di lesività immediata degli atti di controllo preventivo, mentre tale caratteristica è ravvisabile negli eventuali provvedimenti successivi dell'amministrazione controllata che saranno, invece, direttamente impugnabili.

A questi principi si è richiamata anche la celebre pronuncia delle Sezioni unite (30) che ha cassato la decisione del Consiglio di Stato con cui era stato ritenuto impugnabile un atto di controllo della Corte dei conti (31). La Corte

della Corte dei conti non è impugnabile in sede giurisdizionale, poiché la Corte dei conti è disciplinata, dal diritto positivo, non come un'amministrazione, ma come una magistratura [...] i terzi possono far valere le loro eventuali ragioni avverso una determinazione della Corte dei conti, che si reputi errata in punto di diritto, solo impugnando il nuovo atto che l'amministrazione adeguandosi al controllo emetta in sostituzione di quello non approvato").

(30) Cass., sez. un., 23 novembre 1974, n. 3806 (dichiara il difetto assoluto di giurisdizione nei confronti degli atti di controllo della Corte dei conti recependo le ricostruzioni dottrinali sandulliane), in *Giust. civ.*, 1975, I, 784, con annotazioni di L. GIAMPAOLINO, *In tema di impugnabilità degli atti di controllo della Corte dei conti* e A. MASCIA, *Atti di controllo della Corte dei conti e legittimità ad causam*, in *Cons. St.*, 1975, II, 206, in *Foro it.*, 1975, I, 36, con nota di M. GAGLIARDI, e in *Foro amm.*, 1975, I, 1, 216 ss.

(31) Si tratta della già menzionata decisione Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 1972, n. 501, in *Giur. it.*, 1972, III, 1, 465, con annotazione critica di A.M. SANDULLI, *Atti della Corte dei conti e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1972, IV, 332, con commento adesivo di A. ROMANO, *Atti di controllo della Corte dei conti e sindacato giurisdizionale amministrativo*, in *Rass. avv. St.*, 1972, I, 1098, con nota di R. CARAFA, *Insindacabilità in s.g. degli atti della Corte dei conti*, in *Giust. civ.*, 1973, II, 105, in *Foro amm.*, 1972, I, 2, 747, in *Le regioni*, 1972, 19, con nota di BERTI.

Tra le opinioni critiche nei confronti della decisione del Consiglio di Stato R. CARAFA, *Insindacabilità in sede giurisdizionale degli atti della Corte dei conti*, in *Rass. avv. Stato*, 1972, I, IV, 1098-1104; G. CORREALE, *Le pronunce di controllo della Corte dei conti ed il giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 859 ss.; F. NUNZIATA, *Disarmonie nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1973, II, 213; F. PASQUALUCCI, *Controllo esterno e sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1973, II, 117; F. SATTA, *Spartizione del potere tra i giudici*, in *Dir. soc.*, 1973, 152-167.

In linea generale, prima della pronuncia del Consiglio di Stato, la scienza giuridica italiana era animata da un intenso dibattito tra coloro che riconducevano le funzioni di controllo della Corte dei conti a quelle giurisdizionali o, comunque, ne riconoscevano il rilievo costituzionale (escludendone la sindacabilità giurisdizionale innanzi al Consiglio di Stato) e quelli che le ascrivevano alla sfera dell'amministrazione (ammettendone conseguentemente l'impugnabilità diretta).

Tra i principali esponenti del primo orientamento F. NICOLOSI, *La Corte dei conti*, Pisa, 1878, 32 ss. (spec. 40-41); G. PASINI, *Legge sull'istituzione della Corte dei conti nel Regno d'Italia*, Torino, 1883, 410-543; G. ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato e il sindacato parlamentare*, Napoli, 1880, 130 ss.; V. TANGO, *Corte dei conti*, in *Dig. it.*, VIII, parte IV, 1899, 72-204; V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, 143, n. 220 (il maestro fondatore della scuola nazionale di diritto pubblico sottolinea il ruolo costituzionale della Corte dei conti che trarrebbe "la propria autorità da una vera delegazione di poteri da parte del Parlamento"; in termini ID., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze Barbera, 1891, 82 ss. ove precisa che "di un'alta importanza è poi il carattere costituzionale che la Corte dei conti riveste e per cui essa rientra nell'orbita del potere legislativo assicurando, in virtù di una delegazione del Parlamento, che il bilancio esercitato dall'amministrazione corrisponda rigorosamente a quello approvato dalle Camere", nonché ID., *Principi di diritto costituzionale*, 1912, 170, ove ribadisce l'esistenza di una delega di poteri fatta dal Parlamento alla Corte); S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906, 12 ss. (ove il primo allievo dell'Orlando adotta una sistematizzazione delle funzioni di tipo misto) e ID., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1943, 378 (ove si afferma che la Corte è un "or-

gano di importanza costituzionale"; E. VICARIO, *La Corte dei conti in Italia*, 1912; A. SALANDRA, *Corso di lezioni di diritto amministrativo*, II (Parte speciale), Roma, Athenaeum, 1912, 740 ss. (anch'egli discorre di attribuzioni costituzionali, giurisdizionali e di controllo); C.F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, Editrice universitaria, II, 1922, 137 ss. (avvertendo dell'utilizzo del termine sorveglianza in luogo di quello controllo ripartisce le Istituzioni in corpi deliberanti, consultivi e sorveglianti ed inserisce la Corte dei conti - che esercita funzioni di riscontro e sindacato - tra questi ultimi, mentre il Consiglio e l'Avvocatura dello Stato tra quelli consultivi); A. LONGO, *Appunti di diritto amministrativo (lezioni dell'anno accademico 1927-1928)*, Palermo, Arti grafiche Castiglia, 1928, 81 (secondo il quale "la Corte dei conti è emanazione del potere legislativo ed organo di controllo del medesimo sul potere esecutivo" e per tale ragioni è affidataria di attribuzioni di natura costituzionale, contenziosa ed amministrativa); S. SICA, *Contributo ad una teoria generale dei controlli giuridici nello Stato di diritto*, in *Foro amm.*, 1935, IV, 41-56 (la Corte sarebbe un'Istituzione di carattere comprimario necessariamente costituzionale); G. ROHERSSEN, *Conflitti tra la Corte dei conti in sede di controllo ed il Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1939, IV, 39-40 (che s'interessa della questione del visto di un atto amministrativo adottato in sede di ottemperanza ad una decisione del Consiglio di Stato di cui si erano interessati in precedenza anche L. RAGNISCO, *Interferenze di competenza tra il Consiglio di Stato e la Corte dei conti*, in *Foro amm.*, 1932, IV, 37 e GUIDA, *Dei rapporti tra l'attività di controllo della Corte dei conti, il Consiglio di Stato e l'A.G.O.*, in *Studi D'Amelio*, II, 220); S. LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Firenze, Editrice universitaria, 1952, 101-102 (la Corte dei conti è "organo che integra la funzione del Parlamento" cui competono, altresì, funzioni amministrative e giurisdizionali di spettanza rispettivamente degli Uffici amministrativi della Corte e del personale di magistratura); C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, CEDAM, 1969, 550 assegna alla Corte una "rilevante posizione costituzionale" in quanto Istituzione "ausiliaria del Parlamento"; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, 147 secondo il quale la Corte dei conti è "organo massimo, costituzionale, di controllo [e] giurisdizionale".

Tra i sostenitori del secondo orientamento F. CAMMEO, *La competenza della IV Sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 177 ss.; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1932, I, 327-328; O. RANELLETTI, *La Corte dei conti nella legge 3 aprile 1933, n. 255*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, I, 624; A. RISPOLI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1938, 95-96.

Gli studi successivi di GIUSEPPE FERRARI (*Gli organi ausiliari*, Milano, 1966) e ALDO MARIA SANDULLI (*Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200-216; *In materia di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei conti e nei confronti degli atti di controllo della Corte*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1336-1340; *Atti della Corte dei conti e sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1972, III, 464-470; *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in AA.VV., *La Corte dei conti strumento di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, Atti del convegno "Corte dei conti e finanza pubblica", Napoli-Salerno, 19-21 gennaio 1979, Napoli, ESI, 1979, 27-53 e 328-336, anche in *Dir. soc.*, 1979, 2-61) arricchirono il ventaglio delle possibili ricostruzioni di preziose idee che, come si vedrà, sarebbero state di lì a poco avallate dalle Sezioni unite e dalla giurisprudenza amministrativa.

Giova, comunque, ricordare che i Padri costituenti non hanno avuto alcun dubbio in merito alla posizione costituzionale della Corte dei conti e alla estrema rilevanza delle funzioni di controllo alla medesima assegnate nel quadro della tutela della legalità delle gestioni finanziarie pubbliche.

COSTANTINO MORTATI ebbe ad osservare che "la rilevanza costituzionale della Corte dei conti sorge dal fatto che, secondo quanto è stato sempre inteso dal 1862 sino ad oggi, l'istituto della Corte dei conti è un organo ausiliario del Parlamento nella importante funzione del controllo finanziario" (discussione del 27 gennaio 1947 della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione). In piena consonanza, il Perassi, rilevò la "necessità di menzionare nella Costituzione la Corte dei conti, perché la sua funzione di controllo si ricollega, come giustamente è stato osservato dall'onorevole Mortati stesso, con quella specifica del Parlamento" (discussione del 27 gennaio 1947 della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione).

Del resto, sempre per il Mortati, in considerazione dell'"enormità delle spese che lo Stato è oggi costretto a sopportare [...] obiettare che neanche la Corte dei conti ha eseguito sempre soddisfa-

regolatrice ha giustificato l'inammissibilità dell'impugnativa nei confronti dell'atto di controllo motivando che la Corte dei conti *“non appartiene all'apparato della pubblica amministrazione, ma è un organo ad essa esterno ed indipendente; sotto il profilo oggettivo, gli atti di controllo, non sono diretti a soddisfare interessi amministrativi concreti, mirando soltanto a far rispettare la legalità e, per quanto non abbiano natura giurisdizionale e non siano emessi in sede contenziosa, sono tuttavia pronunciati super partes ed esprimono una posizione neutrale, ben diversa dalla posizione che caratterizza l'operato delle pubbliche amministrazioni”* (32). La pronuncia ha, altresì, fatto leva sulla natura procedimentale del controllo che, come tale, esaurisce i suoi effetti nei rapporti tra controllore e controllato *“senza diretta incisione delle posizioni soggettive dei terzi [...] In ogni caso infatti l'atto, il comportamento o l'omissione, se risultano lesivi di posizioni soggettive altrui, sono ad essa (l'amministrazione) imputabili, perché ad essa e non alla Corte dei conti, è fatto obbligo di svolgere la propria azione nel rispetto di quelle posizioni”* (33).

La teoria sandulliana dell'insindabilità fondata sul carattere neutrale e disinteressato del potere esercitato dalla Corte dei conti in sede di controllo è stata, poi definitivamente accolta dalle Sezioni unite con una decisione di poco successiva con cui si è definitivamente cristallizzato il principio di diritto secondo cui *“gli atti di controllo della Corte dei conti sono sottratti al sindacato giurisdizionale ammesso dall'art. 113 Cost. contro gli atti della pubblica amministrazione, trattandosi di funzione imparziale svincolata dall'indirizzo politico ed amministrativo del governo, provenienti da un organo estraneo all'apparato della pubblica amministrazione”* (34).

L'assunto, peraltro, non fa venir meno la tutela giurisdizionale per il privato che sia pregiudicato dall'attività dell'amministrazione controllata conseguenziale al *decisum* della Corte dei conti in sede di controllo. L'interessato, difatti, potrà in ogni caso sollecitare una pronuncia espressa dell'Amministrazione, pur se, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, sarà sufficiente impugnare la mera comunicazione con cui si manifesti, anche implicitamente o tacita-

centemente il controllo sulle spese pubbliche [...] non è una ragione per negare l'importanza del controllo sulle spese pubbliche [che], anzi costituisce una ragione in più per rendere maggiormente efficace tale controllo e rafforzare il potere della Corte dei conti” (discussione del 27 gennaio 1947 della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione).

Sulla stessa linea, Einaudi segnalò addirittura che *“la Corte dei conti ha costituito e costituisce ancora il terrore di tutti coloro che si propongono di locupletarsi ai danni della pubblica finanza”* (discussione del 27 gennaio 1947 della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione).

(32) Cass., sez. un., 23 novembre 1974, n. 3806.

(33) Cass., sez. un., 23 novembre 1974, n. 3806.

(34) Cass., sez. un., 8 ottobre 1979, n. 5186, in *Cons. Stato*, 1980, II, 85, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1913 e in *Rep. foro it.*, 1980, voce *“Corte dei conti”*, n. 21.

mente, la volontà di non poter procedere ulteriormente rinviando all'atto di controllo negativo della Corte dei conti (35).

Sulla base di questi principi le Sezioni unite, pur dichiarando il difetto assoluto di giurisdizione in relazione all'impugnativa spiegata avverso l'atto di controllo negativo della Corte dei conti, dettero concreta soddisfazione alla pretesa patrimoniale del privato argomentando che quest'ultimo aveva in ogni caso chiesto nel ricorso introduttivo il riconoscimento del proprio diritto contestando l'appiattimento delle posizioni dell'Amministrazione su quelle del Giudice contabile in sede di controllo, pretesa che il Consiglio di Stato aveva peraltro già accolto (36).

In altri termini, in relazione a tutti gli atti di controllo della Corte dei conti, viene in rilievo una deroga (limitata all'impugnabilità di quelli negativi, in quanto quella afferente a quelli positivi è conforme ai principi generali) alle regole di impugnazione valevoli per gli altri atti di controllo giustificata dalla speciale natura neutrale, terza, imparziale e disinteressata delle funzioni esercitate dalla Corte che non determina, giova ribadirlo, alcuna limitazione alla tutela del privato. Quest'ultimo, difatti, è pienamente legittimato ad impugnare il provvedimento dell'Amministrazione che abbia recepito il giudizio di controllo oppure ad insorgere nei confronti dell'inerzia serbata dall'ente controllato.

5. L'insindacabilità dei referti-relazione di controllo sulla gestione degli enti della Repubblica (Stato, Autonomie, enti sovvenzionati)

In un momento storico caratterizzato da un'organizzazione del controllo magistratuale neutrale che poneva al centro della propria azione quello di carattere preventivo di legittimità era del tutto logico che la questione dell'assoggettabilità a sindacato giurisdizionale degli atti di esercizio delle funzioni di controllo della Corte dei conti si fosse posta in relazione a tale tipologie di provvedimenti.

L'adeguamento della funzione di controllo neutrale al nuovo assetto istituzionale della Repubblica risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione e di quella dell'organizzazione amministrativa ha fatto spostare la

(35) Del resto, in relazione a pretese patrimoniali, secondo la giurisprudenza amministrativa consolidata, si ritiene da lungo tempo sufficiente la mera inerzia dell'Amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1973, n. 655; sez. IV, 23 ottobre 1973, n. 850; sez. IV, 4 dicembre 1973, n. 1187).

(36) Si trattava della pretesa di un Avvocato dello Stato comandato presso la Regione Friuli-Venezia Giulia a vedersi riconosciuto il medesimo trattamento economico già goduto presso l'Avvocatura generale dello Stato (il Consiglio di Stato con la decisione della Sezione VI del 2 maggio 1972, n. 501, riconobbe la spettanza della quota di riparto degli onorari nella misura pari a quella annuale che aveva effettivamente conseguito argomentando che le c.d. propine fanno parte del trattamento economico costituendo indennità fissa e continuativa in forza delle disposizioni vigenti applicabili all'Amministrazione di provenienza).

questione della sindacabilità degli atti di controllo della Corte dei conti a quelli sulla gestione di carattere collaborativo introdotti dalla legge 14 gennaio 1994, n. 20.

Anticipando sinteticamente le conclusioni che saranno rassegnate, giova rilevare sin d'ora che, in linea con le più recenti decisioni della Corte costituzionale (37), non si può non riconoscere l'eterogeneità tra l'attività gestoria complessivamente assoggettata a controllo magistratuale e neutrale della Corte dei conti (unitamente a quella, ad esso conseguenziale, di indirizzo politico e solo mediatamente amministrativa che è, in ogni caso, meramente eventuale) e quest'ultima. Di qui l'estensione delle considerazioni finora ampiamente condivise per l'attività di controllo preventivo su atti a quello successivo sulla gestione, che, peraltro, si connota di un'autonomia più ampia rispetto al primo non costituendo più l'esito di una fase endoprocedimentale (c.d. integrativa dell'efficacia) del procedimento teso all'adozione di un provvedimento finale controllato, bensì un mero atto di indirizzo diretto alle Assemblee elettive nazionali e regionali titolari del potere legislativo e di indirizzo politico a tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica allargata.

A suffragio di questa ricostruzione giova ricordare che, Aldo Maria Sandulli, nella fase storica in cui erano allo studio varie ipotesi di riforma dei tradizionali controlli preventivi di legittimità, aveva acutamente segnalato che le garanzie di neutralità ed indipendenza già riconosciute dalla giurisprudenza costituzionale e della Corte regolatrice in favore del controllo preventivo della Corte dei conti, avrebbero dovuto continuare a caratterizzare le nuove forme di controllo sulla gestione ispirate alla verifica dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa (38).

L'opzione ermeneutica si profila in linea con il pensiero dei Padri costituenti (39) che hanno inteso garantire le funzioni di controllo della Corte non attraverso una statica cristallizzazione dell'esistente, bensì in senso dinamico sottolineando la strumentalità delle funzioni di controllo sulle gestioni pubbliche (al tempo essenzialmente riferite a quella dello Stato e degli enti sovvenzionati) e di quello preventivo su atti (nel testo finale proposto da Mortati si preferì adottare il termine "*di legittimità*" in luogo di quello "*di legalità*")

(37) C. cost., 6 luglio 2006, n. 267 e 7 giugno 2007, n. 179.

(38) A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in AA.VV., *La Corte dei conti strumento di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, Atti del convegno "Corte dei conti e finanza pubblica", Napoli-Salerno, 19-21 gennaio 1979, Napoli, ESI, 1979, 46 e 334-336.

(39) In proposito si rinvia ai più volte richiamati interventi di Mortati, Einaudi e Perassi in sede di discussione del testo dell'art. 100 Cost. nella seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione (dibattito del 27 gennaio 1947) e alla relazione del 6 febbraio 1947 di presentazione del progetto di Costituzione del Presidente Ruini.

presente nell'originaria proposta di Bozzi senza tuttavia voler mettere in discussione il principio sostanziale che tale tipologia di controllo "è una delle garanzie fondamentali dello Stato di diritto: con esso infatti si esercita un giudizio sulla conformità o meno dell'atto del Governo alla legge") all'esercizio dei poteri Parlamentari di indirizzo politico e legislativo.

Appare, pertanto, ragionevole e logico che, con la riforma in senso autonomistico della Repubblica, essendo stati sostituiti i controlli statali con quelli di un'Istituzione equidistante dai vari livelli di Governo (la Corte dei conti), nonché quelli generalizzati di tipo preventivo su atti con quelli, del pari a carattere generale, sulla gestione in senso stretto (che vanno a complementare quelli - preesistenti - sulla gestione finanziaria), tali nuove forme di controllo devono godere delle medesime guarentigie costituzionali già riconosciute al proprio predecessore/dante causa.

Con l'adeguamento del sistema dei controlli alla riforma costituzionale sull'assetto istituzionale della Repubblica e a quelle dell'organizzazione e dell'azione amministrativa si è inteso, difatti, migliorare la qualità delle tecniche e delle modalità di vigilanza su tutti gli Enti che compongono la Repubblica (o fanno comunque parte della c.d. finanza pubblica allargata) al fine di assicurare il sano e corretto utilizzo delle risorse pubbliche derivanti dal prelievo fiscale.

Se, quindi, tali obiettivi sono stati perseguiti attraverso l'introduzione di una nuova, generalizzata e più efficace forma di controllo che ha sostituito quello preventivo di legittimità su atti di tipo generalizzato, accusato di aver prodotto fenomeni di coamministrazione e/o rallentamenti nell'azione amministrativa, sarebbe estremamente contraddittorio non riconoscere all'erede/avente causa (il controllo sulla gestione) la medesima copertura costituzionale attribuita al *de cuius*/dante causa (il controllo preventivo di legittimità), nonché irragionevole non consentire al primo di attingere linfa vitale dalle disposizioni costituzionali di cui all'art. 100 Cost. nella qualità di legittimo erede del proprio predecessore.

Venendo ai passaggi logici a sostegno delle assunzioni che precedono, giova rilevare che la giurisprudenza ha escluso l'autonoma impugnabilità degli atti di controllo sulla gestione della Corte dei conti che si traducano in relazioni o referti meramente informativi in quanto tale tipologia di atti sono connotati dall'assenza di lesività immediata essendo preordinati *ex lege* a stimolare meri processi di autocorrezione degli Enti controllati attraverso l'attivazione di poteri di indirizzo politico e regolazione delle Assemblee elettive destinatarie del referto di controllo (40).

Oltre all'argomento di carattere generale, valevole in relazione ad ogni ipotesi di controllo della Corte dei conti, fondato sulla natura neutrale delle

(40) TAR Lazio, sez. I, 3 aprile 1998, n. 1212, in *Foro it.*, 1998, III, 396.

funzioni esercitate “a garanzia obiettiva dell’ordinamento, al fine di assicurare in maniera disinteressata l’osservanza delle leggi e, dunque, in modo svincolato[*o*] dall’indirizzo politico ed amministrativo del governo” (41), anche in considerazione della estraneità della Corte all’apparato della pubblica amministrazione, con particolare riferimento all’attività di relazione/referto (da presentare al Parlamento) sulla gestione degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (art. 100 Cost. e legge 12 marzo 1958, n. 259), la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato il carattere inautonomo dell’atto di controllo (atto successivo alla gestione e destinato all’Assemblea elettiva) che assume natura collaborativa e, per definizione, non è idoneo a produrre effetti lesivi immediati e diretti sulle situazioni soggettive dei terzi che possono essere pregiudicati solo in via indiretta e mediata laddove il Parlamento e il Ministero vigilante adottassero eventuali misure correttive (42).

Le menzionate argomentazioni valgono a maggior ragione anche per il controllo sulla gestione di tutte le Pubbliche amministrazioni introdotto dall’art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, che presenta analoga natura collaborativa referente.

La Corte dei conti, difatti, dopo aver effettuato un giudizio di raffronto tra fattispecie e parametro normativo, non impone misure specifiche all’ente pubblico ma, segnalando disfunzioni e criticità gestionali, indica, ove possibile, come eliminarle riportando l’attività amministrativa nei limiti della legalità finanziaria e contabile (43). Anche quando si riferisce a regole di tipo economico, peraltro, la Corte applica, in ogni caso, le disposizioni di legge che alle medesime rinviano, riconoscendo loro uno specifico rilievo giuridico nell’ambito dell’ordinamento giuridico finanziario e contabile, assicurando l’unità economica della Repubblica e il coordinamento della finanza pubblica allargata attraverso un giudizio ispirato a criteri univoci ed omogenei che la Corte, con la propria coordinata organizzazione, è idonea ad assicurare. Del resto, i magistrati della Corte sono, in quanto giudici, tenuti ad applicare solo

(41) TAR Lazio, sez. I, 3 aprile 1998, n. 1212, *cit.*

(42) “Il *referto* è, invero, atto non autonomo – in quanto interno ad un procedimento il cui atto conclusivo appartiene alla competenza di altro organo – nonché atto privo di effetti diretti ed immediati poiché questi ultimi sono riconnessi all’esercizio del definitivo potere di valutazione rimesso, innanzitutto, al Parlamento, secondo l’espressa previsione dell’art. 100 Cost. e, poi, all’amministrazione vigilante ed al Ministero del Tesoro, ex lege 259/1958, in relazione alle attribuzioni amministrative riconosciute dall’ordinamento a detti dicasteri [...] è da escludere l’ammissibilità di una impugnativa giurisdizionale del “*referto*” in questione, tenuto conto che esso non ha né natura formale né natura sostanziale di atto amministrativo – perché, come già detto, proveniente da organo estraneo all’apparato amministrativo e perché espressione concreta di una funzione neutrale – né è dotato di autonomia nell’ambito del procedimento nel quale è inserito né, infine, è idoneo a produrre effetti diretti ed immediati, essendo preordinato all’esercizio di diversi e separati poteri esercitati da altri e distinti organi dell’ordinamento” (TAR Lazio, sez. I, 3 aprile 1998, n. 1212, *cit.*).

(43) C. cost., 7 giugno 2007, n. 179.

la legge e le regole cui essa faccia rinvio positivizzandole o assegnando loro uno specifico rilievo giuridico: le eventuali regole economiche applicate, quindi, in omaggio al principio di legalità, assumono rilievo esclusivamente nei limiti specificamente previsti dalla legge (44).

(44) PAOLO SALVATORE ha autorevolmente segnalato l'intervenuto allargamento dei confini del principio di legalità che "per evitare che venga svuotato del suo valore pregnante, va ridisegnato alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso, che negli ultimi anni ha ricevuto particolari accelerazioni grazie a significativi contributi giurisprudenziali [...] La legalità oggi non è più fotografabile mediante un semplice giudizio di conformità al parametro costituito dalla norma, ma esprime, e sintetizza, un situazione di compatibilità dell'agire che ha come termini di comparazione valori, principi, regole enucleabili da un ordinamento giuridico complesso, caratterizzato da una molteplicità di fonti ed, altresì, coordinato e rapportato con altri ordinamenti" (P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisd. amm.*, 2007, 97-101). Il principio di legalità, quindi, "deve assumere contenuti e contorni nuovi liberandosi dalla gabbia della esercitazione logica di raffronto tra fattispecie e norma e penetrando invece nel nucleo essenziale dell'attività dell'Amministrazione per verificare la sostanziale correttezza ed adeguatezza nei confronti degli obiettivi affidati [...] La legalità, si confronta, altresì, con altri procedimenti di produzione giuridica diversi dalla legge, tratti da scienze diverse dalla tradizionale esperienza giuridica. L'attività di regolazione del mercato, ai vari livelli, in cui ha modo di manifestarsi utilizza concetti e regole non solo estranee alla tradizionale esperienza giuridica, perché tratta delle altre scienze se non addirittura da parametri storicamente propri ad un determinato assetto della società civile, ma necessariamente generiche e fluide, dovendo potenzialmente essere idonee a racchiudere in se stesse una realtà fenomenica in continuo movimento. Sul piano dell'altro termine del binomio, l'attività da valutare, è noto che la nuova Amministrazione per risultati tende a soppiantare sempre più l'Amministrazione tradizionale per atti e conseguentemente il metro di valutazione dell'operato dell'Amministrazione tende a spostarsi dalla legittimità formale alla bontà sostanziale all'idoneità cioè dell'attività a conseguire fini di utilità. La verifica di tale attività da parte del Giudice non può non abbandonare la tipologia del giudizio di conformità (tra norma ed atti) per privilegiare quella del giudizio di idoneità ed adeguatezza, il che impone, come si è visto, il ricorso sempre più frequente e diffuso a criteri e principi generali dell'ordinamento nonché a regole tecniche di fonte extralegale congruenti con gli interessi curati dalle singole Amministrazioni" (Id., *I nuovi orizzonti del principio di legalità*, in *Cons. St.*, 2005, II, 1619-1626).

Anche Carlo Chiappinelli, riportandosi ai lavori di MARIO R. SPASIANO (*Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003), ha sottolineato che le regole economiche di efficienza, economicità ed efficacia, costituendo parametri giuridici e non economici, integrano ed allargano il contenuto del principio di legalità sostanziale (C. CHIAPPINELLI, *Principio di legalità ed amministrazioni pubbliche: profili evolutivi in tema di controllo*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia"* (Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, Giuffrè, 2008, 555 ss.).

In tal modo, il giudizio relativo al rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità posti, tra l'altro, dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, attua il buon andamento dell'azione amministrativa contemplato dall'art. 97 Cost. e, nell'ottica del coordinamento della finanza pubblica allargata, contribuisce alla tutela dell'unità economica della Repubblica e della sana, legittima e regolare gestione dei bilanci pubblici.

Del resto, l'applicazione delle regole economiche, nella misura in cui esse siano rilevanti per il diritto, è un fenomeno sempre più diffuso nelle aule giudiziarie sia civili, che penali ed amministrative (si pensi alle consulenze tecniche tese all'accertamento dei danni e alla stima dei medesimi in materia di responsabilità civile, a talune nuove figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ai giudizi in materia di responsabilità per le gestioni di amministratori di società, all'identificazione del mercato rilevante in materia antitrust, etc.).

Per l'inquadramento storico-evolutivo del principio di legalità B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza*

A ciò si aggiunge che, come statuito di recente dalla Corte costituzionale, recependo le critiche mosse dalla dottrina più attenta (45) agli *obiter dicta* delle Sezioni unite (46), il controllo collaborativo deve differenziarsi dall'attività che eventualmente ad esso consegue che, peraltro, preme rilevare, non ha necessariamente carattere amministrativo (47), potendo concretarsi anche in atti di indirizzo politico o di regolazione. Del resto, non è privo di interesse mettere in risalto che l'attività di controllo preventivo (ritenuta pacificamente insindacabile) ha una più stretta afferenza con l'attività amministrativa controllata in quanto determina il blocco degli effetti del provvedimento nelle more del controllo, mentre la nuova tipologia di controllo collaborativo è ontologicamente eterogenea rispetto all'attività amministrativa che viene giudicata nella sua globalità (la gestione) attraverso un raffronto tra fattispecie e

dell'amministrazione "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia" (Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, Giuffrè, 2008, 33-60 e in *Dir. amm.*, 2008, 1-28 e per quello dell'emersione dei c.d. poteri impliciti G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 710 ss., nonché in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia"* (Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, Giuffrè, 2008.

Per un interessante studio di comparazione tra l'utilizzo interno e quello comunitario dei principi di efficienza, efficacia, economicità e buon andamento E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione europea e ordinamento interno*, Torino, Giappichelli, 2003.

(45) G. D'AURIA (annotazione a Cass., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5762), in *Foro it.*, 1998, I, 2078 e P. MADDALENA, *Il controllo successivo sulla gestione esercitato dalla Corte dei conti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Cons. St.*, II, 523 ss.

(46) Cass., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5762.

Le Sezioni unite, difatti, con un mero *obiter* irrilevante ai fini della decisione sulla questione di giurisdizione relativa alla fattispecie controversa (che afferiva esclusivamente all'atto preliminare di identificazione dell'ente da assoggettare al controllo sulla gestione e non agli eventuali e successivi atti di controllo), avevano ultroneamente affermato (confondendo, peraltro, la fase preliminare al controllo con quella di controllo e discostandosi anche dalla decisione, per esse vincolante, della Corte costituzionale che avevano in precedenza interessato - C. cost., 30 dicembre 1997, n. 470), che anche il controllo ex art. 3, comma 4 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, sarebbe compatibile "con la tutela giurisdizionale rispetto agli atti in cui si traduce [...] non [essendo] dubitabile che essa (sempre che "non vengano in rilievo ... ragioni connesse alla natura del controllo quale funzione imparziale: Corte cost. n. 470 del 1997, n. 5 del "Considerato in diritto") si atteggi secondo le modalità proprie di quella istituita con riguardo all'azione amministrativa alla cui efficienza, il controllo stesso è finalizzato: sicché rispetto a quegli atti è ripetibile lo schema consueto dell'affidamento della tutela giurisdizionale all'autorità giudiziaria ordinaria, quante volte, in presenza di atti posti in essere in carenza di potere, si faccia questione di un diritto civile o politico; e, invece, all'autorità giudiziaria amministrativa, allorché si faccia questione di cattivo uso di un potere effettivamente esistente".

L'affermazione si traduce in un postulato indimostrato apodittico e per certi versi contraddittorio in quanto omette di considerare che l'attività collaborativa svolta dalla Corte dei conti in sede di controllo sulla gestione, come riconosciuto dalla Corte costituzionale (C. cost., 7 giugno 2007, n. 179), non ha alcuna natura amministrativa atteso che Corte dei conti, Istituzione indipendente e neutrale rispetto all'ente controllato, non cura alcun interesse pubblico specifico ma effettua un giudizio teso ad assicurare il rispetto delle regole di diritto oggettivo costituenti l'ordinamento giuridico finanziario e contabile nazionale e comunitario.

(47) C. cost., 7 giugno 2007, n. 167.

parametro normativo. Il fatto che il controllo sia finalizzato all'adozione di misure correttive da parte delle Assemblee elettive (o degli organi di governo competenti) non implica alcun esercizio o compartecipazione allo svolgimento dell'eventuale attività (di natura non necessariamente amministrativa) succedanea al controllo della Corte (48). Opinando diversamente si tradirebbe la *ratio* storica della riforma dei controlli esterni che sono stati pensati e voluti proprio per accrescere il rispetto della libertà di azione degli enti controllati, specie laddove si tratti di Autonomie (49). Saranno, difatti, le Assemblee elettive nazionali, regionali e locali (ed i relativi organi di Governo) a scegliere se, in che misura e con quali modalità conformarsi alle indicazioni della Corte dei conti e, in quest'ipotesi, saranno impugnabili le relative misure attuative autonomamente ed eventualmente adottate dagli enti pubblici controllati.

Per il controllo collaborativo, quindi, valgono, a maggior ragione, le argomentazioni che hanno indotto la giurisprudenza civile ad amministrativa ad affermare l'insindacabilità giurisdizionale degli atti di controllo della Corte dei conti per difetto assoluto di giurisdizione (50).

Come è stato rilevato dalla Consulta, anche il controllo sulla gestione potrebbe ascrivere fra le attività tipiche di un organo terzo e neutrale costituzionalmente deputato ad espletare le funzioni di "*garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico*" (51) per la salvaguardia di "*interessi pubblici generali, costituzionalmente garantiti a tutela della Collettività e dell'ordinamento*" (52).

In sede di controllo sulla gestione, difatti, la Corte dei conti non esercita un'attività amministrativa bensì un potere neutrale e "disinteressato" ispirato al principio del contraddittorio e comunque di natura collaborativa.

Non è chiaro, quindi, su quali basi si possano ritenere atti formalmente e sostanzialmente amministrativi le relazioni ed i referti di controllo sulla gestione della Corte dei conti, assoggettandoli a sindacato giurisdizionale.

Nel senso dell'insindacabilità militano una serie di argomentazioni che sono state, peraltro, utilizzate anche dalla Corte costituzionale occupandosi della legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo preventivo di

(48) C. cost., 7 giugno 2007, n. 179.

(49) S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Atti del convegno "Sistema dei controlli e riforma della Costituzione"*, Milano, 11-12 dicembre 1992, Roma, 1995, IPZS, 21-58.

In proposito, altresì, Id., *Le disfunzioni dei controlli amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, 13-22.

(50) L'impugnazione spiegata avverso il provvedimento di controllo della Corte dei conti va dichiarata inammissibile, salva la sindacabilità dell'eventuale azione amministrativa successiva.

(51) C. cost., 30 dicembre 1997, n. 470, in *Cons. St.*, 1997, II, 2032.

(52) P. MADDALENA, *Il controllo successivo sulla gestione esercitato dalla Corte dei conti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Cons. St.*, 2002, II, 523.

legittimità a sollevare questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (53).

In primo luogo non è senza interesse rilevare che l'Istituzione che esercita il controllo sulla gestione è un collegio composto “*di magistrati, dotati delle più ampie garanzie di indipendenza (art. 100, secondo comma, Cost.), che, analogamente ai magistrati dell'ordine giudiziario, si distinguono tra loro “solo per diversità di funzioni” (art. 10 legge 21 marzo 1953, n. 161)*” (54). La Consulta ha, difatti, ricordato che la Costituzione annovera la Corte dei conti “*accanto alla magistratura ordinaria ed al Consiglio di Stato, tra le “supreme magistrature” (art. 135 Cost.)*” in quanto è “*istituzionalmente investita di funzioni giurisdizionali a norma dell'art. 103, secondo comma, Cost.*”, essendo, peraltro, “*l'unico organo di controllo che, nel nostro ordinamento, goda di una diretta garanzia in sede costituzionale*” (55).

In secondo luogo, giova evidenziare che in sede di controllo sulla gestione la Corte esercita le proprie funzioni di raffronto tra parametro e fattispecie nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, applicando, peraltro, le regole procedurali, storicamente riferite a quello preventivo di legittimità, valevoli in generale per l'attività di controllo (56). La Corte costituzionale (pronunciata in relazione al procedimento di controllo preventivo) ha rinvenuto gli elementi formali e sostanziali riconducibili al contraddittorio nelle seguenti circostanze: 1) nel deferimento della pronuncia al collegio nell'ipotesi in cui il magistrato istruttore sia in dissenso con le valutazioni dell'amministrazione; 2) della possibilità per l'amministrazione di partecipare alla seduta fissata per la discussione e di depositare memorie, osservazioni e controdeduzioni; 3) nella necessità che la deliberazione sia corredata da sobria motivazione (57).

I menzionati elementi indicati dalla Consulta ed affidati all'autorevole penna di Vezio Crisafulli, sono del pari presenti in relazione al controllo sulla gestione al quale si applica la medesima disciplina sui procedimenti di controllo dettata dal testo unico sulla Corte dei conti (58). La dottrina più autorevole ha, difatti, evidenziato che il principio del contraddittorio viene ampiamente rispettato anche nell'esercizio delle funzioni di controllo sulla

(53) C. cost., 12 novembre 1976, n. 226, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1882, con nota di G. AMATO, *Il Parlamento e le sue Corti*, ivi, 1984-1990.

(54) C. cost., 12 novembre 1976, n. 226 (punto 3).

(55) C. cost., 12 novembre 1976, n. 226 (punto 3).

(56) L'art. 3, comma 9, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, contempla un rinvio alle disposizioni sul controllo (“*per l'esercizio delle funzioni di controllo, si applicano in quanto compatibili con le disposizioni della presente legge, le norme procedurali di cui al testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni*”).

(57) C. cost., 12 novembre 1976, n. 226 (punto 3).

(58) Art. 3, comma 9, l. 14 gennaio 1994, n. 20.

gestione delle pubbliche amministrazioni (59): dopo la comunicazione all'amministrazione dell'inserimento nel programma di controllo sulla gestione (60), il magistrato relatore effettua l'istruttoria procedendo all'audizione dei rappresentanti dell'amministrazione e nell'ipotesi in cui le osservazioni pervenute non consentano di superare i profili di criticità riscontrati, la decisione passa al collegio che, previa instaurazione di un'ulteriore fase di contraddittorio (comunicazione all'amministrazione della possibilità di depositare memorie ed essere ascoltata nell'adunanza collegiale), giudica definitivamente udito il magistrato relatore che deve dare anche conto, nella stesura della decisione finale, della posizione e delle giustificazioni addotte dall'amministrazione (61).

(59) A. CAROSI, *Il metodo ed il procedimento nel controllo sulla gestione*, in www.amcorteconti.it (Carosi, in linea con gli *standards INTOSAI*, propone di implementare linee-guida e manuali per il controllo sulla falsariga della Corte dei conti europea anche perché il contraddittorio, “parte essenziale di quelle garanzie procedurali del controllo affermate dalla giurisprudenza costituzionale” presenta una “stretta inerenza [...] non solo alla tutela del controllato, bensì al rafforzamento dell'impianto probatorio e, quindi, del referto costruito su di esso”, in quanto “la possibilità per l'Amministrazione di addurre prove e valutazioni contrarie rispetto a quelle emergenti dalla fase istruttoria e dalla bozza di relazione sottoposta al collegio costituisce” anche “un dovere, gravante sul controllato in ossequio al principio normativo per cui va assicurata alle assemblee elettive ed alla collettività una informazione corretta e obiettiva”).

In termini M. SCIASCIA, *Il diritto delle gestioni pubbliche*, Milano, 2007, 654-655 (“L'audizione”, che “consiste nell'ascoltare le ragioni degli esponenti di vertice delle amministrazioni controllate”, “deve necessariamente essere preceduta da un invito agli organi interessati, che contenga – oltre alla data dell'adunanza – gli estremi della gestione in esame, con allegata copia della regolazione pervenuta dall'ufficio di controllo, al fine di consentire alle amministrazioni invitate di poter controdedurre efficacemente in mancanza di un contraddittorio preliminare. Tali indicazioni sono funzionali rispetto alla comprensione dei motivi effettivi che hanno condotto le amministrazioni ad assumere determinati comportamenti [...] Dell'audizione viene redatto processo verbale che viene firmato da tutti gli intervenuti ed allegato agli atti del procedimento. A seguito della discussione – sempre che non occorra un supplemento istruttorio ad iniziativa diretta – la Sezione assume una deliberazione articolata, in cui sono esternate le osservazioni conclusive, positive e/o negative, sulla gestione esaminata”).

(60) Con la comunicazione dell'inserimento nel programma di controllo (chiaramente limitata all'ipotesi di controllo sulla gestione in senso stretto) si apre il contraddittorio nei confronti dell'Ente controllato. Aldo Carosi ha, difatti, osservato che “se può essere consentita una metafora giurisdizionale, il programma di controllo contiene il *petitum*, inteso come ambito dell'attività controllata, e la causa pendente, ovverosia i motivi per cui il controllo esterno viene selezionato e delimitato in un più ampio ambito gestionale” (A. CAROSI, *Il metodo ed il procedimento nel controllo sulla gestione cit.*).

Le Sezioni riunite, in base agli art. 5 e 6 del regolamento di organizzazione del Consiglio di presidenza del 19 giugno 2008 (in G.U. del 2 luglio 2008, n. 153), definiscono, tenendo conto delle priorità indicate dal Parlamento, il quadro di riferimento programmatico, anche pluriennale, delle indagini di finanza pubblica e dei controlli sulla gestione unitamente ai relativi indirizzi di coordinamento e criteri metodologici di massima, ponendo particolare attenzione al rispetto del contraddittorio con l'Amministrazione interessata.

(61) Accanto alle previsioni generali sul controllo risultanti dal testo unico sulla Corte dei conti (applicabile giusto rinvio di cui all'art. 3, comma 9, della legge 14 gennaio 1994, n. 20), l'organizzazione afferente lo svolgimento delle funzioni di controllo è stata disciplinata dal regolamento delle Sezioni riunite del 14 giugno 2000 (pubblicato in G.U. del 6 luglio 2000, n. 156, e modificato con successive deliberazioni 2/2003 e 1/2004, rispettivamente in G.U. del 16 luglio 2003, n. 163 e 3 gennaio 2005, n. 1).

In terzo luogo, venendo alle regole applicate nel giudizio di controllo, non può essere negato il loro valore giuridicamente rilevante, con “*esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico*” (62). Sotto questo profilo, richiamando quanto osservato sull’evoluzione storica in senso sostanziale del principio di legalità, non può essere sottaciuto che anche il controllo sulle gestioni pubbliche esercitato dalla Corte è “*volto unicamente a garantire la legalità*” a “*tutela del diritto oggettivo*” (63) ispirandosi a regole di diritto positivo.

La tutela dell’unità economica della Repubblica, il coordinamento della finanza pubblica allargata, gli equilibri dei bilanci di tutti gli enti partecipanti al conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni (strumento rilevante ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità e crescita comunitario), il rispetto del divieto costituzionale di indebitamento per spese di parte corrente (c.d. *golden rule*) e dei parametri imposti dalle leggi finanziarie in materia di patto di stabilità interno, nonché quello dei principi di efficienza, efficacia ed economicità di cui all’art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (di attuazione di quello di buon andamento contemplato dall’art. 97 Cost.), costituiscono obiettivi di diritto positivo posti da fonti specifiche a tutti i livelli di regolazione (comunitario, costituzionale e nazionale).

Al perseguimento di tali finalità è preordinato il controllo neutrale e disinteressato della Corte dei conti che si caratterizza, attraverso la pre-determinazione dei criteri e dei parametri rilevanti applicabili che sono stati adeguati alle recenti riforme dell’apparato istituzionale della Repubblica (modifica del Titolo V della Costituzione) e a quelle dell’organizzazione amministrativa, quale controllo multilivello omogeneo e coordinato di natura imparziale, neutrale e “disinteressato”.

Con l’art. 3, comma 62, l. 24 dicembre 2007, n. 244, tale potere regolamentare (esercitato per la prima volta con delibera del 19 giugno 2008, in G.U. del 2 luglio 2008, n. 153) è transitato dalle Sezioni riunite al Consiglio di presidenza che delibera su proposta del Presidente.

L’analisi delle delibere di controllo della Corte dei conti dimostra che il principio del contraddittorio viene tenuto in altissima considerazione, concedendosi agli Enti controllati uno spazio di difesa ed ascolto di gran lunga più ampio di quello riservato all’Amministrazione nelle procedure di controllo preventivo di legittimità al tempo della decisione della Consulta 12 novembre 1976, n. 226. Nelle relazione finale, difatti, non solo è sovente presente una diffusa parte specificamente dedicata alla descrizione delle osservazioni istruttorie e alle difese proposte nelle memorie e nel corso dell’audizione in adunanza, ma la Sezione di controllo le richiama anche nei vari passaggi della relazione medesima [in proposito, *inter plures*, Sez. contr. Stato, 13 novembre 2006, n. 15/2006/G (pag. 72-82); 11 dicembre 2008, 25/2008/G (pag. 37-46); 9 giugno 2008, n. 11/2008/G (pag. 39-43); 20 dicembre 2007, n. 21/2007/G (23-27); 29 maggio 2007, n. 12/2007/G (pag. 51-55)].

Del resto, l’esistenza del contraddittorio nelle procedure di controllo sulla gestione è stato oramai positivamente riconosciuto anche nella legislazione più recente (art. 11, comma 2, l. 4 marzo 2009, n. 15).

(62) C. cost., 12 novembre 1976, n. 226 (punto 3.).

(63) C. cost., 12 novembre 1976, n. 226 (punto 3.).

L'attività di giudizio svolta è, pertanto, tesa ad assicurare il rispetto delle regole oggettive dell'ordinamento giuridico, anche contabile e finanziario (64), prescindendo dalla cura specifica di interessi pubblici settoriali (ed in ciò si concretizza, tra l'altro, il criterio discretivo rispetto all'attività amministrativa, anche di controllo, che viene esercitata senza le garanzie che fornisce il giudice contabile (65)).

Le argomentazioni sinora esposte attestano come sia criticabile, anche perché in contrasto con la giurisprudenza costituzionale più recente (66), ritenere sindacabili in sede giurisdizionale le relazioni di controllo sulla gestione della Corte dei conti sull'erroneo assunto della natura amministrativa delle medesime (67) che è stata, per converso, recisamente negata dalla Consulta

(64) I magistrati della Corte, in quanto giudici, applicano sempre e comunque le regole dell'ordinamento giuridico. Eventuali "regole economiche", come già segnalato, possono avere la rilevanza assegnata alle medesime dai principi giuridici e dalle norme specifiche relative al controllo sulla gestione.

(65) Di qui la neutralità ed indipendenza del giudizio di controllo che, come rilevato la Corte costituzionale pronunciandosi in relazione al controllo preventivo di legittimità, si differenzia "*nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi nell'interno della pubblica amministrazione; ed è altresì diverso anche da altri controlli, che pur presentano le caratteristiche da ultimo rilevate, in ragione della natura e della posizione dell'organo cui è affidato*" (C. cost., 12 novembre 1976, n. 226 (punto 3).

(66) C. cost., 7 giugno 2007, n. 179.

(67) L'argomento, pur frequentemente addotto a sostegno della sindacabilità, che si fonda sulla circostanza che la Corte costituzionale in una non più recente decisione (C. cost., 12 luglio 1995, n. 335) aveva escluso che la Corte dei conti, in sede di controllo sulla gestione, potesse sollevare questioni di legittimità costituzionale, è stato oramai superato dalla Consulta medesima (che, nella decisione 7 giugno 2007, n. 179, ha sancito che le funzioni di controllo sulla gestione non possono essere ricondotte all'area del potere amministrativo) e dalla morfologia strutturale e operativa di tale tipologia di controllo neutrale e disinteressato (che, come si è detto, è finalizzato al rispetto dell'ordinamento oggettivo, nel quale rientra anche la c.d. legalità finanziario-contabile, e largamente ispirato, quanto alle procedure seguite, al principio del contraddittorio).

Il richiamato argomento si presenta, peraltro, erroneo ed inconferente.

Non vi è, difatti, alcuna corrispondenza biunivoca tra insindacabilità giurisdizionale e potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Se è vero che il riconoscimento da parte della Corte costituzionale della qualità *a quo* determina conseguenzialmente, sul piano della impugnabilità delle decisioni emesse, l'insindacabilità da parte del giudice amministrativo non venendo in considerazione atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, non è altrettanto corretto ritenere che, esclusa la qualità di giudice *a quo*, non si possa ricollegare l'insindacabilità ad altre giustificazioni quali quelle connesse alla posizione costituzionale dell'Autorità ed ai caratteri neutrali e disinteressati delle funzioni esercitate che determinano, del pari, l'inesistenza di atti formalmente e sostanzialmente amministrativi.

Appare, quindi, erroneo il ragionamento che, per inferire la sindacabilità giurisdizionale dei relativi atti, fa discendere dall'assenza di qualità di giudice *a quo* la necessaria riconducibilità delle funzioni all'area dell'amministrazione (in omaggio alla c.d. teoria della residualità per la quale tutto ciò che non è espressione del potere legislativo o giurisdizionale avrebbe natura amministrativa), atteso che, come accade per la Corte dei conti, l'insindacabilità per difetto assoluto di giurisdizione, come riconosciuto in più occasioni dalle Sezioni unite e della Corte costituzionale, si fonda sulla neutralità ed il "disinteresse" delle funzioni di controllo esercitate.

Ritornando alla decisione 335/95, giova mettere in risalto che quest'ultima, richiamando quella del 27 gennaio 1995, n. 29, costituisce una pronuncia fortemente condizionata dall'assenza di conoscenze effettive e reali in merito al funzionamento e all'ontologia del nuovo controllo sulla gestione, al tempo in-

con la decisione del 7 giugno 2007, n. 179. Gli atti in cui s'invera l'esercizio delle funzioni di controllo neutrale della Corte, difatti, avendo natura collaborativa, conformemente alla *ratio* storica della riforma dei controlli, tesa ad eliminare ogni rischio di compartecipazione del controllore nell'attività del controllato (68), non condividono, contrariamente ai c.d. controlli amministrativi, l'esercizio del potere amministrativo e, pertanto, non possono essere accomunati al medesimo regime giuridico, ivi comprese le impugnative giurisdizionali, degli atti amministrativi "di adeguamento" con cui si curano pur sempre specifici interessi pubblici.

trodotto da appena un anno (legge 14 gennaio 1994, n. 20). Per tale ragione devono ritenersi oramai superate dalla legislazione successiva e dalle procedure e dalle tecniche di controllo da lungo tempo utilizzate dalla Corte dei conti le argomentazioni ostatiche presenti nella decisione 335/95 fondante essenzialmente sulla ritenuta assenza sia di "elementi formali e sostanziali riconducibili alla figura del contraddittorio" (sul punto la decisione si presenta anche in contrasto con la precedente pronuncia del 12 novembre 1976, n. 226, atteso che sussistono nel controllo sulla gestione i medesimi elementi che avevano determinato il giudizio positivo sul controllo preventivo di legittimità), sia di ogni giuridicità delle valutazioni afferenti il rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Un giudizio ispirato da specifici obiettivi di diritto positivo sanciti a livello comunitario e nazionale [tutela dell'unità economica della Repubblica, coordinamento della finanza pubblica allargata, equilibri dei bilanci di tutti gli enti partecipanti al conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni (parametro rilevante ai fini del rispetto del patto di stabilità e crescita comunitario), rispetto del divieto costituzionale di indebitamento per spese di parte corrente (c.d. *golden rule*), e dei parametri imposti dalle leggi finanziarie in materia di patto di stabilità interno, nonché quello dei principi di efficienza, efficacia ed economicità di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (di attuazione di quello di buon andamento contemplato dall'art. 97 Cost.)] e teso ad assicurare e garantire il rispetto dell'ordinamento giuridico, anche contabile e finanziario, quindi la tutela del diritto obiettivo, non può essere bollato, in assenza di riscontri effettivi su una precisa realtà operativa da valutare (inesistente al tempo della decisione 29/95), come controllo "*empirico ispirato, più che a precisi parametri normativi, a canoni di comune esperienza che trovano la loro razionalizzazione nelle conoscenze tecnico-scientifiche proprie delle vari discipline utilizzabili ai fini della valutazione dei risultati dell'azione amministrativa*", anche in considerazione della già menzionata evoluzione sostanziale del principio di legalità. Si aggiunga peraltro che, anche laddove la valutazione dei risultati intervenisse attraverso l'utilizzo di tecniche e scienze non strettamente giuridiche, tale caratteristica non può non connotare il giudizio finale che afferisce, per converso, all'intervenuta violazione dei principi giuridici di efficienza, efficacia, economicità, buon andamento, sana e legittima gestione, costituente il cuore del controllo sulla gestione, cui consegue, secondo l'unanimente condivisa teoria generale del controllo fortiana e gianniniana, l'adozione di puntuali "misure" giuridiche (c.d. momento comminatorio del controllo che nel concreto, avendo carattere collaborativo, si dirige agli organi di indirizzo politico), ossia specifiche conseguenze regolate e previste pur sempre dall'ordinamento giuridico.

In questo quadro si segnala la recente ordinanza di rimessione della C. conti, sez. contr. Lombardia, ord. 1° giugno 2009, n. 125, originata proprio in un giudizio di controllo teso all'applicazione degli specifici parametri giuridici del patto di stabilità interno (art. 1, commi 681 e 683, l. 27 dicembre 2006, n. 296 – finanziaria 2007) della cui costituzionalità si è dubitato.

(68) S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Atti del convegno "Sistema dei controlli e riforma della Costituzione"*, Milano, 11-12 dicembre 1992, Roma, 1995, IPZS, 21-58.

In proposito, altresì, Id., *Le disfunzioni dei controlli amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, 13-22, ove si sono denunciati i rischi connessi alle patologiche "negoziazioni" collegate all'esercizio del controllo preventivo di legittimità che avrebbero determinato quello del potere amministrativo per "accordi" tra controllato e controllante.

Osservando che “*i costituenti non accettarono l’idea che i controlli sono parte della funzione amministrativa*” (69) e deplorando le storture patologiche cui aveva dato luogo il controllo preventivo di legittimità (70), Sabino Casseese, che sarà poi il padre della riforma dei controlli (legge 14 gennaio 1994, n. 20) largamente ispirata alle idee gianniniane, aveva, difatti, auspicato una profonda rivisitazione della materia tesa all’introduzione di tipologie di controllo successivo sulla gestione di matrice anglosassone per evitare il rischio che il controllante possa influenzare il controllato al punto da assumere la veste di “codecisore”(71).

Alterare tali chiare e precise coordinate di sistema, assegnando alle funzioni di controllo sulla gestione della Corte dei conti natura amministrativa, significa tradire e sovvertire le idee che sono alla base della riforma in senso costituzionale dei controlli che ha introdotto quello successivo su tutte le gestioni pubbliche quale strumento specifico di verifica del rispetto del principio del buon andamento (art. 97 Cost.) e di quelli di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa che costituiscono pur sempre attuazione del primo.

6. La sindacabilità degli atti preliminari all’esercizio del controllo magistratuale neutrale tesa alla verifica dell’inesistenza del potere: l’identificazione degli enti le cui gestioni vanno assoggettate a controllo e i confini di quest’ultimo

Diversamente dagli atti di controllo della Corte dei conti, sono, per converso, sindacabili in sede giurisdizionale le determinazioni preliminari con cui si identifichino gli enti da assoggettare a controllo.

Giova premettere che gli enti sovvenzionati controllati ex l. 21 marzo 1958, n. 259, sono identificati, al fine di definire l’esistenza di un’effettiva contribuzione dello Stato, attraverso un d.P.R. su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministero dell’economia e delle finanze ed quello competente (72), mentre quelli le cui gestioni vanno controllate ai sensi della legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono individuati dalla Corte dei conti medesima in conformità alle priorità stabilite dalle Commissioni parlamentari (73).

È, dunque, possibile che un ente possa dolersi dell’erronea ricomprensione tra i soggetti controllabili (74).

(69) S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi cit.*, 28.

(70) S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi cit.*, 34-35.

(71) S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi cit.*, 33.

(72) Art. 3 l. 21 marzo 1958, n. 259.

(73) Art. 1, 473° co., l. 27 dicembre 2006, n. 296, modificato dall’art. 3, 65° co., l. 24 dicembre 2007, n. 244.

Le Sezioni unite (75), in una controversia in cui l'A.C.I. aveva impugnato il decreto presidenziale con cui era stato sottoposto al controllo della Corte dei conti *ex lege* 259/1958, hanno chiarito che il predetto decreto di identificazione degli enti pubblici cui lo Stato contribuisce in via ordinaria costituisce, a prescindere dalla sua natura giuridica dichiarativa o ricognitiva, un “*mero atto amministrativo, giurisdizionalmente impugnabile e sindacabile*” che precede ed è strumentale all’esercizio delle funzioni neutrali di controllo della Corte dei conti che lo presuppongono e con esse non va confuso, anche ai fini dell’impugnativa giurisdizionale (“*la emanazione del decreto anzidetto non è ancora attività di controllo della Corte dei conti*”). Secondo le Sezioni unite, peraltro, la situazione soggettiva attivabile in sede giudiziale, nel concreto, non avrebbe avuto la consistenza di diritto soggettivo ma di mero interesse legittimo in quanto “*la sfera di autonomia o di autarchia dell’ACI è commisurata e contrassegnata dal suo stato di soggezione al potere direttivo ed a quello di vigilanza, legislativamente e statutariamente affidati ai ministeri competenti. Non è quindi a parlare di un suo status libertatis, assimilabile a quello della persona fisica e quindi generatore di una serie di diritti soggettivi nei confronti della P.A.*” (76). Peraltro, le Sezioni unite, anticipando considerazioni che sarebbero state applicate dalla giurisprudenza successiva, hanno precisato che, pur se la posizione dell’ente che sia assoggettato a forme penetranti di controllo a tutela del pubblico interesse ha, di regola, natura di interesse legittimo nei confronti dell’esercizio di questi poteri, è comunque necessario verificare “*di volta in volta [...] se si tratti di pretesa riguardante un potere del tutto inesistente, nel senso di mancanza assoluta di una norma che autorizzi la P.A. a porre l’ente in una posizione di soggezione*” (77).

(74) Ciò è avvenuto in relazione alla delibera 43/1995 con cui la Corte dei conti ha sottoposto a controllo la gestione degli ordini e dei collegi professionali. La Corte costituzionale ha ritenuto legittimo attribuire alla Corte il potere di identificare i soggetti sottoposti a controllo (C. cost., 30 dicembre 1997, n. 470, in *Foro it.*, 1998, I, 1765, con nota di G. D’AURIA, *Corte dei conti e controllo sulla gestione degli ordini professionali*). In termini Cons. Stato, I, parere 388/1998. Sulla questione in dottrina F. BATTINI, *Può un ente pubblico evitare il controllo della Corte dei conti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 67-74.

(75) Cass., sez. un., 28 aprile, 1964, n. 1016, in *Foro it.*, 1964, I, 921 con nota di S. D’ALBERGO, in *Foro amm.*, 1964, I, 1, 347, in *Rass. avv. St.*, 1964, I, 472 con nota di G. ZAGARI, *Osservazioni sul controllo della Corte dei conti sugli Enti pubblici*, e in *Giust. civ.*, 1964, I, 1336 ss., con commento di A.M. SANDULLI, *In materia di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei conti e nei confronti degli atti di controllo della Corte*, con cui il giurista napoletano riprende il discorso generale già impostato in *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss.

Sulla decisione anche C. ANELLI, *Sulla sindacabilità davanti al giudice amministrativo degli atti di controllo della Corte dei conti*, in *Foro amm.*, 1965, II, 72-89.

(76) Cass., sez. un., 28 aprile, 1964, n. 1016.

(77) Cass., sez. un., 28 aprile, 1964, n. 1016.

Con una decisione più recente (78), le Sezioni unite, innovando rispetto al passato, hanno chiarito che l'identificazione dei soggetti nei cui confronti sussiste la contribuzione statale (79) non costituisce un mero atto dichiarativo bensì costitutivo dovendo riconoscersi *“che ogni ente pubblico, come persona giuridica, gode, nei confronti della P.A. sopraordinata, di una sfera giuridica che non può essere incisa dai pubblici poteri al di fuori dei casi e dei limiti previsti dalla legge [...] La qualità di soggetto giuridico tanto pubblico che privato, conferisce un diritto al proprio status, e cioè all'esercizio dei poteri e delle facoltà consentite dalla legge e dallo statuto, con esclusione di ogni ingerenza estranea che non sia consentita dalla legge, per cui anche il superamento dei presupposti condizionanti il potere attribuito alla P.A. sovraordinata costituisce difetto di tale potere e non degrada quel diritto soggettivo”* (80). Nel concreto, peraltro, la giurisdizione dell'A.G.O. era stata giustificata dall'inesistenza di una base normativa sulla quale fondare il menzionato potere di controllo. Di qui l'assenza di ogni degradazione del diritto soggettivo della SIAE a non essere assoggettata a vigilanza (81).

Le menzionate decisioni delle Sezioni unite vengono erroneamente riportate alla tematica dell'impugnativa degli atti di controllo della Corte dei conti.

Va, infatti, segnalato che nel primo caso l'impugnativa del decreto di assoggettamento dell'ACI era stata spiegata nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, mentre nella seconda ipotesi la controversia era stata originata da un atto di citazione della SIAE nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero del Tesoro proposta innanzi al Tribunale civile di Roma tesa all'accertamento dell'inesistenza dei presupposti di legge per l'assoggettamento dell'ente attore al controllo della Corte dei conti ex legge 259/1958. La Corte dei conti non era stata parte in causa in alcuno dei menzionati giudizi. Ciò conferma che in relazione a tali tipologie di controversie non viene in rilievo l'esercizio dei poteri neutrali della Corte dei conti ma solo atti ad essi prodromici e strumentali di natura amministrativa (a seconda delle ricostruzioni di tipo dichiarativo – come ha opinato la prima

(78) Cass., sez. un., 9 agosto 1996, n. 7327, in *Giust. civ.*, 1990, I, 3193 con nota di A. TRIPALDI, *In memoria del controllo della Corte dei conti sulla SIAE*.

(79) Operata *ex lege* dal Presidente della repubblica su proposta del Presidente del Consiglio di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze e quello competente, non dalla Corte dei conti.

(80) Cass., sez. un., 9 agosto 1996, n. 7327, *cit.*

(81) Hanno osservato le Sezioni unite che *“non rientrano nell'ambito dell'esercizio del potere (sottoposto al controllo di legittimità della giustizia amministrativa) le condizioni di esistenza del potere stesso, i suoi limiti esterni ed i suoi presupposti; in primo luogo, in mancanza dell'esistenza di quell'atto che la legge prevede, non vi può essere esercizio del potere, perché – in mancanza dell'atto – esiste soltanto una manifestazione di opinione o un'attività di indagine, ovvero addirittura un mero “fatto”, come tali insufficienti ad incidere sulla consistenza del diritto soggettivo”* (Cass., sez. un., 9 agosto 1996, n. 7327, *cit.*).

delle due decisioni – o costitutivo – come ha ritenuto la seconda pronuncia).

È, per converso, correttamente ascritta alla tematica del controllo della Corte dei conti, ma non a quella dell'impugnativa degli atti di controllo neutrale e "disinteressato" della medesima, la successiva decisione delle Sezioni unite (82) del 1998 che ha ad oggetto la determinazione preliminare (proveniente dalla Corte medesima) di identificazione dei soggetti da assoggettare a controllo sulla gestione di cui all'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (83). La Cassazione, ribadendo le considerazioni già espresse in relazione agli atti preliminari adottati dalla Presidenza del Consiglio ai sensi della l. 21 marzo 1958, n. 259, ha confermato la sindacabilità degli atti preliminari al controllo sulla gestione con cui la Corte dei conti abbia individuato gli Enti pubblici da assoggettare a controllo. A fronte di questo potere preliminare, difatti, le Amministrazioni vantano un diritto soggettivo (*status libertatis*) attivabile, secondo le regole generali sul riparto di giurisdizione, innanzi all'A.G.O (84). Resta fermo, quindi, il principio dell'insindacabilità degli atti in cui si estrinsechi l'esercizio del potere di controllo neutrale e "disinteressato" anche perché le Sezioni unite erano obbligate al rispetto di quanto statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza 30 dicembre 1997, n. 470 (sollecitata proprio dalle medesime Sezioni unite in quel giudizio), secondo la quale il menzionato principio di insindacabilità potrebbe trovare una deroga esclusivamente in relazione agli atti preliminari al controllo, ferma restando l'inammissibilità di ogni azione giurisdizionale intentata nei confronti dei (successivi) atti con cui venga effettivamente esercitata la funzione di controllo (sulla gestione) (85). La Corte costituzionale, difatti, dando per presupposto e condiviso il principio dell'insindacabilità degli atti di controllo neutrale della Giudice contabile, ha ribadito che resta sindacabile esclusivamente "la verifica delle condizioni e dei presupposti di esistenza del potere esercitato" in quanto in tale ipotesi "non vengono in rilievo le ragioni, connesse alla natura del controllo quale funzione imparziale, che [...] la giuri-

(82) Cass., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5762, in *Foro it.*, 1998, I, 2078, con nota di G. D'AURIA.

(83) Potere che è stato ritenuto costituzionalmente legittimo della Consulta (C. cost., 30 dicembre 1997, n. 470).

(84) Ribadendo il principio dell'insindacabilità degli atti di controllo in senso stretto, applicando il criterio generale del riparto fondato sulla *causa petendi* in relazione agli atti preliminari o strumentali al controllo, le Sezioni unite differenziano la questione della titolarità e dei limiti del potere di controllo (al di là dei quali, sussistendo una carenza di potere, verrebbe in rilievo la giurisdizione dell'A.G.O.) da quella afferente l'accertamento della legittimità dello svolgimento del potere (laddove, prospettandosi una questione di cattivo uso di un potere strumentale e preliminare effettivamente esistente, si rientrerebbe nella giurisdizione del G.A.).

(85) Così G. D'AURIA, *Nota a Cass., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5762 cit.* (secondo il quale resterebbero, quindi, esclusi dal sindacato giurisdizionale i contenuti costituenti l'essenza del controllo in quanto estranei all'attività *stricto sensu* amministrativa e, quindi, privi di qualsiasi diretta incidenza lesiva), nonché Id., *I controlli*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2005, 264.

sprudenza ha ritenuto idonee a giustificare la sottrazione degli atti al sindacato giurisdizionale” (86).

Nel quadro del criterio generale di riparto prospettato si colloca la recente decisione del Consiglio di Stato intervenuta in materia di atti preliminari all’esercizio del potere di controllo su enti sovvenzionati (87). Il Consiglio, conformandosi alla richiamata giurisprudenza precisando che nella fattispecie sottoposta al proprio giudizio non veniva “*in discussione il principio della insindacabilità delle pronunce o determinazioni di controllo della Corte dei conti*” che “*si fonda su ragioni connesse alla natura del controllo quale funzione imparziale, estranea all’apparato della pubblica amministrazione*” (88),

(86) C. cost., 30 dicembre 1997, n. 470.

(87) Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3053.

Del pari, in linea con la giurisprudenza della Corte regolatrice, appare la decisione della medesima Sezione VI del 27 giugno 2001, n. 3530 (in *Foro amm.*, 2001, 1657-1659 e in Cons. St., 2001, I, 1462) venendo in rilievo un atto di controllo della Corte dei conti adottato in carenza assoluta di potere (quindi lesivo di diritti soggettivi) ed impugnato nell’ambito di una controversia assoggettata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Per le Sezioni unite, difatti, il principio dell’insindacabilità dell’atto di controllo non può trovare applicazione in presenza di una carenza assoluta di potere di controllo in quanto l’inesistenza di quest’ultimo non può non determinare quella dell’atto di controllo che si svolgerebbe per le vie di fatto (“*e non rientrano nell’ambito dell’esercizio del potere (sottoposto al controllo di legittimità della giustizia amministrativa) le condizioni di esistenza del potere stesso, i suoi limiti esterni ed i suoi presupposti essenziali; in primo luogo, in mancanza dell’esistenza di quell’atto che la legge prevede, non vi può essere esercizio del potere, perché – in mancanza dell’atto – esiste soltanto una manifestazione di opinione o un’attività di indagine, ovvero addirittura un mero “fatto”, come tali insufficienti ad incidere sulla consistenza del diritto soggettivo di cui sopra; f) non si vuol dire che vale sempre l’ipotesi reciproca, e che cioè, se l’atto è emanato, nei suoi confronti vi è solo l’interesse legittimo che può difendersi dinanzi al Giudice amministrativo. Può infatti aversi inesistenza del potere, anche in presenza di un atto emanato al di fuori dei casi tassativi per i quali il potere è conferito [...] h) neppure ha rilievo l’attività di controllo che la Corte dei conti ha attuato da vari anni: se essa è stata intesa in esecuzione del sistema del 1939, manca di base normativa (almeno dal 1958) e costituisce attività di fatto illecita (in quanto lesiva di un diritto); se è stata intesa in attuazione del solo art. 100 Cost., difetta del presupposto della legge che lo stesso art. 100 prevede come indefettibile presupposto del controllo; se è stata intesa in attuazione del l. n. 259, manca il presupposto essenziale, nel quadro del funzionamento della legge, che non può prescindere dalla tutela della posizione dell’ente controllato (art. 3, 1° comma, secondo inciso), e cioè da uno strumento provvedimento che funge da passaggio necessario fra la previsione astratta della norma e l’attuazione di essa. Il provvedimento, pure in tal caso, non può essere sostituito da un’attività di fatto o da un accertamento compiuto in sede diversa (e cioè nella sede stessa del controllo), perché questo accertamento deve essere compiuto dall’organo governativo a cui la legge (prevista indefettibilmente all’art. 100 Cost.) conferisce il potere di incisione sulla sfera giuridica degli enti. La suddetta lesione di fatto della sfera giuridica si presenta come lesione di una posizione di diritto soggettivo, la cui tutela è pertanto devoluta alla giurisdizione ordinaria” - Cass., sez. un., 9 agosto 1996, n. 7327).*

(88) “Non è qui in discussione il principio della insindacabilità delle pronunce o determinazioni di controllo della Corte dei conti; tale principio si fonda su ragioni connesse alla natura del controllo quale funzione imparziale, estranea all’apparato della pubblica amministrazione (Cass. Civ., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5762). Tuttavia, tale regola non trova applicazione in relazione agli esiti della previa verifica delle condizioni e dei presupposti di esistenza del potere di controllo esercitato e, quindi, allorché si ponga “la questione di interpretazione della norma vigente”, alla stregua della quale tale verifica deve essere condotta (Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 470; richiamata anche da Cass. civ., sez. un.,

ha ritenuto spettante alla Corte dei conti il potere di assoggettare a controllo, attraverso una specifica richiesta di trasmissione preliminare, a carattere generale, che investa un lungo arco temporale, ampie categorie di atti di enti determinati rientranti nel novero di quelli sovvenzionati ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, purché, tuttavia, tale atto preliminare al controllo sia suffragato da precise e concrete esigenze istruttorie debitamente esplicitate. Il Consiglio, quindi, ribadendo il principio dell'insindacabilità degli atti di esercizio del potere di controllo (89), non ha dubitato della spettanza, in capo alla Corte dei conti, del potere preliminare al menzionato controllo (90), ma ne ha censurato le modalità di esercizio, radicando, in tal modo, la propria giurisdizione, venendo in rilievo non una carenza, bensì un cattivo uso del potere "preliminare", secondo le coordinate fissate dalle Sezioni unite (91).

7. *L'impugnabilità dei pareri della Corte dei conti resi in sede consultiva*

In base all'art. 7, 8° co., l. 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. legge La Loggia), le Autonomie possono richiedere alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica (92).

5762/98)". Il "sindacato giurisdizionale" difatti "è escluso per i soli atti di effettivo esercizio del controllo caratterizzati dall'imparzialità, e non anche per gli atti, preliminari all'esercizio del controllo, con cui si determina di assoggettare a controllo determinati enti o, come nel caso di specie, determinate categorie di atti adottati da un ente" (Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3053).

(89) Il principio di insindacabilità è stato ribadito e condiviso anche da Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 220; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 1996, n. 303; Id., sez. IV, 20 maggio 1996, n. 636; Id., sez. IV, 23 novembre 2000, n. 6241; Id., sez. I, 25 luglio 2001, n. 553.

(90) Secondo il Consiglio tale potere preliminare può, in linea astratta, essere strumentale sia alla relazione al Parlamento, che per la formulazione di rilievi (potere, quest'ultimo, costituzionalmente necessario – in proposito C. cost., 17 maggio 2001, n. 139, in *Giur. cost.*, 2001, 1109, che ha annullato l'art. 3, comma 1, D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, con cui il potere di avanzare rilievi era stato soppresso).

(91) Cass. civ., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5762.

(92) Sulla nuova competenza consultiva A. BALDANZA, *L'attività consultiva: i pareri in materia di contabilità pubblica*, in V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2008, 1067 ss.; E.F. SCHILTZER, *La nuova funzione consultiva della Corte dei conti per regioni ed enti locali nella riduttiva lettura della sezione autonomie*, in *Foro amm./Cons. St.*, 2006, 1609; Id., *Ancora sull'esercizio della funzione consultiva della Corte dei conti per regioni ed enti locali da parte della sezione*, in *Foro amm./Cons. St.*, 2006, 2652 (annotazione critica alla deliberazione della Sezione autonomie del 12 luglio 2006, n. 12/AUT/2005, con cui la sezione centrale si era giustapposta a quella regionale nella definizione del merito del quesito proposto dalla sezione di controllo della Liguria); S. SFRECOLA, *Prospettive della funzione consultiva della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica nei confronti delle regioni e degli enti locali dopo la legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. "La Loggia")*, in www.amcorteconti.it

Giova ricordare che una funzione consultiva era già prevista dall'art. 13 r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (t.u. C.d.c.). Per ampi riferimenti M. SCIASCIA, *La funzione di controllo nell'ordinamento amministrativo italiano*, Napoli, ESI, 1991, 68-69.

Per un'analisi sistematica dei pareri consultivi delle sezioni regionali di controllo M.T. POLITO (a cura di), *Rassegna dell'attività consultiva delle Sezioni regionali di controllo*, Corte dei conti (Sezione delle Autonomie/Coordinamento sezioni regionali di controllo), Roma, 2008.

È dubbia la riconducibilità di tali atti alla funzione di controllo in senso stretto in quanto qui la Corte, pur applicando nei limiti della compatibilità la procedura relativa al controllo preventivo di legittimità (93), esercita una funzione che più che al giudizio di confronto tra fattispecie e parametro (controllo) o all'attività di mera consulenza giuridica appare ascrivibile a quella consultiva (94), sia pure a carattere indipendente e magistratuale, tesa all'accertamento del diritto applicabile. La Sezione di controllo, difatti, rispondendo ad un quesito sottopostole dall'Amministrazione, si limita esclusivamente a offrire chiarimenti in ordine a criticità ermeneutiche o applicative dell'ordinamento giuridico finanziario-contabile, dichiarando, invece, inammissibili le richieste tendenziose delle Amministrazioni che non mirino ad ottenere un'interpretazione della legislazione contabile e finanziaria ma che sollecitino piuttosto una scelta della Corte circa l'attività gestionale da svolgere (95) o che siano tese ad “*eliminare o attenuare posizioni di responsabilità su fatti già compiuti*” (96).

L'inimpugnabilità autonoma dei pareri resi dalla Corte, in tale ipotesi potrebbe dipendere piuttosto che dall'esercizio di una funzione magistratuale neutrale, dall'impossibilità di attribuire ai menzionati atti una portata immediatamente e concretamente lesiva (97).

La Corte, difatti, non esercita una funzione amministrativa attiva, né partecipa all'esercizio della funzione altrui, né cura interessi pubblici, ma si limita

(93) Corte conti, sez. autonomie, delibera del 27 aprile 2004 di adozione degli “*Indirizzi e criteri generali per l'esercizio della funzione consultiva*”, diramati con nota del Presidente della Corte del 20 maggio 2004, n. 6204, pubblicati in *Foro it.*, 2006, III, 29. Con tale atto di indirizzo sono stati dettati i criteri atti a garantire l'uniformità di comportamento e, quindi, individuati i soggetti legittimati alla richiesta, l'ambito oggettivo della funzione consultiva, l'ufficio competente a rendere il parere, a seconda del carattere generale o locale dello stesso, il procedimento per l'esercizio della funzione e la tempistica.

(94) Così, efficacemente, S. GALASSO, *Funzione consultiva delle sezioni regionali del controllo della Corte dei conti*, in www.contabilita-pubblica.it, il quale distingue la funzione consultiva da quelle giurisdizionali e di controllo già spettanti alla Corte dei conti, evidenziando che la prima, analogamente a quella svolta dal Consiglio di Stato, è finalizzata alla tutela dell'ordinamento in senso oggettivo, e non può, quindi, per definizione essere diretta a proteggere interessi di una parte, sia pure pubblica. La funzione consultiva, pur non essendo ascrivibile all'area del controllo, analogamente a quest'ultima sarebbe comunque finalizzata a stimolare l'autocorrezione dell'ente richiedente (c.d. funzione collaborativa). In generale, per la differenza tra attività di controllo e di consulenza, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2007, 199-200.

(95) In quest'ipotesi si determinerebbe un'inammissibile coamministrazione (C. conti, sez. contr. Piemonte, 24 luglio 2008, par. 21/2008; S. GALASSO, *Funzione consultiva cit.*) tanto avversata dagli ispiratori della riforma dei controlli (S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Atti del convegno “Sistema dei controlli e riforma della Costituzione”*, Milano, 11-12 dicembre 1992, Roma, 1995, IPZS, 21-58).

In proposito, altresì, Id., *Le disfunzioni dei controlli amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, 13-22).

(96) Corte conti, sez. autonomie, delibera del 27 aprile 2004 di adozione degli “*Indirizzi e criteri generali per l'esercizio della funzione consultiva*”, diramati con nota del Presidente della Corte del 20 maggio 2004, n. 6204, pubblicati in *Foro it.*, 2006, III, 29.

(97) S. GALASSO, *Funzione consultiva cit.*

ad offrire all'Amministrazione richiedente chiarimenti in ordine al quadro normativo applicabile alla fattispecie sottoposta al suo giudizio, restando in capo all'Amministrazione il potere di esercitare la funzione di indirizzo politico o quella amministrativa.

La Corte dei conti, quindi, anche in quest'ipotesi, non adotta atti formalmente e sostanzialmente amministrativi (trattandosi di un'attività consultiva neutrale simile a quella esercitata dal Consiglio di Stato) che, per converso, saranno eventualmente posti in essere dall'Amministrazione. Solo questi ultimi saranno idonei a produrre effetti lesivi potendo, in tal modo, formare oggetto di sindacato giurisdizionale.

Non è privo di interesse rilevare, difatti, che il parere della Corte che sia richiesto in relazione all'esercizio di un'attività di carattere amministrativo non è né obbligatorio né vincolante (la legge che disciplina il procedimento amministrativo relativo alla funzione amministrativa esercitata peraltro non lo contempla affatto), mentre è l'Ente locale che liberamente lo sollecita (e non possono essere escluse *a priori* richieste abusive e strumentali) e, senza vincoli di sorta, vi dà seguito nei modi e tempi dal medesimo prescelti nella massima libertà.

8. *L'impugnabilità degli atti interlocutori o soprassessori adottati dall'autorità di controllo*

È pacifica in giurisprudenza la non impugnabilità degli atti con cui l'autorità di controllo abbia sollecitato chiarimenti o documenti all'Amministrazione controllata (c.d. atti soprassessori) per la carenza di un interesse a ricorrere attuale e concreto in considerazione dell'assenza di una lesione immediata e diretta (98).

Laddove essi abbiano carattere di meri atti preliminari al controllo su enti sovvenzionati, è stato chiarito che la Corte dei conti non possa imporre, ai soggetti sottoposti a tale controllo, obblighi comunicativi amplissimi e generici aventi ad oggetto una serie indeterminata ed indistinta di atti di gestione senza alcun riferimento a precise e specifiche esigenze che, ad esempio, possono sussistere laddove essa “*rilevi anomalie, disfunzioni, irregolarità o anche la semplice opportunità di approfondire determinati aspetti della gestione ed estendere il controllo ad altri atti*” (99). La violazione di tale principio potrebbe deter-

(98) *Inter plures* Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 1990, n. 502, in *Foro amm.*, 1990, 1465 (“è inammissibile l'impugnazione di atti interlocutori di un organo di controllo, tenuto conto della mancanza di oggettiva lesività degli stessi, e avuto riguardo alla circostanza che i destinatari di atti amministrativi con effetti loro favorevoli non sono titolari, finché il controllo non sia stato eseguito e l'atto abbia acquisito definitiva esecutività, di alcuna posizione giuridica per cui non possono impugnare i provvedimenti interni alla procedura di controllo privi di ogni definitiva statuizione”).

(99) Cons. Stato, 19 giugno 2008, n. 3053.

In dottrina G. D'AURIA, *I controlli*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato* cit., 266.

minare l'esperimento, accanto ai rimedi giurisdizionali ordinari, anche del ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, laddove sussistano i relativi presupposti.

9. *L'inimpugnabilità delle relazioni dei servizi di controllo interno*

Per le medesime ragioni (inesistenza di una lesione attuale e concreta di una situazione soggettiva e finalizzazione allo stimolo di processi autocorrettivi) deve escludersi l'impugnabilità delle relazioni predisposte dai servizi di controllo interno (100) che producono esclusivamente effetti limitati all'ordinamento interno dell'Amministrazione.

Saranno, per converso, impugnabili le determinazioni finali autonomamente assunte dall'Amministrazione all'esito dell'eventuale processo autocorrettivo stimolato dal referto del servizio di controllo interno che funge solo da strumento conoscitivo di natura referente teso a fornire agli organi di vertice politico-amministrativo preziose informazioni in merito allo svolgimento dell'attività ed al funzionamento dell'organizzazione amministrativa.

(100) Sui controlli interni in generale D. ACANFORA, *Profili del controllo interno nella P.A.*, in *Riv. C. conti*, 1995, V, 189 ss.; I. BORRELLO, *Il nuovo "sistema" dei controlli interni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, I ss.; L. CAVALLINI CADEDDU (a cura di), *Controlli interni nelle pubbliche amministrazioni e decreto legislativo n. 286 del 1999*, Torino, Giappichelli, 2002; G. COGLIANDRO, *Elogio del controllo di gestione*, in *Riv. C. conti*, 1993, III, 288 ss.; G. COGLIANDRO, *Il controllo interno: problemi e (possibili) soluzioni*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 3-4/1998, 203 ss.; G. COGLIANDRO, *Controllo di gestione e controllo strategico: analogie e differenze*, in *Riv. C. conti*, 2000, I, 215 ss.; G. D'AURIA (a cura di), *Glossario dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. C. conti*, 1/2009, 147-227, alla cui accuratissima bibliografia si rinvia; M.L. DE CARLI, *L'attuazione dei servizi di controllo/nuclei di valutazione negli enti locali*, in *Riv. C. conti*, 5/1998, 278 ss.; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni ed attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; B. MANNA, *Controlli di gestione e metodi di valutazione*, in *Riv. C. conti*, 2001, I, 281 ss.; E.F. SCHLITZER (a cura di), *Il sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002; A. VILLA, *Il controllo di gestione nella Pubblica Amministrazione*, in *Riv. C. conti*, 2001, I, 310 ss.

L'azione collettiva pubblica nel sistema di controllo dell'efficienza della Pubblica Amministrazione

Rapporti con le azioni collettive private

*Adele Quattrone**

L'azione collettiva pubblica disciplinata dal Decr. Leg.vo 198/2009 in attuazione dell'art. 4 della Legge Delega 15/99, si pone, in un'ottica di politica legislativa, come strumento di controllo dell'efficienza della pubblica amministrazione e, nell'ordinamento giuridico generale, come istituto innovativo del diritto sostanziale e degli strumenti di tutela giurisdizionale, avuto riguardo alla natura delle situazioni giuridiche riconosciute in capo al singolo ed alla correlativa predisposizione delle azioni a tutela.

La portata innovativa dell'istituto si coglie sin dagli esordi del testo legislativo, nella "scelta" dei soggetti legittimati all'azione: l'art. 1, comma 1, del Decr. Leg.vo 198 riconosce, infatti, la titolarità dell'azione collettiva pubblica "ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e di consumatori" nei confronti di una P.A. o di un concessionario di pubblico servizio, in relazione ad "una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi" derivante da uno dei comportamenti tipizzati dalla norma e consistenti nella violazione di *standard* qualitativi ed economici o nella violazione di doveri di azione.

La legittimazione ad agire riconosciuta in prima battuta al singolo è *estesa* (4° comma), al ricorrere dei medesimi presupposti, alle *associazioni rappresentative della pluralità dei consumatori ed utenti* per la tutela degli interessi dei propri associati che si affermino lesi dalla P.A. o dal concessionario di pubblico servizio in conseguenza delle medesime condotte.

La graduazione dei soggetti attivi dell'azione operata dall'art. 1 - singoli/associazioni - mette in evidenza l'intenzione del legislatore di fare della legittimazione del singolo portatore dell'interesse diffuso (verosimilmente non a caso definito *titolare*, nonostante il diverso suggerimento dato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, nel parere sullo schema del decreto legislativo reso in data 9 giugno 2009)(1), il nucleo centrale della nuova azione collettiva,

(*) Avvocato dello Stato.

La presente relazione è stata redatta dall'Autrice in occasione del convegno sul tema della "class action" tenutosi presso la sede del TAR di Reggio Calabria il 12 e 13 marzo u.s.

(1) Nel prefato parere il Consiglio di Stato evidenzia come la situazione giuridica protetta con l'azione collettiva è quella pluralistica dell'interesse diffuso, la cui titolarità spetta alla collettività di utenti e consumatori. Nei confronti del singolo componente della classe la situazione legittimante all'azione è data piuttosto dalla situazione di contatto, ovvero "dall'inerenza di tale interesse".

spostando il baricentro della tutela degli interessi superindividuali (collettivi e diffusi) dagli enti esponenziali ai singoli cittadini.

Con riferimento ai soggetti dell'azione può, dunque, cogliersi la portata innovativa dell'azione collettiva pubblica rispetto alle forme tradizionali di tutela degli interessi collettivi e diffusi, elaborate per via giurisprudenziale (2), ovvero introdotte dal legislatore (si pensi alle norme che riconoscono alle associazioni rappresentative di interessi diffusi la legittimazione procedimentale - art. 9 L. 241/90, o processuale - art. 91 c.p.p. e L. 349/1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente), e rispetto - come si vedrà oltre - ai corrispondenti strumenti di tutela privatistica.

Proprio mediante il superamento dell'impostazione tradizionale legata al paradigma individuale della tutela giurisdizionale amministrativa (ritagliato sull'art. 26 della legge sul Consiglio di Stato) e, sul piano della tutela degli interessi superindividuali, al binomio interesse collettivo - ente esponenziale, l'azione collettiva nei confronti della P.A. si pone nel sistema ordinamentale come strumento di partecipazione dei cittadini alla "cosa pubblica" intesa come amministrazione, riguardata non nel momento finale dell'adozione dell'atto o del singolo rapporto, ma, in forma anticipata, nel momento dell'organizzazione e della gestione complessiva della funzione e del servizio (3).

In tale contesto, l'azione collettiva pubblica è destinata ad operare come strumento di stimolo che, attraverso il controllo diretto del cittadino sul processo di produzione del servizio pubblico (considerato nella duplice accezione di funzione e di servizio in senso proprio), persegue lo scopo di attivare nell'ambito dei pubblici poteri un circolo virtuoso che favorisca lo svolgimento efficiente del servizio: alla base della L. 15/2009 e dei Decr. Leg. vi attuativi nn. 150/2009 e 198/2009 può riconoscersi l'approdo ultimo di una nuova idea di Amministrazione pubblica, intesa come "servizio reso al cittadino", dove il parametro di valutazione non è dato tanto dalla legittimità dell'atto amministrativo, quanto dal criterio economico dell'efficienza, rispetto al quale il principio cardine del buon andamento rileva in termini di risultato (4).

(2) Si fa riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato - Ad. Plen. n. 24 del 19 ottobre 1979, che, in occasione della nota vicenda dell'associazione ambientalista Italia Nostra, aprì la strada al riconoscimento programmatico della tutelabilità in sede giurisdizionale degli interessi diffusi, attraverso l'affermazione della legittimazione processuale delle associazioni che, usando il bene ed assumendone per statuto la tutela, possono riconoscersi come centri di imputazione dell'interesse superindividuale che al bene si riconnette. La tutela giurisdizionale del c.d. interesse diffuso viene resa possibile attraverso un processo di collettivizzazione dell'interesse superindividuale, che da interesse diffuso, presente allo stato magmatico nella collettività, viene riqualficato in interesse collettivo, mediante la personalizzazione in capo ad un centro di aggregazione rappresentativo.

(3) Cfr. ancora parere Consiglio di Stato citato.

(4) Il passaggio dall'amministrazione per atti all'amministrazione di risultato è sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere del 9 giugno 2009. In tale occasione il Consiglio di Stato ha pure avuto modo di sottolineare come la trasformazione della funzione della P.A. nel senso dell'implementazione

In questo senso azione collettiva pubblica ed azioni collettive private confluiscono in un sistema di tutela unitario, che ha come oggetto l'interesse, particolarmente avvertito nelle democrazie economiche occidentali, all'efficienza del sistema di produzione di beni e servizi, riguardato nei due versanti pubblico e privato, differenziandosi i due strumenti di tutela per il fatto che, mentre nell'azione collettiva pubblica la funzione di stimolo opera in modo diretto, ancorché compulsato da un interesse proprio del singolo che agisce giudizialmente, essendo la disfunzione dell'agire della P.A. l'oggetto diretto del giudizio e la misura ripristinatoria dell'efficienza il risultato precipuamente e direttamente perseguito, nelle azioni collettive private l'impulso ad una maggiore efficienza del sistema di imprese viene conseguito indirettamente, attraverso l'irrogazione di misure sanzionatorie (preventive-inibitorie o risarcitorie) che tendono principalmente al soddisfacimento di situazioni soggettive private (collettive o individuali omogenee), e che, per l'appunto indirettamente, grazie alla funzione generalpreventiva svolta dai sistemi sanzionatori, tentano di rimuovere quelle situazioni di squilibrio nel mercato (posizioni anticoncorrenziali, pratiche commerciali abusive) che, traducendosi in minore efficienza del sistema produttivo, costituiscono un costo per la collettività.

Di qui anche il parallelismo che può riscontrarsi nel *modus operandi* delle due azioni.

Legittimazione ed interesse ad agire. Le posizioni giuridiche tutelate

La funzione di stimolo e di controllo di cui s'è detto è stata realizzata nell'azione collettiva pubblica attraverso la previsione di una legittimazione ad agire allargata.

L'art. 1 Decr. Leg.vo 198/2009 attribuisce in prima battuta (comma 1) la titolarità della c.d. *class action* pubblica ai *titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e di consumatori*, ed in via accessoria (comma 4) alle *associazioni rappresentative di consumatori ed utenti a tutela degli interessi dei propri rappresentati*.

Per comprendere perché si parla di legittimazione ad agire allargata occorre affrontare il problema della definizione categoriale della situazione giuridica tutelata in capo al soggetto titolare dell'azione.

La lettera della norma, in base alla quale la legittimazione ad agire è riconosciuta, innanzitutto, in capo ai *titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori in presenza di una lesione diretta concreta ed attuale dei propri interessi*, derivante da taluna delle

di parametri di efficienza ed efficacia sia il risultato di un complesso travaglio riformista che prende le mosse dalla L. 241/90 per arrivare alla Legge delega n. 15/2009 attraverso le leggi Bassanini, la riforma del Titolo V della Costituzione e la L. 112/2008.

condotte tipizzate dalla norma, potrebbe far propendere per la tesi che si tratti di interessi individuali riferibili ad una pluralità indeterminata di soggetti, in capo ai quali si ripetono in modo omogeneo; cioè di situazioni giuridiche individuali caratterizzate dalla serialità.

Secondo questa tesi l'azione collettiva pubblica non rappresenterebbe una novità nell'ordinamento, trattandosi pur sempre della tutela di interessi individuali, secondo i casi concreti (la giurisdizione del G.A. è esclusiva) diritti soggettivi, mediati dall'esercizio di una funzione amministrativa, o interessi legittimi e quindi di normale legittimazione ad agire del titolare della posizione tutelata.

La prospettiva cambia se si guarda all'oggetto dell'azione, consistente nella violazione dei termini o nella mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori (non normativi), nella violazione di obblighi stabiliti nelle carte di servizi, nella violazione di *standard* di efficienza e qualità. Si tratta, evidentemente, di comportamenti che si riferiscono a modelli di azione generale, incidenti su beni della vita non soltanto omogenei per una pluralità di soggetti, ma, di più, attribuibili in modo indifferenziato ad una collettività indeterminata e quindi, in tal senso, riconducibili alla categoria degli interessi superindividuali (5).

Si tratta dunque di un'azione data eccezionalmente al singolo per la tutela di un interesse non esclusivamente proprio, ma metaindividuale in quanto riferibile in modo non frazionabile alla classe, e che il singolo può far valere in concreto non *uti singulus*, ma in quanto componente di una collettività di utenti o consumatori in presenza di una lesione diretta, concreta ed attuale di un proprio non meglio qualificato interesse, in conseguenza dell'agire disfunzionale della P.A (6).

La lesione concreta diretta ed attuale di tale interesse, che integra, sul piano delle condizioni dell'azione, l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) concorre a definire la *posizione legittimante* del ricorrente, alla quale viene recuperato, per tale via, un certo grado di differenziazione e personalizzazione: il ricorrente agisce *uti singulus* e non semplicemente *quisque de populo*, per la tutela di un interesse riferibile alla "classe" di utenti o consumatori cui appartiene, attraverso la proposizione di un'azione nella quale il risultato, consistendo nel ri-

(5) Di azione a tutela di interessi diffusi parla il Consiglio di Stato nel parere citato. Per la tesi della natura superindividuale delle situazioni giuridiche tutelate dalla norma, definite come interessi o diritti collettivi cfr. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in rivista *LexItalia.it*.

(6) La necessità della lesione diretta concreta ed attuale di un interesse proprio del soggetto è, peraltro, l'elemento che discrimina l'azione collettiva dall'azione popolare, riconosciuta nei casi tassativamente determinati dalla legge al *quisque de populo* per la tutela dell'interesse pubblico generale. Per la distinzione, però, fra azioni popolari sostitutive, in cui l'oggetto della tutela è effettivamente l'interesse pubblico generale, ed azioni popolari correttive, in cui il soggetto agisce anche a tutela di un proprio interesse leso, cfr. GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, 1996.

pristino diretto del corretto svolgimento della funzione o della corretta erogazione del servizio, ridonda (in caso di esito favorevole del ricorso) a vantaggio della collettività medesima; ma tanto il ricorrente collettivo può fare a condizione che la disfunzione dell'apparato amministrativo denunciata venga a "contatto", con effetti pregiudizievoli, con la sua sfera di interesse (7).

Col presupposto della lesione diretta, concreta ed attuale di un interesse proprio del soggetto sembra riproporsi nel contenuto della posizione legittimante il requisito della *vicinitas*, cioè dello stabile collegamento ambientale tra l'agente e la zona in cui è localizzabile il bene che si assume leso dall'azione amministrativa, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva individuato come requisito qualificante della legittimazione ad agire per le associazioni di tutela degli interessi diffusi (8).

Così, ad esempio, il ricorso per l'efficienza del sistema scolastico proposto dinanzi ad un Tribunale Amministrativo Regionale potrà avere ad oggetto solo disfunzioni che si siano verificate nel sistema scolastico dell'ambito locale in cui risiede il ricorrente e di cui il ricorrente afferma di fruire, mentre non sembra che l'incardinamento di un ricorso dinanzi ad un TAR locale potrà riguardare il sistema scolastico globalmente considerato, a prescindere cioè dalla configurabilità, per l'appunto, di una lesione, diretta, concreta ed attuale dell'interesse del ricorrente.

Tale limite sembra porsi anche per le associazioni dei consumatori e degli utenti in ipotesi operanti su base nazionale, atteso che l'azione è data, ai sensi del 4° comma dell'art. 1, al ricorrere degli stessi presupposti previsti per il ricorso del singolo.

Ed infatti i due presupposti della legittimazione ad agire e dell'interesse ad agire confluiranno nel contenuto del ricorso, che dovrà quindi contenere l'affermazione del ricorrente di essere titolare dell'interesse plurimo ed omogeneo per una pluralità di consumatori o di utenti, cioè l'affermazione dell'appartenenza del ricorrente ad una classe/categoria di consumatori o utenti; l'affermazione della lesione di un proprio interesse derivante dalla condotta disfunzionale della P.A. o del concessionario di un servizio pubblico.

Tali deduzioni, che concorrono a definire evidentemente anche la *causa petendi*, saranno verosimilmente oggetto di una verifica preventiva di ammissibilità del ricorso da parte del G.A., sicché la mancanza della previsione

(7) Nel senso che la posizione legittimante del singolo nell'azione di classe pubblica non è data tanto dalla "titolarità diffusa", quanto dall'*inerenza della res collettiva*, attualizzata dal "contatto" dell'agire disfunzionale pubblico con la sfera giuridica del singolo, cfr. Consiglio di Stato parere prefato.

(8) Da Cons. di Stato, Ad. Plen. 19 ottobre 1979 n. 24 si è ritenuto necessario che la sfera di azione dell'ente sia strettamente connessa al territorio in cui si trova il bene a fruizione collettiva, al fine di radicare l'interesse in una situazione sociale spazialmente determinata, fornendo in tal modo un criterio di differenziazione idoneo a scorporre l'interesse concretamente tutelato dall'interesse pubblico generale.

espressa di un preventivo vaglio di ammissibilità dell'azione collettiva pubblica rispetto alla *class action* privata sembra integrare una differenza più formale che sostanziale.

Nell'azione collettiva privata la legittimazione ad agire è diversamente articolata, secondo che si tratti dell'azione inibitoria prevista e disciplinata dagli art. 139 e 140 del codice del consumo, o dell'azione collettiva risarcitoria prevista dall'art. 140 *bis*, come modificato dalla L. 99/2009 (9).

L'inibitoria privata è data in via esclusiva alle associazioni dei consumatori ed utenti, normativamente qualificate, a tutela degli *interessi collettivi* dei loro rappresentati contro un comportamento abusivo o dannoso dell'impresa posto in essere nell'esercizio di pratiche commerciali, ovvero nell'ambito di rapporti contrattuali e non. La legittimazione dell'associazione ai sensi degli artt. 139 e 140 del codice del consumo è ritagliata sul paradigma tradizionale nel quale la tutela degli interessi collettivi è attribuita agli enti esponenziali della collettività cui si imputa in maniera indifferenziata l'interesse tutelato. La legittimazione delle associazioni è dunque ordinaria e non sostitutiva (art. 81 c.p.c.), poiché l'associazione agendo ad esempio per il ritiro del prodotto difettoso o per il ritiro di clausole abusive da contratti di massa, o per inibire il reiterarsi di pratiche anticoncorrenziali, agisce a vantaggio della collettività di utenti e consumatori in sé considerata (10).

L'azione collettiva risarcitoria, come la collettiva pubblica, si connota per la *legittimazione ad agire allargata*: l'azione ex art. 140 *bis* è riconosciuta per la tutela di un *interesse individuale omogeneo* al singolo appartenente alla classe, il quale può agire anche per il tramite di associazioni cui dà mandato o di comitati cui partecipa. Tuttavia, nella *class action* la posizione giuridica tutelata non è riferibile in maniera indifferenziata ad una collettività di soggetti, ma ha natura individuale e seriale, imputandosi a titolo individuale ad una pluralità di soggetti in capo ai quali si struttura in modo omogeneo, attesa l'identità del soggetto passivo del rapporto - stessa impresa, e l'identità o omogeneità della fonte costitutiva del diritto, costituita da un fatto produttivo di un interesse plurioffensivo. L'azione è data a tutela dei diritti contrattuali o extracontrattuali dei consumatori e utenti nei confronti di una impresa, ovvero di normali diritti relativi: si parla di *diritti individuali isoformi*, di situazioni giu-

(9) La L. 99/2009 ha modificato il testo dell'art. 140 *bis* del codice del consumo introdotto dalla L. 244/2007, che riconosceva la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno alle associazioni rappresentative degli utenti e dei consumatori in via esclusiva, riconoscendo ai singoli solo la possibilità di intervento.

(10) Come osserva VELTRI, *op. cit.*, la collettiva pubblica e l'inibitoria privata si somigliano per la natura della posizione giuridica tutelata, che è in entrambi i casi superindividuale; si distinguono per il fatto che nella collettiva pubblica la tutela giurisdizionale dell'interesse superindividuale è attribuita anche al singolo componente della collettività di consumatori o utenti incisa dalla disfunzione dell'apparato amministrativo, mentre l'inibitoria privata è strutturata sul binomio interesse superindividuale-esponenziale.

ridiche soggettive che si ripetono in modo seriale in capo ad una pluralità di soggetti a causa della omogeneità/ identità dell'evento lesivo (11).

Nella azione collettiva risarcitoria la legittimazione ad agire allargata opera attraverso l'attribuzione al singolo componente della classe (*representative plaintiff*) del potere di agire in nome e per conto proprio ed *anche in rappresentanza* degli altri componenti della classe e si risolve nel *cumulo soggettivo*, ovvero nella confluenza in un unico processo e nella gestione da parte di un unico attore di una pluralità di domande di soggetti diversi (accomunate dal titolo dedotto dall'attore di classe) nei confronti della stessa impresa (12).

Sul piano processuale il risultato del cumulo è realizzato attraverso il meccanismo dell'adesione dei singoli consumatori o utenti all'azione promossa dall'attore di classe, *opt in* (13).

L'adesione, strumento processuale nuovo, proprio dell'azione di classe risarcitoria, si differenzia nettamente dall'intervento, ancorché, come l'intervento "serve" a realizzare la concentrazione di una pluralità di azioni, connesse per il titolo o per l'oggetto, in un unico giudizio, per esigenze di economia processuale e di coerenza del sistema, evitando contrasti di giudicati.

Innanzitutto, l'adesione all'azione di classe si esercita (art. 140 *bis*, comma 3) senza ministero di difensore: l'aderente non assume la qualità di parte nel giudizio, nel quale è rappresentato dall'attore di classe. Ne consegue che le cause di interruzione (come morte o perdita della capacità processuale) e di sospensione che colpiscono i singoli aderenti non producono effetto sul giudizio di classe; si realizza, inoltre, un evidente snellimento del giudizio, anche in senso economico, se si pensa che gli aderenti non saranno destinatari degli atti processuali, di parte e del giudice (con risparmio, fra le altre cose, delle spese e dell'alea delle notifiche).

Coerente con tale sistema l'esclusione dell'ammissibilità dell'intervento volontario, sia autonomo che adesivo dipendente, tenuto conto del rinvio generale fatto dal comma 10 dell'art. 140 *bis* all'art. 105 c.p.c.

Al fine di rendere effettiva la possibilità dell'adesione è previsto un sistema di pubblicità dell'azione di classe le cui modalità concrete sono rimesse al Tri-

(11) Sulla natura degli interessi tutelati con la *class action* risarcitoria, nel senso che si tratta di diritti individuali omogenei o isoformi, cfr. REMO CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro italiano* novembre 2009; nello stesso senso cfr. GIULIO VELTRI, *op. cit.*

(12) Nel senso che l'azione di classe si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un componente della classe, cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*

(13) Per il sistema dell'*opt in* l'azione di classe italiana si distingue dalle *class actions* di origine statunitense. In queste l'estensione degli effetti della pronuncia giudiziale resa nel giudizio collettivo opera automaticamente in favore o contro l'intera classe, indipendentemente da una scelta volontaria degli appartenenti alla classe medesima. Questi, se vogliono sottrarsi al giudicato, debbono "chiamarsi fuori", mediante il sistema dell'*opt out*. Sulla struttura ed il modello di funzionamento della *class action* nel diritto statunitense, cfr. PIETRO RESCIGNO, *Sulla compatibilità fra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000.

bunale che le stabilirà caso per caso. L'osservanza da parte dell'attore di classe delle forme di pubblicità stabilite dal Tribunale con l'ordinanza che ammette l'azione è condizione di procedibilità della domanda (art. 140 *bis*, comma 9).

Ulteriore precipitato dell'esigenza di economicità e concentrazione del giudizio è che l'adesione comporta la *rinuncia alle azioni individuali risarcitorie o restitutorie* fondate sul medesimo titolo dedotto nell'azione di classe; inoltre, decorsi i termini per l'adesione, non sono più proponibili azioni di classe fondate sul medesimo titolo, mentre quelle già proposte e pendenti debbono essere riunite obbligatoriamente secondo le regole processuali della litispendenza e connessione (comma 14). Sono tuttavia fatte salve le azioni individuali: in tal modo si realizza il bilanciamento fra il diritto costituzionale di difesa e l'esigenza di economia processuale sottesa all'azione di classe.

Il fatto che l'aderente agisce nel processo per mezzo dell'attore collettivo implica che la sua domanda è condizionata dalle scelte processuali dell'attore di classe. Si pone quindi il problema dei rapporti fra il *representative plaintiff* e la massa di aderenti.

In dottrina si è parlato dell'adesione come di un atto complesso, nel quale coesiste la duplice natura processuale e negoziale (14): l'adesione vale, cioè, al tempo stesso come atto di esercizio dell'azione e come mandato mediante il quale si conferisce al mandatario - attore di classe, il potere di compiere atti giuridici in nome e per conto dell'aderente-mandante (15).

L'art. 140 *bis* non contiene una disciplina esaustiva del rapporto fra proponente e aderente (16). Le uniche regole positive riguardano gli effetti del giudicato e delle rinunce e transazioni intervenute fra le parti, le quali sono inopponibili agli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito. Per il

(14) Per la tesi della duplice natura dell'adesione, da un lato negoziale, assimilabile al mandato con rappresentanza, e dall'altro processuale, cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*

(15) Esclude che l'attore collettivo agisca in qualità di sostituto processuale, quale soggetto che agisce in nome proprio per far valere un diritto altrui anche GIUSEPPE FINOCCHIARO, *La nuova class action, Le regole processuali*, in *Guida al Diritto*, gennaio 2010.

(16) Per il contenuto dell'atto di citazione e dell'atto di adesione, cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.* L'atto di citazione con cui viene introdotto il giudizio di classe deve contenere gli elementi previsti dall'art. 163 c.p.c.; in particolare, l'attore di classe dovrà dedurre e provare l'esistenza di un'azione di classe, ovvero l'esistenza di un diritto seriale nei confronti dell'impresa convenuta riconducibile ad una delle ipotesi previste dall'art. 140 *bis*; la titolarità dell'azione, cioè la propria appartenenza alla classe e la propria capacità di rappresentare gli interessi di questa. Tali elementi saranno oggetto, fra gli altri, del vaglio preliminare di ammissibilità dell'azione da parte del Tribunale (art. 140 *bis*, comma 6).

Come atto di esercizio dell'azione, l'atto di adesione deve contenere gli elementi dell'*editio actionis* previsti dall'art. 163 da n. 1 a 4, mentre può escludersi la parte della *vocativo in ius*, già contenuta nell'atto di citazione.

L'elezione di domicilio e gli elementi costitutivi del diritto fatto valere sono espressamente richiesti dal comma 3 dell'art. 140 *bis*: l'aderente deve quindi dedurre il diritto al risarcimento o alla restituzione derivante da un fatto costitutivo identico a quello dedotto dall'attore di classe (*causa petendi*); dovrà altresì dedurre e provare il danno in concreto verificatosi nella propria sfera giuridica; dovrà, infine, formulare la richiesta di risarcimento o di restituzione (*petitum*).

resto, tenuto conto della natura negoziale dell'atto di adesione, la disciplina dei rapporti fra proponente ed aderente può essere integrata, per quanto non espressamente previsto, dalla disciplina del mandato.

In generale, può dirsi che l'attore collettivo non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa se non ha avuto mandato in tale senso dall'aderente. Tale limite deve intendersi riferito agli atti negoziali; se infatti venisse esteso anche agli atti processuali, se cioè occorresse il preventivo assenso dell'aderente per il compimento di qualunque atto del processo, tenuto conto del fatto che qualsiasi scelta processuale dell'attore incide sulla controversia ed indirettamente sul diritto oggetto del giudizio, si frustrerebbe lo spirito dell'azione di classe, che è quello della gestione congiunta di una pluralità di domande da parte di un unico attore nei confronti dello stesso convenuto.

Si può porre però il problema dell'impugnazione della sentenza sfavorevole; l'acquiescenza è infatti atto processuale il cui effetto, consistente nel passaggio in giudicato della sentenza, si riverbera sulla posizione sostanziale oggetto del giudizio. Non pare che l'opponibilità del giudicato, favorevole all'impresa, nei confronti dell'aderente possa ritenersi condizionato dal preventivo assenso di questo; piuttosto, ferma l'opponibilità del giudicato agli aderenti, eventuali contestazioni di questi potranno essere fatte valere nel rapporto fra attore di classe ed aderente secondo le regole del mandato (ad esempio applicando l'art. 1710 c.c.) (17).

Altro aspetto della legittimazione ad agire allargata e del cumulo processuale della *class action* risarcitoria è ravvisabile nella particolare efficacia del giudicato. In deroga al limite soggettivo del giudicato posto nell'art. 2909 c.c. è espressamente previsto (comma 14) che la sentenza *fa stato* anche nei confronti degli aderenti, nonostante questi non assumano la qualità di parte in senso processuale. Si tratta, a ben vedere, di una deroga più di forma che di sostanza, tenuto conto del fatto che gli aderenti sono pur sempre parti in senso sostanziale, agendo in giudizio, o meglio deducendo nel giudizio collettivo una propria domanda per il tramite dell'attore collettivo (18).

Nell'azione collettiva pubblica mancano previsioni analoghe in tema di adesione e di giudicato, ma le differenze rispetto alla *class action* risarcitoria

(17) In senso analogo cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.* Invece, per la necessità del preventivo assenso degli aderenti alla rinuncia all'impugnazione, cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*

(18) Secondo GIUSEPPE FINOCCHIARO, in *op. cit.*, nel processo di classe possono individuarsi tre tipologie di parti, con poteri differenziati e destinatarie di effetti diversi: 1. soggetti che sono parti sia in senso processuale che in senso sostanziale, che possono compiere cioè tutti gli atti del processo e sono destinatari di tutti gli effetti di questo, compreso il provvedimento finale: l'impresa e l'attore di classe; 2. soggetti che sono soltanto parte in senso processuale e che, essendo titolari del potere di compiere gli atti processuali, non sono assoggettati agli effetti del giudicato: le associazioni e i comitati che hanno promosso l'azione di classe; 3. parti in senso sostanziale, che sono solo destinatari degli effetti del giudicato: gli aderenti; cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.*

non sono sostanziali. Se si considera, infatti, che l'azione collettiva pubblica consente di agire al singolo per la tutela di un interesse collettivo e che, quindi, il provvedimento giurisdizionale tutela *ex se* la collettività di utenti o consumatori alla quale si riferisce l'interesse leso dall'agire disfunzionale della P.A. o del concessionario del pubblico servizio, si comprende come disposizioni analoghe in materia di adesione o di giudicato nell'azione collettiva pubblica sarebbero risuonate pleonastiche.

Quanto al giudicato, se si considera la natura superindividuale dell'interesse tutelato, non frazionabile e riferibile in modo indifferenziato alla collettività, l'oggetto della tutela, consistente in una disfunzione che si registra in un agire generale dell'Amministrazione o nell'organizzazione di un servizio pubblico, quindi una condotta necessariamente incidente sulla generalità dei consociati, il contenuto della pronuncia giudiziale, consistente in un ordine di ripristino della corretta *performance amministrativa*, è evidente come sia conaturata alla struttura dell'azione collettiva pubblica l'efficacia *erga omnes* del giudicato, non diversamente da quanto avviene nell'ordinario giudizio generale di legittimità, in cui, congiuntamente all'atto amministrativo concretamente e direttamente lesivo dell'interesse legittimo del singolo ricorrente, si impugni, quale atto presupposto, un atto amministrativo generale normativo (regolamento) o non normativo (circolare, P.R.G.), dal quale si assume che l'atto attuativo ripete i vizi secondo il meccanismo dell'invalidità derivata.

In luogo dell'adesione e a differenza dell'azione collettiva risarcitoria, nell'azione collettiva pubblica è espressamente prevista la possibilità dell'intervento. La legittimazione all'intervento è riconosciuta ai *soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente* (comma 3); l'ammissibilità dell'intervento è dunque condizionata, principalmente, all'allegazione da parte dell'interveniente della titolarità dell'interesse inciso dalla disfunzione dell'organizzazione o del servizio dedotta in giudizio, e quindi dall'affermazione della propria appartenenza alla classe di consumatori o utenti alla quale si riferisce la condotta censurata; ed in secondo luogo, tendenzialmente, secondo il tipo di intervento, all'allegazione dell'interesse concretamente leso dalla condotta disfunzionale proprio dell'interveniente (interesse ad intervenire).

Può ritenersi, invero, che nel caso di intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum*, ferma restando la necessità di allegare (e provare) l'appartenenza alla classe di soggetti interessati alla disfunzione amministrativa, trattandosi di intervento non autonomo ma subordinato (appunto adesivo) al ricorso principale, possa prescindere dall'allegazione di una lesione concreta diretta ed attuale di un interesse proprio dell'interveniente; tale deduzione appare, invece, irrinunciabile nell'intervento litisconsortile, concretando tale tipo di intervento una sorta di autonoma azione del terzo nei confronti di una delle parti del giudizio (la P.A. o il concessionario di pubblico servizio).

Per effetto della notifica dell'atto di intervento il singolo interveniente assume la qualità di parte nel giudizio collettivo: può, quindi, compiere gli atti processuali propri della parte ed è destinatario degli atti processuali delle altre parti e del giudice; inoltre, gli eventi interruttivi e le cause di sospensione che lo riguardano sono rilevanti nel processo (19).

Oggetto della domanda e contenuto del provvedimento giudiziale

La differente natura della posizione giuridica tutelata nelle due azioni, pubblica e privata, si riverbera sul piano degli strumenti di tutela e del tipo di provvedimento giudiziale.

La *class action* pubblica presenta profili di analogia con la collettiva inibitoria privata: in entrambi i casi l'interesse tutelato ha natura superindividuale.

L'art. 140 del codice del consumo stabilisce che può essere chiesta al giudice o *a)* l'inibitoria di atti e comportamenti lesivi, in funzione sia preventiva sia propriamente inibitoria, allo scopo di impedire il reiterarsi o il permanere di condotte lesive; o *b)* di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, con funzione cioè riparatoria, di condanna da un *fare specifico*.

Analogamente, ai sensi dell'art. 4 del Decr. L.vo 198/2009, il Giudice, accertata la violazione, l'omissione o l'inadempimento, *ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio in un congruo termine*.

La *class action* pubblica è connotata quindi, dall'atipicità del contenuto del provvedimento giudiziale, che verrà ritagliato dal G.A. sull'oggetto concretamente dedotto in giudizio, e che potrà assumere, secondo i casi, portata inibitoria, ovvero riparatoria (si pensi, ad esempio, all'adozione delle misure organizzative necessarie a ripianare il disservizio o a rimuovere la disfunzione dell'organizzazione dell'ufficio), ovvero ancora propulsiva, come, in partico-

(19) Cfr. il parere del Consiglio di Stato del 9 giugno 2009, il quale evidenzia come a differenza del giudizio generale di legittimità, nel quale, attesa la perentorietà del termine per impugnare, è ammesso solo l'intervento adesivo dipendente (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*), nel giudizio collettivo, che non ha natura impugnatoria e nel quale l'oggetto della cognizione giudiziale è un comportamento posto in essere in violazione di doveri o di standard di efficienza e qualità al fine di ottenere il ripristino del corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, è ammissibile anche l'intervento litisconsortile. Vero è che, nel regolare le modalità dell'azione, l'art. 3 prevede come condizione di proponibilità del ricorso, l'onere dell'istante di diffidare preventivamente l'Amministrazione con l'assegnazione di un termine di 90 giorni per l'adozione degli interventi soddisfattivi degli interessati, e che il ricorso deve essere proposto nel termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine "dato" con la diffida. Non sembra però che lo spirare di tale termine comporti la consumazione dell'azione. Deve ritenersi, infatti, avuto riguardo per l'appunto all'oggetto del giudizio, analogamente al ricorso in materia di silenzio provvedimentale o in materia di accesso agli atti amministrativi, che il ricorso collettivo potrà essere promosso anche dopo la scadenza del termine annuale *previa nuova diffida*, ove permanga la situazione di disfunzione e la lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

lare, nel caso della violazione dei termini o della mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori (20).

Rispetto al giudizio generale di legittimità, dove il potere di cognizione del G.A. è circoscritto alla verifica dei vizi di legittimità specificamente dedotti nei motivi di ricorso, ed il potere decisorio alla pronuncia caducatoria, nell'azione collettiva la sfera della cognizione e della pronuncia giudiziale si delinea più ampia, ai limiti della giurisdizione di merito. Vero è che, mentre la Legge delega (art. 4, 2° comma, lett. 1) n. 2 del Decr. Leg.vo 198/2009) parla espressamente di giurisdizione di merito, il Decr. Leg.vo 198 non esplicita tale carattere della giurisdizione. Sembra, però, sussumibile nei poteri decisorii assegnati al G.A. in materia di azione collettiva, anche in vista dell'eventuale successivo giudizio di ottemperanza, che il G.A. possa dare indicazioni circa le misure da adottarsi per rimuovere la disfunzione, possa cioè pronunciare sentenze di condanna ad un fare spe-

(20) Per l'analogia dell'azione collettiva pubblica per la mancata adozione di atti amministrativi generali con il ricorso in materia di silenzio ex art. 21 *bis* L. TAR, cfr. GIULIO VELTRI, *op. cit.*, il quale evidenzia anche il rischio di possibili sovrapposizioni fra le due norme. Del resto il ricorso ex art. 21 *bis* per la mancata adozione da parte della P.A. di atti amministrativi generali è stato già ammesso dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. del 26 febbraio 2010 n. 1146, in materia di omessa adozione di atti di aggiornamento dei tariffari per il rimborso delle prestazioni sanitarie).

Lo stesso Autore evidenzia il rischio di sovrapposizioni di tutela e di giurisdizione nell'ipotesi di violazione di standard di efficienza e qualità riferita alla materia dei pubblici servizi e quindi la necessità di procedere ad una sorta di *actio finium regundorum* fra i due tipi di azione collettiva pubblica e privata. Invero, l'art. 140, 11 comma del codice del consumo stabiliva che *resta ferma la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di servizi pubblici, ai sensi dell'art. 33 del Decr. Leg.vo 80/98*; fatti salvi i rapporti individuali di utenza e le controversie meramente risarcitorie, riservate alla giurisdizione del G.O.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, fra gli altri, l'art. 33 del Decr. Leg.vo 80/98, come modificato dall'art. 7 della L. 205 del 2000, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del G.A. la materia dei servizi pubblici ivi comprese le controversie di diritto soggettivo. Per effetto della pronuncia manipolativa della Consulta sono rimaste al G.A. le controversie in materia di pubblici servizi in cui viene in rilievo l'esercizio di un potere.

Il problema si ripropone alla luce del Decr. Leg.vo 198 del 2009 che conferma nella materia dei servizi pubblici la giurisdizione esclusiva del G.A., mentre l'art. 140 *bis*, comma 12, in combinato - disposto con il Decr. Leg.vo 198, lascia intendere che l'azione collettiva risarcitoria è esperibile dinanzi al G.O. anche nei confronti dei concessionari di pubblici servizi.

Nell'opera citata l'Autore ritiene che il distinguo fra azione collettiva privata e pubblica in materia di servizi pubblici va fatto alla luce del diverso ambito oggettuale sul quale le due azioni incidono. Se l'azione riguarda il disservizio in quanto tale, e quindi il contatto contrattuale o extracontrattuale fra utente o collettività di utenti e impresa, si versa nell'ambito della giurisdizione del G.O. che potrà essere adito, secondo i casi con azione inibitoria o risarcitoria. Se invece, oggetto dell'azione è l'organizzazione in quanto tale, sia pure riguardata attraverso il disservizio, dedotto non come oggetto diretto della cognizione del Giudice, ma come elemento sintomatico dell'inefficienza del sistema, si versa nell'ambito della giurisdizione amministrativa, con l'azione collettiva pubblica.

Il problema della possibile sovrapposizione delle azioni collettive, pubblica e privata, nella materia dei pubblici servizi è del resto presa espressamente in considerazione nella Legge Delega 15/99 e risolto, al fine di evitare duplicazioni di giudizi e possibili contrasti di giudicati, nell'art. 2 del Decr. Leg.vo 198/2009, che detta la regola dell'alternatività delle due azioni e della prevalenza del giudizio civile rispetto a quello amministrativo, quanto alla tutela inibitoria (1° e 2° comma).

cifico (21).

La disfunzione nell'esercizio della funzione amministrativa è, in realtà, *un in sé* dell'azione giurisdizionale amministrativa, se si considera che l'eccesso di potere, come vizio di legittimità dell'atto amministrativo, nelle diverse figure sintomatiche in cui può in concreto presentarsi, è il vizio attraverso il quale si è tradizionalmente censurato l'esercizio disfunzionale del potere, ovvero lo sviamento dalla sua causa tipica (22).

Nell'azione collettiva pubblica, però, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo, a parte l'ipotesi della violazione dei termini fissati inderogabilmente dalla legge per l'adozione di atti generali obbligatori (in cui sembra riproporsi il vizio della violazione di legge, ma solo in apparenza perché la violazione dei termini non è presa in considerazione in sé, ma come sintomo di una disfunzione dell'organizzazione amministrativa), il parametro sul quale fondare il giudizio non è dato dalla legittimità dell'atto amministrativo (che può mancare), ma dall'efficienza della funzione amministrativa complessivamente considerata, ovvero da un parametro che non è di legittimità ma piuttosto economico (23).

Strumenti di tutela

Le due azioni collettive, pubblica e privata, si presentano parallele anche sul piano degli strumenti di tutela.

La tutela collettiva privata è articolata nelle due azioni inibitoria (artt. 139 e 140 codice del consumo) e risarcitoria (art. 140 *bis* codice del consumo).

Con l'esperimento della *class action ex art. 140 bis* in particolare è possibile per la classe di consumatori ed utenti chiedere l'accertamento della responsabilità dell'impresa e la condanna al risarcimento del danno ed alle restituzioni.

Ai sensi del comma 12, "*se accoglie, il Tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omo-*

(21) Di giurisdizione di merito parla espressamente il Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo, in data 6 settembre 2009.

(22) Nel senso che l'eccesso di potere è il vizio con cui si deduce l'agire disfunzionale della P.A. cfr. ROCCO GALLI, *op. cit.*

(23) Sottolinea il Consiglio di Stato nel prefato parere come il principio del buon andamento dell'amministrazione, tratto dall'art. 97 Cost. venga assunto nel nuovo contesto normativo in una dimensione che non è più soltanto quella della legalità, nel senso che l'atto legittimo è di per sé segno di un esercizio del potere conforme al buon andamento, ma piuttosto quella economica dell'efficienza, che può in ipotesi anche prescindere dal parametro della stretta legittimità.

geneo di calcolo per la liquidazione di dette somme”.

La norma prevede, quindi, due soluzioni alternative di definizione del giudizio di classe. Tendenzialmente la decisione giudiziale avrà un contenuto di condanna, nell'ipotesi in cui, verosimilmente, sia possibile stabilire senza dilazione l'entità del risarcimento. Il rinvio all'art. 1226 c.c., in tale ipotesi, opera come criterio obbligatorio per il Giudice (equità sostitutiva) e non sussidiario, nel senso che, nel caso di specie, l'applicazione del criterio equitativo prescinde dal presupposto dell'impossibilità di provare il danno nel suo preciso ammontare, e ciò in considerazione dell'opportunità di evitare i costi ed i tempi di un accertamento minuzioso del “quantum” individualmente risarcibile a ciascuno di coloro che hanno preso parte al giudizio (24). In alternativa, il Giudice potrà emettere sentenza con la quale accerta la responsabilità dell'impresa e fissa i criteri per il risarcimento del danno.

In subordine il Tribunale potrà adottare pronuncia di accertamento della responsabilità e fissare solo i criteri per la determinazione del risarcimento. Questo rimarrà rimesso ad una serie di giudizi individuali, ovvero potrà essere oggetto di trattative fra l'impresa e la classe dei consumatori, favorite dallo *spatium deliberandi* previsto fra il deposito della sentenza ed il momento in cui questa diviene esecutiva (25).

La tutela collettiva pubblica non contempla la possibilità di chiedere il risarcimento del danno. L'art. 1, 6° comma, fa salvi, però, i rimedi ordinari.

L'esclusione della tutela risarcitoria implica il divieto di cumulo della tutela atipica per il ripristino dell'efficienza con la tutela risarcitoria, in deroga a quanto previsto in via generale dall'art. 35 del Decr. Leg. vo 80/98 come modificato dall'art. 7 L. 205/2000 per le ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Occorre, però considerare, che l'ordine giudiziale di ripristinare lo *standard* di efficienza o di adottare l'atto obbligatorio omesso può integrare una riparazione in forma specifica. Del resto, il rinvio ai rimedi risarcitori ordinari denota che solo in apparenza il sistema di tutela collettiva pubblica è “monco” rispetto al sistema privato.

In proposito si osserva, da un lato, che rinvio ai rimedi ordinari non pare significare necessariamente rinvio alla giurisdizione ordinaria, e, dall'altro, necessariamente rinvio alle azioni individuali ordinarie.

Tale ultimo versante, ancorché il rinvio ai rimedi ordinari richiami in prima battuta l'azione risarcitoria individuale, riferibile ad un bene della vita proprio del soggetto, in quanto differenziato rispetto alla generalità dei consociati, deve però tenersi presente l'esperibilità, in materia di pubblici servizi della *class action* privata dinanzi al G.O., del resto espressamente prevista dal

(24) Nel senso detto cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.*

(25) Si afferma in dottrina che, nell'ipotesi in esame, la sentenza è di accertamento e non di condanna generica; in tal senso cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*; GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.*

comma 12 dell'art. 140 *bis*.

Sul piano della giurisdizione, occorre considerare la riserva tendenziale alla giurisdizione ordinaria, ribadita da Corte Costituzionale in sentenza 204 del 2004, della cognizione dei diritti soggettivi. Quindi in linea di massima, sulle questioni risarcitorie dovrebbe ritenersi competente il G.O. Occorre però considerare l'art. 7 L. 205/2000, che nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, come quella in esame, riserva al G.A. anche la cognizione delle questioni risarcitorie. Sembra che l'art. 7 L. 205/2000 sia destinato ad esercitare una *forza attrattiva* della giurisdizione sulle questioni risarcitorie in ipotesi connesse con le ipotesi di violazione degli *standard* di efficienza per cui è "data" *class action* pubblica. Con la conseguenza che, il divieto di cumulo di cui si è detto sembra comporterà nell'applicazione concreta una riedizione, nella sfera della giurisdizione amministrativa, del c.d. doppio binario di tutela (26).

Conclusioni comparative

La sostanziale omogeneità dei due sistemi di tutela, pubblico e privato, lascia presagire l'uso concorrenziale nella prassi applicativa delle due azioni, almeno nella materia dei pubblici servizi, in cui l'eventualità di sovrapposizioni è concreta e del resto avvertita dal Legislatore che, attraverso l'art. 2 del Decr. Leg.vo 198, ha sentito l'esigenza di "dare" regole risolutive del possibile concorso di azioni.

Considerata la maggiore ampiezza del sindacato del G.A., grazie anche all'officialità dell'istruttoria propria del giudizio amministrativo, che dovrebbe consentire un più agevole e penetrante accertamento dell'inefficienza dell'organizzazione del servizio pubblico, è possibile ipotizzare la prevalenza dell'azione pubblica rispetto a quella privata anche nella materia dei pubblici servizi. Di contro, l'espunzione dalla tutela collettiva dell'azione risarcitoria, rinviata ai mezzi ordinari, potrebbe indurre ad avviare direttamente una *class action* in materia di pubblici servizi nella quale la disfunzione dell'organizzazione del servizio potrà essere dedotta e conosciuta anche direttamente dal G.O., quale fatto lesivo, costitutivo della pretesa risarcitoria.

(26) Sull'esperibilità, in ipotesi, dell'azione risarcitoria *ex art. 2 bis* L. 241/1990 per il caso di violazione dei termini per l'adozione di atti amministrativi generali obbligatori, cfr. GIULIO VELTRI, *op. cit.*

EROS o VIRUS?

Sovranità alimentare e diritto dei giudici

*Grazia Sanna**

Il Presidente Salvatore Giacchetti, nella sua relazione al XXXVIII Convegno di Varenna intitolata “Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria” (in Giur. Amm. sic. 1992, pag. 879 e ss.) aveva paragonato l’effetto delle norme comunitarie sull’ordinamento nazionale a quello delle “termiti”, preconizzando che le prime avrebbero lentamente scavato dall’interno l’ordinamento nazionale, pur lasciandone apparentemente intatta la struttura esteriore. In tempi più recenti, Giovanni Virga (cfr. il commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 intitolato «Le “termiti” comunitarie ed i “tarli” dei trattati internazionali», Lexitalia.it n. 10/2007), nel considerare la riforma dell’art. 117 della Costituzione che prevede la necessità di armonizzare il diritto interno con «i vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali» e, quindi, l’obbligo per il legislatore ordinario di rispettare le norme contenute in accordi internazionali mediante “un rinvio mobile” alla norma convenzionale di volta in volta conferente, ha evocato l’immagine del “tarlo” per descrivere gli effetti dei trattati internazionali sul diritto interno. A mio sommo avviso, una metafora assai adatta a descrivere compiutamente il salto di qualità avvenuto nella realtà giuridica italiana ad opera della legislazione sovra-nazionale prodotta nell’ultima metà del XX° secolo è l’azione del virus, che è in grado di servirsi “mimeticamente” del DNA della cellula invasiva per fini di auto-replicazione, per poi distruggerne la coerenza interna e determinarne l’implosione.

In sé e per sé non vi sarebbe nulla di male, se il silente processo di mutazione della costituzione materiale che il fenomeno implica fosse frutto di scelte consapevoli e condivise da tutta la collettività, e se avvenisse in modo trasparente.

**** *** ****

1. Premessa - 2. Crisi della sovranità nazionale, dello stato di diritto e delle garanzie dei diritti fondamentali nell’epoca attuale - 3. Limiti alla potestà normativa statale in materia agro-alimentare. Cenni - 4. Sovranità alimentare e diritto fondamentale al cibo. Work in pro-

(*) Avvocato in Roma.

Il presente studio sulla giurisprudenza in materia di biotecnologia non necessariamente risponde ad un indirizzo ponderato della Rassegna, ma contiene informazioni e spunti di grande interesse che si è ritenuto importante mettere a disposizione dei Lettori (ndr).

gress.... - 5. Fenomeni acquisitivi da eventi materiali: la sentenza della Corte Suprema canadese *Schmeiser/Monsanto* (21.05.2004/SCC 034 - file n. 29437) - 6. La giurisprudenza come fonte di produzione del diritto e la globalizzazione giudiziaria - 7. Conclusioni.

1. Premessa

Per quanto inconferente possa apparire, il titolo scelto per questo studio riflette una realtà che si connota esattamente in questi termini. L'analisi che ci apprestiamo a compiere muove, infatti, dalla constatazione che le scelte legislative sovra-nazionali - e, quindi, nazionali - in materia agro-alimentare vanno, inequivocabilmente, verso la promozione di un modello agricolo caratterizzato dalla sostituzione dei processi riproduttivi vegetali e animali naturali con interventi emulativi di bioingegneria, che si caratterizzano per l'impiego di vettori di clonazione virali e batterici e sono finalizzati alla produzione di "fotocopie autoreplicanti" originate da un prototipo chimerico creato in laboratorio (1) e protetto da brevetto. Le colture OGM implicano,

(1) Un nuovo organismo vivente può essere generato in due modi: per esercizio della funzione riproduttiva naturale oppure per mezzo di biotecnologie, attraverso un processo di manipolazione che si serve di sequenze geniche estratte da ceppi virali e batterici come vettori di clonazione. In natura la creazione di nuove specie è avvenuta, da sempre, secondo le leggi ed i limiti dell'ereditarietà genetica studiate e descritte da Mendel in poi. La scoperta del DNA ricombinante, risalente agli anni '70, ha provocato una rivoluzione nel mondo scientifico ed economico, in quanto permette la creazione di ibridi vegetali ed animali derivati dalla combinazione di sequenze geniche estratte da individui che possono appartenere anche a regni diversi (ad esempio: l'oncotopo, un topo sul quale sono stati impiantati geni umani e di pollo infetti; il salmone contenente l'ormone della crescita RbGH, per accelerarne, appunto, la crescita; il mais modificato mediante inserzione del gene responsabile della produzione della tossina BT nel *Bacillus Turingiensis*, per conferire al medesimo mais di sopportare l'irrorazione massiccia di fitofarmaci). La duplicazione della cellula ospite dà luogo alla replicazione (o clonazione molecolare) della molecola di DNA ricombinante, producendone così molte copie che possono essere impiegate per scopi vari. In Italia, l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati è regolata dal decreto legislativo n. 224 dell'8 luglio 2003 - *Attuazione della direttiva 2001/18/CE concernente l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati* (*Gazzetta Ufficiale* n. 194 del 22 agosto 2003, S.O. n. 138). L'*Allegato A-1 al decreto*, elenca le tecniche di modificazione genetica ammesse: «...Le tecniche di modificazione genetica di cui all'art. 3, comma 1, lettera b), punto 1, comprendono, tra l'altro: 1) tecniche di ricombinazione dell'acido nucleico che comportano la formazione di nuove combinazioni di materiale genetico mediante inserimento in un virus, in un plasmide batterico o in qualsiasi altro vettore, di molecole di acido nucleico prodotte con qualsiasi mezzo all'esterno di un organismo, nonché la loro incorporazione in un organismo ospite nel quale non compaiono per natura, ma nel quale possono replicarsi in maniera continua; 2) tecniche che comportano l'introduzione diretta in un organismo di materiale ereditabile preparato al suo esterno, tra cui la microiniezione, la macroiniezione e il microincapsulamento; 3) fusione cellulare, inclusa la fusione di protoplasti, o tecniche di ibridazione per la costruzione di cellule vive, che presentano nuove combinazioni di materiale genetico ereditabile, mediante fusione di due o più cellule, utilizzando metodi non naturali». Uno dei problemi di maggior rilievo implicati dalla liberalizzazione di queste tecniche è costituito dal trasferimento orizzontale dei geni manipolati, cioè dalla loro capacità di superare le barriere di specie e di persistere in natura (cfr. Camera dei Deputati, XIII Legislatura -XII Commissione - Seduta del 13 giugno 2000- Indagine conoscitiva n. 12, pag. 14; inoltre, *GM Science Exposed: Hazards Ignored, Fraud, Regulatory Sham, and Violation of Farmers' Rights*, ISIS CD Book, 2007, una raccolta di 160 articoli scientifici

sul piano dei fatti, la possibilità di trasferimento orizzontale del gene brevettato grazie alla capacità di penetrazione del virus come veicolo di replicazione del gene modificato e, sul piano giuridico, come vedremo, la possibilità di rivendicazione della proprietà di quel gene ovunque si trovi, anche nel corpo ospite che lo accoglie e lo moltiplica.

Tutto ciò sembra rispondere allo scopo precipuo di assoggettare nel modo più pervasivo possibile la capacità generatrice della Terra alle istanze di controllo e dominio privato di cui sono latori alcuni gruppi di interesse economico transnazionale, che detengono il monopolio di questo specifico *know how* (2).

presentata al Parlamento europeo il 12 giugno del 2007 che documenta, oltre alla violazione dei diritti degli agricoltori, i rischi derivanti dalle manipolazioni genetiche e le frodi scientifiche perpetrate per avvantaggiare l'industria (Institute for Science in Society, Comunicato Stampa del 21 giugno 2007 su: http://www.i-sis.org.uk/Scientists_for_a_GM_free_Europe.php). Oltre alla resistenza umana agli antibiotici per assorbimento dei marker resistenti - tant'è che, rispetto alla previgente dir. 90/220/CE, la direttiva 2001/18/CE vieta gli OGM contenenti geni di resistenza agli antibiotici utilizzati in terapia - e ad altri rischi per la salute, come l'effetto documentato in Ewen S. and Pusztai in *A. Effect of diets containing genetically modified potatoes expressing Galanthus nivalis lectin on rat small intestine*, pubblicato su *The Lancet*, Oxford, il 16 ottobre 1999, volume n. 354 [9187], pag. 1353-4, questa capacità di "trasmigrazione" degli OGM esplica effetti dannosi anche sulla biodiversità. Infatti, l'inquinamento dei microrganismi del suolo da polline OGM è stato apprezzato fino a 21 km. di distanza, come risulta dallo studio pubblicato dall'Institute for Science in Society sull'omonima rivista n. 18 del 2003, pag. 26-27 dal titolo *Chronicle for an ecological disaster foretold* consultabile su www.i-sis.org.uk/CEDF.php - 32k, confermato dal recente studio di Van de Water, P.K., L.S. Watrud, E.H. Lee, C. Burdick, and G.A. King. *Long-Distance GM Pollen Movement of Creeping Bentgrass using Modeled Wind Trajectory Analysis*, pubblicato su *Ecological Applications* 17 (4), p. 1244-1256, Ithaca, N.Y., 2007, e inoltre, l'introduzione nell'ambiente di organismi modificati necessita di un largo impiego di mezzi tecnici, quali insetticidi, diserbanti e fitofarmaci, fino quattro volte superiore rispetto al convenzionale. L'imponente quantità di evidenze scientifiche esistenti rende poco più che una formula vuota di significato il concetto di "coesistenza" tra coltivazioni transgeniche e coltivazioni tradizionali, posto a fondamento della legge n. 5 del 2005 di «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 novembre 2004, n. 279, recante disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica». "Coesistenza" in pratica significa una sola cosa: contaminazione e replica del gene brevettato. Un breve cenno merita l'ulteriore sviluppo della biotecnologia che ha portato alla produzione del DNA sintetico. L'idea alla base della biologia sintetica è quella di separare i componenti fondamentali delle cellule per poi ricostruire nuovi organismi. Se l'ingegneria genetica si occupa prevalentemente di spostare un gene preesistente da un organismo ad un altro, la biologia sintetica intende progettare forme di vita che non esistono in natura, analizzare il progetto per assicurarsi che funzioni, e poi realizzarlo specificando ogni bit di DNA da inserire in un organismo per determinarne forma e funzione in modo controllato e prevedibile. Con il titolo *È pendente la domanda di brevetto per la vita artificiale* (The Economist 14 giugno 2007), la stampa ha dato notizia della richiesta di brevetto per *Synthia*, che dovrebbe essere il nome della nuova "creatura" totalmente sintetica.

(2) Una conferma che questa sia la direzione scelta dai decisori politici si può ricavare dal fatto che la Food and Drug Administration (FDA), ente consultivo istituzionale statunitense in materia di sicurezza alimentare, nel 2006 ha espresso parere favorevole alla commercializzazione di carne e latticini da animali clonati (bovini, ecc.), ritenendoli sostanzialmente equivalenti a quelli normali (FDA Issues Draft Documents on the Safety of Animal Clones, FDA News, Dec. 28, 2006, <http://www.fda.gov/bbs/topics/NEWS/2006/NEW01541.html> - North Carolina Journal of Law & Technology). Alcune ONG che curano gli interessi della società civile e la difesa dell'ambiente hanno molto opportunamente sottolineato che il solo intento sotteso da questa decisione è sostenere la corsa al controllo del mercato alimentare, avviando nella zootecnia e in altri settori la "fabbrica" di animali OGM: «... è indispensabile che il pro-

Il mezzo prescelto per attribuire vincolatività giuridica a siffatta operazione di privatizzazione è principalmente il brevetto (3), un istituto giuridico

*totipo prescelto, tra i mille scarti delle modifiche genetiche, venga riprodotto con la clonazione. La riproduzione naturale disperderebbe infatti le caratteristiche artificialmente immesse in laboratorio... Dopo l'imposizione delle sementi geneticamente modificate e privatizzate (le royalties relative al brevetto vengono riscosse ad ogni risemina) gli Stati Uniti, con la clonazione animale, intendono dare il "via libera" ai nuovi OGM - questa volta animali anziché vegetali - per consentire, ancora una volta, la riscossione dei diritti di brevetto ad ogni ciclo riproduttivo» (comunicato stampa del Comitato Scientifico Equivita 31 dicembre 2006 <http://www.equivita.it/>). Al riguardo, è necessario sottolineare che anche in ambito europeo, nel marzo 2007, la Commissione ha avanzato formale richiesta di parere all'European Food Safety Authority (EFSA) in merito alle implicazioni della clonazione animale sulla sicurezza alimentare. Il comitato scientifico dell'EFSA, il 9 gennaio 2008, ha reso pubblico un progetto di parere favorevole all'uso di animali clonati per fornire carne, latte e formaggi (cfr. <http://www.efsa.europa.eu/>), fissando nel contempo al 25 febbraio 2008 il termine per la definizione di una consultazione pubblica (*sic!*) sul tema. Recentemente, il Consiglio dei Ministri dell'agricoltura UE ha approvato un disegno di legge che va verso la definitiva approvazione di questa pratica (Lussemburgo, 22 giugno 2009, comunicato stampa n. 188, su www.consilium.europa.eu).*

(3) Fino agli anni '80, le piante e gli animali, interi o nelle loro parti, non erano brevettabili anche se era possibile proteggere le nuove varietà vegetali tramite titoli speciali, riconosciuti dalla legislazione di alcuni paesi industrializzati e confluiti nella Convenzione internazionale UPOV del 1961, che istituiva l'Union de Protection des Obteniteurs Vegetales e riconosceva i diritti di coloro che "costituiscono" una novità vegetale (*plant breeders' rights*). Nel 1980, sotto l'incalzare dell'industria biotecnologica, l'applicabilità dei brevetti è stata estesa alle innovazioni riguardanti la 'materia' vivente a partire dalla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti n. 447 U.S. 303 del 16 giugno 1980 sul caso *Diamond vs. Chakrabarty*. Dopo quella sentenza, negli USA, l'applicabilità dei brevetti copre tutte le forme viventi (eccetto l'uomo intero, almeno per ora) e le loro parti (anche umane): cellule, sequenze geniche, genoma. Per una completa panoramica delle tematiche connesse si rinvia a *Intellectual Property Rights and the life science industries: a twentieth century history*, Graham Dutfield. Burlington, VT: Ashgate Publishing Company, 2003. 288 pp. ISBN 0-7546-2111-1; *Intellectual Property Rights in Animal Breeding and Genetics*, Max Rothschild, Scott Neumann, Oxford University Press, 2003). Nell'Unione Europea la direttiva 98/44/CE concernente la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e finalizzata ad armonizzare la normativa europea in materia, nonché a promuovere gli investimenti nel campo delle biotecnologie, e a favorire la libera circolazione dei brevetti biotech nel mercato unico, ha introdotto un regime di protezione brevettuale per le innovazioni biotecnologiche, garantendo la brevettabilità delle invenzioni che riguardano le piante quando la loro applicazione non è limitata ad una particolare varietà, ma ad una pluralità di varietà. Da qualche tempo, però, le domande depositate presso l'Ufficio Europeo Brevetti (EPO), non riguarderebbero solo gli Ogm, ad esempio i semi di soia Round-up Ready, ma anche le varietà vegetali convenzionali, come nel caso della domanda di brevetto presentata nel 2007 all'EPO per una varietà di soia a composizione oleosa migliorata (WO 2004/006659) che concerne intere porzioni del genoma della pianta, utilizzate nel quadro di tecnologie convenzionali per migliorare gli esiti della selezione convenzionale (ad esempio la selezione assistita da marcatori). Uno degli esempi più preoccupanti di tale fenomeno riguarderebbe le domande di brevetto depositate dalla Syngenta su porzioni immense del genoma del riso e sul loro impiego nella coltivazione di qualsiasi vegetale alimentare che sia dotato di informazioni genetiche simili a quelle del riso, ad esempio mais e grano (fonte: www.equivita.it; www.no-patents-on-seeds.org/index.php?option=com_content&task=view&i).

La legislazione europea è un atto dovuto nella misura in cui i paesi dell'UE (Unione Europea) aderiscono all'OMC (Organizzazione Mondiale del Commercio - WTO). Tra gli accordi della OMC ha una notevole importanza l'accordo sui *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) che estende, quasi a livello mondiale, l'obbligo di applicazione dei brevetti al settore farmaceutico e agricolo (*Legge 29 dicembre 1994, n. 747 di ratifica ed esecuzione degli atti concernenti i risultati dei negoziati dell'Uruguay Round adottati a Marrakech il 15 aprile 1994 - Accordi GATT/TRIPs* - in Suppl. ordinario n. 1, alla Gazzetta Ufficiale n. 7 del 10 gennaio 1995; Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del

che in passato ha svolto la nobile funzione di rendere pubblica la conoscenza a fini di utilità generale proteggendo e stimolando la creatività individuale, ma il cui significato è stato fortemente alterato dal nuovo diritto della proprietà intellettuale che lo ha trasformato in un strumento di *enclosure* al servizio dei protagonisti del mercato globale. Nuovo scopo non dichiarato del brevetto è la rimozione del sapere già di pubblico dominio a vantaggio di pochi, così come l'appropriazione di beni comuni a beneficio dei privati (4). Nel settore agro-alimentare, l'erosione del dominio pubblico si è focalizzata su due ambiti particolarmente importanti: la conoscenza e le sementi.

A partire dal secondo dopoguerra, il passaggio dall'agricoltura tradizionale a quella industriale, la "Rivoluzione Verde" degli anni '60 (pacchetto CGIAR - Consultative Group on International Agricultural Research) ed infine la "rivoluzione biotecnologica", hanno determinato negli stati nazionali la progressiva formazione di raccolte legislative (per

Consiglio del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, Pubblicata sulla G.U.U.E. L 157 del 30 aprile 2004). L'Italia ha recepito la Direttiva 98/44/UE con il Decreto Legge 10 gennaio 2006, n. 3 (in Gazzetta Ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2006) convertito nella legge n. 78 del 22 febbraio 2006, (in Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2006), introducendo alcune limitazioni. La Legge 78/2006, segue sostanzialmente il dettato normativo della Direttiva UE e fornisce, per la prima volta nel nostro ordinamento, un'espressa definizione di ciò che è brevettabile (art. 3); ciò che è soggetto a licenza obbligatoria (art. 6); l'ambito della tutela dei brevetti (art. 8); le modalità di deposito, accesso e di nuovo deposito di materiale biologico (art. 10).

(4) Per un'analisi ad ampio spettro delle problematiche collegate alla privatizzazione dei beni comuni si rinvia DAVID BOLLIER *Silent Theft*, Ed. Rutledge Londra, 2002. A mero titolo esemplificativo, dato lo sconcerto che ha creato nell'opinione pubblica, vale la pena ricordare la vicenda del brevetto sul silenzio rilasciato alla John Cage Trust (*Protecting the Sound of Silence in 4'33": A Timely Revisit of Basic Principles in Copyright Law*, Chang Lim Saw, European Intellectual Property Review n. 12 del 2005, pag. 467). Alquanto significativo il brevetto che ha consentito la privatizzazione di pelle e ossa umane, nei limiti delle loro caratteristiche di superconduttività elettrica. Brevetto Microsoft del 22 giugno 2004: licenza numero 6.754.472 rilasciata dall'Ufficio brevetti degli Stati Uniti, PTO col titolo "Metodi e apparecchi per trasmettere energia e dati usando il corpo umano". Nell'ambito delle tematiche concernenti l'impiego delle risorse fitogenetiche in ambito agricolo si rinvia a: *Is Policy towards Intellectual property Rights addressing the Real Problems? The case of Unauhorized Appropriation of Genetic Resources*, di A. TSIUMANIS, K. MATTAS e E. TSIUMANIS in *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, Vol. 16 n. 6, Novembre 2003, Springer-Neetherland. Per un'analisi giuridica delle principali problematiche relative all'appropriazione di risorse genetiche e del sapere tradizionale, si rinvia all'articolo di KARL MUTTER, *Traditional knowledge related to genetic resources and its protection as intellectual property in Colombia*, in *European Intellectual Property Review* n. 9 del 2005, pag. 327-333. Per un'accurata ricostruzione del fenomeno noto come "biopirateria" e sulla necessità di protezione della Biodiversità: *Biopirateria*, di V. SHIVA, Napoli, Ed. Cuen 1999 e V. SHIVA *Monoculture della mente* Torino, Bollati Boringhieri, 1995 e, inoltre, gli articoli *Patents and Biological Diversity Conservation, destruction or decline? Exploiting genetic resources in Queensland under the Biodiscovery Act (Qld)*, CHARLES LAWSON in *European Intellectual Property Review* n. 8 del 2006, pag. 418 ss. e MGBEOJI IKECHI, *Global biopiracy: patents, plants and indigenous knowledge*, University of British Columbia (UBC Press) Vancouver, 2006. In Italia, il *Centro Studi sui Demani Civici e le proprietà Collettive* dell'Università di Trento diretto dal Prof. Nervi e l'associazione A.P.R.O.D.U.C. di Roma (www.demaniocivico.it) curano l'attività di ricerca e documentazione relativa alle problematiche legate ai tentativi di privatizzazione dei demani civici e delle proprietà collettive.

lo più frutto della codificazione di *standard* predisposti dall'industria agricola (5)) che costringono in un imbuto dal collo sempre più stretto ciò che l'agricoltore, ormai semplice componente di un ingranaggio ideato e diretto da altri, può o non può fare, se vuole stare sul mercato. Questo modello agricolo ha comportato la sostituzione del concetto di "organismo agricolo" con quello di "monocoltura" e, pur encomiabile nelle sue motivazioni di fondo perchè mirava a scongiurare lo spettro della fame, ha tuttavia avuto un impatto devastante sulla vitalità della terra, sull'ambiente, sulla biodiversità, sul consumo scellerato di risorse non più rinnovabili, sul clima, sulla salute umana e sulla compagine sociale di intere nazioni. L'entità dei problemi generati è stata tale da rendere necessaria l'adozione di strumenti legislativi internazionali per salvare il salvabile (la *Convenzione di Rio de Janeiro sulla protezione della Diversità biologica* del 1992 ed il correlato *Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza* del 2000, per citare solo i più importanti) mentre, sul fronte del diritto umano fondamentale ad alimentarsi in modo adeguato, la situazione relativa alla sicurezza alimentare è globalmente peggiorata (come denunciato già in SOFI 2006) (6) e, in prospettiva, peggiorerà ancora. La crisi alimentare in corso non fa che confermare la previsione.

Nonostante questi effetti negativi la rotta non è mutata se è vero che persino nell'Iraq devastato dalla guerra sembra sia stato esportato, oltre alla democrazia, anche il modo di fare agricoltura dei "liberatori". Infatti, uno dei primi provvedimenti dell'Autorità Provvisoria della Coalizione, è

(5) Questo *trend*, accentuato dal sistema del libero commercio mondiale, procede attraverso la creazione di *norme tecniche* tendenti a realizzare una sostanziale equivalenza delle qualità tecniche dei prodotti e dei processi produttivi, per eliminare ogni possibile barriera protezionistica alla libera circolazione dei valori economici attraverso i confini degli stati membri. Così tutte le regole di diversa natura che potrebbero implicare effetti di protezionismo mediante restrizioni quantitative alla libera circolazione dei prodotti, delle merci, dei servizi, ecc. (ivi comprese le norme di legge che nel perseguire altri obiettivi, nell'attuare i fini tradizionali degli ordinamenti giuridici statali, producano misure di effetto equivalente a tali restrizioni), assumono automaticamente il carattere di barriere commerciali, opponendosi di fatto a questo processo di normalizzazione di diversa natura. Ebbene, attraverso questo effetto di contrapposizione dell'ordine globale rispetto all'ordinamento giuridico statale si consuma la neutralizzazione dell'interesse generale a vantaggio di privilegiati interessi *particolari* (così F. BILANCIA, *Lo Stato democratico nel sistema globale. Spunti di Riflessione*, Quaderni della Rassegna parlamentare, Milano, 2003, pag. 620-629. Per una profonda analisi del rapporto tra diritto e mercato e della "mutazione genetica" del primo da strumento regolativo a strumento economico, si rinvia a E. SANTORO, *Lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 92 ss.

(6) A dieci anni dal Vertice Mondiale dell'Alimentazione, che aveva promesso di dimezzare il numero delle persone sottnutrite entro il 2015, denuncia il direttore generale della FAO Jacques Diouf durante la conferenza per la presentazione del rapporto annuale SOFI (State Of Food Insecurity), nei paesi in via di sviluppo ci sono più persone affamate oggi – 820 milioni – di quante non ce ne fossero nel 1996 "...E lungi dal diminuire questo numero è in realtà in aumento, alla media di quattro milioni l'anno" (*Lo Stato dell'Insicurezza Alimentare nel Mondo 2006*, FAO Comunicato Stampa, Roma, 30 ottobre 2006 pubbl. su: www.fao.org/newsroom/it/).

stata la riforma della previgente legislazione in materia di proprietà intellettuale (C.P.A. Order No. 81 del 26 ottobre 2004), un intervento che ha praticamente sortito l'effetto di sopprimere il diritto degli agricoltori iracheni a riutilizzare le proprie sementi autoctone per i prossimi 20 anni, assoggettando nel contempo il paese alla necessità di ricorrere a forniture sementiere estere ad alto contenuto tecnologico e al rispetto di regole estranee alle tradizioni agricole locali, ancora vive nella "mezzaluna fertile" della Mesopotamia (7). La circostanza, al di là del caso emblematico, lascia

(7) Nel 2003 una bomba ha distrutto l'edificio che ospitava la banca genetica delle sementi irachene ad Abu Grahیب (fonte: M. BUSSOLATI, *Biopirateria, Brevetti e Sovranità agricola*, ISDR n. 0 Roma, 2005, pag 109), dove si conservavano i campioni di molte specie vegetali utilizzate dai contadini iracheni, frutto di un processo di selezione iniziato nel X° secolo avanti Cristo che, grazie al lavoro e alla sapienza di generazioni di contadini, aveva consentito soprattutto la creazione di varietà di grano adatte al particolare clima dell'area. Secondo un rapporto stilato dalla FAO fino a quel momento, circa il 97 per cento delle sementi utilizzate in Iraq provenivano dal mercato locale (M. BUSSOLATI, *Biopirateria, Brevetti e Sovranità agricola*, ISDR cit., *ivi*, pag 109). Nel giugno del 2004, con l'intento di chiarare di aiutare l'Iraq liberato, l'Amministratore dell'Autorità Provvisoria della Coalizione L. Paul Bremer III, ha introdotto una legislazione di 100 "Ordini" per modificare il precedente sistema normativo, tra i quali l'"Ordine 81", che detta la nuova disciplina in materia di "Brevetti, Design Industriale, Informazioni Segrete, Circuiti Integrati e Diversità Vegetale" (Patent, Industrial Design, Undisclosed Information, Integrated Circuits and Plant Variety Law of 2004, CPA Order No. 81, 26 ottobre 2004) in riforma della precedente legislazione irachena sulla proprietà intellettuale, che risaliva al 1970. Per un commento sulle implicazioni del nuovo regime normativo si rinvia agli articoli *US Seeking to Totally Re-Engineer Iraqi Traditional Farming System into a US Style Corporate Agribusiness*, Jeremy Smith, *The Ecologist*, Londra, 2005, <http://www.theecologist.org/article.html?article=48711feb2005> e *Iraq's New Patent Law: A Declaration of War Against Farmers*, Focus on the Global South and GRAIN, Girona 25, E-08010 Barcelona, Spain, 15 ottobre 2004, su www.grain.org. Storicamente, le leggi irachene proibivano la proprietà privata di risorse biologiche, mentre la legge introdotta dall'Autorità Provvisoria della Coalizione consente diritti di privativa sulle sementi. Il paragrafo sulla *Plant Variety Protection* (PVP) introdotto con l'*Order 81*, è un diritto di Proprietà Intellettuale particolare (IPR), ovvero un tipo di brevetto che attribuisce diritti di esclusiva sul materiale vegetale a un *plant breeder* che dichiara di aver scoperto o creato una nuova varietà. La protezione PVP non ha nulla a che fare con la conservazione di una data varietà, ma protegge gli interessi commerciali di ibridatori privati (solitamente grosse compagnie multinazionali) che dichiarano di aver creato nuove piante. I requisiti richiesti per ottenere la protezione PVP implicano che le piante devono soddisfare gli standard della Convenzione UPOV ossia devono essere: "nuove, distinte, uniformi e stabili". Le sementi naturali prodotte dai contadini in modo tradizionale non possiedono queste caratteristiche e quindi i semi "di qualità" che possono beneficiare della protezione PVP sono dominio esclusivo delle grandi industrie sementiere, che godono anche del diritto esclusivo di produrre, riprodurre, vendere, esportare importare e stoccare le varietà protette (solitamente bisognose di ingenti quantità di additivi chimici per sopravvivere). Il termine temporale di protezione dell'uso esclusivo è di 20 anni per le coltivazioni vegetali comuni e 25 per gli alberi e le viti. In tale periodo la varietà protetta è di fatto proprietà del *breeder*, dunque nessun altro può piantare o altrimenti usare tali varietà senza pagare i diritti al detentore del brevetto. Questo nuovo regime normativo, comporta per gli agricoltori iracheni il divieto di conservare e ripiantare per l'anno seguente le sementi delle piante registrate con il PVP, che in pratica saranno le sole disponibili sul mercato (cfr.: *Patent, Industrial Design, Undisclosed Information, Integrated Circuits and Plant Variety Law of 2004*, CPA Order No. 81, 26 Aprile 2004, consultabile su: www.iraqcoalition.org/regulations/20040426_CPAORD_81_Patents_Law.pdf). Il primo e più immediato effetto della riforma è che l'agricoltore è costretto ad acquistare nuove sementi ogni anno, perdendo così una parte fondamentale della propria autonomia di produttore. Questo esem-

senz'altro intuire la volontà delle istituzioni globali di confermare la tendenza inaugurata a suo tempo con il menzionato modello agricolo basato sulla monocoltura, già rivelatosi fallimentare sotto il profilo dei costi ambientali e sociali, e di tenere in spregio sia le riserve espresse dalle voci più responsabili del mondo scientifico sia il desiderio dei consumatori.

In questa situazione occorre chiedersi se gli Stati siano ancora, ed eventualmente in quale misura, titolari di un autonomo potere di determinazione della propria politica agro-alimentare.

La questione, da un lato, va inquadrata nell'ambito del tema più generale della crisi della sovranità negli Stati nazionali e dei relativi fenomeni di dislocazione e concentrazione di una parte dei poteri statali a favore di nuovi soggetti internazionali; dall'altro, va esaminata in relazione alle reazioni sempre più decise della società civile che - su scala globale e nazionale - ha recentemente promosso numerose iniziative volte ad affermare la "sovranità alimentare"⁽⁸⁾, cioè il diritto dei popoli a decidere autonomamente quale modello di produzione agricola praticare per garantire nel presente e nel futuro un'alimentazione sana e sicura che consenta di sostenere, oltre al corpo (se si aderisce all'idea *feuerbachiana* che "*L'Uomo è ciò che mangia*"⁽⁹⁾), anche mente e spirito.

Tra questi due poli si colloca il ruolo che, nelle more del processo di riconfigurazione degli equilibri nazionali ed internazionali sul piano strettamente legislativo, potrebbe giocare la cosiddetta "*Internazionale dei Giudici*". Con questa locuzione intendo alludere alla crescente attività di

pio ricalca la modalità a doppio binario, ormai consolidata, con cui le multinazionali agro-biotechologiche hanno portato avanti le loro strategie di concentrazione: hanno acquisito le principali imprese sementiere, fino alla scomparsa di una industria sementiera indipendente dall'industria agrochimica, organizzando successivamente una forte azione di *lobbying* per il rafforzamento dei diritti di proprietà intellettuale esclusivi riguardanti sia il germoplasma, sia le conoscenze ad esso associate. Le due conseguenze molto negative dal punto di vista ambientale e sociale di tale strategia, riguardano la negazione del diritto secolare degli agricoltori di riutilizzare parte del proprio raccolto come semente e l'appropriazione da parte del detentore del titolo di proprietà delle innovazioni e delle conoscenze incorporate nelle varietà tradizionali.

(8) Per "sovranità alimentare" si intende il diritto dello Stato nazionale di definire le politiche desiderate in materia alimentare e agricola, di proteggere e regolamentare la produzione ed il commercio agricolo nazionale, decidere in quale modo il cibo deve essere prodotto, quali specie è permesso coltivare localmente e quali specie devono essere importate, salvaguardando l'auto-sufficienza della produzione.

(9) LUDWIG FEUERBACH *Das Geheimnis des Opfers oder Der Mensch ist, was er ißt (Il mistero del sacrificio, ovvero l'uomo è ciò che mangia)*, in L. Feuerbach: *Gesammelte Werke II, Kleinere Schriften IV (1851-1866)*. Akademie Verlag, Berlin 1990, 26-52. Per quanto possa occorrere, inoltre, è doveroso segnalare che molte tradizioni culturali diverse dalla nostra (India, Cina, Tibet, Mongolia, ad esempio) hanno individuato ben prima dell'Occidente le strette correlazioni esistenti tra alimentazione e salute, (*Integrated approaches towards drug development from Ayurveda and other Indian systems of medicine*, Pulok K. Mukherjee and Atul Wahile School of Natural Product Studies, Department of Pharmaceutical Technology, Università di Jadavpur University, Calcutta 700032, India, *Journal of Ethnopharmacology*, Volume 103, n. 1, 3 gennaio 2006, pag. 25-35).

cooperazione tra corti nazionali e straniere, che ha dato luogo al fenomeno di *cross fertilization* del diritto domestico soprattutto per effetto del richiamo, in via interpretativa, alle sentenze pronunciate dalle Corti appartenenti ad altri ordinamenti. Fenomeno questo, che va letto in relazione anche alla creazione di tribunali e commissioni arbitrali internazionali, designati in assenza di garanzie che ne assicurino effettivamente terzietà ed imparzialità, per decidere questioni inerenti a materie delicatissime che impattano significativamente la qualità della vita dei singoli e i loro diritti fondamentali.

All'interno del quadro tracciato, la sentenza del 21 maggio 2004/SCC 034 - file n. 29437 pronunciata dalla Corte Suprema Canadese sul caso Monsanto/Schmeiser (10), la cui portata non esito a definire storica, apre scenari di indubbio interesse.

La questione decisa dalla Suprema Corte canadese, riguardava un caso di contaminazione accidentale delle coltivazioni di colza convenzionale di proprietà del signor Schmeiser ad opera di semi OGM di colza *Roundup Ready* (brevetto Monsanto) portati dal vento, i cui geni modificati per resistere al glifosate avevano "colonizzato" quelli tradizionali dell'anziano agricoltore. Quest'ultimo, rifiutandosi di acquistare altre sementi - dato che da oltre 40 anni, ogni anno, conservava e riutilizzava le proprie - aveva riseminato quelle contaminate che contenevano il gene brevettato.

La Monsanto, accertata la presenza del gene brevettato nelle piante dell'agricoltore, si era rivolta all'Autorità Giudiziaria dando luogo ad una lunga vicenda giudiziaria ad esito della quale la Corte Suprema canadese ha giudicato Schmeiser responsabile di *patent infringement*, cioè, di violazione del brevetto. Sulla base di una serie di considerazioni che verranno illustrate in seguito, per effetto della pronuncia sono stati consolidati i diritti di brevetto della Monsanto non solo sui semi contaminati, ma anche sulla produzione futura derivata da quelle sementi (in pratica, sulle nuove generazioni di piante "infettate" dall'OGM che esprimono i geni brevettati).

Con il presente contributo intendiamo introdurre la questione se, in virtù delle nuove aperture dottrinali e giurisprudenziali che considerano favorevolmente il ricorso allo strumento ermeneutico della comparazione per age-

(10) Con la citata sentenza Percy Schmeiser, un imprenditore agricolo canadese che aveva subito l'irreversibile inquinamento dei propri campi per accidentale contaminazione da colza MON Roundup Ready resistente al glifosate, nonostante la non colpevolezza provata in tre gradi di giudizio quanto all'accusa di "contrabbando" delle sementi geneticamente modificate della Monsanto, è stato ritenuto comunque responsabile di violazione del brevetto per aver riseminato le proprie sementi di colza contaminate. Per effetto di un argomentare impeccabile sul piano tecnico-giuridico quanto perverso nei suoi risultati, le conseguenze dell'inquinamento della colza tradizionale non - OGM sono state poste a carico dell'agricoltore che le ha subite. Recentemente Schmeiser ha intentato una causa contro la Monsanto per chiedere il risarcimento dei danni derivanti dall'inquinamento sofferto.

volare il dialogo tra Corti Supreme e la globalizzazione giudiziaria, sia ipotizzabile il recepimento dei contenuti della sentenza Monsanto/Schmeiser anche in altri ordinamenti statali.

2. Crisi della sovranità nazionale, dello stato di diritto e delle garanzie dei diritti fondamentali nell'epoca attuale

Lo Stato viene generalmente definito dalla dottrina classica come ordinamento giuridico *originario* caratterizzato dalla *sovranità* interna ed esterna, cioè da una *potestas superiorem non recognoscens* che si esprime attraverso un *popolo*, un *territorio* e un *governo*. È pressoché pacifico che si possa parlare di "Stato" in questa accezione solo a partire dal Trattato di Westfalia del 1648, che ne riconosceva la qualifica «...a quelle società politiche territoriali sovrane, contraddistinte da un'assoluta indipendenza sia dall'Impero che dal Papato»(11).

Dopo il secondo evento bellico mondiale, la gran parte degli ordinamenti statali democratici da questo scaturiti si sono dotati di carte costituzionali ispirate a un modello che attribuiva la *sovranità al popolo*, sottoponendo al *principio di legalità* il corretto uso del potere sovrano («La *sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione*», art. 1, 2° c. della Costituzione italiana), entro il quadro di una *democrazia rappresentativa* che da un lato aspirava alla massima coincidenza possibile tra Stato-apparato e Stato-comunità - e, dunque, alla migliore traduzione possibile della volontà dei governati da parte dei governanti - dall'altro, ad assicurare la pari dignità e tutela di tutte le minoranze. In tale contesto, l'istituto della *rappresentanza* mirava a garantire che le decisioni politiche - le leggi e gli atti di governo - venissero prese tramite rappresentanti eletti con il suffragio universale dagli stessi soggetti cui erano destinate e, in alcuni casi, anche direttamente (es.: *referendum*). L'organicità del sistema era assicurata da un assetto equilibrato dei vari poteri costituzionali, ispirato al principio della separazione del potere politico, esecutivo e giudiziario.

Ma le cose stanno ancora così?

A partire dall'ultimo quarto del secolo passato sovranità nazionale e democrazia hanno subito una profonda crisi, originata dalla discrepanza tra la situazione reale ed il modello giuridico costituzionale previsto dal diritto positivo di rango costituzionale e dallo stato di diritto.

Non v'è chi non veda come nel mondo globalizzato i poteri economico, finanziario, militare e mass-mediatico si siano trasferiti prevalentemente al

(11) P. BISCARETTI DI RUFFIA, Voce *Stato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1993 XXX, pag. 1.

di fuori dei confini del diritto statale, in un contesto che li rende sempre più capaci di sottrarsi al controllo giurisdizionale nazionale e, nel contempo, anche di servirsene per i loro fini.

La *lex mercatoria* si è affermata come «*Grundnorm dell'ordinamento internazionale con la conseguente inversione del rapporto tra Stato e mercato: non è più la politica a governare e controllare l'economia, ma è l'economia a governare la politica*» (12).

Una volta perso il controllo delle dinamiche economiche, indispensabile per orientare lo sviluppo verso le finalità individuate in sede politica, la sovranità statale è stata progressivamente trasferita verso organizzazioni internazionali cui sono stati attribuiti, oltre al potere decisionale degli Stati nazionali in determinati settori, autonomi apparati burocratici e la capacità di dettare in via autonoma norme direttamente incidenti sui rapporti interpersonali dei consociati degli Stati aderenti.

Nell'ambito dei rapporti fra Stati nazionali ed interessi sovra-nazionali questa evoluzione è avvenuta gradualmente e “carsicamente”, in modo del tutto analogo a quanto è accaduto all'interno dell'ordinamento giuridico statale ove, anche il mutamento strisciante dell'assetto costituzionale dei poteri che ha poi condotto alla cosiddetta «*costituzione silenziosa*» (fatta di agenzie, istituti e reti plurali d'interessi, che affiancano e lentamente sostituiscono le costituzioni formali), è avvenuto dietro le quinte, in sordina e in modo non appariscente (13).

Questa situazione ha minato l'impianto democratico dello stato nazionale nei suoi presupposti fondativi, sia nei paesi dell'Unione Europea (il cui *deficit* democratico consiste nel fatto che la maggior parte della legislazione in essi vigente è di origine comunitaria o sovra-nazionale, cioè direttamente o indirettamente prodotta da organi non rappresentativi, come la Banca Mondiale, il Fondo monetario internazionale, l'Organizzazione mondiale del Commercio, la Nato e simili), sia nei paesi poveri del sud del mondo. Come acutamente osservato (14), se la maggior parte delle norme vigenti in uno stato sono di origine extra-statale, *il principio di legalità, la riserva di legge, la soggezione del giudice alla legge*, che fanno riferimento a una fonte tipicamente statale come la legge, vengono svuotati del loro senso originario insieme ai due principali elementi distintivi dello stato di diritto: la soggezione dei pubblici poteri alla legge e il controllo giurisdizionale sul loro operato ad opera di giudici

(12) S. CASSESE *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2001, pag. 36-38.

(13) M. CALISE, *La costituzione silenziosa. Geografia dei nuovi poteri*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pag. 79-83.

(14) LUIGI FERRAJOLI, *Stato di diritto, democrazia e crisi dello Stato nazionale* (Intervento al convegno internazionale *Stato di diritto e diritti soggettivi. Questioni aperte*, Firenze, 6 dicembre 2002) pubblicato su *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, www.juragentium.unifi.it.

indipendenti. Anche la forza delle Carte Costituzionali europee è stata piegata da limitazioni sempre più ampie, ed è proprio la trasversalità del settore economico a porsi come punto di frizione tra la gerarchia dei valori tradizionali degli stati membri e quella liberista delle istituzioni europee e sovra-nazionali.

In dottrina, alcuni Autori suggeriscono che questa crisi vada interpretata non solo come perdita della sovranità in senso spaziale (“perdita dei confini del diritto” (15), ma anche come crisi dei valori positivistici che permeano l’idea di “Stato-normatore” in senso, appunto, positivistico, caratterizzato cioè dall’autonomia del diritto rispetto agli altri campi dell’agire e agli altri sistemi sociali.

Con largo anticipo questa situazione venne preannunciata dalla migliore dottrina costituzionalistica, che fu in grado di prevedere come l’erosione della sovranità avrebbe determinato la “perdita del centro” (16) nel diritto pubblico contemporaneo, per lasciare il posto a un’idea di diritto mite, fluido, incerto.

In definitiva, il paradigma giuridico moderno sarebbe inadeguato a proiettarsi “oltre lo Stato” e, quindi, inidoneo ad affrontare il nuovo contesto caratterizzato da una discontinuità di livello rispetto al passato.

La crisi dovuta alla perdita della capacità regolativa dello stato, percepita come un vuoto di diritto pubblico, di sfera pubblica, cioè di garanzia dei diritti fondamentali, un «*vuoto non di diritto, ma di diritto pubblico... inevitabilmente colmato dal diritto privato... che si sostituisce alle forme tradizionali della legge e riflette immancabilmente la legge del più forte*» (17), secondo alcuni orientamenti che si muovono all’interno della tradizione positivista sarebbe rimediabile solo con la rifondazione del diritto internazionale e con la costituzione di un nuovo diritto pubblico adeguato, basati non più sulla sovranità degli

(15) A. AMENDOLA, *I confini del diritto, La crisi della sovranità e l’autonomia del giuridico*. Napoli, Edizioni Scientifiche, 2003, p. 1. L’Autore osserva che: «... se la sovranità garantiva insieme l’indipendenza territoriale e l’autonomia del diritto, va quantomeno indagato in quale misura la sua crisi metta in discussione non solo la determinazione territoriale dei singoli ordinamenti, ma anche il significato stesso dell’autonomia del diritto e della sua differenziazione dagli altri campi dell’agire e degli altri sistemi sociali», e cioè l’autonomia del diritto dai campi dell’etico, del religioso, dell’economico.

(16) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi 1992, p. 8. Per la tradizione giuspositivistica, il diritto non può essere mite, poiché esso è organizzazione della coercizione. Il “diritto mite” è tale perché composto da leggi, da diritti e da principi di giustizia e, nella misura in cui nel “diritto mite” si verifica una contaminazione tra diritto e morale, si verifica con ciò stesso anche una contaminazione tra diritto e politica. Lo “Stato di diritto” ha a che fare con una concezione rigorosamente legata al presupposto della coattività del diritto, che non può essere in alcun caso “diritto mite”. Invece, nella prospettiva dello “Stato costituzionale dei diritti” lo Stato è costituzionale e la costituzione fa da sistema di unificazione di una società pluralistica, unificazione che avviene non solo tramite la legge, ma anche tramite diritti e principi di giustizia materiale. E nei diritti e nei principi di giustizia v’è un’evidente radice giusnaturalistica, mentre nelle leggi il richiamo è al positivismo. In questa delimitazione rispetto all’orizzonte positivistico, Zagrebelsky si oppone a Kelsen e dice che alla *scientia juris* valutativa si sostituisce la *juris prudentia*.

(17) L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Laterza GFL, Roma-Bari 2007, pag. 531.

stati ma sulle autonomie dei popoli, in cui possa trovare spazio lo sviluppo di nuove istituzioni internazionali rappresentative (18). Una globalizzazione non solo economica ma anche politica, insomma, caratterizzata dalla pluralità degli ordinamenti.

Altre voci della cultura giuridica, al contrario, lamentando i limiti della neutralità assiologica positivista di fronte agli interrogativi di carattere etico sollevati dalla globalizzazione economica, sostengono la necessità di un cambiamento di paradigma ispirato a nuove connessioni forti tra diritto e morale, con aspirazioni di validità *erga omnes* (19). L'ispirazione universalistica della teoria dei diritti fondamentali da questi proposta, tuttavia, si rivela forse ancor più inadatta rispetto a quella di derivazione positivista per le sue tentazioni "monoculturali".

Tra le due posizioni fondamentali rappresentate con diverse gradazioni di "rigidità" dai sostenitori dell'approccio positivista anche in dimensione superstatale e le correnti caratterizzate da aspirazioni universalistiche, esiste un altro orientamento dottrinale che propone si possa lasciar spazio ad un *positivismo soft*, inclusivo, (20) considerato come l'approccio più adatto sia per trasformare profondamente il modo di intendere la separazione tra diritto e morale e le sue disfunzioni non più eludibili, sia per evitare l'abbandono della teoria giuridica descrittiva (positivismo metodologico) per una teoria dei diritti direttamente normativa (21). Il *positivismo soft* potrebbe diventare l'occasione

(18) L. FERRAJOLI *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pag. 548 ss.

(19) Il maggior esponente di questa corrente dottrinale è Ronald Dworkin. In senso critico, FRANCESCO RIMOLI *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica. I diritti fondamentali: problema teorico o strumento di conquista?*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, a cura di Gaetano Azzariti, Giappichelli Editore, Torino, 2005.

(20) Tra i più illustri esponenti Jules Coleman e H.L.A. Hart. WILFRID J. WALUCHOW nella sua opera *Inclusive Legal Positivism* offre una descrizione e una difesa di quello che viene chiamato positivismo inclusivo od anche *soft positivism*. Ciò che caratterizza il positivismo inclusivo, differenziandolo dal "positivismo esclusivo" di Joseph Raz, sarebbe la tesi secondo cui la morale può giocare un ruolo nella determinazione dell'esistenza, del contenuto e del significato delle norme valide. L'argomentazione avanzata da Waluchow fa leva soprattutto su due fatti: a) in primo luogo, le corti si appellano a principi morali per risolvere e giustificare le loro decisioni, senza che questo costituisca *creazione* di nuovo diritto; b) in secondo luogo, i documenti normativi più in alto nella gerarchia delle fonti, le costituzioni, fanno esplicito riferimento a principi e valori morali condizionando l'attività legislativa senza che questo determini un abbandono della tesi della *separazione* fra diritto e morale.

(21) Su questo punto Barberis avverte...«che una concezione generale dell'etica sia rilevante per la filosofia del diritto - in particolare per quel problema dei rapporti fra diritto, morale, o etica che è al centro della secolare discussione fra giuspositivismo e giusnaturalismo - può sembrare ovvio, ma non lo è affatto: la distinzione fra monismo e pluralismo etico è logicamente indipendente dalla distinzione fra positivismo giuridico e giusnaturalismo: tanto il giuspositivismo quanto il giusnaturalismo possono aderire, in etica, sia al monismo sia al pluralismo. Come sarebbe facile mostrare in dettaglio, alla tesi giuspositivista della separabilità identificativa fra diritto e morale può aderire tanto un monista etico come Nino quanto un pluralista etico come Kelsen: come del resto alla tesi giusnaturalista della connessione giustificativa fra diritto e morale può aderire tanto un monista come Nino quanto un pluralista

per l'apertura di spazi plurimi di «*negoiazione del conflitto sociale e politico, in una visione del diritto che accetti definitivamente la sua continua permeabilità non a un'etica fissata una volta per tutte nel cielo dei principi, ma agli esiti sempre rinegoziabili di tali conflitti*», e per la ricerca di un “vocabolario minimo” dei diritti fondamentali (22) condivisibile da tutti (secondo un'interpretazione “minimalista” del paradigma dei diritti), a partire dal quale possano trovare fondamento idee diverse di sviluppo umano.

3. Limiti alla potestà normativa statale in materia agro-alimentare. Cenni

Il settore agro-alimentare, rivestendo per sua natura rilevanza strategica, è stato interessato da una profonda evoluzione legislativa a partire dal secondo dopoguerra e vive, ormai da diversi anni, una fase di grande trasformazione caratterizzata dalla sempre maggior marginalità della potestà legislativa nazionale.

A una legislazione espressione della sovranità dello Stato e a una regolamentazione dell'industria alimentare intesa in senso restrittivo e soggetta a controllori pubblici investiti di funzioni sanzionatorie, si è andato sostituendo un quadro complesso che segna il primato del diritto comunitario (23) e delle norme del commercio internazionale.

come Finnis. Vi è però almeno un tema, cruciale per l'odierno dibattito filosofico-giuridico, per il quale l'alternativa fra monismo e pluralismo etico appare immediatamente rilevante: il tema dell'interpretazione costituzionale. Si tratta di quel settore dell'interpretazione giuridica nel quale è più comune il ricorso a principi, diritti e valori morali o più generalmente etici; del settore, in particolare, nel quale il conflitto fra valori non può considerarsi certo patologico, bensì fisiologico. È noto che, nella prassi effettiva delle Corti costituzionali, il conflitto fra i principi – o fra gli stessi diritti o valori che essi incorporano, o ai quali rinviano – non viene risolto per mezzo dei comuni criteri di soluzione delle antinomie; di fronte a conflitti del genere, i giudici costituzionali ricorrono invece a quella particolare tecnica di soluzione dei conflitti che è la ponderazione o il bilanciamento: la valutazione di quale fra due principi o valori confliggenti prevalga (non in generale, bensì) caso per caso». M. BARBERIS, *L'eterogeneità del bene. Giusnaturalismo, giuspositivismo e pluralismo etico*, in Paolo Comanducci – Riccardo Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 13-20.

(22) Come argomentato nel contributo di D. ZOLO in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003 relativamente alla portata *universalistica* dei diritti umani, una volta sfatato il mito della loro indimostrata universalità e indivisibilità, occorre affermarli solo come “libertà negativa” e considerarli come un linguaggio che crea le basi per la deliberazione, un “vocabolario minimo”, appunto. Essi possono costituire il *quid* minimo umano nel quale possono attecchire idee diverse di sviluppo (entro un'ottica che prevede una pluralità dei modelli di vita buona). La loro universalità non dovrebbe poter andare oltre la protezione della sicurezza e la libertà di autodeterminazione degli individui.

(23) A partire dagli artt. 2-3, artt. 34-46 (attuali 32 – 38 TCE) del Trattato di Roma del 1957 che prevedevano la creazione di una Politica Agricola Comunitaria (PAC) cui è stato conferito un carattere di specialità. Alcuni spunti critici molto interessanti sono elaborati in G. F. LACCONE, *Per una riflessione critica sulla Politica Agricola Comune europea, Storia della Politica Agricola Comune Europea*, consultabile on-line su http://www.altragricoltura.org/fcbasilicata/cd/pac/storia_PAC_Laccone.pdf. pag 2:

A partire dal Trattato di Roma del 1957, l'Europa ha deciso di dotarsi di una Politica Agricola comune (articoli 38 – 46 , attuali 32 – 38 TCE) conferendole un carattere di specialità e imprimendole un forte orientamento produttivistico per garantire l'autosufficienza alimentare e l'accessibilità dei prezzi sul mercato. Per circa un trentennio ha perseguito tale finalità fin verso la fine degli anni Ottanta, quando una serie di fattori hanno contribuito a determinare una svolta decisiva alla politica agricola comunitaria (PAC). L'entrata in vigore dell'Atto Unico (24), ha favorito l'allargamento della PAC a questioni non immediatamente legate alla produttività agraria: si è cominciato a parlare di sviluppo rurale inteso come insieme delle attività degli abitanti dell'ambiente rurale. Correlativamente la Commissione ha posto l'accento sull'importanza della salvaguardia della *qualità* nel quadro della PAC, incentivando la rivalutazione delle metodiche produttive tradizionali con determinati strumenti, quali il riconoscimento di particolari tutele per le denominazioni d'origine e geografiche e per le specialità tradizionali garantite. L'inserimento della tutela dell'ambiente fra le politiche comunitarie ha a sua volta giocato un ruolo fondamentale nella modifica della PAC, contribuendo a spostare l'obiettivo da una produzione di tipo essenzialmente “quantitativo”(25) a uno sviluppo qualitativo in linea con la politica agraria comu-

«La PAC è un processo complesso, tappa fondamentale di un percorso che, sotto il segno del mercato, nella seconda metà del XX secolo ha ricostruito l'unità del sistema agricolo che, è bene ricordarlo, esisteva in Europa prima dell'avvento degli stati – nazione. Nel corso di quarant'anni di PAC è finito un mondo - quello dei contadini -, si è esaurito un mito - quello della modernizzazione delle campagne -, sono nati nuovi soggetti sociali (imprenditori agricoli molto spregiudicati, aziende multifunzionali, imprese efficienti polisettoriali, contadini ecologisti, lavoratori part-time, braccianti ultraflessibili intersettoriali, nuovi schiavi, ecc.); tutto ciò pone altre necessità rispetto a quelle che mossero la nascita della PAC negli anni sessanta. È per questo che la PAC di oggi va necessariamente cambiata ed è su questo che si confrontano due diversi modi di vedere le cose tra quanti propendono per la trasformazione neoliberista del mondo – e tra essi anche una parte di quelli che si definiscono agricoltori – e quanti la osteggiano. I primi vogliono che la PAC cambi nel segno della “finanziarizzazione del sistema” (cioè del processo che omologa ai sistemi finanziari tutti i processi di produzione e scambio), perdendo parte di quei connotati sino ad ora avuti, e perseguendo il basso prezzo dei prodotti di base ed il mercato a flessibilità totale; i secondi intendono trovare obiettivi e parole d'ordine coerenti e praticabili anche in campo agricolo, cercando di restituire ruolo e immagine alla figura dei contadini e dando all'agricoltura uno spazio proprio nell'ipotesi di “altro mondo possibile”».

(24) L'Atto unico europeo (AUE), firmato a Lussemburgo e all'Aja ed entrato in vigore il 1° luglio 1987, ha riformato il Trattato di Roma e posto le basi per una maggiore integrazione tra i paesi della Comunità sotto tre profili: per un passaggio dal mercato comune al mercato unico, per nuovi e più importanti poteri alla Comunità e per nuove regole di decisione degli organi comunitari.

(25) L'esigenza di limitare i costi delle sovrapproduzioni, unita a quella di allineare le politiche dell'agricoltura comunitaria alle regole del GATT (secondo cui i sostegni alla produzione erano ammessi solo quando non interferivano sugli scambi) portarono, nel 1992, alla riforma Mac Sharry, per effetto della quale si è passati al sostegno diretto degli agricoltori con un sistema di aiuti compensativi concessi per unità di superficie o di bestiame ad ogni agricoltore comunitario. I riformatori «... pretendevano di avviare una riforma non solo per ridurre le eccedenze produttive e l'onere delle spese, ma per correggere la distribuzione degli aiuti che arrivava ad attribuire l'80% delle risorse economiche al 20% degli agricoltori e per impedire il fenomeno di abbandono delle zone meno fertili e svantaggiate. La riforma Mac

nitaria, anche se l'utilizzo di pratiche agricole poco rispettose dell'ambiente non è stato totalmente superato.

La Commissione europea ha quindi presentato, nel 1997, l'Agenda 2000, un insieme di interventi fra cui rientravano l'aumento della competitività dell'agricoltura europea con l'accostamento dei prezzi europei a quelli mondiali, la garanzia di qualità degli alimenti per la tutela dei consumatori, la stabilità dei redditi in agricoltura e adeguamento del livello di vita degli operatori agricoli, l'incremento dell'occupazione, la ricerca di forme di reddito alternativi per le imprese e la sostenibilità ambientale della produzione agricola. L'attenzione del Legislatore europeo si è spostata dal prodotto al produttore, attribuendo agli agricoltori ruoli nuovi ed ulteriori di presidio ecologico, di salvaguardia del territorio di tutela delle tradizioni culturali ed eno-gastronomiche. Tali obiettivi, tuttavia, sono stati largamente disattesi.

Il Regolamento (CE) n. 1782/03 (GUCE L 270 del 21 ottobre 2003), accogliendo nominalmente la sfida della creazione di un modello di sviluppo sostenibile ha attuato un'ulteriore riforma della politica agricola comune, innovandone profondamente gli strumenti di intervento e completando il processo iniziato nel 1992 con la riforma MacSharry. Le nuove regole, applicate a partire dal gennaio 2007, tendono all'equilibrio finanziario tra gli interventi di mercato e quelli di sviluppo rurale (spostando risorse dai primi ai secondi attraverso la cosiddetta modulazione), mutano le modalità di sostegno al reddito dei produttori (introduzione del disaccoppiamento) e, infine, impongono il rispetto di norme vincolanti (condizionalità CGO e BCAA (26)) per la conservazione dei suoli, per la protezione dell'ambiente e per il benessere degli animali.

Il sistema così delineato deve confrontarsi con le problematiche derivanti dall'allargamento ad est dell'Unione europea e con le pressioni originate dal negoziato del Doha Development Round dell'OMC, che impongono un processo di riforma continuo.

A proposito di quest'ultimo punto, occorre subito dire che l'importanza delle fonti internazionali nel diritto agro-alimentare e la loro incidenza sulle corrispondenti norme comunitarie e nazionali oggi è preponderante, tanto

Sharry ha invece cristallizzato le posizioni e, priva di ogni sistema di modulazione, ha premiato la rendita, poiché ha concesso in modo direttamente proporzionale di più a chi aveva più terre arabili nelle zone più fertili. Non solo, ma il fatto di dare l'aiuto per ettaro in modo fisso, senza considerare le economie di scala, ha dato nelle mani dei grandi proprietari masse enormi di danaro che, lungi dall'essere reinvestite, sono restate nelle banche ad uso delle grandi manovre finanziarie del decennio passato; si è trattato di un tassello importante del processo di "finanziarizzazione dell'agricoltura"», cfr. G.F.LACONE Per una riflessione critica sulla Politica Agricola Comune europea in Storia della Politica Agricola Comune Europea, ivi pag 11-12.

(26) CGO: criteri di gestione obbligatori; BCAA: buone condizioni agronomiche e ambientali.

da potersi affermare che la gerarchia delle fonti di produzione normativa in questa materia si configura, in senso decrescente, come segue: Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), Unione Europea, Stato centrale (o Federale) e Regione.

L'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio prevede una rilevante rete di vincoli di natura soprattutto qualitativa (27) e, insieme all'Accordo Agricolo allegato al Trattato di Marrakesh, è orientato alla liberalizzazione dei mercati agricoli in base ai parametri che «... verranno progressivamente irrigiditi... a seguito dei risultati del Millennium Round»(28) per ottenere l'abbattimento delle "barriere di tipo economico" (dazi doganali, prelievi, restituzioni e sovvenzioni all'agricoltura nazionale) e di quelle di tipo "tecnico"(29) e commerciale. In quest'ottica l'Accordo individua tre priorità essenziali: -1. ridurre il sostegno interno all'agricoltura (parte IV artt. 6, 7); -2. ridurre progressivamente le sovvenzioni alle esportazioni (part. V, artt. 8, 9, 10); -3. aumentare l'accesso delle importazioni al mercato interno di ciascun Membro.

La previsione di queste finalità, necessariamente, limita i Membri dell'OMC (Stati e Comunità) nella possibilità di adottare una politica agricola autonoma. Tra gli accordi dell'OMC ha una notevole importanza l'accordo sui TRIP's (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), che sancisce l'obbligo di "rendere disponibili i brevetti per tutti i tipi di invenzioni, sia di prodotto che di processo, in tutti i campi della tecnologia" (art. 27.1) e di "provvedere alla protezione delle varietà vegetali o tramite brevetti o tramite un efficace sistema sui generis o tramite la combinazione dei due sistemi" (art. 27.3b). L'importanza dell'accordo TRIP's consiste nel tentativo di estendere geograficamente (sono membri dell'OMC circa 150 paesi) l'obbligo di appli

(27) SILVIA MANSERVISI in *Il nuovo diritto agrario comunitario*. Atti del Convegno organizzato in onore del prof. Luigi Costato (in occasione del suo 70° compleanno), Ferrara-Rovigo, 19-20 novembre 2004 / a cura di Ettore Casadei e Giulio Sbarbanti, Giuffrè, 2005, pag. 516 ss.

(28) L. COSTATO, *Politica Agricola Comunitaria e Commercio Internazionale*, in *Commercio Internazionale sostenibile? WTO e Unione europea*, a cura di L. S. Rossi, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 262.

(29) A titolo esemplificativo, l'Accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie in agricoltura, la cui incidenza è notevole perchè regola questioni di primissima importanza (ad esempio le modalità applicative dell'atteggiamento precauzionale che influenzano la normativa sugli OGM. Il coordinamento fra Accordo Agricolo e l'SPS Agreement è operato dall'art. 14, parte VIII del primo). Per un'analisi del ruolo del Codex Alimentarius in qualità di Ente promotore dei processi di "armonizzazione"/standardizzazione dei sistemi di regolamentazione della coesistenza tra colture OGM e non sotto l'Accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie, si rimanda agli atti del Convegno tenutosi a Montpellier, il 14-15 novembre del 2005 sugli *International legal aspects of the co-existence between GM and non-GM products: approaches under international environment law and international trade law* L. Boisson de Chazourmes & M.-M. Mbengue Law Faculty of the University of Geneva, Department of Public International Law and International Organization, Uni Mail, 40, bd Pont-d'Arve, 1211 Genève 4, Switzerland, pubblicato da Agripolis Productions (Montpellier) e scaricabile dal sito: www.gmcc05.com/pdf/GMCC05.pdf

cazione dei brevetti al settore farmaceutico e agricolo.

In Europa, l'adeguamento dell'ordinamento comunitario alle regole contenute nell'Accordo Agricolo e nel Trattato di Marrakech è avvenuto con l'emanazione del Regolamento n. 3290/94 del Consiglio del 22 dicembre 1994 (G.U.C.E. n. L 349 del 31 dicembre 1994). L'art. 118 del Trattato di Lisbona, come ben illustrato dalla dottrina più recente, sembra destinato a rafforzare il sistema internazionale di protezione della proprietà intellettuale TRIP's (30).

Oltre alle norme internazionali derivanti dall'OMC e dall'Accordo Agricolo allegato, occorre ricordare numerose altre norme di diritto internazionale che si pongono come limiti alla potestà legislativa statale e comunitaria. Tra le più significative occorre menzionare la Convenzione sulla Diversità Biologica (31), il protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza (32) il Trattato internazionale sulle Risorse Fitogenetiche per l'Alimentazione e l'Agricoltura (33), il Protocollo di Kyoto (34), ratificati sia dalla Comunità Europea che dall'Italia, dotate però di minore capacità incisiva rispetto all'OMC e all'Accordo Agricolo per gli strumenti di *enforcement* di cui dispongono. Esistono anche degli organismi tecnici di rilevanza internazionale capaci di condizionare le modalità di produzione agro-alimentare sul fronte igienico-sanitario, il cui ruolo su scala globale è andato man mano acquisendo sempre maggior incisività (35).

(30) W. KINGSTON *Intellectual Property in the Lisbon Treaty* pubblicato sulla *Rivista European Intellectual Property Rights*, n. 11 del 2008, pag.439 (Sweet & Maxwell. ISSN (printed): 0142-0461).

(31) Convenzione sulla Diversità Biologica. Sottoscritta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, ratificata in Italia con la legge n. 124 del 14 febbraio 1994 di "Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla biodiversità, con annessi, fatta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992".

(32) Il Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza è un accordo supplementare alla Convenzione sulla Diversità Biologica adottato il 29 gennaio 2000, cui l'Italia ha aderito il 29 Marzo 2004 con la Legge n. 27/2004 di "Ratifica ed esecuzione del Protocollo".

(33) Trattato Internazionale sulle Risorse Fitogenetiche per l'Alimentazione e l'Agricoltura, adottato dalla 31° riunione della Conferenza della FAO a Roma il 3 novembre 2001 e ratificato in Italia con la Legge 6 aprile 2004, n. 101, di "Ratifica ed esecuzione del Trattato internazionale sulle Risorse Fitogenetiche per l'Alimentazione e l'Agricoltura, adottato dalla 31° riunione della Conferenza della FAO a Roma il 3 novembre 2001".

(34) Protocollo di Kyoto allegato alla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, sottoscritto a Kyoto l'11 dicembre 1997 e ratificato in Italia con la Legge 1° giugno 2002, n. 120 di "Ratifica ed esecuzione del Protocollo di Kyoto alla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, fatto a Kyoto l'11 dicembre 1997".

(35) Ad esempio, la Commissione del *Codex Alimentarius* (creata congiuntamente dalla FAO e dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e attualmente riferimento consultivo in sede OMC), che promuove su scala globale un sistema di standard di controllo igienico ideato negli USA negli anni '60, con l'intento di assicurare che gli alimenti forniti agli astronauti della NASA non avessero alcun effetto negativo sulla loro salute, tale da mettere a rischio le missioni nello spazio (HACCP Hazard Analysis Critical Control Point). Questi standard, una volta incorporati nella legislazione diventano vincolanti per ogni operatore dell'industria agro-alimentare. In questi ultimi anni il quadro di riferimento è profondamente mutato soprattutto a causa dell'istituzione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio creata nel 1995, a seguito del negoziato dell'Uruguay Round. In particolare, l'Accordo sulle misure sa-

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, inoltre, ha svolto un ruolo di fondamentale importanza nella definizione della politica agricola dei singoli stati membri (ad esempio, per quanto concerne la creazione delle condizioni per l'accoglimento delle biotecnologie in ambito agricolo sono state determinanti la sentenza 9 ottobre 2001, Causa C-377/98 e, da ultimo, la sentenza C-439/05 P e C-454/05-P di condanna dell'Austria per il bando all'immissione deliberata di OGM nell'ambiente, la sentenza C-429/01 del 27 novembre 2003 di analogo contenuto, la sentenza C-6/99 del 21 marzo 2000).

Infine, per completezza, è necessario accennare alle modifiche al titolo V della Costituzione introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, che hanno inciso notevolmente sulla definizione dei rapporti con il diritto internazionale, in particolare quello pattizio, attraverso la nuova formulazione dell'art. 117 1° comma che individua nel vincolo al rispetto degli obblighi internazionali convenzionali un limite all'esercizio della potestà legislativa di Stato e regioni (36). Prima della modifica dell'art. 117 della Cost. soltanto il diritto internazionale generale e consuetudinario erano espressamente presi in considerazione dall'art. 10, 1° e 2° comma della Costituzione, mentre mancava un esplicito riferimento all'attuazione dei trattati internazionali e degli obblighi comunitari. La nuova formulazione dell'art. 117 impegna

nitare e fitosanitarie (SPS) e l'Accordo sugli ostacoli tecnici al commercio (OTC) hanno assunto un ruolo determinante per le attività del *Codex Alimentarius*. Infatti, i due accordi richiamati riconoscono l'importanza dell'armonizzazione normativa a livello internazionale, al fine di ridurre al minimo il rischio che le norme sanitarie, fitosanitarie o altri regolamenti tecnici, possano tradursi in ostacoli ingiustificati al commercio. In particolare, con riferimento alla innocuità dei prodotti alimentari l'accordo SPS ha esplicitamente individuato e scelto ai fini dell'armonizzazione le norme, le direttive e le raccomandazioni stabilite dalla Commissione del *Codex Alimentarius*, ritenendole scientificamente valide. In effetti, in caso di contenzioso in sede OCM, un Paese che applicasse misure più restrittive rispetto a quelle stabilite dal *Codex* potrebbe essere chiamato a fornire adeguata giustificazione scientifica. Pertanto, dopo l'Uruguay Round, le norme *Codex* che nel passato erano destinate ad una applicazione su base volontaria da parte dei Paesi membri hanno assunto una valenza assai più vincolante a livello mondiale. L'HACCP è stato introdotto in Europa con la direttiva 43/93/CEE - recepita in Italia con il Decr. Lgs. 26 maggio 1997, n. 155 -, che prevede l'obbligo di applicazione del protocollo HACCP da parte di tutti gli operatori a qualsiasi livello della catena produttiva alimentare. Successivamente, questa normativa è stata sostituita con il regolamento (CE) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari. Da allora il sistema HACCP è stato reso obbligatorio anche per le aziende che hanno a che fare con i mangimi per gli animali destinati alla produzione di alimenti (produzione delle materie prime, miscele, additivi, vendita, somministrazione. L'imposizione di standard unici con validità globale ha suscitato non poche resistenze per l'impatto sui prodotti tradizionali tipici (molto note sono le vicende relative ai formaggi da latte crudo e ad altri prodotti tipici, ad es., il lardo di colonnata, che ovviamente non possono rientrare negli standard igienici previsti per gli astronauti). In tutto il mondo i piccoli produttori di generi alimentari e i commercianti di tipo tradizionale stanno progressivamente cessando l'attività a causa della gravosa legislazione che impone spese fuori dalla loro portata in nome di un'"igiene contro-natura" (cfr. *The Ecologist Special Report*, giugno 2001, pubblicato in *L'Ecologist* italiano n. 3, luglio 2005). Profili di maggior problematicità riguardano anche gli integratori alimentari e gli ingredienti della farmacoepa delle medicine tradizionali.

(36) B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione Italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro It.*, 2002, p. 229 ss.

il legislatore statale e regionale al rispetto di tutti gli obblighi internazionali e, quindi, di tutti gli obblighi derivanti dai trattati e dalle fonti derivanti dai trattati (37): come acclarato dalla Corte Costituzionale, con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 citate *supra*, attualmente costituiscono parametro della costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge.

4. Sovranità alimentare e diritto fondamentale al cibo. *Work in progress...*

Negli ultimi anni molte componenti della cosiddetta società civile hanno accresciuto notevolmente la propria consapevolezza riguardo al valore dei beni ambientali, dell'acqua, dell'agricoltura e dell'alimentazione, interrogandosi altresì su quanto sia saggio consegnare nelle mani di un mercato oligarchicamente governato e dei suoi referenti tecnico-scientifici il futuro dell'accesso a tali risorse. Di conseguenza è aumentata la richiesta di partecipazione ai processi decisionali che interessano queste materie da parte di cittadini, consumatori, agricoltori ed ecologisti, che non vogliono più essere destinatari passivi di decisioni prese altrove. Nei paesi industrializzati, una forte spinta in questo senso è stata determinata sia dal verificarsi di eventi tragici legati alla sicurezza alimentare sotto il profilo igienico (quali, ad esempio, la morte di numerose persone dovuta al consumo di carni bovine contaminate dal virus dell'encefalopatia spongiforme; le morti e le intossicazioni causate dal triptofano OGM (38) negli USA; il caso del vino al metanolo in Italia), sia dalla preoccupazione, suffragata da sempre più numerose evidenze scientifiche (39), per

(37) C. PINELLI *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 924 ss.

(38) L'assunzione di un integratore contenente triptofano ottenuto da batteri OGM introdotto senza etichettatura nel mercato americano portò, rispettivamente, alla morte di 37 e all'intossicazione accertata di 1.580 persone. La modificazione genetica aveva comportato un'alterazione nel metabolismo dei batteri con la comparsa di metaboliti secondari tossici del tutto sconosciuti ed imprevisi (fonte: www.legambiente.eu/documenti/2002/2002ogm.pdf). Per una cronaca dettagliata dell'intera vicenda si rinvia al testo di JEFFREY M. SMITH, *L'inganno a tavola*, pubblicato da Nuovi Mondi Media, Modena, 2004 pag. 86.

(39) In una petizione alla Commissione per la Salute Pubblica del Parlamento Scozzese, la British Medical Association chiese l'immediata sospensione delle coltivazioni OGM in via sperimentale, come misura cautelativa per salvaguardare la salute pubblica (fonte BBC News, 20 novembre 2002). Le motivazioni a sostegno di quell'appello, oggi sono più che mai attuali. A titolo meramente esemplificativo, dato che la letteratura scientifica che accerta effetti dannosi degli OGM diventa sempre più imponente, si rinvia a: N. BENACHOUR e G. E. SÉRALINI (University of Caen, Laboratory Estrogens and Reproduction, UPRES EA 2608, Institute of Biology, Caen 14032, Francia), *La formula del glifosato induce apoptosi e necrosi nelle cellule umane ombelicali, embrionali e della placenta umana (Glyphosate Formulations Induce Apoptosis and Necrosis in Human Umbilical, Embryonic, and Placental Cells)*, pubblicato su *Chem. Res. Toxicol.*, 2009, 22 (1), pag. 97–105 DOI: 10.1021/tx800218n; Rapporto governativo austriaco pubblicato il 5 Novembre 2008 a cura del Ministero della Salute, della famiglia e della Gioventù (ISBN 978-3-902611-24-6), che comprova un nesso di causalità tra sterilità e mais OGM NK 603 x MON 810. E inoltre: A.A.V.V., *GM Science Exposed: Hazards Ignored, Fraud, Regulatory Sham, and*

Violation of Farmers' Rights, cit.; G. NACCI, M.D. *The Threat of genetically Modified Organisms* (Rivista americana del Gerson Institute (*Gerson Heating Newsletters*, Vol. 21, N. 3, maggio-giugno 2006, Parte I, pag.: 5, 7, 9) sulla pericolosità del cibo OGM, che potrebbe indurre tumori maligni, leucemia e altre malattie infettive «...*The transgenic viruses with which GMOs are treated today enter into the DNA of the plant, modifying it in a way which is unknown to us. These viruses are supposed to lie dormant but there is nothing to stop them reactivating in a manner similar to the well known RNA oncogenic viruses (Oncornavirus) or the DNA oncogenic viruses (both inducers of leukemia, sarcomas, carcinomas, gliomas). These viruses can also be the carriers of new diseases or syndromes whose dynamics are still unfortunately little understood (AIDS, Mad Cow Disease etc.), and whose origins remain very vague (perhaps transgenic viruses/GMO-Retroviruses)*»); ALLISON R.F. *Recombination in plants expressing viral transgenes*, *Seminars in Virology*, 1996, Vol. 7, pag. 417-422; WINTERMANTEL W.M., *Isolation of recombinant viruses between Cauliflower Mosaic Virus and a viral gene in transgenic plants under conditions of moderate selection pressure*, sulla rivista *Virology*, ISSN 1044-5773, 1996 n. 223, pag. 156-164; R. STEINBRECHER e J. LATHAM, *GM Gene Flow (B): Horizontal gene transfer of viral inserts from GM plants to viruses*, presentato al congresso della Royal Society di Edimburgo, nella omonima città, il 27 gennaio .2003: *GM Gene Flow: Scale and Consequences for Agriculture and the Environment*, consultabile sul sito della Royal Society of Edinburgh http://www.royalsoced.org.uk/enquiries/gm_debate/index.htm. Secondo un importante studio condotto da un team di ricercatori guidati da IRINA ERMAKOVA (biologa dell'*Institute of Higher Nervous Activity and Neurophysiology* dell'Accademia Russa delle Scienze a Mosca e presentato il 10 ottobre 2005 al simposio annuale dell'*American Academy of Environmental Medicine* sulle modificazioni genetiche), una dieta a base di cibo geneticamente modificato è in grado di produrre danni sulla discendenza, (articolo in originale su: *GM Food Dangers Directly Affect Biological Descendants and Future Generations*, consultabile su www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/acnfp_74_8.pdf). Numerosi altri casi, insieme al resoconto dei tentativi di discredito ai danni della reputazione scientifica dei ricercatori più onesti, sono riportati in JEFFREY M. SMITH, *L'inganno a tavola*, Bologna, Nuovi Mondi Media Edizioni, 2004 pag 9: «...Tyrene Hayes, uno scienziato dell'Università della California a Berkeley, nel suo laboratorio ha esposto giovani rane a dosi molto basse di atrazina, il diserbante più diffuso; i maschi si sono trasformati in ermafroditi, un risultato che fa pensare che l'atrazina possa essere un distruttore endocrino. Syngenta, la multinazionale che è il principale produttore di atrazina, per prima cosa ha tentato di bloccare questo studio. Quando Hayes ha continuato con fondi propri, ha provato a offrirgli due milioni di dollari perché proseguisse le sue ricerche "in ambiente privato". Hayes ha declinato l'offerta e ha pubblicato il proprio lavoro negli Atti della National Academy of Sciences. Syngenta ha continuato ad attaccare quello studio e a fare di tutto perché non divenisse lo strumento di politiche utili alla protezione della salute pubblica e dell'ambiente. Arpad Pusztai era riconosciuto come la più grande autorità mondiale nel campo delle lectine quando lavorava al Rowett Institute di Aberdeen, in Scozia. Pusztai fu incaricato dal governo britannico di condurre una ricerca per valutare gli effetti prodotti dalle patate geneticamente modificate sulla salute. Perciò, si mise ad alimentare i ratti con patate transgeniche. Ciò che scoprì fu che i ratti manifestavano danni a vari tessuti e al sistema immunitario. Dopo che, con il consenso del suo istituto, ebbe reso pubblici i risultati della sua ricerca, Pusztai venne licenziato e fu orchestrata una campagna di enormi proporzioni per screditare il suo lavoro, campagna che comprese tra i suoi protagonisti le più alte autorità dello stato. La sua casa fu svaligiata, i suoi appunti e i dati raccolti rubati. In seguito, i risultati delle sue ricerche furono pubblicati sulla rivista *The Lancet*. In un altro istituto di fama mondiale, la Cornell University, John Losey ha studiato gli effetti che il mais Bt, ottenuto con l'ingegneria genetica, può avere su specie non-target. Ha alimentato larve della farfalla monarca con foglie di una comune erba di campo cosparsa di polline del mais Bt. Moltissime delle larve che avevano mangiato le foglie col polline Bt sono morte, mentre le larve del gruppo di controllo nutrite con foglie spolverate di polline non geneticamente modificato sono sopravvissute tutte. Questo studio innocente ha scatenato la furia della Monsanto e della Novartis, che continuano a ripetere che le loro colture Bt, appositamente ingegnerizzate per uccidere parassiti come il "bollworm" del cotone e la piralide del mais, non hanno alcun effetto sulle specie non-target. Uno scienziato dell'Università della California a Berkeley, Ignacio Chapela, ha scoperto che il polline del mais geneticamente modificato ha inquinato le varietà naturali che crescono in Messico, il centro mondiale della biodiversità del mais; lo studio di Chapela è apparso sulla rivista *Nature* nel novembre del 2001. Quel lavoro avrebbe dovuto suonare come un grosso cam-

l'imatto negativo sulla salute e sull'ambiente dell'ingegneria genetica impiegata in agricoltura e nei processi produttivi alimentari. Nei paesi in via di sviluppo, le esigenze di partecipazione ai processi decisionali che definiscono le politiche agricole nascono dalla constatazione che le misure imposte dalle istituzioni finanziarie internazionali preposte allo sviluppo sono la principale causa del peggioramento della situazione di povertà dei piccoli agricoltori (40), della distruzione delle economie di sussistenza, della promozione di un modello di produzione che aggrava il debito e dell'impoverimento di risorse preziose non rinnovabili (41). Ma anche nel cosiddetto mondo sviluppato, seppur apparentemente originata da istanze diverse, la rivendicazione di un ruolo effettivo nei processi decisionali in ambito agro-alimentare da parte delle varie componenti sociali coinvolte è sostanzialmente la stessa, ed è riconducibile al rifiuto di soggiacere ancora agli imperativi della nuova religione tecnocratica di cui le istituzioni globali si servono per imporre il pensiero unico in agricoltura (42), in un disegno complessivo che appare finalizzato a spazzare via sia

panello d'allarme sul fatto che l'inquinamento portato dalle piante transgeniche può contaminare la biodiversità per sempre. E invece il Bivings Group, l'agenzia che cura le pubbliche relazioni per Monsanto, ha lanciato una poderosa campagna [utilizzando soprattutto Internet] attraverso esperti che si sono spacciati per scienziati usando nomi fittizi. Gli editori di Nature, non abituati a forme di pressione così aggressive, hanno fatto qualcosa che non ha precedenti nei 133 anni di esistenza di questa rivista scientifica: hanno pubblicato una prudente lettera di parziale sconfessione del lavoro di Chapela. Le ripetute pressioni dei sostenitori del biotech hanno stroncato la carriera accademica di Chapela a Berkeley. La strategia di manipolazione dei risultati scientifici e dei sistemi di regolamentazione messa in atto dalle multinazionali pone serie minacce all'indipendenza della scienza e alla salute pubblica».

(40) C. DIOUF, presentazione del rapporto annuale FAO su *Lo Stato dell'Insicurezza Alimentare nel Mondo* (SOFI) 2006, già cit. sub nota n. 6. Sul fronte dei disastri socio-economici, è sufficiente citare il fenomeno dei suicidi tra gli agricoltori Indiani - si parla di 200.000 casi - che hanno perso tutto dopo essersi lasciati sedurre dalle false promesse di migliori guadagni fatte dai promotori del cotone Bt OGM della Monsanto. Gli stessi agricoltori si sono poi trovati nell'impossibilità di onorare i debiti contratti per acquistare gli *input* agricoli altamente tecnologici proposti dalla multinazionale (Somini Sengupta *On India's Farms, a Plague of Suicide*, New York Times, 19 settembre 2006).

(41) A titolo meramente esemplificativo: il disastro ambientale nelle *pampas* argentine coltivate con soya ogm Roundup Ready. Per una trattazione esaustiva dell'impatto socio-economico dell'introduzione delle coltivazioni GM si rinvia a: MIGUEL A. ALTIERI e WALTER A. PENGUE, *Gm soya disaster in Latin America: Hunger, deforestation and socio-ecological devastation*, Institute of Science in Society, Londra, 6 settembre 2005. Il rapporto annuale *Chi trae beneficio dalle coltivazioni OGM? L'aumento dell'uso dei pesticidi* di Friends of the Earth International, (pubblicato da FOEI Publications ad Amsterdam nel Gennaio 2008), ha concluso che, allo stato attuale, la presenza di OGM sul mercato causa l'aumento e non la riduzione dei pesticidi tossici in agricoltura, oltre ad aver fallito nello scopo di risolvere il problema della fame e della povertà.

(42) Come ebbe a spiegare pazientemente agli europei, contrari ai prodotti geneticamente modificati Ann Foster, l'agente pubblicitaria britannica della Monsanto: «... *la gente avrà la soia Roundup Ready, che lo voglia o no*» (MARIA MARGARONIS, *Nouvelle cuisine per i poveri*, All. rivista del *Manifesto* n. 5, aprile 2000). Jean-Michel Duhamel, direttore della Monsanto per l'Europa meridionale, ha negato che gli OGM sarebbero stati imposti con la forza, ma contemporaneamente ha affermato che: «... *entro 10 anni gli OGM avranno raggiunto il punto di non ritorno*» (Kenny Bruno, *Say It Ain't Soy*, Monsanto, Overview of GE soy and corn Gennaio/Febbraio 1997 VOL. 18, nn. 1 e 2 Organic Consumers Association OCA, su: <http://www.purefood.org> 6101 Cliff Estate Rd., Little Marais, Minnesota 55614). «La

coloro che hanno praticato con successo un'agricoltura davvero sostenibile sin dall'VIII millennio a.C. (43), sia coloro che ricorrono, con ottimi risultati pratici, a metodi di coltivazione che il mondo accademico neppure si degnava di considerare.

Nel corso degli anni, le grandi imprese agro-biotechologiche hanno consolidato la loro posizione di preminenza sui mercati mediante progressive concentrazioni e acquisizioni che hanno provocato la quasi totale scomparsa delle industrie sementiere indipendenti dall'agro-chimica. In tal modo, oltre alla creazione delle condizioni di base per l'eliminazione di fatto della ricchissima varietà di sementi autoctone in favore di poche varietà standardizzate adatte alla monocoltura e ai criteri di produttività del mercato (44), si è pure determinata la sempre maggiore difficoltà a reperire sementi non manipolate e non bisognose di supporti chimici di sintesi. Inoltre, l'attribuzione dei titoli di proprietà sulle invenzioni biotechologiche, divenuto obbligo in virtù dell'accordo sui TRIP's dell'OMC, ha prodotto una forma di scambio non equilibrato nel mercato delle risorse genetiche sia perché il prezzo remunera le nuove tecnologie ma non la "materia prima" ed il sapere tradizionale ad essa associato (cioè le innovazioni incorporate nelle sementi o nel materiale genetico utilizzato per le trasformazioni, dovute al sapiente lavoro di selezione plurisecolare degli agricoltori e al loro ruolo di custodi delle risorse genetiche come patrimonio collettivo), sia perché il divieto imposto agli agricoltori di riutilizzare parte del proprio raccolto come semente restringe al massimo l'accesso agli *input* per l'esercizio dell'attività agricola tradizionale e familiare a chi possiede capitali adeguati.

Gli effetti devastanti che questa situazione ha determinato ai danni della biodiversità è largamente riconosciuto e, per quanto a prima vista il problema della sua erosione (45) appaia prevalentemente connesso alla materia 'ambiente'

*vera strategia è introdurre una tale quantità di inquinamento genetico che soddisfare il bisogno di cibo libero da OGM sarà impossibile. L'idea, molto semplicemente, è di inquinare più rapidamente di quanto gli stati non siano in grado di legiferare, e poi modificare le leggi per adattarle alla contaminazione.... Sostenuto da un sistema di diritti di proprietà intellettuale predatorio, l'agribusiness è sulla buona strada per ottenere un'intera catena alimentare mondiale, così ibridata e inquinata senza speranza, da obbligare i legislatori a mettersi "mani in alto". Tornando con la mente a quel momento, nel masticare il nostro cibo geneticamente modificato, potremmo ben essere in grado di ricordare il punto di svolta esatto in cui abbiamo perduto la libertà di scegliere le nostre opzioni alimentari» (NAOMI KLEIN, *When choice becomes just a memory* Londra, The Guardian, 21 giugno 2001).*

(43) La superiorità dei metodi agricoli tradizionali è illustrata nella bella monografia di Sir A. HOWARD *I diritti della terra. Alle radici dell'agricoltura naturale*, SlowFood Editore, Bra, 2005.

(44) Ad esempio, dalle 19.000 qualità di riso coltivate in India negli anni '60 si è passati alle poche attuali. Analoghe osservazioni possono essere svolte a proposito delle varietà di mais, patate, fagioli ed alberi da frutto (cfr. SABUJ KUMAR CHAUDHURI del Department of Library and Information Science, Jadavpur University, Kolkata-32, West Bengal, India, *Genetic Erosion of Agrobiodiversity in India and Intellectual Property Rights: Interplay and some Key Issues*, Publ. Patentmatics, 2005, Vol. 5, n. 6, pag. 3 su <http://www.patentmatics.org/pub2005/pub6c.pdf>).

(45) Per erosione genetica si intende la perdita di diversità genetica, inclusa la perdita di geni individuali e la perdita di particolari combinazioni di geni. Il termine "erosione genetica" talvolta è usato

strictu sensu intesa, in realtà riguarda molto da vicino anche la “sicurezza alimentare”, ovvero la garanzia della disponibilità di sufficienti risorse alimentari. Ciò vale non solo per i Paesi in via di Sviluppo, già prostrati da svariati problemi, ma anche per i paesi industrializzati. Per l'avventatezza dei ricercatori che sembrano aver anteposto le lusinghe del mercato all'uso responsabile della Scienza e, soprattutto, per l'avidità di tanti speculatori senza scrupoli, potremmo ritrovarci a dover affrontare emergenze infinitamente più gravi di quella che nella seconda metà dell'800 devastò l'Irlanda con la Grande Carestia (46).

La sostenibilità ed i rischi del modello agricolo “monocolturale” fondato sulla chimica e sulla biotecnologia (che richiede, peraltro, l'impiego di quantità sempre maggiori di sostanze inquinanti e la corsa al monopolio dell'accesso alle risorse genetiche) sono oggetto da tempo di un'approfondita analisi critica da parte della società civile, che ha dato luogo a numerose iniziative culminate poi nella elaborazione del concetto di “sovranià alimentare”.

Prima di soffermarci in dettaglio su questo fenomeno occorre spendere alcune parole per indicare i riferimenti giuridici internazionali che giustificano le azioni di rivendicazione della “sovranià alimentare” - già intraprese su scala globale e locale da parte delle organizzazioni dei piccoli agricoltori, dei consumatori e dei movimenti di tutela ambientale - come mezzo per la realizzazione del diritto ad una alimentazione *sana e sicura*.

Il diritto al cibo, come il diritto all'acqua, per loro natura, hanno molteplici implicazioni.

Si tratta di diritti umani di enorme rilievo perchè, rispondendo ai bisogni più elementari della sopravvivenza, sono diritti senza i quali non si ha la possibilità di godere degli altri diritti fondamentali: è evidente che, senza accesso all'alimentazione o all'acqua, automaticamente vengono a mancare tutti gli altri diritti fondamentali (la salute, la dignità, ecc.) subordinati al superamento della condizione della fame e della sete.

Il primo gruppo di riferimenti giuridici per la qualificazione del diritto ad una alimentazione adeguata come diritto umano è costituito da un complesso di

in senso restrittivo (perdita di geni o di alleli), ma anche in senso lato (perdita di varietà). Secondo uno studio effettuato dalla FAO (The State of the World's Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, FAO, the United Nations, Rome, 1997) la principale causa dell'erosione genetica nei *cultivar* (riferita a 81 paesi), è stata la sostituzione delle varietà locali con varietà e specie esotiche, unita alla pressione demografica, al degrado ambientale, all'impatto della legislazione e degli orientamenti politici, ai parassiti e alle piante infestanti e, infine, al cambiamento dei sistemi agricoli e all'eccessivo sfruttamento di alcune specie.

(46) Tra il 1848 ed il 1852, a causa dell'uniformità genetica nella patata coltivata in Europa, un'epidemia di *Phytophthora Infestans* distrusse completamente i raccolti irlandesi per cinque anni consecutivi. Solo quando fu individuata fra le migliaia di varietà di patate, ancora coltivate in Messico, quella resistente alla *Phytophthora Infestans* e si provvide ad incrociarla con la varietà europea, si riuscì a debellare l'epidemia (C.FOWLER e P. MOONEY, *Biodiversità e Futuro dell'Alimentazione*, Red Edizioni, Como, 1993, pag.78).

Convenzioni internazionali, a partire dall'espressa previsione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, che all'art. 25 recita: «*Ognuno ha il diritto ad uno standard di vita adeguato per la salute e benessere propri e della propria famiglia, incluso il cibo...*».

Il diritto ad una alimentazione adeguata è stato poi riaffermato con il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali adottato dall'Assemblea generale ONU nel 1966, entrato in vigore nel 1976 e ratificato da 138 Stati (tra cui l'Italia, L. 25 ottobre 1977, n. 881), in cui si proclama che il diritto alla libertà dalla fame viene riconosciuto esplicitamente come *fundamental human right* giuridicamente vincolante per gli Stati aderenti (*Art. 11: I Paesi facenti parte del Patto riconoscono il diritto di ognuno ad un adeguato standard di vita ... incluso il cibo adeguato ... e convengono di intraprendere azioni appropriate per realizzare questo diritto*). Molti stati hanno incorporato questo principio nelle loro carte costituzionali.

La Conferenza mondiale sui Diritti dell'Uomo, riunita a Vienna nel 1993, ha rappresentato un altro momento fondamentale nella riaffermazione del diritto al cibo allorché gli stati del mondo hanno proclamato i diritti economici, sociali e culturali che si aggiungono ormai in modo complementare, equivalente e universale, ai diritti civili contenuti nella dichiarazione del 1948 (Vienna Declaration and Programme of Action, 14-25 giugno 1993: punto 31).

Il Codice Internazionale di Condotta sul Diritto Umano ad una Alimentazione Adeguata, proposto per la prima volta alla vigilia del Vertice Mondiale sull'Alimentazione tenutosi a Roma nel 1996, ha poi ribadito con forza il ruolo centrale del diritto fondamentale alla sicurezza alimentare (Dichiarazione di Roma sulla sicurezza alimentare mondiale: "*Noi, Capi di Stato e di Governo, riaffermiamo il diritto di ogni persona ad avere accesso ad alimenti sani e nutrienti, in accordo con il diritto ad una alimentazione appropriata e con il diritto fondamentale di ogni essere umano di non soffrire la fame*").

Nell'aprile 2000, la Commissione per i diritti umani delle Nazioni unite ha nominato un relatore speciale incaricato di elaborare un Codice di Condotta per il Diritto all'Alimentazione e di formulare proposte sul modo di renderlo effettivo (Risoluzione n. 2000/10 del 17 aprile 2000, 52° seduta della Commissione ONU per i Diritti dell'Uomo, Ginevra, 2000).

Altre due tappe istituzionali importanti sono rappresentate dalla Conferenza Paneuropea sulla Sicurezza e la Qualità degli Alimenti tenutasi a Budapest nel 2002, nella quale si è cercato di fare il punto sulla necessità di proteggere i consumatori dall'aumento delle malattie di origine animale, mediante la creazione di un sistema di allarme rapido e la 24° Conferenza Regionale della FAO per l'Europa tenutasi in Francia a Montpellier nel maggio 2004, che ha riaffermato la *non negoziabilità* del diritto alla sicurezza alimentare. Recentemente, il Vertice FAO del 3-5 giugno 2008 sulla sicurezza alimentare si è concluso ancora una volta con l'adozione di una dichiarazione che fa appello alla comunità interna-

zionale per incrementare l'assistenza ai paesi in via di sviluppo, in particolare quelli meno sviluppati e quelli che sono più colpiti dai prezzi alti dei generi alimentari.

Il secondo gruppo di riferimenti giuridici, fa capo al principio di autodeterminazione dei popoli ed è sancito dagli articoli 1, par. 2, 55 e 76 della Carta delle Nazioni Unite. Questo principio è formalmente riconosciuto a tutti i popoli, in virtù dell'identico articolo 1 dei due Patti internazionali sui diritti umani del 1966 (Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966, è entrato in vigore il 23 marzo 1976 e Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 3 gennaio 1976): «*Tutti i popoli hanno il diritto di autodeterminazione. In virtù di questo diritto, essi decidono liberamente del loro statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale. (...) 3. Gli Stati parti del presente Patto, (...), debbono promuovere l'attuazione del diritto di autodeterminazione dei popoli e rispettare tale diritto, in conformità alle disposizioni dello statuto delle Nazioni Unite*».

La Dichiarazione Universale dei diritti dei popoli (Carta di Algeri, 1976), è un importante atto politico non-governativo proclamato il 4 luglio 1976 che enuncia i diritti fondamentali dei popoli all'esistenza, all'autodeterminazione, alle risorse, alla cultura, all'ambiente. Espressamente vi si afferma: che ogni popolo ha diritto al rispetto della propria identità nazionale e culturale (art. 2); che vanta il diritto imprescrittibile e inalienabile all'autodeterminazione e a decidere il proprio statuto politico in piena libertà e senza alcuna ingerenza esterna (art. 5); che è legittimato a liberarsi da qualsiasi dominazione coloniale o straniera diretta o indiretta e da qualsiasi regime razzista (art. 6); che detiene diritti esclusivi sulle proprie ricchezze e risorse naturali nonché il diritto a rientrarne in possesso se ne è stato spogliato, recuperando gli indennizzi pagati ingiustamente (art. 8); che può darsi il sistema economico e sociale da lui stesso scelto e perseguire la propria via di sviluppo economico in piena libertà e senza ingerenze esterne (art. 11).

Il diritto all'autodeterminazione è riconosciuto anche dall'articolo 20 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, entrata in vigore nel 1986. L'Atto finale di Helsinki riconosce il diritto di autodeterminazione al principio VIII: «*Gli Stati partecipanti rispettano l'eguaglianza dei diritti dei popoli e il loro diritto all'autodeterminazione...*». Infine, l'articolo 1 par. 2 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sul Diritto allo Sviluppo del 1986, richiamando espressamente l'articolo 1 dei due Patti internazionali del 1966, stabilisce che: «*Il diritto umano allo sviluppo implica anche la piena realizzazione del diritto dei popoli all'autodeterminazione*».

In questo panorama giuridico internazionale si colloca il concetto di “sovranià alimentare”, frutto della elaborazione delle ONG più autorevoli e rap-

presentative sulla scena del dibattito agricolo mondiale. La sua prima espressa enunciazione risale alla dichiarazione finale del World Food Summit di Roma del 1996 e, da allora, è divenuto uno dei principali temi di discussione anche all'interno delle Agenzie specializzate dell'ONU.

Numerosi eventi a carattere regionale ed internazionale, interamente dedicati al tema della "sovrani ta alimentare", hanno avuto luogo rispettivamente all'Avana nel 2001 (World Food Forum for Food Sovereignty); a Giacarta nel 2004 (NGO/CSO, parti dell'*International Planning Committee - IPC*- per la Sovranit  Alimentare, in cooperazione con la 28  Conferenza Regionale della FAO); a Katmandu, nel 2006 (*Food Sovereignty as a frame-work for Food and Agricultural Policies Declaration* at "South Asian regional Seminar on preparing inputs for FAO special Session of the Committee on Food Security).

Nel 2007, a Nyeleni, nel Mali, ha avuto luogo il primo Forum Mondiale per la "sovrani ta alimentare". I 600 delegati di oltre 90 paesi che vi hanno partecipato, hanno approvato una dichiarazione omonima in cui il concetto di Sovranit  viene messo a fuoco con gran precisione (47) come il diritto di tutti i popoli, di tutti gli stati e di tutte le nazioni a determinare da s  i loro sistemi e le loro politiche agro-alimentari per assicurare a tutti e alle future generazioni un cibo sufficiente, di buona qualit , adeguato, economicamente accessibile, sano e culturalmente appropriato. Il Forum   stato anche l'occasione per denunciare l'uso distorto del Protocollo di Cartagena per la Biosicurezza adottato a protezione della Diversit  Biologica, per conseguire fini esattamente contrari a quelli dichiarati (48).

In Italia, nel 2007, sono stati depositati presso la Corte di Cassazione due testi di legge di iniziativa popolare elaborati da una coalizione di associazioni di agricoltori e consumatori, con l'intento di stimolare la politica

(47) Food sovereignty is the right of peoples to healthy and culturally appropriate food produced through ecologically sound and sustainable methods, and their right to define their own food and agriculture systems. It puts the aspirations and needs of those who produce, distribute and consume food at the heart of food systems and policies rather than the demands of markets and corporations. It defends the interests and inclusion of the next generation. It offers a strategy to resist and dismantle the current corporate trade and food regime, and directions for food, farming, pastoral and fisheries systems determined by local producers and users. Food sovereignty prioritises local and national economies and markets and empowers peasant and family farmer-driven agriculture, artisanal - fishing, pastoralist-led grazing, and food production, distribution and consumption based on environmental, social and economic sustainability. Food sovereignty promotes transparent trade that guarantees just incomes to all peoples as well as the rights of consumers to control their food and nutrition. It ensures that the rights to use and manage lands, territories, waters, seeds, livestock and biodiversity are in the hands of those of us who produce food. Food sovereignty implies new social relations free of oppression and inequality between men and women, peoples, racial groups, social and economic classes and generations.

(48) MARIAM MAYET, *Article 18(2)(a): The Trojan Horse of the Biosafety Protocol, African Centre for Biosafety*, 2006, pubblicato sul sito www.biosafetyafrica.net/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=34. A proposito del sabotaggio del Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza per mezzo di accordi bilaterali: GRAINS *Bilateral biosafety bullies How corporations use bilateral trade channels to weaken biotech regulations*, 2006, su <http://www.grain.org>.

all'adozione di strumenti operativi volti a riconoscere e a rendere effettiva la *Sovranità Alimentare* intesa come «... diritto dei popoli, delle comunità e dei paesi a definire le proprie politiche agricole, della pesca, alimentari, della terra, in modo che siano ecologicamente, socialmente, economicamente e culturalmente appropriate alle condizioni specifiche di ciascuno. Questo comprende l'effettivo esercizio del diritto al cibo e alla produzione degli alimenti. Tutti i popoli hanno diritto ad una alimentazione sana, nutriente e culturalmente appropriata, così come hanno diritto a mantenere la capacità di procurare nutrimento a se stessi e alla propria società» (49).

La "sovrani ta alimentare"   proposta come una delle chiavi possibili con cui affrontare il rilancio dell'agricoltura italiana, mettendo al centro gli interessi dei produttori agricoli e dei consumatori. Si prevede, inoltre, l'introduzione di *referendum* sugli OGM, per permettere l'avvio di consultazioni popolari prima di dare il via alla liberalizzazione della loro produzione.

Recentemente, *Terra Preta*, il Forum Internazionale sulla *Crisi Alimentare, Biocarburanti e Sovranit  Alimentare*, tenutosi a Roma il 2-4 giugno 2008 in concomitanza con il vertice FAO, ha riaffermato «...che il paradigma della *Sovranit  Alimentare dei Popoli* forma la cornice guida per le azioni future (della societ  civile n.d.A.) e per la sopravvivenza dell'umanit » (50).

Quello sin qui delineato   il quadro di riferimento complessivo che attiene tanto alla normativa internazionale vigente in materia di diritto al cibo e all'autodeterminazione dei popoli, quanto al processo *in fieri* di promozione di strumenti legislativi nuovi per affermare la "sovrani ta alimentare", come mezzo per garantire il diritto ad un cibo sano e sicuro alle generazioni presenti e future.

A proposito delle norme internazionali vigenti sin qui richiamate, occorre rilevare che attualmente esse non prevedono strumenti vincolanti che impegnino gli stati contraenti a fornire di mezzi di garanzia effettiva la col-

(49) L'approccio per l'affermazione della sovranit  alimentare, prefigura un'alternativa praticabile e offre un nuovo quadro di riferimento per affrontare il governo delle politiche agricole ed alimentari, a livello nazionale e a livello globale. La proposta, abbraccia un'insieme di temi: la riforma agraria, il territorio ed il suo controllo, il mercato locale, l'agrobiodiversit , l'autonomia e l'autorganizzazione, l'agro-ecologia, la solidariet  e la cooperazione, l'indebitamento e la dipendenza, la salute e altri temi concernenti la produzione del cibo e l'alimentazione. Grazie a queste iniziative i produttori agricoli e di alimenti tornano ad essere visibili e centrali nel dibattito sul ruolo del mercato e delle sue regole. Promuovendo modelli di agricoltura, di distribuzione e di consumo alternativi (come il circuito corto e l'agro-ecologia), questi soggetti sociali, anche se spesso numericamente minoritari, escono dal loro isolamento, diventando attori del cambiamento. Pongono la societ  intera di fronte ad emergenze che vanno affrontate perch  si ripercuotono sulla qualit  della vita di tutti.

(50) *Terra Preta*: Forum on the Food Crisis, Climate Change, Agrofuels and Food Sovereignty www.foodsovereignty.org //.

lettività governata, mentre sarebbe auspicabile che si provvedesse in tal senso per far sì che la protezione del diritto in questione possa operare, in sede nazionale, anche nel caso in cui la sovranità risulti influenzata da accordi di commercio, di investimento o da accordi stipulati con le istituzioni finanziarie.

Realisticamente parlando, infatti, nell'attuale contesto è assai arduo ipotizzare che gli stati provvedano spontaneamente per il «...*fatto che subiscono senza alcuna opposizione, anzi, si prodigano a favorire, la totale funzionalizzazione degli istituti giuridici della tradizione liberale alle esigenze di mercato*»(51), secondo le dinamiche che abbiamo precedentemente analizzato. L'onere di creare delle nuove forme di rappresentanza e nuovi strumenti di azione effettivi, dunque, incombe sulle componenti più sensibili della società civile e sulle forze che essa è in grado di coinvolgere nella costruzione di un nuovo paradigma dei diritti umani che sia in grado di bilanciare dialetticamente le prospettive totalizzanti delineate dalle ferree leggi del mercato.

Non è questa la sede per analizzare in dettaglio le varie ipotesi proposte in ambito dottrinale per promuovere la migliore realizzazione dei diritti umani connessi alla produzione e all'accesso al cibo.

Qui è sufficiente osservare che, in modo parzialmente diverso da quanto argomentato *supra* in via generale a favore di una "tutela minimale" dei diritti umani, per il diritto all'acqua e al cibo forse è necessario compiere un passo ulteriore, in considerazione della loro intrinseca natura che li rende meritevoli di un'attenzione speciale. In accordo e analogamente a quanto la dottrina più autorevole ha proposto per la tutela del diritto all'acqua, e sul rilievo che l'accesso a queste risorse ormai non dipende più da fatti naturali ma da scelte sociali, anche il diritto al cibo andrebbe qualificato come nuovo diritto sociale e come diritto collettivo, e garantito attraverso una «...*diffusa riforma degli ordinamenti che (lo) includa fra i diritti sociali costituzionalmente garantiti ed azionabili in giudizio ... in favore di tutti i membri del gruppo sociale...*»(52).

Come già accennato, oltre che come diritto individuale, dovrebbe essere azionabile anche come diritto collettivo che il gruppo « ... *attraverso i suoi*

(51) E. SANTORO, *ivi*, pag. 78.

(52) D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come bene sociale e come diritto collettivo*, *Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, I (2005), 1 - ISSN 1826-8269. Secondo l'Autore, il diritto all'acqua va inteso come "nuovo" diritto sociale e come diritto collettivo. «*Come "diritto sociale" il diritto all'acqua può essere rivendicato dai cittadini di una determinata comunità nei confronti delle proprie autorità politiche e deve essere perciò socialmente garantito da tali autorità. Come diritto collettivo il diritto all'acqua può essere rivendicato entro l'ordinamento giuridico internazionale dalle autorità politiche legittimamente rappresentanti di un popolo insediato in un determinato territorio*».

organi e rappresentanti può esercitare a nome di tutti i suoi membri all'interno di un determinato ordinamento giuridico, nazionale o internazionale»(53). Una ricostruzione in questa duplice chiave probabilmente è la più efficace indicazione da seguire anche nel percorso di rivendicazione della sovranità alimentare per la realizzazione effettiva del diritto al cibo.

5. Fenomeni acquisitivi da eventi materiali: la sentenza della Corte Suprema canadese Schmeiser /Monsanto (21.05.2004/SCC 034 - file n. 29437)

Il contesto giuridico che agevola la concentrazione ed il controllo dell'approvvigionamento alimentare mondiale nelle mani di un ristretto gruppo di società multinazionali, ha ricevuto ulteriore impulso espansivo il 21 maggio 2004, quando la Corte Suprema canadese ha pronunciato la sentenza 21.05.2004/SCC 034 - file n. 29437 a favore della Monsanto Corporation nella causa intentata da quest'ultima contro Percy Schmeiser, produttore di colza nella provincia di Saskatchewan, Canada.

La sentenza ha tratto origine da una vicenda che risale al 1997, quando l'agricoltore aveva scoperto sui suoi campi delle piante di colza resistenti ai diserbanti. La proprietà di resistere al diserbante Roundup è indotta nelle piante da un gene resistente al glifosate, brevettato dalla Monsanto. L'anno successivo Schmeiser aveva seminato i campi di colza utilizzando una parte del raccolto precedente conservato per quello scopo, come faceva da oltre quarant'anni. Inaspettatamente, in seguito a un'ispezione, la Monsanto l'aveva accusato di violazione del brevetto ottenuto per un tipo di colza transgenica denominata "Roundup Ready", ed aveva avanzato un'esosa richiesta di risarcimento dei danni. La causa era poi proseguita perché Schmeiser aveva rifiutato l'offerta di transazione propostagli dalla Monsanto che esigeva, tra le altre condizioni, pagamenti perpetui di *royalties* su tutti i raccolti futuri di colza (54), oltre a una dichiarazione pubblica con la quale egli avrebbe dovuto negare espressamente qualsiasi ipotesi di impollinazione incrociata della propria colza ad opera del vento o degli insetti. L'ultima condizione prevista nella proposta transattiva era che, in futuro, avrebbe dovuto astenersi da ogni dichiarazione pubblica sul procedimento giurisdizionale e sul suo contenuto. La Monsanto era consapevole di ciò che ogni agricoltore sa e che solo i propu-

(53) D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come bene sociale e come diritto collettivo, Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, I (2005) cit.

(54) Occorre tenere in considerazione che la Monsanto richiede a chi intenda coltivare la colza RR, di sottoscrivere un contratto di licenza denominato *Technology Use Agreement* (TUA) in forza del quale il sottoscrittore è autorizzato ad acquistare i semi da licenziatari della stessa Corporation. Successivamente potrà piantare i semi e rivenderli ad intermediari commerciali autorizzati, ma non potrà vendere il raccolto a terzi o tenerli per uso privato (cfr. C. TOSELLO in *Schmeiser vs Monsanto: il caso dei «semi portati dal vento»*, Milano, Giuffrè, *Rivista di Diritto Agrario*, n. 1 del 2005, pag. 31).

gnatori di “separazione”, “barriere” e “soglie” per schermare i campi tradizionali dagli OGM finge di non conoscere, ossia che la propagazione incontrollata di geni brevettati mediante impollinazione incrociata, commistione di sementi conservate o diffusione di sementi durante il trasporto, sono un dato di fatto. Nonostante la pronuncia sfavorevole del tribunale di primo grado Schmeiser però non si era arreso, anzi, aveva deciso di proseguire la causa portandola fino alla Corte Suprema, la quale, tuttavia, aveva dato definitivamente ragione alla multinazionale.

Schmeiser, infatti, fu condannato per violazione del brevetto sulla colza RR Monsanto nonostante non avesse mai acquistato semi di colza RR, nè dai distributori Monsanto nè al di fuori dei circuiti autorizzati, e non si fosse mai servito di alcuno dei vantaggi specifici associati alla coltivazione delle sementi brevettate, trasportate dal vento sulla sua proprietà.

Prima di questa sentenza, la Corte Suprema canadese si era pronunciata su un'altra importante questione riguardante il tema della brevettabilità delle forme viventi nella causa *Harvard College c./ Canada Commissioner of Patents*. Oggetto del contendere, in quel caso, era stato il riconoscimento della validità del brevetto sull'*Oncotopo*, un topo geneticamente modificato per aumentare la propria suscettibilità ai tumori a fini di ricerca. La decisione aveva acclarato che le forme di vita superiori (come le piante e gli animali) non sono brevettabili (55) e, di conseguenza, aveva ritenuto infondata la pretesa di accedere alla particolare protezione prevista dal *Patent Act* canadese in vigore. In quel procedimento giurisdizionale, però, era stata rivendicata la validità del brevetto sull'intera forma di vita superiore (il topo) mentre, nel caso dei semi di colza oggetto del presente studio, la Monsanto si è limitata a chiedere l'accertamento della validità del diritto di proprietà intellettuale sulla singola cellula vegetale contenente il gene specifico resistente al glifosate.

Nell'accogliere la domanda della Monsanto, la Corte ha preferito sorvolare sul “trascurabile particolare” che le piante OGM sono costituite interamente da cellule che esprimono il gene brevettato e dalla circostanza che quel gene chimerico è capace di trasferirsi, per *impollinazione incrociata*, in tutte le altre specie compatibili che incontri sul suo cammino entro il raggio di alcuni chilometri (56). Le piante “infettate” a loro volta possono trasmettere alle generazioni successive il gene chimerico brevettato e, dalla sentenza *Monsanto c./Schmeiser* in poi, a quanto pare, anche la proprietà intellettuale.

(55) *Harvard Colleege./Canada (Commissioner of Patents)*, 4 SCR. 45, 2002 SCC 76, www.lexum.umontreal.ca/cscscc/cgi-bin/disp.pl/en/pub/2002/vol4/html/2002scr4_0045.html>.

(56) Il polline contiene i codici genetici della pianta donatrice. La sua capacità di trasferire geni brevettati, per effetto della sentenza in esame, come vedremo, ha importanti conseguenze sul regime di proprietà delle sementi, cfr. “The Biology and Ecology of Canola (*Brassica Napus*)” (2002), Office of the Gene Terminology Regulator, su: <http://www.non-gm-farmers.com/documents/brassicaOGTR.pdf>> at pp. 5-6 (Gene Terminology).

La sentenza in esame rappresenta una pietra miliare sulla via dell'affermazione dell'applicabilità dei principi generali delle privative industriali anche alle "forme viventi": ha esteso in modo significativo il concetto di "uso" al fine di determinare la violazione del brevetto e ha delineato la figura dell'utilizzatore inconsapevole, giungendo persino a modificare indirettamente il comune regime legale del diritto di proprietà e di alcuni istituti ad esso collegati (57).

In primo luogo la sentenza affronta la questione se le particolari implicazioni legate all'impiego di una tecnica specifica (la biotecnologia) siano o meno riconducibili entro il *corpus* neutrale dei principi generali della legge canadese sui brevetti: sul punto, si pronuncia in senso affermativo (58).

In seconda battuta, si occupa delle serie difficoltà connesse all'individuazione dei criteri (non tanto e non solo il *dove*, ma soprattutto il *come*) da adottare ai fini della demarcazione della linea tra forme di vita non brevettabili (ad es., piante ed animali) e forme di vita brevettabili (ad es., lieviti e batteri). Nei termini in cui la questione è stata posta, sia i membri del collegio giudicante favorevoli, sia quelli contrari, si sono trovati tutti d'accordo sul fatto che *cellule e geni singolarmente intesi* sono brevettabili, come già pacificamente accettato anche nella sentenza *Harvard College c./Canada Commissioner of Patents* (59). Su questo punto la Corte conferma che la pianta di colza in sé, come tutte le forme di vita superiori, non è brevettabile, mentre lo sono *tutte le cellule e i geni che la compongono*. Un'azione tesa a rivendicare la proprietà intellettuale sulla pianta intera sarebbe stata perciò senz'altro rigettata ma, nel caso che ci occupa, la domanda del titolare del brevetto Roundup Ready è stata accolta

(57) BRUCE ZIFF, *Travels with my plant: Monsanto v. Schmeiser Revisited*, University of Ottawa Law and Technology Journal, 2005, pag. 501. La terra, l'acqua, il gas, il petrolio, sono tutti sostanze fuggivevoli e quando migrano in natura, il titolo di proprietà può andare perduto. Lo stesso può accadere con i semi e il polline portati dal vento o trasportati dagli insetti. Alcuni diritti, contrariamente a quanto stabilito per i diritti di proprietà in generale, sono impermeabili a queste forze naturali. Usando le parole di BRUCE ZIFF, in *Travels with my plant: Monsanto v. Schmeiser Revisited*, cit., che rendono bene l'idea: «...some rights, such as patents, are impervious to those forces. They are, one might say, common-law resistant». Alcuni diritti, sono impermeabili al diritto ordinario. Un'acuta osservazione dello stesso autore rileva che, a differenza di quanto previsto dal Copyright Act dove, in caso di violazione del diritto di proprietà intellettuale il violatore può ottenere la distruzione dell'oggetto materiale in cui si incorpora il copyright, nel caso del Patent Act questo potere non è previsto.

(58) La Corte ha anche affermato che il Parlamento canadese è libero di decidere se regolamentare la materia in modo diverso. Tuttavia, come criticamente analizzato in BRUCE ZIFF, *Travels with my plant: Monsanto v. Schmeiser Revisited*, University of Ottawa Law and Technology Journal, 2005, pag. 506, in realtà occorre fare i conti con la cessione di sovranità che in materia di brevetti è stata fatta in favore di altri attori sovranazionali, ad es. il NAFTA.

(59) La Corte Suprema, al par. 23, cita se stessa, ricordando che già nella sentenza *Harvard Mouse* era stato pacificamente accettato (in *obiter*) che: un ovulo di oncotopo fertilizzato, geneticamente modificato è brevettabile, a prescindere dalla aspettativa del suo definitivo sviluppo in topo («... par. 23 *Further, all members of the Court in Harvard Mouse noted in obiter that a fertilized, genetically altered oncomouse egg would be patentable subject matter, regardless of its ultimate anticipated development into a mouse (at para. 3, per Binnie J. for the minority; at para. 162, per Bastarache J. for the majority)*»).

perchè la prospettazione è stata molto più sottilmente un'altra: la Monsanto si è limitata a chiedere una pronuncia sulla validità del brevetto concesso sul *gene e sulle cellule della pianta contenenti quel gene* (60). Poichè tutte le forme di vita superiore sono composte da cellule, un brevetto sulle cellule di una pianta o di un animale attribuisce un controllo effettivo sull'utilizzo della pianta o dell'animale che le contenga. Quindi, affermando che il brevetto sulle cellule contenenti il gene resistente al glifosate è rivendicabile ovunque il gene si insinui, la Corte ha sostanzialmente ribaltato il precedente formatosi su *Harvard College c./ Canada Commissioner of Patents* perchè, l'ostacolo rappresentato dal divieto di brevettare forme di di vita superiori oggi è facilmente aggirabile ottenendo la protezione delle singole cellule che compongono una data forma di vita superiore (61). Anche se il brevetto sul gene non fa alcun riferimento a piante, raccolti o sementi, l'effetto pratico della sentenza è sicuramente quello di eliminare il divieto di brevetto delle forme di vita superiori elaborato precedentemente.

Consapevole delle possibili conseguenze aberranti che, per effetto della capacità autoreplicante dell'OGM, potevano derivare dalla piena applicazione del *Patent Act* alla materia biotech, la parte del Collegio giudicante minoritaria aveva tentato di opporsi appellandosi al principio secondo cui ciò che non viene espressamente dichiarato nel provvedimento concessorio di brevetto non è coperto («...*What is not claimed is disclaimed*»), di talché l'efficacia della tutela avrebbe dovuto arrestarsi «...*nel punto in cui la cellula della pianta che contiene il gene chimerico isolato viene inserita nel mezzo di riproduzione per la rigenerazione*» (62). Ma, anche su questo punto, la parte del collegio che poi è pre-

(60) Corte Suprema canadese, sentenza 21.05.2004/SCC 034 - file n. 29437 Paragrafi 1 e 22: «...This case concerns a large scale, commercial farming operation that grew canola containing a patented cell and gene without obtaining licence or permission. The main issue is whether it thereby breached the Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4. We believe that it did»; par. 22: «...This case is different from Harvard Mouse, where the patent refused was for a mammal. The Patent Commissioner, moreover, had allowed other claims, which were not at issue before the Court in that case, notably a plasmid and a somatic cell culture. The claims at issue in this case, for a gene and a cell, are somewhat analogous, suggesting that to find a gene and a cell to be patentable is in fact consistent with both the majority and the minority holdings in Harvard Mouse».

(61) NORMAN SIEBRASSE, *Comment on Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, Siebrasse, N. 2005. *Comment on Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 83(3) Canadian Bar Review 967-992 (2005), pag. 4 «*Schmeiser was held to have infringed Monsanto's patent by growing plants composed of the patented cells. In consequence it is now clear that a patent for the cells of a higher life form will give effectively the same protection as a patent for the higher life form itself*».

(62) «par. 130 *It is clear from the specification that Monsanto's patent claims do not extend to plants, seeds, and crops. It is also clear that the gene claim does not extend patent protection to the plant. The plant cell claim ends at the point where the isolated plant cell containing the chimeric gene is placed into the growth medium for regeneration. Once the cell begins to multiply and differentiate into plant tissues, resulting in the growth of a plant, a claim should be made for the whole plant. However, the whole plant cannot be patented. Similarly, the method claim ends at the point of the regeneration of the transgenic founder plant but does not extend to methods for propagating that plant. It certainly does not extend to the offspring of the regenerated plants*».

valsa ha preferito applicare i criteri *standard* in materia di interpretazione dei brevetti, sulla base della considerazione che non vi è norma che imponga di limitare la tutela «... *dei geni e delle cellule solo quando si trovino in forma isolata nei laboratori*» (63) e assumendo che il presupposto per il verificarsi della violazione non richiede che l'uso del gene chimerico avvenga esclusivamente in ambiente isolato («par. 80... *infringement does not require use of the gene or cell in isolation*»).

In terzo luogo, relativamente al concetto di “uso” riferito alla violazione del brevetto e alla valutazione del comportamento dell'utilizzatore inconsapevole (*innocent bystander*), i giudici hanno confermato l'applicabilità dei principi generali che regolano la materia “brevetti” anche quando si riferiscono alla “materia vivente” (64).

Partendo dal presupposto che per determinare se vi sia “uso” è sufficiente verificare se «... *il presunto utilizzatore abbia privato il titolare del brevetto del suo diritto di monopolio all'utilizzo dell'invenzione*» (65) la Corte Su-

(63) «... *par. 17 Everyone agrees that Monsanto did not claim protection for the genetically modified plant itself, but rather for the genes and the modified cells that make up the plant. Unlike our colleague, Arbour J., we do not believe this fact requires reading a proviso into the claims that would provide patent protection to the genes and cells only when in an isolated laboratory form*». Norman Siebrasse Comment on Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, cit. pag.15 «... *More broadly, while patentee's monopoly extends only to what is described in the claims, it extends to everything which can be described in a way which falls within the scope of the claims. The dissent's view that the patentee is only entitled to a monopoly over embodiments of the invention which are particularly described in the claims (or perhaps in the specification as well) would be a radical rewriting of law which would undermine the entire patent system. It has long been established that the inventor is entitled to claim all embodiments of her inventive concept, not just those which she has particularly described. Otherwise, "the patent may be just as worthless as if it was invalid," as "everyone will be free to use the invention in the unfenced area* ».

(64) «... *par. 165 The Canadian Biotechnology Advisory Committee, in Patenting of Higher Life Forms and Related Issues (June 2002), suggests that the contrary may, in fact, be the case. The use of biologically replicating organisms as a "vehicle" for genetic patents may overcompensate the patentee both in relation to what was invented, and to other areas of invention. The Canadian Biotechnology Advisory Committee explains the point as follows (at p. 12): Because higher life forms can reproduce by themselves, the grant of a patent over a plant, seed or non-human animal covers not only the particular plant, seed or animal sold, but also all its progeny containing the patented invention for all generations until the expiry of the patent term (20 years from the priority date). In addition, much of the value of the higher life form, particularly with respect to animals, derives from the natural characteristics of the original organism and has nothing to do with the invention. In light of these unique characteristics of biological inventions, granting the patent holder exclusive rights that extend not only to the particular organism embodying the invention but also to all subsequent progeny of that organism represents a significant increase in the scope of rights offered to patent holders. It also represents a greater transfer of economic interests from the agricultural community to the biotechnology industry than exists in other fields of science*».

(65) *Ivi*, par. 152 : «... the test for determining “use” is not whether the alleged user has deprived the patentee of the commercial benefits flowing from his invention, but whether the alleged user has deprived the patentee of his monopoly over the use of the invention as construed in the claim». The purpose of s. 42 is to define the exclusive rights granted to the patent holder. These rights are the rights to full enjoyment of the monopoly granted by the patent. Therefore, what is prohibited is “any act that in-

prema, al par. 67 della sentenza, ha ritenuto che Schmeiser avesse “usato intenzionalmente” le cellule di colza RR protette da brevetto nel momento in cui aveva seminato le proprie sementi inquinate dal gene chimerico, perchè «... sapeva o avrebbe dovuto sapere» che i semi erano resistenti al glifosate e contenevano geni o cellule oggetto di rivendicazione.

Di conseguenza, la Corte (par. 157) ha ritenuto superfluo accertare dell'intenzione specifica del violatore di trarre profitto dalla violazione del brevetto («*It is and always has been the law in relation to direct infringement that the knowledge or intention of the infringer is irrelevant*»; *Terrell on the Law of Patents, supra, at para. 8.08*); l'indagine sull'intenzione è ammessa solo nel caso di uso potenziale da parte di un utilizzatore inconsapevole) (66), come pure ha considerato irrilevante ai fini della decisione la prova dell'esistenza di un nesso causale tra la violazione del brevetto e l'eventuale vantaggio dell'utilizzatore. Pertanto, anche se dalla vendita del raccolto contaminato dall'OGM Schmeiser non ha tratto alcun beneficio diverso da quello che avrebbe ricavato vendendo la propria colza tradizionale, è stato comunque ritenuto responsabile di *patent infringement*. Quest'ultimo punto, tuttavia, se da un lato è servito ai giudici per fondare la condanna di Schmeiser, dall'altro è servito come argomento per negare alla Monsanto il diritto alla compensazione per il mancato guadagno, per il cui riconoscimento, invece, occorre provare l'esistenza di una causalità diretta.

Volendo azzardare alcune conclusioni si può affermare che le piante di colza contaminate dalla colza OGM sono rimaste formalmente proprietà di Schmeiser, il quale però non può trarne le normali utilità, cioè non può ripiantarle, non può venderle, non può farne delle talee per moltiplicarle. Esiste una sorta di regime di “comunione forzosa” tra la proprietà intellettuale dei geni di Monsanto e la proprietà delle sementi tradizionali di Schmeiser (come la Corte ha decretato al paragrafo 96, «... *la proprietà non costituisce difesa dinanzi alla violazione di un brevetto*» (67)), che attribuisce alla prima il monopolio all'utilizzo delle sementi, mentre, al secondo, non lascia altra scelta se non decidere se coltivarle sotto al giogo del brevetto, in un regime di semi-servitù, oppure se non coltivarle affatto. Il piccolo particolare è che Schmeiser,

terferes with the full enjoyment of the monopoly granted to the patentee”: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at p. 349; see also *Lishman v. Erom Roche Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 72 (F.C.T.D.), at p. 77 ».

(66) Il titolare del brevetto, per ottenere una inibitoria in via cautelare, non deve dimostrare che la controparte sapeva che l'uso costituisce una violazione, e l'inibitoria stessa impedisce specifici atti intenzionali futuri perchè rende nota la contestazione (cfr., ad esempio, il provvedimento cautelare accordato in primo grado richiamato alla Corte Suprema al par. 106 della sentenza *de qua*, che diffidava Schmeiser dal “piantare o coltivare sementi che sapeva o avrebbe dovuto sapere contenenti cellule o geni “as claimed in claims 1, 2, 5, 6, 22, 23, 27, 28 and 45 of the patent”, [quoted by the Court of Appeal 2002 FCA 309 par. 74]).

(67) *ibid.* par. 96 «...*Ownership is no defence to a breach of the Patent Act*».

questa “comunione”, non l’ha mai chiesta, nè cercata, né voluta, ne ha solo subito gli effetti e non aveva alcun modo di difendersi.

Stando così le cose, l’imprenditore che volesse continuare l’esercizio dell’agricoltura tradizionale conservando i semi sarebbe nei fatti impotente dinanzi agli effetti pratici di tipo acquisitivo legati ai diritti di privativa industriale garantiti dal brevetto *biotech* nei termini in cui si configura dopo questa sentenza, e quindi, in sostanza, viene privato della libertà di scegliere quale forma di agricoltura praticare. L’uso legittimo di un bene brevettato - giova ricordare - è possibile solo su contratto (licenza d’uso) e, quando il titolo manca (anche se l’utilizzatore di un dato bene immateriale ne è ignaro) il titolare del brevetto ha diritto ad esercitare i suoi poteri di privativa derivanti dal monopolio legale, chiedendo al giudice un provvedimento di inibitoria in via cautelare, ovvero rilasciando a sua discrezione la licenza d’uso. In un caso e nell’altro l’utilizzatore inconsapevole perde l’inconsapevolezza e, con essa, il controllo delle sementi contaminate dall’OGM per impollinazione incrociata.

Inoltre, perde i poteri assicurati dal regime legale ordinario del diritto di proprietà sulle sementi tradizionali perchè, in tal caso, il principio *accessorium sequitur principale* viene invertito rispetto al suo significato classico a partire dalla sentenza in commento: il gene OGM è cosa principale rispetto al seme e alla pianta tradizionale.

Questa rivoluzione copernicana si è verificata per effetto di una valutazione politico-economica avvenuta non già in sede politica, ma in via giurisdizionale, ad opera della Corte Suprema in Canada. Lo schema di scambio determinato per via giurisprudenziale, attualmente, si connota come segue: carta filigranata contro la libertà di disporre di beni reali essenziali per la vita o, detto altrimenti, la morte della libertà di coltivare secondo natura. Infatti, tutto quel che rimane all’imprenditore che pratica agricoltura convenzionale o tradizionale le cui sementi siano contaminate da un gene brevettato è il diritto ad ottenere un risarcimento del danno per l’inquinamento subito, ma in pratica non potrà più tornare a coltivare liberamente, a meno di non riuscire a procurarsi altre sementi non OGM che comunque, rimarrebbero sempre esposte al rischio di essere nuovamente contaminate e poi “espropriate” al secondo ciclo riproduttivo.

Nella sentenza, la Corte ha riconosciuto le difficoltà che un potenziale violatore di brevetto davvero ignaro potrebbe incontrare nel contestare l’uso e provare la propria innocenza, allorché si accorga che la pianta geneticamente modificata è presente - o è probabile che sia presente - sulle proprie terre coltivate. Riportando il parere del Canadian Biotechnology Advisory Committee (cfr. nota 78), al par. 165 della sentenza, la Corte ammette che l’impiego di organismi autoreplicanti come vettore per propagare i brevetti biotecnologici può remunerare in modo esagerato il titolare del brevetto, sia in relazione al

contenuto dell'invenzione, sia in relazione ad altri ambiti delle invenzioni: poichè le forme di vita superiori sono in grado di riprodursi - argomenta il Comitato - il brevetto su una pianta, un seme o un animale copre non solo quella particolare pianta, seme o animale oggetto di compravendita, ma anche la sua progenie che contiene l'invenzione brevettata per tutte le generazioni fino alla data di scadenza del brevetto (20 anni). E ciò senz'ombra di dubbio, implica un'enorme trasferimento di ricchezza dalla comunità degli agricoltori all'industria biotech.

Una delle soluzioni espressamente proposte dalla Corte è che sia il Parlamento ad occuparsene dato che, nel contesto delle biotecnologie agricole, la legge generale che definisce l'uso può solo risolvere in modo inadeguato le complessità e le sfumature di un tema così complesso.

Alcuni autori, tuttavia, hanno esplicitamente sollevato il dubbio che proprio la decisione della Corte Suprema canadese, nonostante l'approccio ultra-cauto scelto per la delicatezza della materia, abbia gravemente sottovalutato le implicazioni della propria statuizione. Per effetto dell'art. 1110 del North American Trade Agreement (NAFTA) di cui il Canada fa parte, gli investitori stranieri appartenenti agli stati firmatari, come è la Monsanto, sono protetti da un regime particolarmente stringente. Una nuova legislazione che vietasse i brevetti validi come quello della colza RR, probabilmente darebbe luogo a una richiesta di risarcimento. Così è vero, come si afferma nella sentenza, che il Parlamento canadese in teoria è libero di ribaltare la decisione della Corte Suprema con un atto legislativo: una siffatta legge sarebbe inattuabile, ma non sarebbe a costo zero, perchè i titolari di brevetti che venissero privati del loro diritto potrebbero ben esigere il pagamento delle sanzioni previste dal NAFTA per gli anni di protezione brevettuale perduti. Considerato il numero di brevetti esistente, questo potrebbe costare miliardi di dollari, che graverebbero come onere fiscale sui cittadini canadesi.

Per ironia della sorte, proprio la strada maestra indicata dalla maggioranza del collegio giudicante, cioè una sostanziale rivalutazione in sede politica della materia, sarebbe impraticabile per motivi assai pratici. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento a un'eventuale atto legislativo che innovasse unilateralmente gli aspetti della proprietà intellettuale legati al commercio e alle tariffe (68).

(68) ZIFF *ibid.* pag. 506 : «*The kind of legal fall-out from Monsanto described above is only a small part of the picture. There are various scientific and economic concerns associated with genetic patenting, and taken collectively, these may prompt a reconsideration of the wisdom of the holding in the case. The Supreme Court acknowledges that Parliament is free to do so....However, if you are Monsanto, different rules apply: NAFTA governs. Under article 1110 of NAFTA, foreign investors from the signatory states are protected against both direct and regulatory takings. Legislation that terminates ongoing patents such as the one for Roundup Ready canola probably triggers a right of compensation in favour of Monsanto, a foreign investor. So, it is true that Parliament is free—as in*

6. La giurisprudenza come fonte di produzione del diritto e la globalizzazione giudiziaria

«La politica che rinuncia alla guida o alla disciplina dell'economia non è meno "politica" di quella dirigistica o interventistica»(69) perchè, anche questa opzione, è frutto di una decisione politica.

Questa condivisibile osservazione ben illustra l'attuale situazione, caratterizzata dall'assenza di una politica capace di svolgere il proprio ruolo istituzionale e che, perciò, produce «... un'inflazione di leggi, ciascuna dal contenuto normativo labile, il cui moltiplicarsi e accumularsi crea un diritto scarsamente governabile, generatore di effetti perversi»(70), delle leggi usa e getta, insomma (71). In questa situazione di apparente labilità della politica il conflitto sociale viene polverizzato e la sua carica dirompente è affidata alla sfera giurisdizionale, investita suo malgrado di questioni politiche nella spe-

libre—to reverse the Supreme Court of Canada ruling tomorrow. Such legislation would be unimpeachable. Nonetheless, it might not be free—as in gratis—since deprived patent-holders could well be entitled to the market value of the lost years of the patent protection. Given all of the existing claims, this could amount to recovery in the billions of dollars. It is sadly ironic, then, that the avenue that the majority claimed remained open, that is, a robust political reassessment is the one element that, for all practical purposes, has been foreclosed». «However, if you are Monsanto, different rules apply: NAFTA governs. Under article 1110 of NAFTA, foreign investors from the signatory states are protected against both direct and regulatory takings. Legislation that terminates ongoing patents such as the one for Roundup Ready canola probably triggers a right of compensation in favour of Monsanto, a foreign investor. So, it is true that Parliament is free—as in libre—to reverse the Supreme Court of Canada ruling tomorrow. Such legislation would be unimpeachable. Nonetheless, it might not be free—as in gratis—since deprived patent-holders could well be entitled to the market value of the lost years of the patent protection. Given all of the existing claims, this could amount to recovery in the billions of dollars. It is sadly ironic, then, that the avenue that the majority claimed remained open, that is, a robust political reassessment is the one element that, for all practical purposes, has been foreclosed».

(69) N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pag. 69 ss. La diretta dipendenza degli attuali sistemi ad economia di mercato dal potenziale di energia giuridico-fattuale posto in essere dalla ideologia oggi dominante, si è impadronita della sovranità degli Stati e li ha spinti a realizzare il contesto di "omogeneità o uniformità di discipline giuridiche, corrispondenti alla misura degli accordi inter-statali".

(70) E. SANTORO, *ivi*, p. 54.

(71) E. SANTORO *ivi*, p. 22-23. «...La legge, un tempo fondamento dell'ordinamento giuridico e fonte di qualificazione di tutto il diritto positivo, rischia di diventare un reperto archeologico ottonecentesco. Per individuare le effettive fonti del diritto il giudice non deve soltanto guardare oltre l'orizzonte della legislazione, ma deve anche superare il recinto normativo dell'ordinamento statale... Se per la tradizione eurocontinentale il giudice era soggetto solo alla legge, e da essa traeva il diritto di giudicare, la nuova configurazione delle fonti del diritto lo colloca al di sopra della legge, lo fa diventare "colui che decide il diritto".... Il magistrato, da un lato si trova a fare il "giudice della legge", dall'altro si trova spesso a fare i conti con norme incomplete, ridondanti o contraddittorie, che rendono velleitario qualsiasi tipo di sussunzione delle fattispecie concrete entro schemi normativi predeterminati. In questa situazione entra in crisi inevitabilmente la capacità dell'ordinamento giuridico di garantire la "certezza del diritto", così com'era stata classicamente concepita dalla tradizione continentale».

ranza «... che assumano le sembianze di problemi privati grazie al cambiamento delle autorità demandate ad affrontarle»(72). L'onere di decidere le grandi questioni del nostro tempo, quindi, si sposta in misura sempre maggiore dal parlamento alle aule dei tribunali e il diritto viene ad assumere contorni definiti nel momento della sua applicazione nel caso concreto, all'esito della lite.

In dottrina è largamente accettato che la tendenza degli ordinamenti - compreso quello italiano - sia orientata verso l'affermazione di un primato della *iurisdictio* sulla *legislatio* (73) ma il quadro è ulteriormente complicato dal fatto che gli ordinamenti nazionali sono ormai caratterizzati - come illustrato precedentemente - da una legislazione che non è più di matrice esclusivamente nazionale, bensì frutto di un policentrismo normativo non coordinato né differenziato nei gradi di legalità (74).

In questa sede non ci occuperemo del generale mutamento che attraversa la configurazione del potere giurisdizionale così come tradizionalmente inteso nella tradizione continentale, né del ruolo di primo piano che le varie Corti Internazionali - a competenza generale o specializzate - e i vari organismi di amministrazione "privata" della giustizia su scala nazionale e sovra-nazionale vanno assumendo, ma ci limiteremo delineare i tratti più pregnanti del sottile fenomeno che assegna un ruolo assai importante alla giurisdizione come fonte di produzione del diritto e come strumento di "armonizzazione" e "globalizzazione" dello stesso. In particolare, accenneremo ai processi di cooperazione giudiziaria che mirano ad unificare le diverse culture giuridiche servendosi di tecniche ermeneutiche mutuata dal diritto comparato - ad es., la comparazione costituzionale - e dei limiti alla discrezionalità del giudice nazionale rappresentati dall'obbligo di pronunciarsi in modo "conforme a...".

Si è già evidenziato come ieri il giudice fosse tenuto esclusivamente al rispetto della legge nazionale e alla *Grundnorm* fondativa, mentre oggi è condizionato in misura significativamente più incisiva da una rete complessa di rapporti che travalicano i confini dello Stato. L'attività interpretativa tradizionalmente svolta in sede giurisdizionale, pertanto, da un lato si è complicata, dovendo tener conto di un complesso intreccio di fonti, ma dall'altro risulta considerevolmente compressa per effetto dell'applicazione del principio dell'*interpretazione conforme*: conforme alla Costituzione, conforme al diritto comu-

(72) E. SANTORO, *op. cit.* p. 55. L'Autore, ricorda che «...come preconizzato da Carl Schmitt, la giurisdizionalizzazione del conflitto politico comporta la politicizzazione del ragionamento giuridico».

(73) F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Edizioni Il Mulino - Collana Saggi - Bologna, 2004.

(74) A. MARIANI MARINI, *Avvocatura, diritto vivente e diritti fondamentali*, in *Diritto vivente, il ruolo innovativo della giurisprudenza* a cura di Alarico Mariani Marini e David Cerri, Edizioni Plus, Pisa University Press, Pisa 2007, pag. 8.

nitario, conforme alla CEDU e conforme al diritto internazionale.

A proposito di questa nuova tendenza “conformistica” è stato autorevolmente affermato che: «...*Se il confine tra il normare e l'interpretare esiste, questo confine può essere superato da un'applicazione non sorvegliata del principio dell'interpretazione conforme (alla costituzione)... Prudenza ancora maggiore è sollecitata dall'applicazione del principio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario le cui funzioni regolatrici consentono l'assorbimento nella sfera di legalità di un ordinamento dei contenuti normativi di un altro ordinamento. Quanto all'interpretazione conforme alla CEDU e al diritto internazionale, il principio dell'adeguamento interpretativo, pur apparentemente ampliando il catalogo dei diritti umani, talvolta assicura una protezione inferiore a quella della costituzione italiana. Anzi, l'eccessiva attenzione per i diritti umani extracostituzionali potrebbe condurre, in Italia, a un peggioramento della qualità della protezione accordata ai diritti dei singoli nell'ordinamento interno, essendo a volte non sovrapponibili gli universi assiologici dei due ordinamenti. La diversa ispirazione dei documenti internazionali potrebbe influenzare la cultura degli interpreti delle costituzioni nazionali, inducendo letture nuove ma, non per questo, più garantiste. L'interpretazione conforme è una pratica giudiziaria che consente di ridurre le distanze tra ordinamenti, armonizzando per quanto possibile il contenuto di serie normative non coincidenti per origine e per legittimazione. La sua utilità si arresta nel momento in cui cessa di essere un elemento di pacificazione, per divenire uno strumento di stravolgimento dei meccanismi di funzionamento dell'una e dell'altra fonte o ordinamento» (75).*

Le Corti Costituzionali, che storicamente hanno svolto il ruolo di “giudice delle leggi” servendosi della Costituzione nazionale come parametro di valutazione esclusivo della legittimità, oggi sono obbligate a tener conto di parametri di costituzionalità interposti che derivano dalla legislazione sovranazionale e sono invitate ad una apertura al dialogo con le Corti Supreme di altri paesi, in uno stretto confronto con altre tradizioni giuridiche. Appare perciò inevitabile che siano chiamate a gestire il difficile equilibrio tra il grado di protezione accordato ai diritti fondamentali corrispondenti alla scala assiologica incorporata nella Costituzione nazionale, ed i valori e i principi “alieni” propri di altri ordinamenti o derivanti dalla “costituzionalizzazione” dagli impegni internazionali (il cui rispetto, a seguito della riforma dell'art. 117 della Costituzione e per effetto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007, e n. 8/2008

(75) F. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, disponibile sul sito internet <http://www.federalismi.it>, 16/2007. Vedi anche Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Milano il 6 e 7 giugno 2008 su *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, le cui relazioni possono vedersi in www.unimi.it, citato in *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione* ANTONIO RUGGERI in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale* e consultabile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/ruggeri2.html.

è divenuto parametro interposto di costituzionalità).

Per fornire un'indicazione di quale sia il clima di entusiasmo che circonda il tema della cooperazione internazionale che afferisce alla giurisdizione, anche se non mancano voci di dissenso sia in Italia che all'estero (e soprattutto negli USA), è sufficiente riflettere sull'opinione espressa dall'ex Presidente della Corte Suprema norvegese a proposito delle forme attive di collaborazione tra le Corti Supreme. Ad avviso dell'Alto Magistrato: «... *costituisce un obbligo naturale che, per quanto nelle nostre possibilità, prendiamo parte al dibattito europeo ed internazionale ed alla reciproca interazione fra le corti. È un dovere delle corti nazionali – ed in particolar modo delle corti di grado più elevato di un piccolo Stato – contribuire all'introduzione di nuovi principi giuridici dal mondo esterno nelle decisioni dei giudici nazionali*» (76). Particolarmente interessante, è l'uso dell'aggettivo “piccolo”, riferito a uno stato nazionale sovrano, e questa notazione ci serve per introdurre il tema dei *caveat*, sollevati dalla dottrina a proposito della grande promozione culturale del principale metodo interpretativo impiegato allo scopo, come vedremo più avanti.

Il processo di dialogo tra Corti Supreme, denominato talvolta anche *constitutional cross fertilization*, è possibile grazie al metodo della comparazione giuridica, una tecnica interpretativa che attualmente viene evocata con grande insistenza.

Esiste una linea ermeneutica comparativa che vede con grande favore l'utilizzazione funzionale da parte delle Corti Supreme, e in genere dei giudici nazionali, di modelli di decisione resi da giudici stranieri, in un'ottica di apertura verso la circolazione di modelli giuridici che vanno dal «... *vero e proprio “trapianto” di regole e decisioni... al caso di imitazione e recezione, sia il caso di naturale convergenza dei modelli... sia il caso di convergenza necessitata ad opera dell'applicazione delle direttive comunitarie e dei provvedimenti introdotti negli ordinamenti nazionali per dare loro attuazione, sia ancora della formazione di un humus comune...*» (77).

Il metodo comparativo, secondo questo approccio funzionale, dovrebbe essere «... *non più confinato nell'area cognitiva, ma utilmente sfruttato nell'ambito della professione forense e quindi dinanzi alle corti giudicanti*» (78).

In dottrina il dibattito è molto vivace e i suoi toni si accendono particolarmente su quest'ultimo punto (cioè sull'uso della comparazione con effetti

(76) ANGIOLETTA SPERTI, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 127.

(77) G. ALPA, *Il Giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*, in *Rassegna Forense, Quaderni*, n. 19, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 35.

(78) G. ALPA, *ivi*, pag. 38.

direttamente normativi proposto dai funzionalisti, che mira ad accentuare gli elementi di uniformità tra le diverse culture giuridiche alla ricerca di “standard” comuni, *versus* quello adottato dalle correnti di ispirazione strutturalista, che tendono ad evidenziare la diversità delle varie tradizioni)(79).

Il principale motivo di confronto, come ben evidenziato da autorevole dottrina costituzionalistica italiana è che, la comparazione, «...quando venga trasferita dal piano dell'ispirazione e dell'ausilio nei processi di riforma costituzionale su quello dei canoni di interpretazione del testo costituzionale, scardina sia il sistema Westfalia e le gerarchie interne alla statualità, che le consolidate certezze sul ruolo del giudice costituzionale e sui confini della sua attività interpretativa ... perchè fa rifluire nell'interpretazione costituzionale la rete delle interdipendenze che condizionano in misura crescente lo stato costituzionale contemporaneo»(80). Ergo, è innegabile che esista una «.. linea di tensione tra comparazione costituzionale e tradizione del diritto pubblico dello stato nazione»(81), che rinvia al nodo dei rapporti tra la sovranità nazionale e tutto quanto la condiziona.

A questo proposito, è stato affermato che «...i processi di integrazione sovra-nazionale, quanto più esigono il mantenimento di raccordi flessibili e dinamici tra i diversi ordinamenti, tanto più lasciano spazio ai canoni comparativi sul terreno dell'interpretazione. L'esperienza della “creazione giurisprudenziale” europea di un sistema dei diritti nell'ordinamento europeo multilivello, dimostra che il metodo comparativo resta ancora il presupposto necessario per la ricerca dei principi generali che trascendono i confini degli stati...»(82). E tale ricerca dei principi generali “universali” costituirebbe, per l'appunto, la via che configura l'uso della comparazione riferita al rapporto tra orientamenti distinti come veicolo per l'elaborazione di un monismo operante sul terreno dell'interpretazione (83). Il rischio maggiore, pertanto, è che “UNA” interpretazione possa affermarsi come quella “giusta”, degradando tutte le altre e rendendole un pò meno “giuste” o meno “autorevoli”.

(79) Per una disamina approfondita vedi A. SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, in *Il Giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*, in *Rassegna Forense, Quaderni*, n. 19, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica* in *Ars Interpretandi*, 2003, pag. 327 ss.; P. G. MONATERI e A. SOMMA *Alien in Rome. L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 delle preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 47 ss.

(80) P. RIDOLA *La giurisprudenza Costituzionale e la comparazione*, *Rassegna Forense, Quaderni*, n. 19, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. ALPA, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 17-18.

(81) P. RIDOLA *ibid.*, pag. 16.

(82) RIDOLA *ibid.*, pag. 30-31.

(83) C. PINELLI *Adeguamento del diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, nota a sentenza n. 443 del 1997, in *Giur. Cost.* 1997, pag. 3915 ss.

Qui è naturale domandarsi se sia possibile ipotizzare, anche con riferimento alla giurisdizione, la creazione “silenziosa” di un sistema gerarchico dall'apparenza “soft” capace di imbrigliare la comunità delle Corti supreme e di trasformarle in una corporazione sedotta ad uniformarsi al *modus interpretandi* di chi ha la capacità di imporsi tecnologicamente, militarmente, finanziariamente, economicamente e culturalmente. Sul punto, si può concordare con chi sostiene che, se la comparazione rimane essenzialmente una forma di comunicazione tra ordinamenti diversi e aventi pari dignità e forza, questo pericolo sarà scongiurato, in caso contrario, cioè se «*si costituiscono monopoli o primati nell'interpretazione* (84)», potrebbe diventare lo strumento principe per assicurare una globalizzazione giudiziaria retta dal “diritto del più forte” (che, oltretutto, potrà sfruttare la forza di penetrazione capillare della giurisdizione e il lavoro degli apparati giudiziari nazionali per servire interessi economici situati altrove).

7. Conclusioni

A partire dagli anni '60 gli stati nazionali hanno attuato la progressiva cessione della sovranità nazionale in materia agro-alimentare in favore di organismi sovra-nazionali, fortemente condizionati dagli interessi di grandi gruppi transnazionali, promotori di un modello agricolo industriale dipendente dall'economia del petrolio.

L'adesione all'OMC, all'Accordo Agricolo allegato e soprattutto ai TRI-P's, ha rappresentato il punto culminante di questo lungo processo in cui si è preferito gradualmente far ricorso alle *norme tecniche* (85) (espressione

(84) PAOLO RIDOLA, *ibid.*, pag. 32. Sull'argomento vedi anche ELIGIO RESTA, *Diritto vivente*, in *Diritto vivente, il ruolo innovativo della giurisprudenza* a cura di Alarico Mariani Marini e David Cerri, Edizioni Plus, Pisa University Press, Pisa 2007, pag. 82-83.

(85) F. BILANCIA, *Lo Stato democratico rappresentativo nel sistema Globale A.A VV.*, *Ripensare lo Stato*, (a cura di S. Labriola), Atti del convegno di Napoli, 22-23 marzo 2002, pubblicato su *Quaderni della Rassegna parlamentare*, 2003 Giuffrè, Milano, pag. 620 ss. «... *Norme tecniche vs. norme giuridiche. Prime conclusioni. Il sistema del libero commercio mondiale procede, come è noto, attraverso la realizzazione di una rete di regole tendenti a realizzare una sostanziale equivalenza delle qualità tecniche dei prodotti e dei processi produttivi al fine di eliminare ogni possibile barriera protezionistica alla libera circolazione di tali valori economici attraverso i confini degli Stati membri. Così tutte le regole di diversa natura che potrebbero implicare effetti di protezionismo mediante restrizioni quantitative alla libera circolazione dei prodotti, delle merci, dei servizi, ecc., ivi comprese le norme di legge che nel perseguire altri obiettivi, nell'attuare i fini tradizionali degli ordinamenti giuridici statali, producano misure di effetto equivalente a tali restrizioni, assumono automaticamente il carattere di barriere commerciali, opponendosi di fatto a questo processo di normalizzazione. Ebbene, attraverso questo effetto di contrapposizione dell'ordine globale rispetto all'ordinamento giuridico statale si consuma la neutralizzazione dell'interesse generale a vantaggio di privilegiati interessi particolari, muta cioè il fondamento politico del sistema delle «fonti» del diritto. Ad assumere rilievo, pertanto, non è più il profilo sostanziale della norma – che non è più giuridica – non è più la sua natura bensì il contenuto regolativo suo proprio, la sua funzione. Il denotato regolativo diviene cioè*

di *interessi particolari*), piuttosto che alla legge generale (espressione del processo di sintesi e composizione di tutti gli *interessi in gioco*), lungo la linea di tendenza che mira a ridefinire il diritto come un prodotto «à la carte»(86) al servizio dell'impresa, capace di riconvertire le dinamiche economiche in dinamiche giuridiche e viceversa. In tal modo l'Arte del coltivare, patrimonio comune degli uomini, che nel corso dei millenni è stata liberamente praticata con la più straordinaria capacità di adattamento creativo alle diverse condizioni geografiche e climatiche, è stata posta sotto al giogo del controllo tecnocratico di ispirazione industriale.

Charles Benbrook - già direttore per l'Agricoltura della "Academy of Science" negli USA - in occasione di un convegno tenutosi a Roma presso la Camera dei Deputati il 18 maggio 2003 (87) ha riferito che gli studi fatti su 8.200 siti sperimentali universitari negli Stati Uniti dimostrano che gli OGM non producono di più, bensì dal 7 al 10% in meno, mentre inquinano 4 volte di più rispetto alle colture convenzionali. Il Rapporto 2008 della prestigiosa Organizzazione *no-profit* "Amici della Terra International", intitolato "*Who benefits from GM crops: the rise in pesticide use*", conferma i dati di Benbrook in senso peggiorativo (l'uso del glifosate, sostanza cancerogena (88) e incidente sulla fertilità umana (89), è aumentato in USA di 15 volte in 11 anni). Il direttore della *Soil Association* britannica, Lord P. Melchett, dice che: «... *i prodotti con i quali le compagnie biotech dicono di poter "sfamare il mondo" non hanno mai recato un aumento di produzione complessivo ma, al contrario,*

servente ad un particolare sistema di interessi, diviene strumento per la realizzazione di finalità altre rispetto a quelle proprie dello Stato democratico-rappresentativo». Sul problema del rapporto tra norme tecniche ed etichette vedi anche L. COSTATO *Direttive comunitarie e sentenze della Corte di Giustizia sulle norme tecniche e sui relativi accordi in sede WTO*, in *Rivista di Diritto Agrario*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 83 ss.

(86) M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 49 ss.

(87) Fonte: OGM. Lettera Aperta di Equivita al Governo, 15 Giugno 2008 consultabile su: <http://www.palcoscenico.it/agroalimentare/transgenico-ogm/21468-ogm>.

(88) Uno studio degli oncologi Dr. Lennart Hardell e Dr. Miika Erikson pubblicato in Svezia (LENNART HARDELL, M. D., Ph.D., Dip. Di Oncologia, Orebro Medical Centre, Orebro, Svezia e MIKAEL ERIKSON, M.D., Ph.D., Dip. Di Oncologia, University Hospital, Lund, Svezia *A Case-Control Study of Non-Hodgkin Lymphoma and Exposure to Pesticides*, *Cancer*, 15 marzo 1999, Vol. 85, N°6) rivela il legame tra l'erbicida glifosate e il linfoma non-Hodgkin, una forma di cancro molto diffusa: (<http://www.foei.org/en/media/archive/2008/gm-crops-increase-pesticides>); cfr. anche RICHARD S., MO-SLEMI S., SIPAHUTAR H., BENACHOUR N. and SERALINI G.E. (Laboratoire de Biochimie et Biologie Moleculaire, USC-INCRA, Université de Caen, France) *Differential effects of glyphosate and Roundup on human placental cells and aromatase*, pubb. Su *Environ Health Perspect.* 2005 n. 6, Vol. 113, pag. 716-20).

(89) L'ultima conferma, in ordine di tempo, giunge dallo studio commissionato dal governo austriaco, pubblicato nel novembre del 2008 a cura del Ministero della salute (A. Velimirov, C. Binter, J. Zentek, *Biological effects of transgenic maize NK603xMON810 fed in long term reproduction studies in mice*, ISBN 978-3-902611-24-6), disponibile sul sito del Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, Sektion IV Radetzkystraße 2, 1031 Vienna.

una riduzione»(90). Ciò nonostante, i governi europei, mentre dichiarano di voler garantire un livello di protezione della salute dei consumatori e dell'ambiente "alto", vanno anch'essi avanti nel processo di apertura alla loro coltivazione e commercializzazione, a dispetto delle proteste della società civile, degli avvertimenti della scienza più responsabile e nonostante la disponibilità di diverse soluzioni alternative per risolvere i problemi esistenti, che vengono già praticate con successo su piccola scala.

È opportuno chiedersi, allora, quale sia il vero scopo dell'imposizione delle nuove specie OGM. Posto che, come si è detto, la coesistenza di colture OGM e non OGM è tecnicamente impossibile, se i primi non servono a soddisfare i bisogni dei consumatori e invece devastano l'ambiente ponendo a repentaglio la salute delle popolazioni e la sicurezza alimentare globale, se significano la fine dell'agricoltura così come l'abbiamo conosciuta sin'ora, perché vengono promossi con tanta insistenza? Chi ne beneficia? Quale interesse serve, nei settori legati all'agricoltura e all'allevamento, la separazione delle fasi "riproduttiva" e "produttiva" delle creature il cui sacrificio consente a noi umani di vivere? Se piante ed animali si sono liberamente riprodotti secondo natura per tanti millenni, esisteranno pur delle forti motivazioni etiche o, quantomeno, prudenziali (onde evitare il rischio di impoverire ulteriormente il patrimonio genetico vegetale ed animale e proteggere la biodiversità), che dovrebbero impedirli di interferire oltre.

Il presente studio ha preso le mosse dalla considerazione che per creare le entità chimeriche è necessario ricorrere ad un processo di manipolazione genetica che impiega sequenze geniche di plasmodi, *virus* e *batteri* e che mira a sostituirsi totalmente, in prospettiva, ai processi riproduttivi naturali di piante ed animali. La brevettabilità di queste forme di vita create in laboratorio - affermata prima dalla giurisprudenza (91) e poi protetta anche sul piano legi-

(90) P. MELCHETT, *Soil Association report shows GM crops do not yield more, sometimes less* Press release 14 aprile 2008 su [www. Soilassociation.org/](http://www.Soilassociation.org/).

(91) Il tema "sensibile" delle biotecnologie e della ammissibilità dei brevetti sulla "materia vivente" è stato affidato in prime cure alla giurisprudenza di alcuni paesi che hanno svolto un ruolo quasi pionieristico di preparazione per l'introduzione di una legislazione *ad hoc* "rivoluzionaria". Il contributo delle Corti alla *governance* delle biotecnologie e la loro influenza sugli orientamenti politici nazionali è ben documentato (per una dettagliata analisi del ruolo della giurisprudenza nella promozione delle biotecnologie si rinvia a CHRISTINE ROTHMAYER ALLISON, *Courts and the biotechnology revolution: Policy making in Canada, USA and Switzerland*, Paper presented at the 2006 CPSA Annual Conference at York University, Toronto, 1-3/06/2006). L'apertura alla brevettabilità degli organismi viventi è stata affermata per la prima volta dalla Corte Suprema degli USA con la sentenza 447 U.S. 303 del 16\06\1980 sul caso *Diamond/Chakrabarti*. Nel 1971, un microbiologo indiano, Mr. Ananda Chakrabarti, si rivolse al PTO, l'Ufficio dei Brevetti e Marchi degli Stati Uniti, per registrare un microrganismo geneticamente manipolato. L'Ufficio respinse la richiesta, affermando che la *legge americana vietava la brevettabilità di forme viventi*. A sostegno del proprio provvedimento di reiezione, l'ufficio governativo richiamò la circostanza che nei pochi casi in cui i brevetti erano stati estesi a forme viventi (cioè ad alcuni tipi di piante), il Congresso aveva dovuto promulgare leggi *ad hoc* di carattere eccezionale. Mr. Chakrabarti

slativo a livello nazionale e sovranazionale - ha trovato un eccezionale ulteriore possibilità di espansione, ancora una volta sul piano giurisprudenziale, con la sentenza Monsanto/Schmeiser, la cui impeccabilità sul piano logico-giuridico potrebbe farla assurgere a “precedente” e, teoricamente, determinare la diffusione di quell’indirizzo interpretativo anche in altri ordinamenti nazionali per via comparativa e in vista dell’ “armonizzazione” degli indirizzi giurisprudenziali internazionali in materia di diritti di proprietà intellettuale sugli organismi viventi. Si tratta di un precedente i cui effetti di iniquità sostanziale, pur riconosciuti dalla stessa Corte Suprema canadese, non sono agevolmente rimediabili sul piano legislativo, come già accennato al paragrafo 5.

Di fronte al manifesto tentativo di privatizzare in modo onnipervasivo le pratiche agricole, e dunque di sottrarre ai loro legittimi titolari tutto ciò che attiene al libero esercizio dell’agricoltura e dell’allevamento - attività umane che la società civile sta riprendendo a collocare nella giusta prospettiva mano a mano che diviene consapevole della loro fondamentale importanza -, lo scenario che si profila è il seguente.

Da un lato, esiste un movimento nazionale e globale “dal basso” che ha

e la società presso cui prestava servizio proposero la questione in sede giurisdizionale e, con grande sorpresa generale, ottennero una pronuncia favorevole. La motivazione della sentenza recitava, infatti, che il microrganismo brevettato: “...era più simile a composti chimici inanimati, come reagenti e catalizzatori, che a cavalli, api, rose e lamponi”. La causa proseguì il suo corso e proseguì dinanzi alla Corte Suprema Federale. L’Ufficio Brevetti, affiancato dalla People’s Business Commission, si affannarono a dimostrare *come il caso all’esame della Corte riguardasse direttamente il valore e il significato della vita*. Se la validità del brevetto fosse stata confermata - argomentavano - “... la vita costruita, piccola o grande che sia non sarebbe più considerata vita, ma solo un comune reagente chimico” (così cit. in “*Il secolo Biotech*” di J. RIFKIN). La People’s Business Commission dichiarò, inoltre, che una sentenza favorevole avrebbe aperto le porte alla prassi di brevettare, in futuro, tutte le forme di vita. Nel 1980, la richiesta di Mr. Chakrabharti fu definitivamente accolta e, conseguentemente, per la prima volta nella storia, fu affermato il principio della brevettabilità della vita manipolata geneticamente. La decisione della Corte Suprema costituì la premessa fondamentale per il processo di privatizzazione e sfruttamento commerciale delle risorse genetiche, negli Stati Uniti e altrove. Ai fini della valutazione del suo impatto nel mondo dell’economia può essere interessante notare che, pochi mesi dopo la pubblicazione della sentenza, una piccola società - la Genentech, oggi un colosso - offrì al pubblico più di un milione di azioni a 35 dollari l’una. Nei primi venti minuti di contrattazione, il valore di un’azione era salito a 89 dollari. Nel tardo pomeriggio, l’azienda biotech aveva guadagnato 36 milioni di dollari). In questo solco, si inserisce la sentenza della Corte Suprema canadese *Schmeiser/Monsanto* che segna un punto di svolta in favore dell’industria molto significativo perché, per la prima volta e con grande autorevolezza, estende fino alle estreme conseguenze i *principi* che regolano i brevetti in generale anche alle biotecnologie agricole. Quei principi, sono stati espressamente dichiarati coerenti con le prescrizioni TRIP’s (Corte Suprema Canada cit. sub nota n. 10, preambolo della sentenza, ultimo cpv. «...*The conclusion on the scope of the respondents’ patent claims, that is determinative of both validity and infringing use, is consistent with the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*»). Monsanto aveva già vinto almeno sette cause contro gli agricoltori che avevano infranto le regole stabilite dal contratto di concessione delle sementi. Il caso Schmeiser però ha richiamato l’attenzione dei media di tutto il mondo perché decidendo la questione dei semi portati dal vento nei termini descritti, ha stabilito regole che condizionano la libertà di piantare e coltivare in stridente contrasto con il modo di sentire di tutte le popolazioni agricole del pianeta.

dato luogo al processo di rivendicazione della “sovrانità alimentare”, intesa come diritto fondamentale individuale e come diritto dei popoli la cui protezione è indispensabile per garantire un livello adeguato di sicurezza alimentare (come *safety* e come *security*) alle generazioni presenti e future. Si tratta di un processo *in fieri*.

Dall’altro, esiste un sistema sovra-nazionale e nazionale, per il quale evidentemente il settore agricolo riveste importanza strategica, che si è attrezzato per tempo - come una macchina da guerra - e ha piegato lo strumento legislativo per concentrare in poche mani e in modo illiberale il controllo di tutte le fasi della filiera agro-alimentare.

Tra queste due situazioni che si fronteggiano con evidente asimmetria di forze i veri arbitri della situazione saranno i giudici nazionali e soprattutto le Corti Costituzionali, la cui azione sarà cruciale nel determinare se il nostro destino di consumatori alimentari verrà segnato da una caduta definitiva nel “modello virale” sotto al giogo dei brevetti o se potrà sperare nella conservazione della libertà di scegliere l’agricoltura secondo natura.

Ci troviamo al punto cruciale della Storia in cui l’essere umano ha i mezzi tecnologici per sostituirsi alla Natura nella sua funzione di “creatrice della vita”, ma per esercitare questo potere deve ricorrere all’utilizzazione di forme di vita elementari, infinitamente più antiche dell’uomo stesso (virus, batteri e plasmidi), che potrebbero rivelarsi la giusta *nemesi*. Giova tenere a mente che le parole “ibrido”(92) e “*hybris*”, la tracotanza, condividono la stessa radice linguistica.

Se dovessimo limitare la nostra riflessione al quadro normativo esistente e all’orientamento espresso nella pronuncia della Corte canadese, le prospettive future non sarebbero rassicuranti.

Tuttavia, i prevedibili risultati cui condurrebbe l’affermazione del modello di sviluppo economico parassitario e triste che l’industria transnazionale promuove e sostiene, stridono in modo intollerabile con ciò che è ancora vivo della nostra civiltà giuridica, con la nostra coscienza civile, con il senso di rispetto per la storia, per le tradizioni alimentari e culturali e con la dignità che tutti i popoli del pianeta meritano. E, proprio la ripugnanza che questa prospettiva suscita, ha indotto gli esponenti più sensibili del mondo scientifico e giuridico, gli agricoltori e la società civile a reagire con numerose campagne

(92) Per un curioso accostamento della funzione dell’ibrido a quella delle law firms vedi E. SANTORO, *ibidem*, pag. 94: «Le law firms, per i capitali che attraggono, si affermano oggi come i luoghi privilegiati di produzione del sapere giuridico che si sviluppa all’ombra del potere economico. Allo stesso tempo si configurano come un ibrido tra società di professionisti che vendono un servizio sul mercato ed entità organicamente inserite nelle strutture delle grandi corporation internazionali. Questa natura ibrida si ripercuote sul sapere giuridico che producono. Le technicalities e le nuove modalità di scambio che esse mettono a punto, pur essendo nate su commissione ed essendo quindi legate a specifici interessi, si trovano comunque ammantate della legittimazione del “diritto”...».

di respiro internazionale che mirano ad ottenere il riconoscimento della “sovranità alimentare” sul piano legislativo, come mezzo per realizzare il diritto ad un cibo sicuro, sano e adeguato e “libero”.

Forse è davvero giunto il momento di guardare in faccia la realtà e di dire basta a questo finto “libero mercato”, che si risolve in un oligopolio dell’offerta ai danni della domanda (93).

In questa delicata fase storica caratterizzata da un grande squilibrio tra i singoli individui e le loro comunità e il potere dei colossi internazionali (che dispongono di meccanismi ricattatori capaci di scardinare la coerenza sistemica degli stati e sono protetti da una legislazione *ancilla* del mercato, per la quale poco contano gli interessi e i valori della collettività umana e il destino di tutte le altre creature viventi), spetterà alla magistratura svolgere il compito gravoso e davvero difficile di proteggere in concreto i diritti umani connessi ai temi sin qui trattati. Ricorrendo alle parole di un attento giuspubblicista già citato, si può affermare che: «...*La Costituzione può essere interpretata in senso conforme al diritto comunitario o convenzionale solo a patto di non dimenticare che i valori di riconoscimento dell’ordine costituzionale italiano, comunitario, convenzionale ed internazionale non sono sempre coincidenti sicchè l’armonizzazione è praticabile solo laddove si riesca a salvaguardare i valori costituzionali nella loro complessa unità sistemica. C’è bisogno di una Corte Costituzionale perchè oggi, solo garantendo la costituzione si garantisce l’originaria decisione costituente della popolazione, realizzando il principio democratico. Spetta alla Corte, nel confronto con i suoi competitori, garantirsi l’intangibilità del ruolo che le compete nell’ordinamento*» (94).

Concludendo, è sulla sensibilità ed il coraggio delle Corti costituzionali che incombe la grande responsabilità di far pendere l’ago della bilancia in un senso o nell’altro, in una corsa contro il tempo in cui ciò che è in gioco, a quanto pare, non è solo la promozione di un modello agricolo piuttosto che un altro. Forse aveva ragione Fukuoka quando affermava che: «...*lo scopo vero dell’agricoltura non è coltivare le piante, ma la coltivazione ed il perfezionamento degli esseri umani*»(95). Se così fosse, esiste certamente una ragione di più per proteggere, passando per la protezione dell’agricoltura naturale, anche l’umanità dell’uomo.

(93) NICO VALERIO, *Ma quale “mercato libero”*: è un oligopolio di offerte ai danni della domanda, Salon Voltaire, 5 dicembre 2008, consultabile sul sito: <http://salon-voltaire.blogspot.com/>.

(94) F. LUCIANI, *ivi*.

(95) M. FUKUOKA, *La rivoluzione del filo di paglia*, Fiesole, 1980, *Quaderni d’Ontignano*, pag. 139.

RECENSIONI

DOMENICO MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*

(Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Jovene editore, Napoli 2010)

Presentazione di Giuseppe Santoro-Passarelli*

Il volume analizza l'impatto della cosiddetta riforma "Brunetta" sui problemi aperti della dirigenza pubblica, evidenziando come alcune contraddizioni nei principi e criteri direttivi di cui alla legge delega n. 15 del 2009 si riverberino sulla disciplina attuativa dettata dal d. lgs. n. 150 del 2009.

Non c'è dubbio, infatti, che proprio la dirigenza sia chiamata ad assumere un ruolo cruciale nella pubblica amministrazione riformata, ai fini di molti degli obiettivi perseguiti dalle nuove disposizioni: una migliore organizzazione del lavoro, elevati *standard* qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, il riconoscimento di meriti e demeriti, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo.

Sennonché, da una parte, alcune disposizioni sembrano voler rafforzare la distinzione tra politica e amministrazione, garantendo una maggiore autonomia dei dirigenti nei confronti degli organi di vertice politico. D'altra parte, la massiccia rilegificazione operata dalla riforma lascia trasparire una netta sfiducia nelle capacità manageriali della dirigenza, predeterminando i comportamenti da attuare e limitando gli spazi per autonome valutazioni.

Dopo aver dato conto delle tappe della privatizzazione della dirigenza pubblica, il volume si sofferma sulla disciplina dell'accesso alla dirigenza, sul regime degli incarichi e sulla responsabilità dirigenziale, per poi esaminare le tecniche di tutela dei diritti del dirigente e, indirettamente, a garanzia della funzione pubblica.

(*) Ordinario di diritto del lavoro, SAPIENZA Università di Roma.

Tra le disposizioni che sembrano voler rafforzare l'autonomia della dirigenza devono essere menzionati l'art. 28-*bis* e i nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'articolo 19 del d. lgs. n. 165 del 2001.

L'art. 28-*bis* introduce modalità concorsuali di accesso alla prima fascia dei ruoli dirigenziali, garantendo ad ogni dirigente della seconda fascia la possibilità di passare alla prima indipendentemente dal gradimento dell'organo di vertice politico e dall'attribuzione di incarichi di livello generale per il periodo necessario.

I nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter* consentono un maggior controllo delle scelte operate in sede di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali attraverso l'imposizione di procedure più trasparenti e di obblighi di motivazione prima non espressamente previsti dalla legge. L'analisi evidenzia, tuttavia, la limitata portata di queste nuove disposizioni, ritenute non idonee ad assicurare una effettiva tutela del dirigente pretermesso nella procedura di conferimento di un determinato incarico.

Secondo l'Autore, con la sola eccezione del conferimento degli incarichi a soggetti esterni, unico caso in cui la motivazione è richiesta quale requisito di validità dell'atto di conferimento, in generale i nuovi obblighi di motivazione sono spesso solo formali e si esauriscono nel rapporto tra pubblica amministrazione e soggetto interessato al conferimento di un determinato incarico.

Viene messo in evidenza, inoltre, che dai nuovi obblighi di motivazione non discende necessariamente anche l'obbligo di comparazione tra più aspiranti, nonostante la nuova normativa imponga alla pubblica amministrazione di predeterminare criteri di scelta. L'art. 19, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, pur riformato, continua ad accontentarsi di una semplice verifica di congruità tra il *curriculum* del dirigente e le caratteristiche dell'incarico da assegnare. Emerge, dunque, una latente contraddizione all'interno dello stesso art. 19, che non può che risolversi negando l'esistenza di un obbligo legale di comparazione tra più aspiranti nell'ambito della procedura di conferimento di un determinato incarico.

Nessun controllo delle scelte operate dall'organo di vertice politico può essere garantito, inoltre, nelle ipotesi di *spoils system*, di cui all'art. 19, comma 8, del d. lgs. n. 165 del 2001. Anche alla luce di alcune sentenze già intervenute in materia, l'Autore prospetta dubbi di legittimità costituzionale della normativa in vigore incentrata su meccanismi automatici di cessazione *ex lege* degli incarichi in corso al cambio di governo. Un migliore bilanciamento tra i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione dovrebbe imporre, invece, motivati provvedimenti di cessazione, di cui il governo si assume la responsabilità, e idonei a garantire ai dirigenti cessati la tutela giurisdizionale.

In linea generale, tuttavia, è proprio sul versante delle tutele giurisdizionali che il regime privatistico mostra le sue maggiori criticità: non a caso la

corte costituzionale, pur approvando la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, ha sempre affermato la necessità di predisporre un'adeguata cornice legale volta a garantire l'imparzialità dell'amministrazione.

Una volta riconosciuta la natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi, però, la mancata previsione di un obbligo di comparazione e la limitata portata dei nuovi obblighi di motivazione non sembrano garantire una tutela giurisdizionale adeguata.

Il volume sottolinea la difficoltà di ricorrere all'annullabilità e alla nullità, come pure all'azione di adempimento, per recuperare le tradizionali garanzie pubblicistiche. Le tecniche di tutela privatistiche, dunque, non supportate da apposite norme di legge volte a limitare l'autonomia privata, non riescono a garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione ed i diritti del funzionario pubblico. Da un lato, infatti, il soggetto da tutelare è spesso terzo rispetto all'attribuzione dell'incarico; dall'altro lato, lo stretto collegamento tra dirigenza ed organizzazione può rendere difficile in molti casi separare le esigenze di tutela della funzione dalla garanzia dei diritti del dipendente.

La stessa tutela della funzione, da assicurarsi indirettamente, attraverso l'istituto della responsabilità dirigenziale, non appare da sola sufficiente, perché interviene soltanto *ex post* e richiede l'attivazione e l'effettiva operatività di meccanismi di valutazione fino ad oggi del tutto inefficienti.

Soltanto il tempo dirà se le nuove disposizioni, sotto questo punto di vista, riusciranno dove le precedenti hanno fallito, certamente è difficile pensare che quello che a tutti gli effetti deve essere un profondo cambiamento culturale della pubblica amministrazione e della classe dirigente in particolare possa essere imposto per legge, quando, tra l'altro, molte delle nuove disposizioni evidenziano una netta sfiducia nelle capacità della dirigenza di rendersi parte attiva di tale cambiamento.

L'Autore, nelle conclusioni, identifica nell'attenzione alla trasparenza un possibile fattore di differenziazione tra la cosiddetta riforma Brunetta e le altre riforme che l'hanno preceduta e certamente, esso costituisce una leva fondamentale ai fini dell'auspicato raggiungimento degli obiettivi che la nuova normativa si propone ma che, tutto sommato, restano quelli di sempre, finora mai pienamente raggiunti.

La trasparenza, e il diffuso controllo sociale sull'operato delle pubbliche amministrazioni che ne potrebbe derivare, dovrebbe sostituire lo stimolo al miglioramento continuo che nel settore privato è dato dal mercato e in assenza del quale il lavoro pubblico si è storicamente attestato su livelli meno efficienti.

C'è da dire, tuttavia, che l'inefficienza delle pubbliche amministrazioni dipende anche e forse soprattutto da altri fattori, tra i quali un principio di distinzione tra politica e amministrazione mai pienamente attuato, anzi spesso del tutto negato.

Il volume di Domenico Mezzacapo, in conclusione, si segnala per l'incisività delle argomentazioni, per la chiarezza dell'esposizione e l'equilibrio delle soluzioni proposte ai numerosi problemi interpretativi sollevati dal cosiddetto decreto "Brunetta".

Si tratta di una delle prime opere che non si limitano ad una lettura a caldo della nuova normativa in tema di dirigenza, proponendone, invece, una ricostruzione critico-sistematica di più ampio respiro ricca di spunti di riflessione. Essa, dunque, costituisce un importante contributo ai fini dell'ulteriore sviluppo del dibattito su questa materia.

Finito di stampare nel mese di giugno 2010
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma