

ANNO LXXI - N. 2

APRILE - GIUGNO 2019

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Michele Dipace. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Gaetano Scoca.*

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* - CONDIRETTORI: *Maurizio Borgo, Danilo Del Gaizo e Stefano Varone.*

COMITATO DI REDAZIONE: *Giacomo Aiello - Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Francesco De Luca - Wally Ferrante - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Francesco Meloncelli - Marina Russo.*

CORRISPONDENTI DELLE AVVOCATURE DISTRETTUALI: *Andrea Michele Caridi - Stefano Maria Cerillo - Pierfrancesco La Spina - Marco Meloni - Maria Assunta Mercati - Alfonso Mezzotero - Riccardo Montagnoli - Domenico Mutino - Nicola Parri - Adele Quattrone - Piero Vitullo.*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Guglielmo Bernabei, Alessandra Bruni, Fausto Capelli, Sabina Cenciotti, Giacomo Cotti, Alessandro D'Amico, Maria Chiara Di Franco, Michele Gerardo, Antonio Grumetto, Giacomo Montanari, Gaetana Natale, Margherita Pagnotta, Stefano Pizzorno, Fabio Ratto Trabucco, Luca Soldini, Massimiliano Stagno.*

Email

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it

maurizio.borgo@avvocaturastato.it

danielodelgaizo@avvocaturastato.it

stefanovarone@avvocaturastato.it

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>Patrocinio delle Aziende Ospedaliere Universitarie</i> , Circolare A.G.A. prot. 399733 del 16 luglio 2019 n. 22	pag.	1
<i>Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Carlo Felice di Genova e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova. Patrocinio legale</i> , Circolare A.G.A. prot. 400060 del 16 luglio 2019 n. 23	»	7
<i>Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Massimo di Palermo e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo. Patrocinio legale</i> , Circolare A.G. prot. 447573 del 9 agosto 2019 n. 28.	»	11
<i>Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Comunale di Bologna e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna. Patrocinio legale</i> , Circolare A.G. prot. 474040 del 6 settembre 2019 n. 29	»	14

CONTENZIOSO NAZIONALE

Sabina Cenciotti, <i>Il discrimen tra ciò che è tributario e ciò che tributario non è: sui corrispettivi al fondo antincendi degli aeroporti</i> (C. Cost., sent. 20 luglio 2018 n. 167)	»	17
Massimiliano Stagno, <i>Il giudice di legittimità avalla la misura del sequestro preventivo c.d. impeditivo (ex art. 321, co. 1, c.p.p.) anche nei confronti delle società</i> (Cass. pen., Sez. II, sent. 10 luglio 2018 n. 34293) ..	»	29
Alessandra Bruni, Alessandro D'Amico, <i>Interventi pubblici di sostegno alle imprese (d.lgs. n. 123/1998): finalmente chiarezza sui crediti privilegiati</i> (Cass. civ., Sez. I, sent. 26 giugno 2019 n. 17101)	»	40
Giacomo Cotti, <i>Sentenza Aemilia: il Tribunale riconosce la valenza eversiva dell'associazione mafiosa "locale"</i> (Trib. Reggio Emilia, sent. 31 ottobre 2018 n. 1155)	»	56
Piero Vitullo, <i>Procedura semplificata di autorizzazione per impianti di produzione di energie rinnovabili (minieolico), tutela indiretta anche inhibitoria delle aree contermini a quelle vincolate e rilevanza in materia paesaggistica del silenzio-assenso. Profili sostanziali e processuali</i> (Cons. St., Sez. IV, sent. 4 settembre 2018 n. 5181; Cons. St., Sez. IV, sent. 18 marzo 2019 n. 1729)	»	72
Wally Ferrante, <i>"Una obiettiva situazione di incertezza" sull'applicazione del rito superaccelerato ex art. 120, comma 2 bis e comma 6 bis c.p.a.</i> (Cons. St., Sez. V, sent. 17 giugno 2019 n. 4046)	»	103

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Guglielmo Bernabei, <i>Aspetti del sistema di autonomie locali tra attualità e prospettive</i>	»	113
Guglielmo Bernabei, <i>L'area vasta e il suo territorio. Il caso Emilia Romagna</i>	»	142

Margherita Pagnotta, <i>Il “concordato in bianco”, vantaggi e limiti dell’istituto.</i>	pag.	156
Luca Soldini, <i>Riduzione del numero dei parlamentari: riflessioni a caldo sul p.d.l. cost. 1585-B. Un difficile equilibrio tra razionalizzazione e tutela della rappresentanza</i>	»	177
Fabio Ratto Trabucco, <i>Solidarietà e crisi dei rifugiati in Europa: il blocco degli Stati Ue antimigrazione</i>	»	188

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Michele Gerardo, <i>Soggetti pubblici operanti nell’economia</i>	»	195
Gaetana Natale, Antonio Grumetto, <i>Recenti sviluppi dell’innovazione tecnologica nel mondo del diritto</i>	»	234
Stefano Pizzorno, <i>Prima Sezione Civile contro Prima Sezione Civile. Spunto per alcune considerazioni in tema di attività interpretativa del giudice ed in particolaie di interpretazione costituzionalmente orientata</i>	»	252
Maria Chiara Di Franco, <i>L’immigrazione clandestina nelle ipotesi di soccorso in mare: quid iuris?</i>	»	262

RECENSIONI

Fausto Capelli, <i>Per salvare la democrazia in Italia. Cultura dell’etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall’economia</i> , Rubbettino Editore, 2019	»	287
Guglielmo Bernabei, Giacomo Montanari (a cura di), <i>Regionalismo differenziato e coordinamento della finanza pubblica</i> , Cleup Editore - Università degli Studi di Padova, 2019	»	293

TEMI ISTITUZIONALI

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 22/2019

Oggetto: *Patrocinio delle Aziende Ospedaliere Universitarie.*

Si rappresenta che, con l'unito parere reso con la nota del 21 gennaio 2019, si è preso atto che, con la sentenza n. 24545 del 2018, la Corte Suprema di Cassazione - Sezione Terza Civile, all'esito di una articolata ricognizione del complessivo assetto normativo che regola le aziende ospedaliere universitarie, ha ritenuto loro estensibili gli stessi principi sul c.d. patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato applicabili, in base all'ormai consolidato orientamento delle Sezioni Unite, alle Università statali.

Detto parere è stato reso all'esito di una previa consultazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e del Ministero della salute che si sono espressi in senso conforme con le conclusioni del citato parere.

La questione di diritto - qualificata in sentenza di indubbia "*connotazione nomofilattica*" - stata risolta dalla Cassazione che ha ravvisato "*una piena osmosi ed una sostanziale cogestione*" tra le Aziende ospedaliere universitarie e le Università ad esse collegate, tale da escludere "*quell'autonomia delle prime rispetto alle seconde*" che giustificherebbe un'eventuale deroga alle regole sul patrocinio autorizzato.

Alla luce della motivazione di tale citato arresto, in attesa che i citati Ministeri definiscano le linee guida per assicurare un'uniforme applicazione dei principi enunciati dalla Corte di Cassazione a tutte le Aziende ospedaliere, questa Avvocatura Generale ritiene che non sia necessario, allo stato, l'adozione di un provvedimento normativo né amministrativo che consenta loro di accedere al patrocinio autorizzato.

Infatti, la Corte di Cassazione, sulla scorta del riportato passaggio motivazionale ha confermato l'illegittimità della delibera di conferimento del patrocinio a un avvocato del foro libero, che era stata affermata dai giudici di

merito - che avevano anche concesso termine, ai sensi dell'art. 182, comma 2 c.p.c., per sanare il relativo vizio - in quanto non erano state indicate, nella delibera di conferimento del mandato difensivo, le ragioni per le quali si era ritenuto di non avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

La Corte ha escluso espressamente l'asserita "*diversità intrinseca tra le università statali e le aziende ospedaliere universitarie*", argomentazione invece sostenuta dall'Azienda ricorrente.

Deve, quindi, ritenersi, sulla scorta del ripetuto arresto che i principi enunciati in tema di patrocinio autorizzato ai sensi dell'art. 43 del R.D. n. 1611 del 1933 siano applicabili alle Aziende ospedaliere universitarie senza necessità di un provvedimento normativo o amministrativo espresso, in quanto derivante dalla natura delle Aziende stesse.

Quanto ai giudizi pendenti, si ritiene che il carattere innovativo della pronuncia della Corte di Cassazione suggerisca cautela nell'adozione di iniziative processuali. In particolare, appare opportuno, salva diversa determinazione di ciascuna Azienda ospedaliera universitaria interessata, che l'Avvocatura dello Stato non intervenga "d'ufficio" nei giudizi pendenti, anche considerando che l'eventuale vizio determinante la nullità della procura al difensore può essere sanato previa assegnazione di un termine alle parti per la regolarizzazione (art. 182, comma 2, c.p.c.: disposizione, come noto, non applicabile nel giudizio dinanzi alla Cassazione).

Per i nuovi giudizi, non potrà invece derogarsi al disposto dell'articolo 43 già citato.

L'AVVOCATO GENERALE AGGIUNTO

Carlo Sica

Avvocatura Generale dello Stato

Via dei Portoghesi, 12
00186 Roma

Tipo Affare CT 43401/2018 Sez. VII
Avv. D'Avanzo

Rif. 31.10. 2018, n. 35156

AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO
CAGLIARI
(CS 1878/2018 Avv. Steri)
cagliari@mailcert.avvocaturastato.it

21/01/2019-35596 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA

p.c.
MINISTERO DELL'ISTRUZIONE
DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA
UFFICIO LEGISLATIVO
ROMA
(Rif. 18.12.2018, N. 5576 - P)
@postacert.istruzione.it

21/01/2019-35597 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA

MINISTERO DELLA SALUTE
UFFICIO LEGISLATIVO
(Rif. 24.12.2018, n. 5720 - P)
leg@postacert.sanita.it

21/01/2019-35598 P
AGS Roma / POSTA CERTIFICATA

OGGETTO: Richiesta di parere - Corte Suprema di Cassazione - Sez III Civile - Sentenza n. 24545/2018. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. Questione di massima.

Codesta Avvocatura Distrettuale ha trasmesso il quesito dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Sassari concernente l'applicabilità, anche nei confronti delle aziende universitarie di provenienza ospedaliera di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) D.L.vo n. 517/1999, dei principi enunciati dalla Corte Suprema di cassazione, Sezione Terza, in tema di patrocinio autorizzato delle aziende ospedaliere universitarie, con la sentenza n. 24545 del 2018.

Secondo codesta Avvocatura, infatti, le conclusioni cui è pervenuta la Corte di cassazione nel citato arresto muoverebbero *"dal presupposto dell'esistenza di un unico tipo di azienda"*, mentre dal quadro normativo e convenzionale dei rapporti tra Università e SSN emergerebbe invece che, *"di fatto"*, esistono tuttora due tipologie di azienda, individuate all'art. 2, comma 2, sub lett. a) e sub lett. b) del D.L.vo n. 517 del 1999. Sicchè, i principi enunciati dalla Cassazione varrebbero solo per i policlinici di cui alla lett. a), nei quali *"è evidente lo stretto legame con l'Università. In questo caso pare si possa affermare che si è in presenza di un c.d. organo dotato di autonoma personalità giuridica"*.

Diversamente, tale legame *"sfuma nel caso delle aziende del c.d. tipo b) [tipologia alla quale apparterebbe, alla luce degli atti costitutivi, l'A.O.U. di Sassari] nelle quali è stato interrotto l'originario legame che legava i policlinici all'Università e che, per giunta, la posizione della Regione pare preva-*

lente. Basti al riguardo considerare la procedura di nomina del direttore generale".

Con successiva nota 9.11.2018, n. 26624, codesta Avvocatura Distrettuale ha fornito le necessarie indicazioni all'Azienda Ospedaliera Universitaria di Sassari in ordine alla richiesta di autorizzazione ex art. 43 del r.d. n. 1611 del 1933, ed ha confermato il proprio interesse a conoscere l'avviso della Scrivente sull'argomento, trattandosi di questione di massima.

La Scrivente, considerato che il quesito di diritto ha valenza sul territorio nazionale, ha chiesto agli Uffici legislativi dei Ministeri in indirizzo *"se, per quanto riguarda le aziende universitarie di provenienza ospedaliera, di cui all'art. 2, comma 2 sub lett. b) del D.L.vo n. 517 del 1999, vi siano motivi per discostarsi dalla sentenza in parola, la quale, peraltro, risulta avere tenuto presente l'assetto normativo riguardante la specifica tipologia organizzativa di cui trattasi"*.

Entrambi i predetti Uffici hanno fornito riscontro alla richiesta, concludendo, all'esito di una complessiva ricognizione del quadro normativo di riferimento, per l'applicabilità dell'istituto del patrocinio autorizzato alle aziende ospedaliere universitarie *in toto* considerate.

Questa Avvocatura Generale, preso anche atto dei convergenti avvisi resi dagli Uffici legislativi del MIUR e del Ministero della Salute, che si condividono, ritiene che i principi in tema di patrocinio autorizzato enunciati dalla Corte di cassazione con il noto arresto n. 24545 del 2018, ai quali occorre necessariamente conformarsi, trovino applicazione anche nei confronti delle aziende universitarie di provenienza ospedaliera di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) D.L.vo n. 517/1999.

Com'è noto, per quanto qui interessa, l'art. 2 del D.l.vo 517 del 1999, rubricato *"Aziende ospedaliero - universitarie"* ha previsto solo *"in via sperimentale"* e per *"un periodo transitorio di quattro anni dall'entrata in vigore del presente decreto"* l'articolazione nelle due tipologie organizzative di cui al comma 2 lett. a) ⁽¹⁾ e b) ⁽²⁾ della citata disposizione.

A regime, l'art. 2, prevede, al comma 3, che *"alle aziende di cui al comma 1 si applica la disciplina prevista dal presente decreto, salvo gli adattamenti necessari, in base anche ai risultati della sperimentazione, per pervenire al modello aziendale unico di azienda ospedaliero - universitaria"*.

L'espresso riferimento alle aziende di cui al comma 1 - *"aziende ospedaliere-universitarie, aventi personalità giuridica"* attraverso le quali si realizza

(1) **a)** aziende ospedaliere costituite in seguito alla trasformazione dei policlinici universitari a gestione diretta, denominate aziende ospedaliere universitarie integrate con il Servizio sanitario nazionale;

(2) **b)** aziende ospedaliere costituite mediante trasformazione dei presidi ospedalieri nei quali insiste la prevalenza del corso di laurea in medicina e chirurgia, anche operanti in strutture di pertinenza dell'università, denominate aziende ospedaliere integrate con l'università.

"la collaborazione fra Servizio sanitario nazionale e università" - avvalora la tesi che le due tipologie organizzative di Aziende Ospedaliere, previste, in via sperimentale e transitoria, alle lettere a) e b) dell'art. 2 del D.L.vo n. 517 del 1999, non incidono sul "modello aziendale unico" che il legislatore ha stabilito, a regime, per le aziende di cui al comma 1 ("aziende ospedaliere - universitarie aventi autonoma personalità giuridica").

V'è poi da considerare il significativo dato normativo costituito dal comma 6 della disposizione all'esame, che, nel richiamare *"le aziende di cui ai commi 1 e 2"* non distingue tra le due tipologie di azienda, evidentemente ritenendole operanti *"nell'ambito della programmazione sanitaria nazionale e regionale"* e volte *"entrambe sia al raggiungimento degli obiettivi di quest'ultima, sia alla realizzazione dei compiti istituzionali dell'università"*, il che, come rileva la stessa Corte di cassazione nella sentenza n. 24545/2018, *"è un indizio forte del collegamento esistente fra le une e le altre"*.

Sotto al profilo, non può che condividersi l'avviso dell'Ufficio legislativo del MIUR, secondo il quale anche nell'atto di indirizzo e coordinamento adottato con il DPCM 24.5.2001 - *Linee guida concernenti i protocolli di intesa da stipulare tra regioni e università per lo svolgimento delle attività assistenziali delle università tra la programmazione nazionale e regionale, ai sensi dell'art. 1, comma 2 del decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517. Intesa ai sensi dell'art. 8 della legge 15 marzo 1997 n. 59* - il riferimento alle due tipologie organizzative sia stato inteso *"quale unico modello aziendale"*, così trovando conferma *"l'interpretazione della Corte di Cassazione che riconosce una piena osmosi ed una sostanziale cogestione tra le università e le aziende ospedaliere universitarie"*.

Negli stessi termini è l'avviso dell'Ufficio legislativo del Ministero della Salute, il quale sottopone all'esame anche l'ulteriore riflessione secondo cui, come rilevato dalla stessa Corte Suprema nel citato arresto 24545/2018, l'istituto del patrocinio autorizzato trova *"il proprio fondamento anche nelle prevalenti esigenze di tutela della finanza pubblica"*, esigenza che rileva per le aziende ospedaliere universitarie *in toto* considerate, posto che, *"in ogni caso, le due componenti che si interfacciano nella gestione sono di natura pubblica e i compiti e le funzioni cui sono preposte sono le medesime e richiamate nella ... sentenza che ci occupa"*.

Si soggiunge infine che, come si evince dalla lettura di detta pronuncia, l'azienda ospedaliera ricorrente (nella specie, si trattava dell'AOU Federico II) aveva contestato l'applicazione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sulla base di argomenti pressoché analoghi a quelli che sono stati prospettati dall'AOU di Sassari.

Si riporta il passaggio della sentenza in cui la Suprema Corte di cassazione dà conto della tesi dell'Azienda ricorrente: *"... Richiamato il quadro normativo di riferimento, la censura rileva che aziende ospedaliere universitarie*

sono state costituite come enti aventi autonoma personalità giuridica integrate con il servizio sanitario nazionale. Conclusa la fase transitoria di quattro anni di cui all'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 517 del 1999, nella quale le aziende dovevano tendere ad integrarsi con le università, si sarebbe venuto a creare un sistema caratterizzato da piena autonomia; e la costituzione dell'azienda ospedaliera universitaria in questione si sarebbe verificata in un momento successivo rispetto alla fase transitoria, essendo il decreto istitutivo del 31 luglio 2003. Poiché, quindi, tali aziende sono ormai enti autonomi sotto il controllo regionale e non aziende dell'università esse non avrebbero alcun obbligo di rivolgersi, per il patrocinio legale, all'Avvocatura dello Stato. Da ciò consegue che il direttore generale, ben potrebbe rilasciare la procura alle liti senza bisogno di alcuna autorizzazione, come sarebbe confermato anche dall'art. 18 della legge reg. Campania suindicata e dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (viene citata la sentenza 10 luglio 2014, n. 14951)".

Com'è noto, il ricorso è, stato respinto dalla Corte di Cassazione con la seguente motivazione: *"È piuttosto da tenere presente, invece, un significativo dato normativo costituito dall'art. 2 comma 6 del D.L.vo n. 517 del 1999, il quale prevede che le aziende ospedaliere concorrono alla realizzazione dei compiti istituzionali dell'università" e che, "tirando le file del ragionamento fin qui svolto, il complesso assetto normativo che regola le aziende ospedaliere universitarie, unitamente ai principi enunciati da questa Corte nei precedenti richiamati, convergono nel senso di riconoscere una piena osmosi ed una sostanziale cogestione tra le università e le aziende ospedaliere universitarie, contrariamente a quanto sostiene l'odierna ricorrente, che fonda il ricorso proprio sull'esistenza di una totale autonomia tra le due".*

In conclusione, la Scrivente - pur tenendo conto delle approfondite riflessioni di codesta Avvocatura dello Stato, sostanzialmente incentrate sul diverso regime normativo che sarebbe riconosciuto, in ragione della tipologia organizzativa di rispettiva appartenenza, alle aziende ospedaliero-universitarie di cui all'art. 2 co. 2 D.lgs. n. 517/1999 - non ritiene che possa attribuirsi, rilevanza all'anzidetto aspetto classificatorio (e transitorio), al fine di escludere l'applicabilità, anche nei confronti dell'AOU di Sassari, di quanto statuito dalla Cassazione.

Sarà cura delle Amministrazioni in indirizzo fornire le necessarie indicazioni alle Aziende Ospedaliere per il puntuale adempimento dei principi enunciati dalla Corte di Cassazione, con la nota sentenza n. 24545 del 2018, in materia di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

l'Avvocato Generale
Massimo Massella Ducci Teri

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 23/2019

Oggetto: Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Carlo Felice di Genova e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova. Patrocinio Legale.

Si comunica che con protocollo d'intesa sottoscritto in data 27 giugno 2019 tra l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova e la Fondazione Teatro Carlo Felice di Genova, che si acclude alla presente, sono state definite le modalità di esplicazione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore della Fondazione stessa.

L' AVVOCATO GENERALE AGGIUNTO
Carlo Sica

PROTOCOLLO DI INTESA

TRA

LA FONDAZIONE TEATRO CARLO FELICE DL GENOVA, in persona del Sovrintendente dott. Maurizio Roi

E

L'AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI GENOVA, in persona dell'Avvocato Distrettuale dello Stato, Avv. Anna Maria Bonomo

PREMESSO

- che la Fondazione Teatro Carlo Felice di Genova, (di seguito denominata solo "Fondazione") ai sensi dell'art. 1, comma 4, del D.L n. 345/2000, conv. in Legge n. 6/2001, e dell'art. 43 R.D. n. 1611/1933, e dell'art. 14 del proprio Statuto può avvalersi della consulenza e del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato (di seguito denominata solo "Avvocatura"), e che detto patrocinio è stato in anni risalenti già saltuariamente prestato con reciproca soddisfazione delle parti firmatarie del presente protocollo;
- che la caratteristica del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, anche nella forma facoltativa di cui al citato art. 43 del R.D. 1611/1933, è sempre stata quella di essere organico ed esclusivo come espressamente previsto dal terzo comma del citato art. 43, con conseguente necessità che le ipotesi di non utilizzo dello stesso siano del tutto residuali e possibilmente concordate con la stessa Avvocatura e supportate da motivata delibera dei propri organi deliberativi soggette alla verifica degli organi di controllo;
- che in tal senso la giurisprudenza si è più volte pronunziata e di recente anche specificamente in relazione alla stessa Fondazione genovese con una decisione nella quale è stato ribadito tale imprescindibile assetto del patrocinio come definito dal combinato disposto delle norme danzie richiamate (cfr. Cass. Sez. lavoro, 30118/2018);
- che, a tal riguardo, ai sensi dell'art. 43, comma 4, R.D. n. 1611/1933, è stata già ritenuta l'ammissibilità e legittimità (già espressa, riguardo alle Fondazioni lirico-sinfoniche, dal Comitato Consultivo dell'Avvocatura Generale dello Stato nel parere 19/7/2012 e nel parere

26/6/2015) dell'utilizzo dello strumento convenzionale per poter disciplinare concordemente non solo le modalità di prestazione del predetto patrocinio, ma anche eventualmente anche in casi in cui, la stessa Fondazione - previa delibera *ad hoc* del Consiglio di Indirizzo - possa prevedere, in limitata deroga al carattere generale ed esclusivo del patrocinio dell'Avvocatura, che una serie predeterminata di controversie in ragione della loro natura seriale e/o modesta rilevanza, possano essere affidate ad avvocati del libero foro;

- che il predetto strumento convenzionale appare anche il più idoneo, anche in ragione del rilevante carico di lavoro che, grava in via generale sull'Avvocatura dello Stato rispetto al numero degli avvocati in servizio e della correlata necessità di far fronte a molteplici e contestuali incombenti processuali dinanzi a tutte le Autorità Giurisdizionali, in sede civile, penale ed amministrativa, ad assicurare una più organica definizione delle modalità di collaborazione in ambito legale tra i due istituti.

Tutto quanto fin qui premesso, che costituisce parte integrante anche della parte dispositiva del presente atto, **tra la Fondazione Teatro Carlo Felice di Genova e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova**

si conviene quanto segue

a) Attività consultiva

- 1) La Fondazione può ricorrere ai sensi dell'art. 47 del R.D. 1611/1933 all'attività consultiva dell'Avvocatura in merito a questioni giuridiche particolari o interpretative di carattere generale relative ad ogni ambito della propria attività istituzionale ovvero anche in relazione a vertenze potenziali o già in atto, precisando nella richiesta anche il relativo grado di urgenza della consultazione e corredando la stessa della necessaria documentazione atta ad evidenziare la fattispecie oggetto del quesito.
- 2) Considerato che l'efficacia dell'attività consultiva è direttamente correlata alla tempestiva acquisizione dei chiesti pareri, l'Avvocatura si impegna a rendere la richiesta consultazione con tempestività e, comunque, nel rispetto dei termini eventualmente indicati come imposti dai vari procedimenti amministrativi in relazione ai quali la consulenza è richiesta.

B) Assistenza e rappresentanza in giudizio

- 1) L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova, ai sensi dell'art. 43, 1 comma del R.D. 1611/1933 fornisce il proprio patrocinio in tutte le fasi di merito dei contenziosi davanti al Giudice Ordinario, anche in sede esecutiva, al fine di assicurare, nel modo migliore, la piena tutela degli interessi pubblici di competenza della Fondazione, con esclusione dei casi in cui nella vertenza vi sia un conflitto di interessi con Amministrazioni dello Stato soggette al patrocinio obbligatorio ex art. 1 del R.D. 1611/1933. L'eventuale fase di giudizio in sede di legittimità sarà assicurata dall'Avvocatura Generale dello Stato ex art. 9, 1 e 2 comma, della legge 103/1079.
- 2) Sempre in applicazione della stessa norma, nei giudizi davanti al giudice Amministrativo l'Avvocatura distrettuale curerà la trattazione davanti al Tribunale Amministrativo regionale della Liguria mentre l'Avvocatura Generale dello Stato tratterà il contenzioso davanti al Consiglio di Stato.
- 3) Previo parere positivo del Comitato Consultivo dell'Avvocatura Generale su richiesta dell'Avvocato Distrettuale, ex art. 9 comma 3, della predetta disposizione la trattazione del ricorso per Cassazione e davanti al Consiglio di Stato può essere anche affidata al-

l'avvocato dello Stato in servizio nella sede distrettuale che ha seguito la causa in primo grado e, in tale ipotesi, le spese di missione del predetto per la trattazione delle cause davanti alle magistrature superiori sono a carico dell'Ente patrocinato.

- 4) Ove un atto introduttivo del giudizio venga notificato direttamente alla Fondazione, la stessa provvede ad interessare l'Avvocatura con la massima sollecitudine, anche nell'ipotesi in cui non sia ancora in grado di fornire una completa informazione e documentazione in merito alla vertenza per cui è causa. Tale completa e documentata relazione sui fatti oggetto di causa e sulle questioni di diritto controverse, quale necessario supporto per l'efficace difesa delle ragioni della stessa Fondazione, dovrà essere comunque rimessa all'Avvocatura nel più breve tempo possibile e comunque **non oltre i dieci giorni precedenti la scadenza del primo termine processuale.**
- 5) Al fine di rendere praticabile, operativamente, un percorso di immediata e diretta comunicazione, anche informale, in sede di richiesta verrà precisato il nominativo del funzionario responsabile del procedimento, con le modalità, per la sua immediata reperibilità (telefono, fax, e-mail); analogamente l'Avvocatura provvederà a segnalare alla struttura richiedente il nominativo dell'Avvocato incaricato dell'affare e le suindicate modalità di immediata reperibilità. Qualora gli atti introduttivi del giudizio, o di un grado di giudizio, vengano notificati all'Avvocatura, sono da quest'ultima prontamente inviati alla Fondazione con ogni relativa occorrenza richiesta istruttoria.
- 6) L'Avvocatura provvede a tenere informata la Fondazione dei significativi sviluppi delle controversie in corso dalla stessa curate, anche con l'eventuale invio di ogni atto o documento proprio o delle controparti che venga ritenuto necessario sottoporre all'esame dello stesso Ente patrocinato, dando comunque pronta comunicazione dell'esito del giudizio con la trasmissione, di copia della decisione, in particolare se notificata. Ove, si tratti di pronuncia sfavorevole per la Fondazione suscettibile di gravame, l'Avvocatura renderà tempestivamente il proprio parere in ordine alle possibilità di utile impugnabilità della medesima.
- 7) A richiesta della Fondazione, l'Avvocatura può assumere, ai sensi dell'art. 44 del R.D. n. 1611 del 1933, la rappresentanza e la difesa di dipendenti della stessa Fondazione nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio. In tal caso la richiesta del dipendente dovrà essere inoltrata per via gerarchica alla Fondazione che dovrà poi inviarla all'Avvocato Generale direttamente o per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale, unitamente ad una propria determinazione nella quale venga esclusa, nella posizione del dipendente, l'esistenza di ogni profilo di conflitto di interesse con lo stesso Ente nella specifica vertenza.
- 8) L'Avvocatura, in applicazione dell'art. 21, terzo comma come modificato dall'art. 9 del decreto legge 140/2014, provvede al diretto recupero nei confronti delle controparti delle competenze ed onorari di giudizio, posti a loro carico per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione ai fini dell'acquisizione al bilancio dello Stato per le finalità ivi prescritte.
- 9) Il patrocinio della Fondazione, compatibilmente con le esigenze di servizio, sarà prevalentemente affidato a due avvocati dello Stato in servizio che verranno indicati dall'Avvocato Distrettuale con successiva nota; i suddetti avvocati assicureranno l'espletamento di tutti gli incumbenti necessari ed opportuni in sede contenziosa e consultiva e potranno essere contattati anche per le vie brevi presso i recapiti che gli stessi forniranno.
- 10) Restano escluse dal patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura le controversie di natura tributaria

instaurate, o da instaurare, dinanzi alle Commissioni Tributarie provinciali e regionali nelle quali siano ravvisabili conflitti anche virtuali di interessi fra le posizioni della Fondazione e gli Uffici Finanziari tutelati e rappresentati *ex officio* dall'Avvocatura dello Stato; per tali controversie la Fondazione si riserva di individuare, sulla base di un rapporto fiduciario, avvocati del libero foro cui affidare la rappresentanza processuale e l'assistenza necessaria alla difesa dei propri interessi.

- 11) Analogamente, si conviene fra le parti che - con delibera generale del Consiglio di Indirizzo della Fondazione - possano essere affidate ad avvocati del libero foro cause seriali e non, promosse o da promuovere nei vari gradi di giudizio dinanzi al Giudice ordinario in materia di lavoro, previdenza e assistenza, fatta eccezione per quelle di notevole rilevanza generale in quanto interpretative di norme di CCNL ed aventi considerevoli riflessi sugli assetti organizzativi e finanziari della Fondazione (che, saranno individuate dalle parti d'intesa fra loro, anche in occasione degli incontri di cui al successivo paragrafo 12).
- 12) Restano escluse dalla deroga al patrocinio dell'Avvocatura tutte le controversie di competenza dei Tribunali Amministrativi Regionali e quelle dinanzi alle Magistrature Superiori; dette controversie come già chiarito al precedente punto 2 saranno curate dall'Avvocatura Generale dello Stato, ad eccezione di quelle dinanzi alla Corte di Cassazione relative ai procedimenti affidati ad avvocati del libero foro ai sensi del precedente punto, salvo, diverso accordo fra la Fondazione e l'Avvocatura. La stessa disciplina sul patrocinio troverà applicazione anche nelle fasi pre-contenziose, di negoziazione assistita e conciliative previste dalla legge nelle rispettive materie precisandosi che in tale fase l'Avvocatura eserciterà attività prevalentemente consultiva in merito alla possibilità di conciliazione della lite in tali ambiti.
- 13) L'Avvocatura e la Fondazione 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 migliore collaborazione - al superamento delle stesse; saranno anche concordate riunioni periodiche e, comunque, ogni qual volta se ne presenti la necessità, al fine di affrontare per le vie brevi le problematiche connesse e conseguenti alla corretta gestione dell'attività amministrativa della Fondazione e del contenzioso in atto o in formazione.
- 14) Il presente protocollo ha durata illimitata e potrà essere in ogni momento modificato e integrato d'intesa fra le parti; potrà essere risolto da entrambe le parti con le conseguenze di legge, con preavviso formale di tre mesi o per intervenuta diversa disciplina normativa.

Genova 27 GIU. 2019

Avvocatura Distrettuale dello Stato
L'Avvocato Distrettuale dello Stato
Avv. Anna Maria Bonomo

Fondazione Teatro Carlo Felice
Il Sovrintendente
Dott. Maurizio Roi

CIRCOLARE N. 28/2019**Oggetto: Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Massimo di Palermo e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo. Patrocinio Legale.**

Si comunica che con protocollo d'intesa sottoscritto in data 18 luglio 2019 tra l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo e la Fondazione Teatro Massimo di Palermo, che si acclude alla presente, sono state definite le modalità di esplicazione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore della Fondazione stessa.

L' AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Gabriella Palmieri Sandulli

AVVOCATURA DELLO STATO - PALERMO
**PROTOCOLLO D'INTESA FRA L'AVVOCATURA
DISTRETTUALE DELLO STATO DI PALERMO E LA
FONDAZIONE TEATRO MASSIMO DI PALERMO**

- Considerato che la Fondazione Teatro Massimo di Palermo (di seguito denominata solo "Fondazione") può avvalersi, sia ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 345/2000, conv. in Legge n. 6/2001, e dell'art. 43, comma 4, R.D. n. 1611/1933, sia secondo il proprio Statuto, della consulenza e del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato (di seguito denominata solo "Avvocatura"), salva diversa deliberazione del Consiglio di Indirizzo;
- Considerato che detto patrocinio è stato finora prestato con reciproca soddisfazione delle parti firmatarie del presente protocollo;
- Considerato, d'altro canto, che l'Avvocatura dello Stato è costantemente gravata da un contenzioso esorbitante rispetto al numero degli avvocati in servizio, con la necessità di far fronte a molteplici e contestuali incombenti processuali dinanzi a tutte le Autorità Giurisdizionali, in sede civile, penale ed amministrativa;
- Considerata, a tal riguardo, ai sensi dell'art. 43, comma 4, R.D. n. 1611/1933, l'ammissibilità (già espressa, riguardo alle Fondazioni lirico-sinfoniche, dal Comitato Consultivo dell'Avvocatura Generale dello Stato nel parere 19/7/2012 e nel parere 26/6/2015) di un eventuale strumento in deroga al carattere generale ed esclusivo del patrocinio, da assumersi - previa delibera *ad hoc* del Consiglio di Indirizzo - per una serie predeterminata di controversie che, in ragione della loro natura e/o modesta rilevanza, potrebbero essere affidate e seguite da avvocati del libero foro;

TRA LA FONDAZIONE TEATRO MASSIMO DI PALERMO E
L'AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI PALERMO
SI CONVIENE QUANTO SEGUE:

Attività Consultiva

1 - La Fondazione provvede alla proposizione di quesiti e richieste di pareri che involgono questioni particolari o interpretative di carattere generale. Tutte le suddette richieste dovranno pervenire esclusivamente via pec o altra forma di corrispondenza istituzionale.

2 - Considerato che l'efficacia dell'attività consultiva è direttamente correlata alla tempestiva acquisizione dei chiesti pareri, l'Avvocatura provvede a corrispondere con tempestività alle relative richieste.

Assistenza e Rappresentanza in Giudizio

3 - L'Avvocatura fornisce ogni assistenza richiesta, anche in sede esecutiva, al fine di assicurare nel modo migliore la piena tutela degli interessi pubblici.

4 - Ove un atto introduttivo del giudizio sia notificato direttamente alla Fondazione, la stessa provvede ad investire l'Avvocatura con il più ampio margine possibile rispetto alle scadenze, fornendo una completa e documentata relazione quale necessario supporto per l'efficace difesa delle ragioni della stessa Fondazione.

Al fine di rendere praticabile operativamente un percorso di immediata e diretta comunicazione, anche informale, in sede di richiesta verrà precisato il nominativo del funzionario responsabile del procedimento, con le modalità per la sua immediata reperibilità (telefono, e-mail); analogamente l'Avvocatura provvederà a segnalare alla struttura richiedente il nominativo dell'Avvocato incaricato dell'affare e le suindicate modalità di immediata reperibilità. Qualora gli atti introduttivi del giudizio, o di un grado di giudizio, vengano notificati all'Avvocatura, sono da quest'ultima prontamente inviati alla Fondazione con ogni relativa richiesta istruttoria.

5 - L'Avvocatura provvede a tenere informata la Fondazione dei significativi sviluppi delle controversie in corso dalla stessa curate, anche con l'eventuale invio degli atti difensivi propri e delle controparti, dando comunque pronta comunicazione dell'esito del giudizio con la trasmissione di copia della decisione, in particolare se notificata. Ove si tratti di pronuncia sfavorevole per la Fondazione suscettibile di gravame, l'Avvocatura rende tempestivamente il proprio parere in ordine alla impugnabilità della decisione stessa.

6 - A richiesta della Fondazione può trovare applicazione l'art. 44 del R.D. n. 1611 del 1933.

7 - L'Avvocatura provvede al diretto recupero nei confronti delle controparti delle competenze ed onorari di giudizio, posti a loro carico per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione.

8 - Il patrocinio della Fondazione sarà, compatibilmente con le esigenze di servizio, affidato a uno o due avvocati dello Stato in servizio che verranno indicati dall'Avvocato Distrettuale; i suddetti Avvocati assicureranno l'espletamento di tutti gli incumbenti necessari ed opportuni in sede contenziosa e consultiva e potranno essere contattati anche per le vie brevi presso i recapiti che gli stessi forniranno.

9 - Restano escluse dal patrocinio ex lege dell'Avvocatura le controversie di natura tributaria instaurate, o da instaurare, dinanzi alle Commissioni Tributarie provinciali e regionali nelle quali siano ravvisabili conflitti, anche virtuali, di interessi fra le posizioni della Fondazione e gli Uffici Finanziari tutelati e rappresentati *ex officio* dall'Avvocatura dello Stato; per tali controversie la Fondazione si riserva di individuare, sulla base di un rapporto fiduciario, avvocati del libero foro cui affidare la rappresentanza processuale e l'assistenza necessaria alla difesa dei propri interessi.

Analogamente, si conviene fra le parti che - con delibera generale del Consiglio di Indirizzo della Fondazione, accompagnata da determina del Sovrintendente della Fondazione - possono essere affidate ad avvocati del libero foro cause seriali e non, promosse o da promuovere nei vari gradi di giudizio dinanzi al Giudice ordinario in materia di lavoro, previdenza e assistenza, fatta eccezione per quelle di notevole rilevanza generale ed aventi considerevoli riflessi sugli

assetto organizzativo e finanziario della Fondazione (che saranno individuate dalle parti d'intesa fra loro, anche in occasione degli incontri di cui al successivo articolo 13).

10 - Si conviene, altresì, tra le parti che, al fine di non appesantire il carico di lavoro dell'Avvocatura dello Stato, con delibera motivata del Consiglio di Indirizzo, accompagnata da determina del Sovrintendente, possano essere affidate ad Avvocati del libero Foro:

1. Procedimenti monitori ed azioni esecutive volte al recupero di crediti di modesto valore economico;
2. Giudizi bagattellari di modesto valore economico;
3. Contenziosi che richiedano una specifica attività istruttoria propedeutica all'avvio del processo e/o contraddistinti da termini procedurali particolarmente brevi.

11 - Il patrocinio dell'Avvocatura Distrettuale ricomprende tutte le controversie di competenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia - Sezione Palermo e quelle dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana.

12 - La stessa disciplina sul patrocinio troverà applicazione anche nella sola fase pre-contenziosa della negoziazione assistita, con eventuale incontro conciliativo da tenersi presso gli Uffici dell'Avvocatura Distrettuale, fatto salvo quanto previsto al precedente art. 10 punti 1 e 2.

13 - L'Avvocatura e la Fondazione 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 migliore collaborazione - al superamento delle stesse; a tal uopo, ogni qual volta se ne presenti la necessità, verranno concordate apposite riunioni, al fine di affrontare per le vie brevi le problematiche connesse e conseguenti alla corretta gestione dell'attività amministrativa della Fondazione e del contenzioso in atto o in formazione.

14 - L'Avvocatura, in collaborazione con la Fondazione fornirà, ove richiesta, una sintetica relazione sulla situazione del contenzioso attivo e passivo al 31 dicembre dell'anno a cui il bilancio si riferisce e alla stessa affidato, con indicazione del possibile rischio di soccombenza ai fini della predisposizione della relazione annuale sul contenzioso a corredo del bilancio di esercizio della Fondazione.

15 - La presente convenzione ha durata illimitata e potrà essere in ogni momento modificata e integrata d'intesa fra le parti; potrà essere risolta da entrambe le parti, con le conseguenze di legge, con preavviso formale di tre mesi o per intervenuta diversa disciplina normativa.

Palermo, 18/07/2019

L'Avvocato Distrettuale dello Stato di Palermo
Avv. Giuseppina Tutino De-Lisi

Il Sovrintendente della Fondazione Teatro Massimo
Dott. Francesco Giambrone

CIRCOLARE N. 29/2019**Oggetto: Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Comunale di Bologna e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna. Patrocinio Legale.**

Si comunica che con protocollo d'intesa sottoscritto in data 19 luglio 2019 tra l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna e la Fondazione Teatro Comunale di Bologna, che si acclude alla presente, sono state definite le modalità di esplicazione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore della Fondazione stessa.

L' AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Gabriella Palmieri Sandulli

PROTOCOLLO D'INTESAfral'Avvocatura dello Stato e la Fondazione Teatro Comunale di Bologna

- **considerato** che, alla stregua dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 345/2000, conv. in Legge n. 6/2001, nonché dell'art. 10, comma 4, del proprio Statuto, la Fondazione Teatro Comunale di Bologna (di seguito denominata solo "Fondazione") può avvalersi della consulenza e del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato (di seguito denominata solo "Avvocatura");
- **considerato** che, come precisato dalla Suprema Corte di Cassazione nella recente sentenza n. 30118 del 21.11.2018, la sopra indicata disposizione legislativa configura un'ipotesi di patrocinio c.d. autorizzato disciplinato dall'art. 43 R.D. n. 1611/1933 nel senso che la rappresentanza e difesa della Fondazione sono assunte dall'Avvocatura *"in via organica, ed esclusiva"*, salvo le deroghe ivi espressamente e tassativamente previste;

tra fa Fondazione Teatro Comunale di Bologna e l'Avvocatura dello Stato

si conviene quanto segue:

Attività Consultiva

- 1 - La Fondazione provvede alla proposizione di quesiti e richieste di pareri che involgono questioni particolari o interpretative di carattere generale.
- 2 - Considerato che l'efficacia dell'attività consultiva è direttamente correlata alla tempestiva acquisizione dei chiesti pareri, l'Avvocatura provvede a corrispondere, con tempestività alle relative richieste e, comunque, nei termini imposti dai procedimenti amministrativi interessati.

Assistenza e Rappresentanza In Giudizio

- 3 - L'Avvocatura fornisce ogni assistenza richiesta, anche in sede esecutiva, al fine di assicurare nel modo migliore la piena tutela degli interessi pubblici.
- 4 - Allorquando un atto introduttivo del giudizio sia notificato direttamente alla Fondazione, la stessa provvede ad investire l'Avvocatura 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 difesa delle ragioni della stessa Fondazione. Al fine di rendere praticabile operativamente un percorso di efficace comunicazione, anche informale, tra l'Avvocatura e la

Fondazione, questa si impegna ad individuare all'interno del settore Affari Generali un soggetto, dotato di adeguate e specifiche competenze giuridico-amministrative, deputato a curare i rapporti con l'Avvocatura con modalità di immediata reperibilità (telefono, fax, e-mail), ed a fornire alla medesima tutti gli atti e le informazioni necessarie; analogamente l'Avvocatura provvederà a segnalare alla Fondazione il nominativo dell'Avvocato incaricato, dell'affare e le suindicate modalità di immediata reperibilità.

Qualora gli atti introduttivi del giudizio, o di un grado di giudizio, vengano notificati all'Avvocatura, sono da quest'ultima prontamente inviati alla Fondazione con ogni relativa richiesta istruttoria.

5 - L'Avvocatura provvede a tenere informata la Fondazione dei significativi sviluppi delle controversie in corso dalla stessa curate, anche con l'eventuale invio, dietro specifica richiesta, degli atti difensivi propri e delle controparti, dando comunque ampia comunicazione dell'esito del giudizio con la trasmissione di copia della decisione, in particolare se notificata. Ove si tratti di pronuncia sfavorevole per la Fondazione suscettibile di gravame, l'Avvocatura rende tempestivamente il proprio parere in ordine alla impugnabilità della decisione stessa.

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

7 - L'Avvocatura provvede al diretto recupero nei confronti delle controparti delle competenze ed onorari di giudizio, posti a loro carico per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione.

8 - Il patrocinio della Fondazione sarà, compatibilmente con le esigenze di servizio, affidato a uno o due avvocati dello Stato che verranno indicati dall'Avvocato Disnettuale dello Stato; i suddetti avvocati assicureranno l'espletamento di tutti gli incombeni necessari ed opportuni in sede contenziosa e consultiva e potranno essere contattati anche per le vie brevi presso i recapiti che gli stessi forniranno.

9 - Restano escluse dal patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura le controversie di natura tributaria instaurate, o da instaurare, dinanzi alle Commissioni Tributarie provinciali e regionali, nelle quali siano ravvisabili conflitti anche virtuali di interessi fra le posizioni della Fondazione e gli Uffici Finanziari tutelati e rappresentati *ex officio* dall'Avvocatura dello Stato.

Le controversie, dinanzi alle Magistrature Superiori saranno curate dall'Avvocatura Generale dello Stato, ad eccezione di quelle dinanzi alla Corte di Cassazione relative alle controversie tributarie.

La stessa disciplina sul patrocinio troverà applicazione anche nelle fasi pre-contenziose, di negoziazione assistita, e conciliative previste dalla legge nelle rispettive materie.

10 - L'Avvocatura e la Fondazione 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 migliore collaborazione al superamento delle stesse; saranno anche concordate riunioni periodiche e, comunque, ogni qual volta se ne presenti la necessità, al fine di affrontare per le vie brevi le problematiche connesse e conseguenti alla corretta gestione dell'attività amministrativa della Fondazione e del contenzioso in atto o in formazione.

Bologna, 19 luglio 2019

per l'Avvocatura dello Stato
L'Avvocato Distrettuale dello Stato di Bologna
Avv. Michele Damiani

per la Fondazione Comunale di Bologna
Il Sovrintendente
Fulvio Macciardi

CONTENZIOSO NAZIONALE

Il *discrimen* tra ciò che è tributario e ciò che tributario non è: sui corrispettivi al fondo antincendi degli aeroporti

NOTA A CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 20 LUGLIO 2018 N. 167

Sabina Cenciotti*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale - 2. La pronuncia della Consulta: la legittimità delle norme interpretative. Cenni - 3. La questione della natura tributaria o negoziale dei corrispettivi a carico delle società di gestione aeroportuale relativamente ai servizi antincendi negli aeroporti - 4. Conclusioni.

1. La vicenda processuale.

La vicenda processuale, conclusasi con la pronuncia della Consulta in esame, ha inizio con l'impugnazione, da parte di tredici società di gestione aeroportuale, della nota con la quale l'ENAC aveva richiesto loro il versamento delle somme dovute ai sensi dell'art. 1, comma 1328, della l. 296 del 2006 (1). Con tale disposizione è stato istituito un apposito fondo per il servizio antincendio negli aeroporti di maggiori dimensioni, fondo al quale, in base alla

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato (avv. Ettore Figliolia).

(1) Tale articolo recita testualmente: "Al fine di ridurre il costo a carico dello Stato del servizio antincendi negli aeroporti, l'addizionale sui diritti d'imbarco sugli aeromobili, di cui all'articolo 2, comma 11, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, e successive modificazioni, è incrementata a decorrere dall'anno 2007 di 50 centesimi di euro a passeggero imbarcato. Un apposito fondo, alimentato dalle società aeroportuali in proporzione al traffico generato, concorre al medesimo fine per 30 milioni di euro annui. Con decreti del Ministero dell'interno, da comunicare, anche con evidenze informatiche, al Ministero dell'economia e delle finanze, tramite l'Ufficio centrale del bilancio, nonché alle competenti Commissioni parlamentari e alla Corte dei conti, si provvede alla ripartizione del fondo tra le unità previsionali di base del centro di responsabilità "Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile" dello stato di previsione del Ministero dell'interno".

previsione legislativa, le suddette società avrebbero dovuto contribuire in proporzione al traffico aereo da ciascuna di esse generato, al fine precipuo di ridurre il costo a carico dello Stato del servizio stesso.

In riferimento a tali corrispettivi insorse una questione di giurisdizione, dal momento che, in primo grado, la Commissione Tributaria Provinciale di Roma affermò la giurisdizione del giudice tributario e successivamente accolse il ricorso presentato dalle società (2) mentre la Commissione Tributaria Regionale del Lazio, decidendo sulla base del sopravvenuto art. 39-*bis* del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, su Appello proposto dall'Avvocatura Generale dello Stato, dichiarò la giurisdizione del giudice ordinario.

L'articolo summenzionato, rubricato "*diritti aeroportuali di imbarco*", in particolare stabilisce: "*Le disposizioni in materia di tassa d'imbarco e sbarco sulle merci trasportate per via aerea di cui al decreto-legge 28 febbraio 1974, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 aprile 1974, n. 117, e successive modificazioni, di tasse e di diritti di cui alla legge 5 maggio 1976, n. 324, di corrispettivi dei servizi di controllo di sicurezza di cui all'articolo 8 del regolamento di cui al decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione 29 gennaio 1999, n. 85, nonché in materia di addizionale comunale sui diritti di imbarco di cui all'articolo 2, comma 11, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, si interpretano nel senso che dalle stesse non sorgono obbligazioni di natura tributaria*".

Con tale norma d'interpretazione autentica (3) il legislatore ha escluso espressamente la natura tributaria dei cosiddetti "diritti aeroportuali", con conseguenze sul piano della giurisdizione, dal momento che la previsione legislativa, che ha effetti *ex tunc*, non permette di devolvere al giudice tributario la cognizione delle relative controversie, pena la violazione dell'art. 102, II comma, Cost., il quale vieta l'istituzione di giudici speciali.

Nell'ambito del giudizio di legittimità successivamente instaurato avverso la pronuncia della Commissione Tributaria Regionale del Lazio, venne sollevata da dodici delle tredici società di gestione aeroportuale ricorrenti la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 478° comma, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, intervenuto a novellare il sopra indicato art. 39-*bis*, 1° comma, del d.l. n. 159 del 2007.

Tale articolo, in particolare, interpolava l'art. 39-*bis*, aggiungendo espressamente all'elencazione delle materie dalle quali "*non sorgono obbligazioni di natura tributaria*" i "*corrispettivi a carico delle società di gestione aeroportuale relativamente a servizi antincendi negli aeroporti, di cui all'art. 1, comma 1328, della legge 27 dicembre 2006, n. 296*".

(2) Poiché, a detta del giudice, la contribuzione al fondo, classificabile come "tassa di scopo", sarebbe stata successivamente devoluta a scopi diversi da quelli previsti dalla legge istitutiva del fondo stesso.

(3) La natura interpretativa della disposizione *de qua* è stata affermata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le ordinanze n. 379 del 2008 e n. 3044 del 2013.

La Suprema Corte di Cassazione, individuata la rilevanza della questione di legittimità costituzionale nella incidenza della norma censurata, sopravvenuta nelle more del giudizio, sulla individuazione del giudice giurisdizionalmente competente, con ordinanza n. 27074 del 2016 sollevava la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24, 25, 102, 111 e 117 Cost.

A giudizio della Suprema Corte di Cassazione, la norma interpretativa censurata avrebbe violato il canone generale di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, poiché avrebbe escluso la natura tributaria dei corrispettivi al fondo antincendi nonostante essi avessero presentato tutti gli elementi identificativi dei tributi ed inoltre *“in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo”*.

La norma interpretativa avrebbe avuto inoltre l'effetto di sottrarre la causa al giudice tributario, che sarebbe stato il giudice naturale, precostituito per legge, *ex art. 25 Cost.*

Inoltre, il legislatore avrebbe attentato alle norme costituzionali interne ed europee che garantiscono la parità delle parti e l'equo processo: l'art. 102, 1 comma, Cost., l'art. 111 e l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte Europea.

Con la sentenza n. 167 del 2018 la Corte Costituzionale si è infine pronunciata, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 478, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, per violazione dell'art. 3 Cost.

Infine, la recente sentenza della Cass. civ. Sez. Unite, n. 3162 del 2019, ha cassato la sentenza impugnata, dichiarando la giurisdizione del giudice tributario e rinviando il giudizio alla Commissione Tributaria Regionale del Lazio.

Ad avviso della Suprema Corte, il giudice dell'Appello avrebbe erroneamente applicato l'art. 39-*bis*, il quale non comprendeva, al tempo della pronuncia, i corrispettivi destinati ad alimentare il fondo antincendi.

2. La pronuncia della Consulta: la legittimità delle norme interpretative. Cenni.

La sentenza in commento, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che esclude la natura tributaria dei corrispettivi al fondo antincendi, risulta interamente incentrata sulla censura della violazione del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

Secondo la Corte Costituzionale, la quale ha aderito pedissequamente alla ricostruzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il legislatore avrebbe, con un'operazione solo nominalistica, attribuito alla norma un significato non ascrivibile al testo della disposizione interpretata, un significato *“non compatibile con la intrinseca ed immutata natura tributaria della prestazione”*, con ciò determinando una lesione del principio di coerenza e di certezza dell'ordinamento giuridico e dunque del principio di ragionevolezza, desumibile dall'art. 3 Cost.

Il ragionamento della Corte può così sintetizzarsi: i corrispettivi a carico delle società di gestione aeroportuale presentano tutte le caratteristiche dei tributi, dunque la norma interpretativa, e retroattiva, che ne esclude la natura tributaria deve ritenersi irragionevole.

È necessario dunque preliminarmente svolgere alcune brevi considerazioni circa l'ambito e i limiti dell'intervento del legislatore mediante lo strumento della legge interpretativa, con particolare riguardo alla materia tributaria, nella disciplina della quale le summenzionate leggi sono tutt'altro che infrequenti.

In termini generali, l'interpretazione autentica, tecnica normativa con la quale lo stesso soggetto che ha emanato l'atto normativo interviene ad interpretarne le disposizioni con efficacia *ex tunc*, ha la funzione di garantire esigenze di certezza del diritto, poiché favorisce l'intelligibilità del precetto normativo; tuttavia, specialmente nella materia tributaria, si è sovente assistito ad uno snaturamento della funzione di tale strumento, del quale viene fatto abuso o che viene ad ogni modo utilizzato anche per finalità diverse rispetto a quelle che gli sono proprie (4).

La principale problematica delle norme interpretative è costituita dalla loro intrinseca natura retroattiva, la quale in termini generali non trova limite costituzionale se non in materia penale, *ex art. 25 Cost.* (5), ma che può porsi concretamente in contrasto con diversi principi generali dell'ordinamento giuridico, come il principio di certezza del diritto, il principio di stabilità e il principio del legittimo affidamento del cittadino (6).

La Corte Costituzionale, nel tentativo di limitare gli abusi, ha adottato nel tempo una pluralità di orientamenti interpretativi (7), ai quali è possibile in tale sede unicamente fare cenno.

In sostanza, ad una impostazione (8) che tendeva a sindacare la natura

(4) Si tratta delle leggi cosiddette "pseudo interpretative". Sul punto, si veda L. PERRONE, *Certezza del diritto, affidamento e retroattività*, in *Rass. Tributaria*, 2016, 4, p. 933.

(5) Si consideri tuttavia il limite - sulla portata del quale molto si discute in dottrina - posto dall'art. 3 dello Statuto dei diritti del contribuente (Efficacia temporale delle norme tributarie), il quale afferma: "Salvo quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo. Relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono. In ogni caso, le disposizioni tributarie non possono prevedere adempimenti a carico dei contribuenti la cui scadenza sia fissata anteriormente al sessantesimo giorno dalla data della loro entrata in vigore o dell'adozione dei provvedimenti di attuazione in esse espressamente previsti. I termini di prescrizione e di decadenza per gli accertamenti di imposta non possono essere prorogati".

(6) Sul punto, si veda ancora L. PERRONE, *ibidem*.

(7) Si veda A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, I, pp. 64 ss.

(8) In tal senso, si veda Corte Cost., sentenza n. 187 del 1981, la quale afferma che l'intervento interpretativo è legittimo allorché "la legge anteriore riveli gravi ed insuperabili ambiguità o abbia dato luogo a contrastanti applicazioni, specie in sede giurisdizionale".

della norma interpretativa, ricercando gli elementi strutturali in base ai quali essa potesse ritenersi legittima, si è sostituito un orientamento in base al quale al centro del giudizio di legittimità costituzionale vi sono i limiti della retroattività della norma.

È ben possibile ad esempio, come affermato in diverse pronunce (9) da parte della Consulta, che il legislatore interpreti autenticamente una disposizione anche laddove non si sia in presenza di una situazione di incertezza normativa o di ambiguità giurisprudenziali; è possibile inoltre che il legislatore utilizzi la suddetta tecnica al fine precipuo di contrastare un orientamento giurisprudenziale sgradito, sempre che l'opzione ermeneutica prescelta trovi fondamento nella cornice della norma interpretata (10).

L'interpretazione autentica è dunque da concepire, in termini generali, come uno strumento di politica legislativa, tuttavia la natura retroattiva delle norme interpretative non deve porsi in contrasto con altri principi o valori di "civiltà giuridica" come, si ripete, il principio di certezza del diritto, la separazione dei poteri, il legittimo affidamento del cittadino *etc.*

Tali principi sono stati ritenuti tutelabili dalla Corte Costituzionale sindacando l'intervento interpretativo alla stregua del principio generale - significativamente ampio - di ragionevolezza, il quale trova fondamento costituzionale nel dettato dell'art. 3 Cost.

A tal proposito, è importante accennare anche all'importanza in tale materia della giurisprudenza europea, la quale, con la sentenza *Arras e al. c. Italia* del 14 febbraio 2012, ha ritenuto non in contrasto con l'art. 6, par. I, CEDU, l'intervento interpretativo retroattivo che sia tuttavia giustificato dalla sussistenza di "*motivi imperativi d'interesse generale*" (11).

Nel caso di specie, lo si ripete, la norma che ha escluso la natura tributaria dei corrispettivi al fondo antincendi è stata ritenuta dalla Consulta contraria al principio di ragionevolezza, poiché tali forme di contribuzione avrebbero presentato le caratteristiche "ontologiche" del tributo; si rende conseguentemente necessario effettuare alcune brevi considerazioni circa la natura giuridica di dette prestazioni patrimoniali.

3. La questione della natura tributaria o negoziale dei corrispettivi a carico delle società di gestione aeroportuale relativamente ai servizi antincendi negli aeroporti.

La questione della natura giuridica dei diritti corrisposti dalle società di

(9) Si veda, ad esempio, Corte Cost., sentenze n. 15 del 2012, n. 227 del 2014, n. 209 del 2010, n. 25 del 2009.

(10) Così Corte Cost., sentenza n. 271 del 2011.

(11) La Corte EDU dunque non vieta *tout court* l'intervento interpretativo retroattivo, ma ne individua i limiti. Sul punto, I. RIVERA, *La legge di interpretazione autentica tra Costituzione e Cedu*, I tomo, *Servizi Studi Corte Costituzionale*, pp. 65 ss.

gestione aeroportuale è effettivamente complessa, così come non semplice è l'individuazione precisa della nozione stessa di "tributo".

La difficoltà di ricomprendere talune prestazioni patrimoniali fra quelle tributarie o viceversa fra quelle cosiddette "extratributarie" era emersa già in riferimento ai diritti aeroportuali, di cui all'art. 39-*bis* d.l. n. 159 del 2007.

In particolare, dapprima la Cass., Sez. Un., n. 22245 del 2006 aveva analizzato la natura giuridica di tali diritti, arrivando ad affermare che essi avessero natura tributaria, con la conseguente attribuzione delle relative controversie alla cognizione delle Commissioni Tributarie (12).

Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 39-*bis*, la Cass., Sez. Un., n. 379 del 2008, in sede di prima applicazione dell'art. 39 *bis* del d.l. n. 159 del 2007, aveva invece stabilito che le controversie in materia di diritti aeroportuali dovessero essere assegnate al giudice ordinario (13).

I diritti aeroportuali contemplati dall'art. 39-*bis* - ossia i diritti relativi alla movimentazione delle merci, i diritti relativi all'utilizzo delle infrastrutture aeroportuali, i corrispettivi dei servizi di sicurezza e infine l'addizionale comunale sui diritti d'imbarco dei passeggeri - differiscono rispetto ai corrispettivi per i servizi antincendi negli aeroporti, oggetto della pronuncia in commento, sotto il profilo dei soggetti obbligati a corrispondere la prestazione patrimoniale: nel caso dei corrispettivi volti ad alimentare il fondo antincendi si tratta delle stesse società di gestione aeroportuale, negli altri casi i soggetti tenuti al pagamento nei confronti di dette società sono i vettori aerei, i quali traslano poi il costo sul passeggero.

Dalla lettera dell'art. 1, comma 1328, della legge n. 296 del 2006 si evince tuttavia che l'addizionale sui diritti d'imbarco sugli aeromobili ed il fondo alimentato dalle società aeroportuali concorrono al medesimo fine, che è quello di "*ridurre il costo a carico dello Stato del servizio antincendi negli aeroporti*".

Occorre dunque soffermare l'attenzione sul ragionamento della Consulta, sulla base del quale l'esclusione della natura tributaria dei corrispettivi corrisposti dalle società di gestione aeroportuale è stata dichiarata contraria al principio di ragionevolezza.

In generale, è possibile affermare che la difficoltà di stabilire la natura tributaria di una prestazione patrimoniale sia dovuta al dato che non esiste una definizione legislativa del "tributo"; gli unici parametri normativi in tal senso sono l'art. 23 Cost., il quale afferma che "*nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*" e l'art. 53 Cost., che afferma: "*Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione*

(12) Sul punto, si veda V. GUIDO, *La natura giuridica dei diritti aeroportuali tra orientamento giurisprudenziale e legislazione sopravvenuta*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 6, 2008, pag. 535.

(13) Si veda anche l'ordinanza Cass. n. 3044 del 2013.

della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività”.

L'interprete ha dunque, in tale materia, il ruolo estremamente rilevante di valutare - caso per caso e indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato dal legislatore - se si sia in presenza di una fattispecie tributaria.

Nel caso di specie, la Consulta ha richiamato la propria giurisprudenza sul tema - da ultimo, la sentenza n. 89 del 2018 - sulla base della quale *“una fattispecie deve ritenersi "di natura tributaria, indipendentemente dalla qualificazione offerta dal legislatore, laddove si riscontrino tre indefettibili requisiti: la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una definitiva decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo; la decurtazione non deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico; le risorse, connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione, debbono essere destinate a sovvenire pubbliche spese" (ex plurimis, da ultimo, sentenze n. 269 e n. 236 del 2017)”.*

Ebbene, secondo la Corte Costituzionale, nel caso in esame il presupposto economicamente rilevante, indice di capacità contributiva, sarebbe costituito dal volume del traffico aereo generato.

Afferma inoltre la Consulta che sussisterebbe, nel caso di specie, anche il nesso con la spesa pubblica, dal momento che il comma 1328 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 prevedeva originariamente che le somme versate dalle società aeroportuali fossero finalizzate a ridurre il costo a carico dello Stato del servizio antincendio, mentre sono oggi finalizzate a coprire le spese generali del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco.

Il punto principale riguarda inoltre e soprattutto la possibilità di ricostruire il rapporto tra la prestazione patrimoniale a cui sono tenute le società di gestione aeroportuale e il servizio reso negli aeroporti in termini di “sinallagma” contrattuale.

Difatti, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la presenza di una corrispettività tra le prestazioni delle parti possa essere elemento dirimente in tutti i casi “di confine” tra le forme di prelievo e gli obblighi di fonte negoziale. A tale riguardo, si segnalano le recenti pronunce della Cass. Civ., n. 24738 del 2018 e Cass. Civ. n. 7647 del 2018, nelle quali si individua l'assenza di sinallagma come requisito strutturale necessario del tributo.

In tali ipotesi, la dottrina tende inoltre ad orientarsi nel senso dell'esclusione della natura tributaria di una prestazione se l'attività esercitata dall'ente pubblico non sia ad esso affidata in via esclusiva ma sia suscettibile di essere svolta anche da un privato in regime di libera concorrenza (14).

L'Avvocatura Generale dello Stato ha a tale proposito sostenuto, in termini diametralmente opposti rispetto alle posizioni del giudice di legittimità,

(14) Così G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario*, CEDAM, 2016, p. 15.

che il “traffico generato” dovesse ritenersi un parametro al quale commisurare oggettivamente il costo del servizio e non invece un aspetto sintomatico della capacità contributiva.

Similmente a quanto avviene per i cosiddetti “diritti aeroportuali”, L’Avvocatura Generale ha sostenuto la sussistenza di un collegamento diretto tra la contribuzione al fondo antincendi e l’utilizzo delle infrastrutture aeroportuali; il costo del servizio, commisurato al traffico aereo generato, avrebbe dovuto conseguentemente essere configurato in termini di controprestazione rispetto all’entità del servizio reso dal Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco.

Ulteriore elemento, che è stato evidenziato negli atti difensivi dell’Avvocatura Generale e che risulta di indubbia importanza, come sopra sottolineato, per riflettere criticamente circa la natura dei corrispettivi al fondo antincendi, è costituito dal dato che soltanto negli aeroporti di maggiori dimensioni (15) il servizio è assunto a gestione diretta da parte dello Stato, mentre negli aeroporti cosiddetti “minori” esso è affidato a determinate categorie di soggetti privati (16).

Tale dato, da un lato avrebbe dovuto sostenere la tesi della “sinallagmaticità” tra le prestazioni delle parti, dall’altro avrebbe dovuto far propendere per una configurazione della contribuzione al fondo come obbligo non avente natura tributaria ma di corrispettivo di pubblico servizio (17).

4. Conclusioni.

La tesi sostenuta dalle società aeroportuali, ed accolta dalle pronunce della Cassazione prima e della Consulta successivamente, è quella per cui la contribuzione al fondo antincendi sarebbe riconducibile alle entrate tributarie, in particolare alla figura della cosiddetta “tassa di scopo”; nel merito, la Corte di Cassazione, in una pronuncia in materia di tariffa di igiene ambientale (cosiddetta “TIA”), ha definito tale forma di prelievo come quell’entrata pubblica che mira a *“fronteggiare una spesa di carattere generale ripartendone l’onere sulle categorie sociali che da questa traggono vantaggio o che comunque determinano l’esigenza per la mano pubblica di provvedere”* (18), senza che sussista un rapporto di “sinallagmaticità” tra le prestazioni delle parti.

Configurando il contributo al fondo come “tassa di scopo”, le società aeroportuali hanno inoltre sostenuto che la modifica legislativa intervenuta - la quale ha mutato la destinazione del gettito fiscale, attualmente finalizzato, lo si ripete, a coprire le spese generali del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco

(15) Aeroporti inseriti nella tabella A della legge n. 930 del 1980.

(16) Si tratta, in particolare, dei soggetti titolari della licenza di cui all’art. 788 cod. nav., come previsto dalla legge n. 930 del 1980.

(17) Per la distinzione tra entrate di tipo tributario ed entrate “extratributarie”, si veda L. DEL FEDERICO, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000, pp. 74 ss.

(18) Sentenza n. 2320 del 17 febbraio 2012.

- avesse determinato il venir meno nei loro confronti dell'obbligo giuridico di corrispondere la prestazione patrimoniale.

Infatti, a detta delle suddette società, la nuova destinazione della tassa sarebbe del tutto incompatibile con le finalità originariamente previste dalla legge istitutiva del tributo e pertanto il contributo patrimoniale richiesto loro risulterebbe oggi privo di una causa giustificativa.

Detta tesi, accolta dal giudice tributario chiamato a pronunciarsi in seguito alle sentenze della Cassazione e della Corte Costituzionale, non può non suscitare una certa perplessità, dal momento che ha determinato nella sostanza la "disapplicazione" giudiziale di una legge dello Stato.

Si ritiene invece che, per pervenire ad un siffatto esito (dichiarare "non dovuta" la prestazione patrimoniale), dovrebbe quantomeno intervenire una pronuncia di illegittimità costituzionale della legge che ha modificato la destinazione del tributo.

Ad ogni modo, rimanendo nel perimetro della pronuncia in commento, si sottolinea come il giudizio di legittimità *de quo* sia stato incentrato sull'ampia formula della "ragionevolezza", richiamata per censurare l'intervento interpretativo del legislatore.

Tale principio, che è stato storicamente e che è ancor oggi di indubbia importanza per giudicare il cosiddetto "eccesso di potere" legislativo, sembra avere qualche zona d'ombra in casi come quello proposto, in cui è in effetti complessa l'individuazione di un *discrimen* tra ciò che è tributario e ciò che tributario non è.

Probabilmente, avrebbero potuto essere valorizzati nella motivazione della Corte alcuni elementi forniti dalla difesa dell'Avvocatura Generale dello Stato, come, ad esempio, la possibilità di ricostruire in termini di "sinallagma" il rapporto tra le prestazioni delle parti o come il dato che il servizio antincendi negli aeroporti è sovente affidato anche a soggetti privati.

Tali aspetti possono, ad ogni modo, costituire interessanti spunti per approfondire - e per riflettere criticamente - sulle conclusioni alle quali la Corte è pervenuta.

Corte Costituzionale, sentenza 20 luglio 2018 n. 167 - Pres. Lattanzi, Red. Coraggio - Giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 478, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)», promosso dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, nel procedimento vertente tra la Sagat spa e altri e l'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) e altri, con ordinanza del 28 dicembre 2016.

Considerato in diritto

1.- Le sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno sollevato, in riferimento agli art. 3, 24, 25, 1° comma, 102, 1° comma, 111, 1° e 2° comma, e 117, 1° comma, Cost. - quest'ul-

timo in relazione all'art. 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955 n. 848 -, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 478, l. 28 dicembre 2015 n. 208, recante «disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)».

2.- La disposizione censurata stabilisce che: «All'art. 39 bis, 1° comma, d.l. 1° ottobre 2007 n. 159, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 novembre 2007 n. 222, dopo le parole: 'della l. 24 dicembre 2003 n. 350', sono inserite le seguenti: 'e di corrispettivi a carico delle società di gestione aeroportuale relativamente ai servizi antincendi negli aeroporti, di cui all'art. 1, comma 1328, l. 27 dicembre 2006 n. 296'».

A sua volta, il richiamato art. 39 bis d.l. 1° ottobre 2007 n. 159 (interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale), convertito, con modificazioni, nella l. 29 novembre 2007 n. 222, prevede che le disposizioni da esso prese in considerazione «si interpretano nel senso che dalle stesse non sorgono obbligazioni di natura tributaria».

L'art. 1, comma 1328, l. 27 dicembre 2006 n. 296, recante «disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2006)», infine, dispone che, «Al fine di ridurre il costo a carico dello Stato del servizio antincendi negli aeroporti, l'addizionale sui diritti d'imbarco sugli aeromobili, di cui all'art. 2, 11° comma, l. 24 dicembre 2003 n. 350, e successive modificazioni, è incrementata a decorrere dall'anno 2007 di 50 centesimi di euro a passeggero imbarcato. Un apposito fondo, alimentato dalle società aeroportuali in proporzione al traffico generato, concorre al medesimo fine per trenta milioni di euro annui. Con decreti del ministero dell'interno, da comunicare, anche con evidenze informatiche, al ministero dell'economia e delle finanze, tramite l'ufficio centrale del bilancio, nonché alle competenti commissioni parlamentari e alla Corte dei conti, si provvede alla ripartizione del fondo tra le unità previsionali di base del centro di responsabilità 'dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile' dello stato di previsione del ministero dell'interno».

3.- Secondo il rimettente, la disposizione censurata violerebbe, in primo luogo, l'art. 3 Cost., perché il legislatore, con una norma di interpretazione autentica, avrebbe irragionevolmente escluso la natura tributaria dei contributi al fondo antincendi, in assenza di una situazione di incertezza del dato normativo e pur ricorrendo tutti gli elementi strutturali dei tributi, individuati, dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nella matrice legislativa della prestazione imposta, nella sua doverosità e nel nesso con la spesa pubblica.

Essa, poi violerebbe l'art. 25, 1° comma, Cost., perché l'esclusione retroattiva della natura tributaria del prelievo comporterebbe la sottrazione della materia al giudice precostituito per legge, ossia quello tributario, già pronunciatosi, in primo grado e in altri giudizi, nel merito della questione controversa.

La disposizione censurata, ancora, violerebbe gli art. 24, 102, 1° comma, 111, 1° e 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'art. 6 Cedu, perché inciderebbe retroattivamente sull'affidamento delle ricorrenti, in assenza di motivi imperativi d'interesse generale, interferirebbe con la funzione giurisdizionale, sottraendo al giudice tributario controversie già instaurate e travolgendo la sentenza di primo grado di accoglimento delle ragioni delle contribuenti, e violerebbe la parità delle armi, favorendo lo Stato in controversie di cui è parte.

Essa, infine, violerebbe l'art. 111, 2° comma, Cost., perché «non si può escludere» che l'inevitabile dilazione dei tempi processuali, conseguente al mutamento di giurisdizione a processi in corso, «possa vulnerare il principio della ragionevole durata del processo».

4.- La censura di violazione dell'art. 3 Cost. è fondata.

4.1.- Secondo la costante giurisprudenza di questa corte, «una fattispecie deve ritenersi 'di natura tributaria, indipendentemente dalla qualificazione offerta dal legislatore, laddove si riscontrino tre indefettibili requisiti: la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una definitiva decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo; la decurtazione non deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico; le risorse, connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione, debbono essere destinate a sovvenire pubbliche spese' (ex plurimis, da ultimo, sentenze n. 269 del 2017, Foro it., 2018, I, 26, e n. 236 del 2017)» (sentenza n. 89 del 2018, *ibid.*, 2302).

4.2.- Il contributo al fondo antincendi presenta tutte le caratteristiche del tributo.

Vi è una disciplina legale che determina una definitiva decurtazione patrimoniale a carico dei soggetti passivi, rinvenibile nell'art. 1, comma 1328, l. n. 296 del 2006 e nell'art. 4, comma 3 bis, d.l. 29 novembre 2008 n. 185 (misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale), convertito, con modificazioni, nella l. 28 gennaio 2009 n. 2.

La contribuzione è connessa a un presupposto economico, essendo ancorata e parametrata al volume del traffico aereo generato e quindi al fatturato realizzato, indice di capacità contributiva, e sussiste il nesso con la spesa pubblica, poiché, il citato art. 1, comma 1328, l. n. 296 del 2006 prevedeva che le somme versate dalle società aeroportuali fossero utilizzate per compensare la riduzione della spesa statale per il pagamento del servizio antincendi negli aeroporti, e il successivo art. 4, comma 3 bis, d.l. n. 185 del 2008 ha destinato tali somme al pagamento di indennità salariali integrative previste in favore di tutti i vigili del fuoco (e non solo di quelli che prestano servizio negli aeroporti).

Non convincono, poi, gli argomenti addotti dall'Avvocatura generale dello Stato a sostegno della natura sinallagmatica e non tributaria del prelievo.

Il rilievo che il servizio antincendi è assunto a gestione diretta da parte dello Stato solo negli aeroporti maggiori, mentre in quelli minori graverebbe sui titolari della licenza di navigazione aerea, con la conseguenza che solo le società di gestione dei primi sono assoggettate alla contribuzione al fondo, non è idoneo a fare luce sulla natura di quest'ultima.

La circostanza che il prelievo sia proporzionato al traffico generato, poi, non è sufficiente a far emergere una relazione sinallagmatica con il servizio antincendi, ove si consideri che la misura della contribuzione annua complessivamente gravante sulle società di gestione aeroportuale non è parametrata al costo effettivo di quel servizio reso in tutti gli aeroporti (né, conseguentemente la misura richiesta alle singole società di gestione è parametrata al servizio reso nei relativi aeroporti) e, soprattutto, che a decorrere dal 2009 i prelievi non vanno più a coprire la riduzione della spesa per il servizio antincendi, ma le integrazioni salariali di cui si è detto.

Si deve infine convenire con le parti private sull'osservazione che l'assenza di sinallagma si desume anche dalla circostanza che il contributo, nella versione originaria, era dovuto a fronte di un servizio pubblico indivisibile reso in favore non delle sole società aeroportuali, ma di tutti gli utenti degli aeroporti e, a maggior ragione, dal rilievo che esso, nella versione attuale, è dovuto per finanziare una componente salariale di soggetti che prestano un servizio pubblico in favore di tutta la collettività.

4.3.- La disposizione censurata afferma la natura «non tributaria» dei contributi al fondo antincendi, ma tale qualificazione legislativa si risolve in una operazione meramente nominalistica, che non si accompagna alla modifica sostanziale dei ricordati elementi strutturali della fattispecie tributaria.

La norma interpretativa censurata, dunque, lungi dall'esplicitare una possibile variante di senso della norma interpretata, incongruamente le attribuisce un significato non compatibile con la intrinseca ed immutata natura tributaria della prestazione, così ledendo la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico (tra le tante, sentenze n. 73 del 2017; n. 170 del 2013, id., 2014, I, 1721; n. 78 del 2012, id., 2012, I, 2585, e n. 209 del 2010, id., 2011, I, 375).

Poiché tale lesione si traduce in una violazione del principio di ragionevolezza (sentenze n. 86 del 2017, id., 2017, I, 1805; n. 87 del 2012, id., 2012, I, 1667, e n. 335 del 2008, id., Rep. 2009, voce Acque pubbliche, n. 128), va dichiarata l'illegittimità costituzionale dall'art. 1, comma 478, l. n. 208 del 2015, per contrasto con l'art. 3 Cost.

5.- Restano assorbiti gli altri profili di illegittimità costituzionale della norma censurata, prospettati in riferimento agli art. 24, 25, 1° comma, 102, 1° comma, 111, 1° e 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 Cedu.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 478, l. 28 dicembre 2015 n. 208, recante «disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)».

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 3 luglio 2018.

Il giudice di legittimità avalla la misura del sequestro preventivo c.d. impeditivo (ex art. 321, co. 1, c.p.p.) anche nei confronti delle società

NOTA A CASSAZIONE PENALE, SEZ. II, SENT. 20 LUGLIO 2018 N. 34293

*Massimiliano Stagno**

«In tema di responsabilità da reato degli enti e persone giuridiche, è ammissibile il sequestro impeditivo di cui al comma primo dell'art. 321 cod. proc. pen., non essendo riscontrabile alcuna sovrapposizione e, quindi, nessuna incompatibilità di natura logico - giuridica fra il suddetto sequestro e le misure interdittive»

1. La pronuncia in commento ha avuto origine da un procedimento penale per fatti di truffa aggravata finalizzata al conseguimento di erogazioni pubbliche nel quale il Gip del Tribunale di Trani disponeva il sequestro preventivo di tre impianti fotovoltaici direttamente nei confronti dell'indagata società Sunflower S.r.l., non ravvisando incompatibilità di un simile provvedimento con il sistema di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

In particolare, contestando la creazione di impianti fotovoltaici (di appartenenza della società) che solo apparentemente erano utilizzati per la coltivazione agricola, inducendo in errore il Ministero per lo sviluppo economico per il tramite del Gestore dei Servizi Economici (GSE S.p.A.), con conseguente ingiusto profitto in capo all'ente, il Pubblico Ministero richiedeva il sequestro preventivo dei suddetti impianti, in quanto considerati beni la cui libera disponibilità in capo all'ente fosse in grado di aggravare le conseguenze del reato; il Gip del Tribunale di Trani, ritenendo sussistenti i presupposti di cui all'art. 321 c.p.p., disponeva il sequestro.

Avverso detto decreto veniva presentato riesame e, a seguito del rigetto dello stesso, la società Sunflower S.r.l. proponeva ricorso in Cassazione sostenendo, fra i vari motivi, la violazione degli artt. 19 e 53 d.lgs. n. 231 del 2001; nello specifico, il ricorrente lamentava l'illegittima applicazione del sequestro preventivo (c.d. impeditivo) di cui all'art. 321, co. 1, c.p.p. nei confronti della società, non solo perché il menzionato art. 53, nel disciplinare il sequestro preventivo applicabile all'ente, richiama espressamente l'art. 321 solo con riguardo ai commi 3, 3-bis e 3-ter dello stesso, ma anche in ragione di un argomento sistematico: le finalità precauzionali nei confronti di una persona fisica sarebbero del tutto estranee all'ente per il quale è stato previsto il sequestro solo funzionale alla successiva confisca, anche perché, se così non fosse, si verrebbe a creare una sovrapposizione tra il sequestro preventivo e l'interdizione dell'attività.

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

Dette argomentazioni, tuttavia, non venivano condivise dalla Cassazione che confermava il sequestro preventivo applicato dal Gip attraverso una ricostruzione originale e sinora inedita dei rapporti tra le misure cautelari reali previste, rispettivamente, dal codice di rito e dal d.lgs. n. 231 del 2001.

2. Segnatamente, la sentenza in questione mette in risalto un aspetto assolutamente innovativo del diritto “penale” degli enti; per la prima volta, infatti, è stato ritenuto legittimo un provvedimento di sequestro preventivo *ex art. 321, co. 1 c.p.p.* applicato nei confronti di una persona giuridica, quando, fino ad oggi, dottrina e giurisprudenza sembravano, invece, concordi nel ritenere incompatibile con la responsabilità degli enti un simile provvedimento per una serie di ragioni.

In primis, vi era la Relazione Ministeriale al cennato decreto che espressamente dichiarava il sequestro preventivo impeditivo inapplicabile nei confronti della persona giuridica, ritenendo tale provvedimento incompatibile con le sanzioni interdittive ivi previste (1).

Tuttavia, nonostante l’art. 11, co. 1 lett. o l. n. 300 del 2000 (2) richiedesse espressamente la predisposizione di norme concernenti soltanto le misure cautelari interdittive, il legislatore del d.lgs. 231 del 2001 ha ugualmente avvertito la necessità di introdurre una disciplina concernente anche le misure cautelari reali, limitatamente, però, alle sole ipotesi del sequestro preventivo a scopo di confisca e al sequestro conservativo (artt. 53 e 54) (3). In tema di

(1) Sul punto v. § 17 della Relazione Ministeriale al decreto legislativo n. 231 del 2001, nel quale si afferma testualmente: «[...] discorso a sé stante meritano, infine, le previsioni di cui agli artt. 53 e 54. Queste introducono due ipotesi di cautele autonome rispetto all’apparato di misure interdittive irrogabili alle persone giuridiche. Per quanto non espressamente previsto dalla legge delega, si è ravvisata la necessità di disciplinare le ipotesi di sequestro preventivo a scopo di confisca e del sequestro conservativo, posto che la loro operatività in ragione del generale rinvio alle regole processuali ordinariamente vigenti [...] non si sarebbe potuto mettere seriamente in discussione in ragione di una incompatibilità con le sanzioni interdittive irrogabili nei confronti delle persone giuridiche, in realtà non ravvisabile se non in relazione al sequestro preventivo in senso proprio, che pertanto è da ritenersi ipotesi non applicabile nella specie».

(2) Si tratta della legge contenente la delega al Governo per l’introduzione della responsabilità da reato degli enti, la quale ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione OCSE (Convenzione sulla lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali); quest’ultima, all’art. 2, imponeva di assumere «*le misure necessarie a stabilire la responsabilità delle persone morali*», nel caso di corruzione di un funzionario pubblico straniero.

(3) In dottrina non è mancato chi ha ravvisato dubbi di legittimità costituzionale in ragione di un possibile contrasto con l’art. 76 Cost. nella parte in cui si vincola l’esercizio del potere legislativo del Governo alla determinazione, da parte del Parlamento, di principi e criteri direttivi. Sul punto, v. C. BONZANO, *Il procedimento penale a carico degli enti: restano incerti i confini per l’applicazione delle norme in tema di sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 7, 940 ss. In senso contrario, A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 429, secondo i quali, mentre le misure cautelari interdittive, rappresentando un’assoluta novità del sistema, non potevano non essere oggetto di una specifica indicazione nella legge delega, per quanto concerne le regole in tema di sequestro, trovando già una compiuta disciplina nel codice di rito, dal canto

cautele reali sono, dunque, riscontrabili espressamente: da una parte, il sequestro conservativo la cui finalità è «evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti da reato»; dall'altra, il sequestro preventivo previsto - allo stesso modo delle cautele interdittive - allo scopo di «paralizzare o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione della stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati».

In secondo luogo, è lo stesso art. 53 del d.lgs. n. 231 del 2001 a riferirsi alla possibilità per il giudice di disporre esclusivamente «il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19», osservando le disposizioni di cui agli artt. 321 co. 3, 3-bis e 3-ter, 322-bis e 323 c.p.p. (4); si nota, pertanto, l'assenza di qualsivoglia riferimento all'art. 321, co. 1, c.p.p. vale a dire al sequestro c.d. impeditivo (5).

Pertanto, il circoscritto oggetto della misura cautelare reale prevista dal cennato decreto - individuato dall'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 e costituito dal prezzo o dal profitto del reato o da denaro e beni di valore equivalente - evidenzia ancora una volta la scelta del legislatore di riservare alla stessa esclusivamente un ruolo di mera anticipazione dell'applicazione della sanzione definitiva della confisca (6).

In altre parole, il fatto che il citato art. 53 d.lgs. non preveda la possibilità che vengano sottoposte a sequestro cose pertinenti al reato la cui libera disponibilità possa aggravare o protrarre le conseguenze dello stesso ovvero agevolare la commissione di altri reati, e l'ulteriore mancato richiamo al primo

suo il legislatore, in virtù dell'art. 11 lett. q) della legge delega - nei limiti della compatibilità - era tenuto semplicemente ad uniformarsi.

(4) Secondo taluni, la finalità assegnata dal legislatore alla misura ablativa patrimoniale sarebbe smentita proprio dalla lettera dell'art. 53. Il sequestro preventivo, infatti, più che impedire l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze del reato o la commissione di altri reati, sembra, piuttosto, diretto solo a garantire la fruttuosità della confisca di cui all'art. 19. Sul punto v. F. LATTANZI, *I sequestri*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 582; A. BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in www.rivista231.it; M. ROBERTI, *L'applicazione delle misure interdittive*, in G. LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, 168.

(5) Sulla base di ciò, autorevole dottrina ha da sempre ritenuto che le finalità spiccatamente preventive assegnate alla disciplina dei sequestri, nel contesto della disciplina sulla responsabilità dell'ente, vengano svolte dalle misure cautelari interdittive appositamente disciplinate. Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, 129 ss.; F. LATTANZI, *I Sequestri*, cit.

(6) V.R. BRICCHETTI, *Anticipo della pena con il sequestro preventivo*, in *Guida dir.*, 2001 n. 26, 90 ss., tale presunta anticipazione - analogamente a quanto accade con riguardo alle misure cautelari interdittive - mette in luce un possibile profilo di incostituzionalità della disciplina con riferimento alla presunta violazione della presunzione di non colpevolezza (intesa come divieto di assimilare l'imputato al colpevole) ex art. 27, co. 2 Cost. Con specifico riferimento al sequestro preventivo, la misura viene ad assumere una spiccata finalità "conservativa" del patrimonio dell'ente, determinando un'impropria sovrapposizione tra la cautela reale e la sanzione finale rappresentata dalla confisca.

comma dell'art. 321 c.p.p. hanno da sempre fatto pensare all'impossibilità di disporre il sequestro preventivo impeditivo a carico degli enti.

A tal proposito, non può che sorprendere il totale disinteresse da parte della Corte di Cassazione verso il dato letterale dell'art. 53 d.lgs.; dato che risalta maggiormente se si considera che il legislatore della 231/2001 ha dato espressamente atto delle ragioni che fondano e giustificano la scelta di non includere anche il sequestro c.d. impeditivo tra le misure applicabili agli enti.

3. Nella motivazione della sentenza in esame, tuttavia, non si è ritenuto dirimente la scelta del legislatore delegato di escludere dal novero delle misure cautelari reali anche il sequestro preventivo c.d. impeditivo.

Secondo la Suprema Corte, infatti, la presunta sovrapposibilità (e, dunque, incompatibilità) tra le finalità delle cautele interdittive e la misura di cui all'art. 321, co. 1, c.p.p., in realtà, non sussisterebbe; ciò, per una duplice ragione: da un lato, la temporaneità del vincolo derivante dal sequestro; dall'altro, l'incidenza soltanto indiretta che la misura interdittiva determinerebbe sulla libera circolazione dei beni.

In primo luogo, dunque, l'effetto "paralizzante" di un provvedimento interdittivo sui beni il cui possesso potrebbe protrarre o aggravare le conseguenze del reato viene considerato alla stregua di una conseguenza indiretta e tendenzialmente temporanea; mentre il sequestro impeditivo - a parere dei Giudici di legittimità - avrebbe un effetto definitivo, ove, all'esito del processo, fosse tramutato in confisca.

In secondo luogo, il diverso effetto: mentre la cautela interdittiva "bloccerebbe" l'uso del bene soltanto come conseguenza indiretta, quale effetto delle misure interdittive applicate all'ente, il sequestro preventivo, invece, ha effetti diretti sul bene, eliminando, per sempre, il rischio che possa essere utilizzato per commettere altri reati. In altre parole, mentre con il sequestro preventivo si mira a colpire direttamente l'utilizzo della *res* (non a caso, esso è denominato "reale" ed è riferito alle "cose") sottraendola alla disponibilità di chi la possiede, diversamente, le misure interdittive sono dirette in via immediata contro la società, tant'è che i criteri per la loro applicazione sono stati parametrati sulla scia di quelli per le misure cautelari personali.

Per cui - ad avviso della Corte - *«se è vero che l'interdizione dell'esercizio dell'attività può paralizzare anche l'utilizzo delle cose "criminogene", è anche vero che nulla vieta all'ente di continuare a disporre di quei beni: una cosa, infatti, è la paralisi dell'attività dell'ente (al fine di impedirgli di continuare a trarre profitto dal reato), ben altra cosa è il blocco dei singoli e ben determinati beni»*.

In conclusione, esclusa qualsivoglia forma di sovrapposizione tra le cautele interdittive e il sequestro *ex art.* 321, co. 1, c.p.p. - avendo finalità differenti - l'applicazione della misura cautelare reale viene giustificata, a livello siste-

matico, tramite l'amplissimo disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 231 del 2001, ai sensi del quale «*per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano [...] in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271*».

4. Con la pronuncia in commento, dunque, la Corte di Cassazione si mostra favorevole al superamento della presunta incompatibilità tra le finalità del sequestro preventivo c.d. impeditivo e le cautele interdittive, tramite l'uso di argomentazioni, tuttavia, non esenti da talune criticità.

La diversa temporaneità ed efficacia delle due forme di cautele, infatti, sembrano argomenti superabili se si considera la "disciplina 231" nel suo complesso: le misure cautelari interdittive ivi previste parrebbero risultare già di per sé sufficienti a soddisfare i bisogni di prevenzione che sorgono nella fase procedimentale dell'accertamento dell'illecito.

In primis, con specifico riguardo alla temporaneità, è sicuramente vero che le misure cautelari interdittive, a differenza del sequestro, sono soggette a termini specifici previsti dallo stesso decreto legislativo (art. 51) (7), tuttavia, va rammentata la possibilità che anche la cautela interdittiva, all'esito del processo, e fermo restando la sussistenza di specifiche condizioni, venga applicata in via definitiva, tramutandosi - formalmente - nella corrispondente sanzione (art. 16) (8).

È innegabile che tale applicazione definitiva, essendo soggetta a requisiti alquanto stringenti, dovrebbe considerarsi come una mera eccezione, ma ciò solo non la differenza - sotto il profilo dell'efficacia temporale - dal sequestro impeditivo.

Del resto, anche il provvedimento di confisca, successivo al sequestro, è da considerarsi eventuale nella misura in cui esso è subordinato alla circostanza che il sequestro abbia ad oggetto cose di cui è consentita la confisca in caso di condanna.

(7) L'art. 51 del d.lgs. n. 231 del 2001, rubricato «Durata massima delle misure cautelari», stabilisce che «nel disporre le misure cautelari il giudice ne determina la durata, che non può superare la metà del termine massimo indicato all'art. 13, comma 2» (ossia un anno). Si tratta, tuttavia, di un termine che subisce significative variazioni nel caso in cui sia stata disposta sentenza di condanna di primo grado. Il comma 2 dell'art. 51, infatti, prevede un prolungamento del termine della misura irrogata, fino all'entità della corrispondente sanzione; ma comunque il trattamento interdittivo non potrà durare più di due terzi del termine indicato dall'art. 13, co. 2.

(8) L'art. 16, co. 1, del decreto stabilisce che «può essere disposta l'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dell'esercizio dell'attività». L'applicazione in via definitiva delle sanzioni (e, dunque, anche delle misure cautelari) non riguarda solo l'interdizione dall'esercizio dell'attività; il secondo comma dell'art. 16 prevede infatti che «il giudice può applicare, in via definitiva, la sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero del divieto di pubblicizzare beni o servizi quando è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni».

Quella appena citata di certo non può definirsi un'ipotesi sempre ricorrente. Si ponga il caso, a titolo esemplificativo, che in sede di indagine emergano le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 321 c.p.p., le quali sono idonee a giustificare il sequestro, e poi, anche in caso di condanna, il bene vada restituito perché non è consentita l'ablazione definitiva.

La differenza tra le due forme di cautele, dunque, può essere ravvisata certamente nel fatto che solo in relazione ad una di esse (cautele interdittive) sia stato previsto un termine specifico (anche se, come visto, non mancano i casi in cui la misura possa essere disposta in via definitiva), ma questa può dirsi una mera conseguenza del fatto che solo le misure cautelari interdittive trovano espressa disciplina nel decreto 231.

Oltretutto, parte della dottrina già dubitava in ordine al carattere di temporaneità di alcune misure interdittive, tanto da ritenerle incompatibili con le finalità cautelari: il riferimento è all'ipotesi di cui all'art. 9, co. 2 lett. b) («*la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito*»), nonché a quella di cui all'art. 9, co. 2, lett. d) («*l'esclusione di agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi*») (9).

Con riguardo al tema dell'asserita diversità in termini di effettività dei due modelli di misure cautelari, la Corte di Cassazione non sembra aver considerato come se è vero che, l'oggetto dei due provvedimenti sia diverso tra loro, d'altra parte, l'effetto materiale degli stessi risulta comunque il medesimo: a seguito di una misura interdittiva, infatti, l'ente viene parimenti privato della disponibilità dei propri beni.

Non è un caso, del resto, che il legislatore consapevole dalle conseguenze che l'interdizione può comportare sulla vita dell'ente (sia in termini economici, sia di immagine), ha configurato la corrispondente misura cautelare come *ultima ratio*.

In aggiunta, per evitare un ulteriore utilizzo del bene, vi sarebbe la possibilità - riconosciuta dagli stessi giudici di legittimità - di disporre il commissariamento dell'ente in via cautelare (art. 45, co. 3) (10), al fine di impedire l'utilizzo materiale e giuridico di determinati beni "criminogeni".

(9) In tal senso, v. G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2010, 507; F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 247; M. CERESA GASTALDO, *Il processo alle società nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, 42 ss. il quale sostiene in particolare che «stando a consolidate concettualizzazioni giuridiche, mentre le locuzioni "sospensione" ed "esclusione temporanea" esprimono una connotazione di interinalità tipica dello strumento cautelare, non così può dirsi per la revoca, che si concretizza nella rimozione, potenzialmente anche definitiva, del provvedimento che ne è investito».

(10) La norma prevede che «in luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale, a norma dell'art. 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata». Il rinvio all'art. 15, rubricato «Commissario giudiziale», oltre a determinare le condi-

Qualora si ritenesse opportuno consentire il proseguimento dell'attività dell'ente, la citata misura rappresenterebbe, di certo, una valida soluzione per soddisfare lo scopo di prevenzione e, al contempo, impedire un utilizzo improprio dei beni finalizzato alla commissione di altri reati.

5. Dall'analisi appena esposta, si può concludere nel senso che il sequestro preventivo c.d. impeditivo (art. 321, co.1 c.p.p.) rappresenta forse un *surplus* in un sistema già di per sé idoneo a soddisfare gli scopi e le esigenze cautelari, che non fa altro che incrementare una politica di repressione nei confronti dell'ente. D'altronde, lo stesso legislatore nella relazione ministeriale, come visto, deliberatamente aveva deciso di non disciplinare tale forma di sequestro a carico dell'ente proprio per la sua sovrapposizione con le cautele interdittive.

La Cassazione, dunque, con tale sentenza, sembra aver ignorato le intenzioni del legislatore, con conseguenti frizioni rispetto al principio di legalità; i giudici, utilizzando l'ampio meccanismo dell'art. 34 del d.lgs. n. 231 del 2001, hanno esteso all'ente una misura con forti caratteri di afflittività sostanzialmente *contra legem* e, soprattutto, senza che ciò fosse realmente necessario: per le ragioni sopra esposte, infatti, le finalità alla base del sequestro preventivo impeditivo parrebbero già insite nella disciplina delle cautele interdittive e del commissariamento dell'ente.

Neppure il ricorso all'art. 34 convince particolarmente. In un simile contesto, sembra che i giudici della suprema Corte considerino il disposto di tale norma come una sorta di "lascia passare" che consentirebbe l'ingresso nell'autonomo sistema di responsabilità degli enti di tutte quante le norme previste dal codice di rito a carico della persona fisica.

Tale impostazione, tuttavia, risulta in contrasto con gli insegnamenti giurisprudenziali in materia che subordinano l'estensione applicativa di una norma al sistema di responsabilità degli enti ad una valutazione di compatibilità con il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative di cui al Capo III del d.lgs. 231/2001 (11).

Un simile giudizio nel caso di specie è - come visto in precedenza - già stato operato dal legislatore che concludeva in senso negativo circa l'applicazione del sequestro impeditivo.

zioni in presenza delle quali può avvenire tale nomina (cioè quando «l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività» ovvero quando «l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione»), affida al giudice il compito di determinare i compiti ed i poteri del commissario.

(11) Sul punto cfr. Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251 in *Cass. pen.* 2010, 2539.

Corte di Cassazione, Seconda Sezione Penale, sentenza 20 luglio 2018 (Ud. 10 luglio 2018) n. 34293 - Pres. P. Davigo, Rel. G. Rago.

(...)

4.1. IL SEQUESTRO IMPEDITIVO

Risulta dall'ordinanza impugnata (pag. 12) nonché dallo stesso decreto emesso dal giudice delle indagini preliminari (pag. 42) che, su richiesta del Pubblico Ministero, il giudice delle indagini preliminari ordinò «il sequestro preventivo ex art. 321 cod. proc. pen. degli impianti fotovoltaici, in quanto beni che hanno permesso la realizzazione dei fatti-reato e il conseguimento di erogazioni pubbliche che altrimenti gli indagati non avrebbero potuto conseguire: è quindi evidente che la libera disponibilità di siffatti impianti, in quanto beni pertinenti al reato, potrebbero aggravare, protrarre o agevolare la commissione di altri reati» (pag. 42 decreto giudice delle indagini preliminari).

Il sequestro degli impianti fotovoltaici fu, quindi, ordinato a norma dell'art. 321/1 cod. proc. pen. - come letteralmente si desume dalla motivazione dinnanzi riportata - nei confronti della società ricorrente (pacificamente proprietaria dei suddetti impianti) in quanto indagata ex artt. 5/1 lett a) e 24 dlgs 231/2001 ed il cui legale rappresentante risulta essere *omissis*, allo stato non indagato, almeno stando a quanto risulta dallo stesso decreto di sequestro.

Il Tribunale (pag. 31 ss) ha ritenuto di confermare il suddetto sequestro adducendo una motivazione che, in pratica, ricalca quella del giudice delle indagini preliminari.

4.1.1. La censura è infondata per le ragioni di seguito indicate.

La legge n. 231/2001 prevede un complesso sistema di repressione degli illeciti commessi dall'ente, basato sulle sanzioni amministrative indicate nell'art. 9 che vengono applicate all'esito del processo che si concluda con la condanna dell'ente (art. 69).

Non potendosi tuttavia, attendere sempre l'esito definitivo del processo, il legislatore ha previsto che, nel corso delle indagini o durante lo stesso processo (art. 47), all'ente si possano applicare delle misure cautelari: «L'esigenza di apprestare un sistema di cautele con riferimento all'illecito imputabile alla persona giuridica ubbidisce a un duplice scopo: evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato; "paralizzare" o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato» (Relazione Ministeriale § 17).

Il sistema delle misure cautelari (art. 45) si basa, da una parte, sulle sanzioni interdittive di cui all'art. 9/2, e, dall'altra, sul sequestro preventivo (art. 53) e sul sequestro conservativo (art. 54).

L'art. 53/1 dispone «1. Il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'articolo 19. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 321, commi 3, 3-bis e 3-ter, 322, 322-bis e 323 del codice di procedura penale, in quanto applicabili».

Il suddetto articolo, prevede testualmente che, nei confronti degli enti, si possa applicare il solo sequestro (del prezzo o del profitto del reato) a fini di confisca di cui all'art. 321/2 cod. proc. pen.

Quindi, il sequestro preventivo di cui all'art. 53 non coincide con quello previsto nell'art. 321 cod. proc. pen. non solo perché non è previsto il sequestro impeditivo di cui al primo comma, ma anche perché il sequestro a fini di confisca non ha l'ampia latitudine di quello previsto dall'art. 321/2 cod. proc. pen. ("il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca") essendo ristretto e limitato, in virtù del rinvio all'art. 19, al solo

prezzo o profitto del reato (la confisca del profitto ex artt. 6/5 e 15/4 è consentita solo con la sentenza di condanna e non è anticipabile con il sequestro essendo questo previsto solo per l'ipotesi di cui all'art. 19).

La suddetta disposizione è, peraltro, coerente con quanto si legge nella Relazione Ministeriale in cui, al § 17 - dedicato alle misure cautelari - si trova scritto: «Discorso a sé stante meritano, infine, le previsioni di cui agli artt. 53 e 54. Queste introducono due ipotesi di cautele autonome rispetto all'apparato di misure interdittive irrogabile alle persone giuridiche. Per quanto non espressamente previsto dalla legge delega, si è ravvisata la necessità di disciplinare le ipotesi di sequestro preventivo a scopo di confisca e del sequestro conservativo, posto che la loro operatività in ragione del generale rinvio alle regole processuali ordinariamente vigenti - questo espressamente previsto dalla delega - non si sarebbe potuta mettere seriamente in discussione in ragione di una incompatibilità con le sanzioni interdittive irrogabili nei confronti delle persone giuridiche, in realtà non ravvisabile se non in relazione al sequestro preventivo in senso proprio, che pertanto è da ritenersi ipotesi non applicabile nella specie. Da qui la disciplina sopra richiamata che consente il sequestro preventivo in funzione di confisca con conseguente richiamo di parte della disciplina codicistica, nonché l'altra previsione, che appunto rende possibile il sequestro conservativo - anche qui con richiamo della disciplina codicistica in quanto applicabile - dei beni o delle somme dovute o che garantiscano il pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario».

Quindi, non fu prevista la possibilità del sequestro impeditivo perché la funzione cautelare da questo assolta (impedire che "la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati"), avrebbe determinato "una incompatibilità con le sanzioni interdittive irrogabili nei confronti delle persone giuridiche", anch'esse aventi la stessa finalità.

4.1.2. Poiché l'incompatibilità fra il sequestro impeditivo e le misure interdittive ha costituito l'unico motivo per cui il sequestro di cui all'art. 321/ cod. proc. pen. è stato ritenuto inapplicabile nei confronti degli enti, non resta allora che verificare se la suddetta affermazione sia fondata oppure se, al contrario, il sequestro impeditivo abbia un suo autonomo raggio di azione: in quest'ultimo caso, occorre stabilire quale sia il *finium regundorum* fra i due suddetti istituti.

La paventata incompatibilità potrebbe ravvisarsi laddove la misura interdittiva avesse lo stesso effetto di un sequestro impeditivo: ad es., la misura interdittiva dell'esercizio dell'attività (che, può essere disposta anche in via definitiva ex art. 16), paralizzando l'attività dell'ente può, apparentemente, sortire lo stesso effetto di un sequestro impeditivo che colpisca le "cose che sono pertinenti al reato".

In realtà, non è così.

Infatti, se è vero che l'uso delle suddette "cose" può rimanere "paralizzato" a seguito di un provvedimento interdittivo, è anche vero, però, che si tratta solo di un effetto indiretto e tendenzialmente temporaneo (art. 13/2, fatta eccezione l'ipotesi di cui all'art. 16).

Tale effetto, invece, non si verifica con il sequestro impeditivo perché, a norma dell'art. 323/3 cod. proc. pen, "se è pronunciata sentenza di condanna, gli effetti del sequestro permangono quando è stata disposta la confisca della cose sequestrate" ex art. 240 cod. proc. pen.

Si può, quindi, affermare che il campo d'applicazione del sequestro impeditivo non coincide con le misure interdittive per una molteplicità di ragioni.

Innanzitutto, per la temporaneità della misura interdittiva laddove il sequestro è tendenzialmente definitivo ove, all'esito del giudizio di cognizione, sia disposta la confisca.

In secondo luogo, per l'effetto: mentre la misura interdittiva "paralizza" l'uso del bene "criminogeno" solo in modo indiretto (quale effetto di una delle misure interdittive), al contrario, il sequestro (e la successiva confisca) colpisce il bene direttamente eliminando, quindi, per sempre, il pericolo che possa essere destinato a commettere altri reati.

Infatti, il sequestro è diretto contro le "cose" (non a caso, è denominato "reale") che abbiano una potenzialità lesiva dei diritti costituzionali sicché è finalizzato a sottrarle a chi ne abbia la disponibilità proprio a tutela della collettività: sul punto, è opportuno rammentare, che - sulla scia dei lavori preparatori - è stato ritenuto che «i limiti di disponibilità dei beni si correlano alla funzione preventiva della cautela e, quindi, ad esigenze connesse ad una situazione di pericolo per la collettività che ben possono giustificare l'imposizione del vincolo»: Corte Cost. n. 48/1994. Al contrario, le misure interdittive sono dirette contro la società, tant'è che i criteri per la loro applicabilità sono stati parametrati su quelli delle misure cautelari personali (artt. 45-46).

Il sequestro impeditivo ha, quindi, una selettività che la misura interdittiva non ha. E, così, proseguendo nell'esempio ipotizzato (che, *a fortiori*, può essere esteso anche alle altre misure meno invasive), se è vero che l'interdizione dell'esercizio dell'attività può paralizzare anche l'utilizzo delle cose "criminogene", è anche vero che nulla vieta all'ente di continuare a disporre di quei beni: una cosa, infatti, è la paralisi dell'attività dell'ente (al fine di impedirgli di continuare a trarre profitto dal reato), ben altra cosa è il blocco di singoli e ben determinati beni che, ove non sequestrati, ben potrebbero continuare ad esplicare la loro carica criminogena ad es. perché utilizzati dall'ente in altri rami dell'attività non colpita dall'interdittiva o perché, addirittura, ceduti a terzi che continuano ad utilizzarli.

L'unico caso in cui le conseguenze ipotizzate si potrebbero evitare è quello del commissariamento dell'ente (art. 45/3) e sempre che il commissario, *motu proprio*, blocchi l'utilizzo materiale e giuridico dei beni "criminogeni".

Ma, a parte la temporaneità e le stringenti condizioni che devono sussistere per disporre il commissariamento (art. 15), sembra evidente che il mezzo utilizzato sarebbe sproporzionato per lo scopo che si volesse raggiungere (impedire che singoli beni possano aggravare o protrarre le conseguenze del reato o agevolare la commissione di altri reati): il che costituisce un'ulteriore conferma del fatto che la cautela interdittiva - o perché inidonea o perché troppo invasiva - non ha quella duttilità (anche in considerazione dei ferrei criteri cui deve sottostare ex art. 46) che ha, invece, il sequestro impeditivo.

Il sequestro impeditivo, ha, quindi, una finalità che la misura interdittiva non ha: impedire l'utilizzo di singoli beni ed evitare, sottraendoli alla disponibilità dell'ente, che possano continuare - nonostante la misura interdittiva - quantomeno ad "agevolare la commissione di altri reati" con conseguente pericolo per la collettività.

4.1.3. Individuato l'autonomo raggio d'azione del sequestro impeditivo rispetto alle misure interdittive, resta, però, da capire in base a quale argomento il suddetto sequestro possa essere veicolato nell'ambito della normativa di cui al dlgs n. 231/2001.

A livello sistematico, l'applicazione del sequestro impeditivo si può, innanzitutto, giustificare laddove si tenga presente che si tratta di un istituto generale (in quanto previsto nel cod. proc. pen.) che non trova ostacolo di natura logica-giuridica, per quanto si è ampiamente illustrato, ad essere applicato anche agli enti, proprio perché il pericolo di sovrapposizione paventato nella Relazione Ministeriale non è ipotizzabile.

A livello letterale, la norma che consente di applicare il sequestro Impeditivo anche agli enti, va rinvenuta nell'ampissimo disposto dell'art. 34 a norma del quale «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano [...] in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

D'altra parte, non appare superfluo evidenziare che solo un'interpretazione costituzionalmente orientata - come quella alla quale si ritiene di dover pervenire - può fugare i dubbi di costituzionalità che sorgerebbero laddove si volesse teorizzare per l'ente un regime privilegiato rispetto a quello generale previsto dal codice di rito e, quindi, privare la collettività di un formidabile ed agile strumento di tutela finalizzato ad eliminare dalla circolazione beni criminogeni.

Ovviamente, nulla vieta, come pure è stato proposto in dottrina, di disporre il sequestro impeditivo nei confronti della persona fisica indagata o imputata che utilizzi il bene "criminogeno" di proprietà dell'ente che, quindi, sia pure in modo indiretto, ne verrebbe privato: ma si tratta di una possibilità che va ritenuta aggiuntiva o alternativa ma non sostitutiva.

Il che significa, in ultima analisi che, oltre all'espressa e speciale ipotesi prevista dall'art. 53, del sequestro preventivo del prezzo o del profitto del reato, nei confronti dell'ente deve ritenersi ammissibile (in virtù del rinvio alle disposizioni del cod. proc. pen. "in quanto compatibili") anche la normativa generale del sequestro preventivo di cui all'art. 321/1 cod. proc. pen., spettando al Pubblico Ministero individuare, di volta in volta, quello più funzionale all'esigenza cautelare che intenda conseguire.

Deve, pertanto, ritenersi la legittimità del disposto sequestro impeditivo non essendovi alcun dubbio sul nesso di pertinenzialità fra il reato contestato (di cui è stato ampiamente provato il *fumus*: cfr *supra*) e le "cose" sottoposte a sequestro (le serre fotovoltaiche) che, ove lasciate nella libera disponibilità della ricorrente avrebbero continuato "a produrre una lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice (art. 640 bis cod. pen.) poiché risulta acquisita la prova che le serre negli anni di esercizio non sono state destinate né a coltivazione agricola, né ad attività di floricoltura, circostanza che, in assenza di revoca della concessione da parte del G.S.E., aggrava le conseguenze del reato" (pag. 32 ordinanza impugnata).

In conclusione, la censura dev'essere disattesa alla stregua del seguente principio di diritto: *«in tema di responsabilità dipendente da reato degli enti e persone giuridiche, è ammissibile il sequestro impeditivo di cui al comma primo dell'art. 321 cod. proc. pen., non essendovi totale sovrapposizione e, quindi, alcuna incompatibilità di natura logica-giuridica fra il suddetto sequestro e le misure interdittive».*

(...)

Interventi pubblici di sostegno alle imprese (d.lgs. n. 123/1998): finalmente chiarezza sui crediti privilegiati

NOTA A CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE I, SENTENZA 26 GIUGNO 2019 N. 17101

*Alessandra Bruni**
*Alessandro D'Amico***

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'orientamento preclusivo della natura privilegiata del credito - 3. Il nuovo corso inaugurato da Cass. 30 gennaio 2019, n. 2664 - 4. La sentenza del 26 giugno 2019, n. 17101.

1. Introduzione.

La questione affrontata dalla sentenza in commento è se il finanziamento sotto forma di garanzia, possa essere o meno ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 9, comma 5, D.Lgs. n. 123/1998. In particolare la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di qualificare come "privilegiato" il credito ("di firma") nascente da una prestazione di garanzia.

È preliminare un breve richiamo alla normativa di riferimento.

Il D.Lgs. n. 143/1998 detta disposizioni in materia di commercio con l'estero ed individua tra le funzioni di Sace S.p.a. (parte nel processo di cui alla sentenza in commento) quella di garantire gli operatori con riferimento alla loro attività con l'estero ed alla internazionalizzazione dell'economia. In particolare Sace S.p.a. è autorizzata a rilasciare garanzie e coperture assicurative per il rischio di mancato rimborso relativamente a finanziamenti e strumenti finanziari connessi al processo di internazionalizzazione di imprese italiane.

Il D.Lgs. n. 123/1998 individua i principi che regolano i procedimenti amministrativi concernenti gli interventi di sostegno per lo sviluppo delle attività produttive effettuati dalle amministrazioni pubbliche. Tali interventi secondo l'art. 7 possono consistere "*in una delle seguenti forme: credito d'imposta, bonus fiscale, concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi, finanziamento agevolato*". Il successivo art. 9 disciplina la revoca dei suddetti benefici, la misura delle restituzioni in conseguenza della revoca e prevede i casi in cui opera il privilegio. In particolare, la revoca dei benefici è prevista: a) in caso di "assenza di uno o più requisiti, ovvero di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili" (comma 1); b) nel caso in cui "i beni acquistati con l'intervento siano alienati, ceduti o distratti nei cinque anni successivi alla concessione, ovvero prima che abbia termine quanto previsto

(*) Avvocato dello Stato.

(**) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

dal progetto ammesso all'intervento" (comma 3); c) nel caso di "azioni o fatti addebitati all'impresa beneficiaria" (comma 4). Gli interventi pubblici di sostegno all'economia si realizzano dunque attraverso un procedimento complesso, in cui la fase di natura amministrativa di selezione dei beneficiari in vista della realizzazione di interessi pubblici è seguita da un negozio privatistico di finanziamento o di garanzia, nella cui struttura causale si inserisce la destinazione delle somme ad uno specifico scopo. La deviazione dallo scopo determina la violazione della causa del contratto di finanziamento o di garanzia e costituisce presupposto alla revoca del beneficio. È in tale contesto che si colloca il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, secondo cui *"per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo 67, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43, delle somme oggetto di restituzione, nonché delle somme a titolo di rivalutazione e interessi e delle relative sanzioni"*.

Il decreto peraltro non introduce affatto una nuova procedura *ad hoc* per l'erogazione di agevolazioni pubbliche, costituendo invece una sorta di codificazione generale che riconduce ad unità la frammentaria legislazione agevolativa creatasi nel corso degli ultimi decenni.

Alla luce del quadro normativo di riferimento appena tratteggiato, la giurisprudenza ha affrontato la questione relativa alla natura del privilegio di cui all'art. 9 comma 5 e alla sua applicabilità al caso di specie, ovvero all'ipotesi di concessione di garanzia (che costituisce uno degli interventi previsti all'art. 7 del decreto).

Il comma 5 dell'art. 9, infatti, fa espresso riferimento ai *"crediti nascenti dai finanziamenti erogati"*. I giudici, di merito prima e di legittimità in seguito, hanno pertanto posto l'attenzione al dato letterale interrogandosi sull'ampiezza semantica e normativa di tale espressione e, in particolare, se essa sia idonea a comprendere anche gli interventi che consistono nel rilascio di garanzie a favore delle imprese beneficiarie, e quindi non riferibili ad erogazioni dirette di denaro.

Il combinato disposto degli artt. 7 e 9, comma 5, sembrerebbe non dar luogo ad equivoci interpretativi. È evidente, infatti, già dal dato letterale, che il legislatore abbia inteso ricomprendere nell'espressione *"finanziamenti"* tutte le modalità d'intervento previste dall'art. 7. Tuttavia questa apparente chiarezza non ha impedito il sorgere di un contrasto interpretativo presso la giurisprudenza di merito circa l'attribuibilità o meno della natura privilegiata a crediti derivanti dalla concessione di garanzie, oltremodo definibili *crediti per cassa*.

La Suprema Corte inizialmente, ai fini del riconoscimento del privilegio,

ha attribuito natura costitutiva alla revoca cui fa riferimento il più volte citato art. 9 comma 5 del D.lgs. del 1998, interpretazione modificata con la sentenza in commento, con cui invece si attribuisce alla revoca natura meramente dichiarativa nascendo il credito privilegiato perché ha ad oggetto fondi pubblici.

Con la sentenza sez. I, 26 giugno 2019, n. 17101, la Corte Suprema ha fatto chiarezza interpretativa relativamente alla natura e tipologia dei crediti *ex d.lgs. 123 del 1998*, approdando, come già anticipato in alcune precedenti decisioni, ad attribuire natura privilegiata al credito *ex tunc*, scollegandolo dal riferimento al momento di presentazione della revoca, poiché il credito - come correttamente evidenziato dalla Corte - nasce *ab origine*, ontologicamente privilegiato, ciò in ragione della sua sottesa finalità pubblicistica.

Da tale presupposto derivano conseguenze non prive di rilevanza sul piano pratico. Infatti, se si sostiene che il credito nasca privilegiato fin dall'inizio, il privilegio può essere eccepito nei confronti del debitore anche a seguito della presentazione del ricorso in pendenza della procedura di concordato preventivo. Gli altri creditori, infatti, non potrebbero, in tale ipotesi, invocare il dettato normativo dell'art. 168, ultimo comma, L.F. Tale norma, che regola il divieto di acquisire diritti di prelazione a danno dei creditori concorrenti con conseguente degradazione dal privilegio al rango di chirografo, trova infatti applicazione unicamente per diritti di prelazione che non sono stati regolarmente costituiti prima della presentazione della domanda di concordato.

2. *L'orientamento preclusivo della natura privilegiata del credito.*

L'ormai superato indirizzo dei giudici di merito si fondava su alcuni elementi di seguito riportati.

In primo luogo è contestato che il privilegio previsto dal D.lgs. n. 123 del 1998, art. 9, comma 5, si possa ritenere riferito a tutti i benefici di cui all'art. 7 del decreto medesimo e, quindi, anche ai crediti derivanti dalle "concessioni di garanzia" previsti da tale norma. Il detto privilegio sarebbe riferibile, per contro, ai soli casi di erogazione diretta di danaro.

Il sostegno di questa tesi sarebbe corroborato da tre distinti ordini di assunti critici. In primo luogo il termine utilizzato dal legislatore ("finanziamenti"), nonostante la sua ampiezza semantica, non trova nel D.lgs. una specifica definizione normativa. Tale mancanza non può condurre, tuttavia, ad un utilizzo improprio dell'espressione al fine di ricomprendervi l'intera gamma dei c.d. "benefici" elencati all'art. 7 del medesimo decreto. Il termine "finanziamenti", viceversa, viene impiegato dal legislatore per individuare uno solo dei modelli dei sei modelli di intervento contemplati (*ex art. 7 D.lgs.*). Solo attraverso tale assunto si potrebbe, infatti, escludere l'ambiguità dell'art. 9 comma 5, nella parte in cui esso fornisce specifiche indicazioni circa la restituzione dei "*crediti nascenti da finanziamenti erogati ai sensi del presente*

D.lgs.". Pertanto solo alla revoca di un'erogazione diretta di denaro consegue fisiologicamente un obbligo di restituzione delle somme. Tale automatismo non opera invece per la revoca di quelle misure che, come la prestazione di garanzia, non sostanziano un'erogazione diretta di danaro. Tale assunto sarebbe avvalorato anche dalla circostanza che l'erogazione diretta di un finanziamento comporta una forma di sostegno all'impresa ben più "impegnativa" rispetto ad un'assunzione di garanzia.

In secondo luogo, viene posta l'attenzione sul dato letterale della norma ed in particolare sull'espressione utilizzata dal legislatore nel primo periodo del quinto comma: "*crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo*". Il legislatore, non a caso, non ha utilizzato il termine "benefici" di cui all'art. 7, comma 1, che comprende anche la "concessione di garanzia", ma ha scelto di utilizzare il termine "finanziamenti". E se per "finanziamenti" possono estensivamente intendersi (oltre alle erogazioni finanziarie a titolo di mutuo), tutte le contribuzioni dirette in danaro in favore del soggetto beneficiario, quali i contributi in conto capitale e i contributi in conto interessi, "restano invece escluse le prestazioni in favore di terzi, tra cui le garanzie prestate a favore del soggetto finanziatore" (1). Quindi, da tale espressione normativa sembrerebbe che il legislatore abbia ben chiaro il rapporto di genere a specie intercorrente tra la categoria generale dei "benefici" o "interventi" e la sottocategoria dei "finanziamenti". Conseguentemente, ove avesse voluto attribuire natura privilegiata anche a crediti derivanti dalla restituzione di interventi diversi dai "finanziamenti", avrebbe evitato di fare riferimento espresso a quest'ultima sottocategoria. Pertanto il riferimento contenuto nel quinto comma dell'art. 9 ai "finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo" deve essere inteso come circoscritto alle sole ipotesi di erogazioni dirette di danaro. Inoltre si evidenzia un ulteriore argomento letterale contrario alla tesi dell'applicabilità del privilegio in contestazione ai crediti derivanti dalle garanzie prestate da Sace. Si sottolinea che l'art. 9, comma 5, d.lgs. 123/98 prevede che i crediti assistiti dal privilegio siano riscossi mediante iscrizione a ruolo, diversamente da quanto accade per le ipotesi di garanzia, in riferimento alle quali, a fronte dell'escussione da parte del beneficiario (la banca), si determina una surrogazione da parte del garante nei diritti del creditore surrogato ai sensi dell'art. 1203 c.c. (2).

Da ultimo, per sostenere che il privilegio sarebbe riferibile ai soli casi di erogazione diretta di danaro, viene richiamato il principio di tassatività dei

(1) In tal senso Trib. Roma, XVII sez. civ., 10/01/2019, n. 579.

(2) In questi termini, Trib. Roma, XVII sez. civ., 10/01/2019, n. 579; Trib. Roma, IX sez. civ., 2 marzo 2017, (dep. 2 marzo 2017) sostiene che "secondo un'interpretazione letterale e sistematica, il riferimento contenuto nell'art. 9, co. 5, del D.lgs. 123/1998 deve ritenersi applicabile esclusivamente alle ipotesi di crediti derivanti da "finanziamenti erogati" e poi "revocati". Resta quindi esclusa la diversa fattispecie della garanzia prestata a favore del soggetto finanziatore".

privilegi. La materia dei privilegi, infatti, è di stretta interpretazione attesa la eccezionalità delle norme che li prevedono in deroga al principio della *par condicio creditorum*, di cui all'art. 2741 del codice civile. Ne consegue l'esclusione dell'interpretazione analogica (art. 14 delle disposizioni preliminari del Codice Civile) delle norme che stabiliscono privilegi, pena la violazione del principio di tassatività dei privilegi. Di tale avviso è la stessa Corte di Cassazione, secondo la quale "le norme che stabiliscono privilegi in favore di determinati crediti costituiscono norme eccezionali e non sono suscettibili di interpretazione analogica, ma solo di interpretazione estensiva" (3). Ebbene alla luce di un'interpretazione letterale e sistematica è esclusa la possibilità di ricondurre i crediti da concessione di garanzia al disposto dell'art. 9, in ragione del fatto che tra quest'ipotesi e quella rappresentata dalle erogazioni dirette corre una differente conformazione genetica (4).

Altra questione che porta a negare la natura privilegiata del credito attiene al momento in cui lo stesso possa ritenersi "privilegiato". Si sostiene, infatti, che il credito in esame non sarebbe intrinsecamente privilegiato, ma eventualmente potrebbe essere considerato privilegiato solo in conseguenza alla revoca degli "interventi" a cui fa riferimento l'art. 9 comma 1, il quale prevede che "in caso di assenza di uno o più requisiti, ovvero di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili, il soggetto competente provvede alla revoca degli interventi". Pertanto si deduce che il credito non nasce privilegiato, ma lo diviene solo a seguito della revoca dell'intervento, dunque è il provvedimento amministrativo di revoca che integra il presupposto costitutivo del privilegio (5).

Tale conclusione porta ad escludere la natura di credito privilegiato in tutte quelle ipotesi in cui la revoca dell'intervento avvenga in seguito al fallimento dell'impresa beneficiaria della garanzia. Infatti il privilegio, sorto non potrebbe essere opposto alla massa fallimentare per la preclusione segnata dall'art. 2916 cod. civ. A maggior ragione tale conclusione andrebbe sostenuta nel caso in cui il credito, prima della nascita del privilegio, sia già stato acquisito nella procedura fallimentare (come chirografario). È, infatti, principio acquisito che "nel procedimento fallimentare l'ammissione di un credito, sancita poi dalla definitività dello stato passivo, una volta che questo sia stato reso esecutivo con il decreto emesso dal giudice delegato ai sensi della L. Fall., art. 97, acquisisce all'interno della procedura concorsuale un grado di stabilità assimilabile al giudicato" (6).

(3) Così, Cass. civ., sez. I, 5/3/2009 n. 5297, Pres. Carnevale, Rel. Ragonesi.

(4) In maniera critica, Cass. civ., sez. I, 30/01/2019, n. 2664.

(5) In tal senso Cass. civ., sez. I, 07/07/2017, n.16870, nonché decreto del Tribunale di Bologna, depositato il 23/08/2012.

(6) Cfr., tra le altre, Cass., 16 marzo 2001, n. 3830, richiamata da Cass. civ., sez. I, 27/10/2017, n. 25640.

Da ultimo, è stato evidenziato che il credito non possa ritenersi intrinsecamente privilegiato dalla nascita poiché deriva da una modificazione dal lato attivo dell'obbligazione. Pertanto in tutti quei casi in cui la società garante agisca in veste di fideiussore (in garanzia del debito della società beneficiaria), adempiendo il debito restitutorio contratto da questa nei confronti dell'istituto erogante, essa si surroga nei diritti del creditore ai sensi dell'art. 1949 cod. civ. A seguito della surrogazione la società garante sarà titolare di un credito munito di privilegio solo ove lo stesso sia stato anche in precedenza privilegiato. La Cassazione ha, infatti, evidenziato che "il fideiussore che intenda surrogarsi al creditore garantito nei diritti vantati verso il debitore subentra ai sensi dell'art. 1204 cod. civ. anche nelle garanzie concesse da terzi in favore del creditore originario solo a condizione che queste ultime siano accessorie e dipendenti dall'obbligazione principale adempiuta dal fideiussore" (7). Pertanto si tratterebbe di un'evidente forzatura logica assumere che, se il credito della banca non fosse *ab origine* munito di privilegio lo possa essere divenuto a seguito del pagamento effettuato da Sace (8).

3. *Il nuovo corso inaugurato da Cass. 30/01/2019 n. 2664.*

La Cassazione civile, già a partire dal 2010, si è mossa in senso contrario ai giudici del merito attribuendo rilievo alla natura pubblicistica del credito quale causa giustificatrice del privilegio.

Il principio generale è figlio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. Unite, 17 maggio 2010, n. 11930) secondo cui "*Le norme [...] che stabiliscono i privilegi in favore di determinati crediti possono essere oggetto di interpretazione estensiva, la quale costituisce il risultato di un'operazione logica diretta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma, che permette di determinare il suo esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale; e di identificare l'effettivo valore semantico della disposizione, tenendo conto dell'intenzione del legislatore, e soprattutto dalla "causa" del credito che, ai sensi dell'art. 2745 c.c., rappresenta la ragione giustificatrice di qualsiasi privilegio*".

Con la sentenza del 20 settembre 2017 la Suprema Corte ha chiarito che gli interventi pubblici di sostegno all'economia (disciplinati dal decreto 123/98) si realizzano, "*attraverso un procedimento complesso, in cui la fase di natura amministrativa di selezione dei beneficiari in vista della realizzazione di interessi pubblici è seguita da un negozio privatistico di finanziamento o di garanzia, nella cui struttura causale si inserisce la destinazione delle somme ad uno specifico scopo*" (9).

(7) In questi termini, Cass., Sez. 3, 12/12/2008, n. 29216.

(8) In tal senso, Cass., 7 luglio 2017, n. 16870.

(9) Così, Cass. civ., sez. I, 20/09/2017, n. 21841.

L'attenzione è stata focalizzata sullo scopo perseguito dalla società garante, sulla base del quale viene stipulata una convenzione con una banca al fine di erogare i mutui alle imprese beneficiarie, individuate nella fase di natura amministrativa. Pertanto, ai fini della revoca dell'intervento, riveste particolare importanza il rispetto, da parte dell'impresa beneficiaria, dello scopo che giustifica l'intera operazione: dunque l'accertamento di una deviazione dallo scopo determina la violazione della causa del contratto di finanziamento o di garanzia e costituisce presupposto alla revoca del beneficio. A tale conclusione si ricollega la disciplina del privilegio previsto dall'art. 9, comma 5. Infatti tale norma, ai fini dell'applicazione del privilegio generale ai "*crediti nascenti dai finanziamenti*" di cui al 4 comma (che disciplina la revoca di tutte le somme erogate) fa riferimento non solo ai crediti aventi la loro fonte nell'irregolare concessione dell'intervento o nell'indebito conseguimento del beneficio ma anche a quelli derivanti da "ragioni o fatti addebitati all'impresa beneficiaria" o da qualsiasi altra ragione ("in tutti gli altri casi") anche se attinente alla fase negoziale successiva all'erogazione del contributo (10).

La Cassazione dunque con le prime pronunce configura i crediti come privilegiati a prescindere dalla causa che ha determinato la revoca dell'intervento, potendo la stessa attenersi sia alla "fase amministrativa" del procedimento sia a quella "negoziale".

Dello stesso avviso è anche una successiva pronuncia della Corte che richiama a più riprese le soluzioni adottate dalla sentenza n. 21841/2017, sostenendo che "*l'art. 9, quinto comma, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, in materia razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, nel prevedere la revoca del beneficio e disporre il privilegio in favore del credito alle restituzioni, si riferisce non solo a patologie attinenti alla fase genetica dell'erogazione pubblica, ma si estende anche a quella successiva di gestione del rapporto di credito insorto per effetto della concessione*" (11).

Una siffatta interpretazione, sembra peraltro l'unica coerente con le finalità proprie dei finanziamenti ed alle necessarie garanzie che lo Stato introduce per la tutela delle proprie ragioni di credito, anche al fine di consentire alle risorse pubbliche di trovare adeguata protezione per poter garantire una continuità ai finanziamenti pubblici e, quindi, una più sicura e certa soddisfazione (Cass. civ. Sez. I Ordinanza, 20 settembre 2017, n. 21841).

La prestazione di crediti di firma mediante la stipula di contratto autonomo di garanzia non ha alcuna diversa conformazione strutturale rispetto al finanziamento diretto, essendo la posizione di rischio omologa a quella della consegna materiale delle somme nelle mani del mutuatario.

Con la decisione n. 2664 del 2019 la S.C. incide ancor più chiaramente

(10) In tal senso, Cass. civ., sez. I, 20/09/2017, n. 21841.

(11) In tal senso, Cass. civ., sez. I, 20/04/2018, n. 9926.

sulla qualificazione della natura giuridica dei crediti confutando le numerose tesi contrarie alla sussistenza del privilegio (12).

Dapprima la Suprema Corte si sofferma sul termine “finanziamento”, di cui al comma 5 dell’art. 9 D.lgs. n. 123 del 1998 e alla possibilità che il legislatore desiderasse ricomprendervi, oltre all’erogazione diretta di denaro, anche il rilascio di garanzie. Evidenziato il fatto che il legislatore non dia una definizione del termine “finanziamento”, la Corte procede ad una operazione di carattere ermeneutico basata su norme estranee al decreto n. 123, per verificare il significato che l’espressione “finanziamento” assume in altri contesti (13). Sulla base di detti riscontri la Corte di legittimità accoglie, infine, una nozione generale ed ampia di “finanziamento”, idonea a ricomprendere, a fianco delle operazioni di erogazione di denaro, anche quelle attività costituite “dal rilascio di garanzie ed impegni di firma” (14).

Tale accezione e ampia del termine “finanziamenti”, in cui rientrano anche le concessioni di garanzia, si giustifica anche con il fatto che la Corte respinge l’idea secondo cui la diversa struttura di queste operazioni rispetto a quelle di erogazione diretta di danaro giustificerebbe un differente trattamento normativo sul piano del privilegio di cui all’art. 9, comma 5. *“Nel caso di concessione di garanzia, l’intervento di sostegno pubblico comporta l’assunzione di un impegno negoziale diretto nei confronti del soggetto mutuante (...) che è impegno destinato a rimanere fermo pure in caso di “revoca” del beneficio al debitore principale”* (15). Secondo la Suprema Corte, infatti, l’intervento di sostegno a mezzo di garanzia personale sembra proporre, per qualità, una tipologia di ri-

(12) Cfr., Cass. civ., sez. I, 30/01/2019, n. 2664.

(13) In particolare viene fatto riferimento alla norma dell’art. 47 del testo unico bancario (rubricata “finanziamenti agevolati e gestione di fondi pubblici”) che dispone che “tutte le banche possono erogare finanziamenti o prestare servizi previsti dalle vigenti leggi di agevolazione, purché essi siano regolati da contratto con l’amministrazione pubblica competente e rientrino tra le attività che le banche possono svolgere in via ordinaria”. A fianco di quella data dalle “operazioni di prestito” (e a fianco pure di una ulteriore e nutrita serie di attività, di diversa tipologia e struttura), tra queste attività “ordinarie” pure compare, infatti, quella costituita dal “rilascio di garanzie e di impegni di firma” (art. 1, comma 2, lett. f. di detto testo unico). In secondo luogo viene richiamato, sempre a titolo esemplificativo, il “finanziamento destinato a uno specifico affare” di cui alla norma dell’art. 2447 *decies* c.c., “nel cui alveo la dottrina pacificamente ricomprende, oltre ai contratti di credito, le strutture negoziali di stampo partecipativo (dal c.d. mutuo parziario all’associazione in partecipazione, alla cointeressenza) e pure le operazioni di finanza strutturata (quali quelle di cartolarizzazione e quelle di *leveraged*)”. Ed infine la norma dell’art. 106, comma 1, del testo unico bancario, che, nel lungo elenco di operazioni, con cui la normativa secondaria dà corpo al lemma “finanziamento” di cui alla legge, compaiono operazioni di “rilascio di garanzie”, di “acquisto di crediti a titolo oneroso”, di “apertura di credito documentaria”, di “avallo” e “girata” (cfr. D.M. Economia e finanze 2 aprile 2015, n. 53, art. 2).

(14) In tal modo la Corte si pone in contrasto con l’interpretazione data all’espressione “finanziamenti” avallata dal Tribunale di Roma (Trib. Roma, sez. XVII, 10/01/2019, n. 579). Secondo tale impostazione, infatti, il riferimento contenuto nel quinto comma dell’art. 9 ai finanziamenti erogati avrebbe dovuto essere inteso come circoscritto alle sole ipotesi di erogazioni dirette di denaro.

(15) Cfr., Cass. civ., sez. I, 30/01/2019, n. 2664.

schio imprenditoriale non dissimile da quella propriamente conseguente alla concessione dei mutui o comunque dalle erogazioni dirette di somme all'impresa beneficiaria, con obbligo di restituzione delle somme medesime.

Concludendo per la sentenza 2664 del 2019 il privilegio trova la sua fonte nella legge, (per il principio espresso dalla norma dell'art. 2745 c.c.), la quale lo prevede in ragione della peculiare "causa" che lo viene a sorreggere. Pertanto, atteso il principio della tassatività dei privilegi, che si atteggiano come deroga al principio della *par condicio* fra i creditori, l'ordinamento prevede un privilegio quando ritiene una data ragione di credito come portatrice di interessi particolarmente meritevoli di tutela e protezione. Dunque, *"nel caso concreto, fonte del privilegio è la norma dell'art. 9, comma 5. Che lo riconosce appunto in ragione del sostegno pubblico che viene dato alle attività produttive, consegnandolo al garante, che ha pagato la banca garantita, in ragione del credito che questi vanta verso il debitore principale, in quanto destinatario finale del depauperamento patrimoniale connesso all'estinzione della relativa obbligazione"*. Da ciò si evince che si tratta di un privilegio accordato solo al Garante e non alla Banca erogatrice dei mutui. Se il privilegio, infatti, afferisse (anche) alla banca, la previsione normativa sarebbe del tutto ingiustificata. Difatti è la concessione della garanzia che *"ha propriamente causa nell'intervento di sostegno pubblico: sarebbe disparità del tutto non giustificata, perciò, se l'intervento di garanzia non si giovasse del privilegio che pur assiste (nel contesto normativo del D.lgs. n. 123 del 1998) le altre forme di intervento poste a sostegno pubblico delle attività produttive"* (16).

4. La sentenza del 26 giugno 2019 n. 1701.

Chiude il cerchio interpretativo sul perimetro applicativo dell'art. 9 comma 5 del decreto 123/98 la sentenza del 26 giugno 2019 con cui la Suprema Corte si pone in linea di continuità con la lettura dell'istituto data dalle precedenti pronunce, facendo proprie le motivazioni favorevoli e soffermandosi sui profili giustificativi della nascita del privilegio in capo a Sace caratterizzanti il procedimento di cui al d.lgs. del 1998.

La pronuncia parte dal principio secondo cui il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 123 del 1998 è destinato a valere non solo per i crediti restitutori da finanziamento, ma bensì per tutti quelli che sono esito di restituzione di erogazioni pubbliche in qualunque forma attuate. Tale assunto si giustifica in primo luogo per il fatto che la finalità pubblica che è alla base del riconoscimento del privilegio accomuna sia le operazioni di diretta erogazione di denaro che quelle di concessione di una garanzia (i cc.dd. "crediti di firma"). Infatti da una interpretazione complessiva degli articoli del decreto citato si evince la disciplina di un disegno unitario tratteggiato dal legislatore.

(16) In questi termini, Cass. civ., sez. I, 30/01/2019, n. 2664.

Si tratta di un progetto inteso alla realizzazione e riorganizzazione dell'intero settore che, mediante il sistema di revoca e restituzione previsto dall'art. 9, realizza il recupero del sacrificio patrimoniale sopportato dallo Stato con l'ulteriore conseguenza di procurare altri fondi per interventi futuri finalizzati al medesimo scopo (17).

Vero destinatario del privilegio è fin dall'inizio il garante. Quest'ultimo infatti non mutua la propria posizione di creditore privilegiato dalla Banca garantita. È infatti, il garante ad essere il "destinatario finale del depauperamento patrimoniale connesso all'estinzione della relativa obbligazione" (18).

La Corte ritorna, inoltre, sulla natura della fase patologica dell'intervento che comporta l'eventuale revoca dello stesso. Sulla scorta delle osservazioni già sviluppate dalle pronunce precedenti, si afferma che la normativa di cui all'art. 9 si riferisce non solo alle patologie relative alla fase genetica dell'erogazione pubblica, ma anche a quella, successiva, della gestione del rapporto di credito insorto in seguito alla concessione e per la quale viene in rilievo l'inadempimento dell'obbligo di pagamento delle rate del mutuo (19). La revoca comporta da parte della P.A. un mero accertamento circa il venir meno del presupposto previsto dalla legge per la concessione del beneficio, e se ne ribadisce dunque la natura meramente dichiarativa.

L'accertamento, pertanto, non è frutto di una valutazione discrezionale perché l'Amministrazione si limita ad accertare il venir meno di un presupposto già previsto in modo puntuale dalla legge, senza che l'atto di revoca abbia a possedere una qualche valenza costitutiva e rimanendo perciò opponibile alla massa anche se intervenuto a seguito della sentenza dichiarativa del fallimento dell'impresa beneficiaria inadempiente. Di conseguenza nessuna rilevanza, ai fini del soddisfacimento del credito, potrà avere la circostanza che la presentazione del ricorso sia successiva rispetto a quella degli altri creditori concorrenti (20).

La Suprema Corte ribadisce la linea interpretativa della decisione del gennaio 2019, soffermandosi sulla natura pubblica dei fondi erogati. Nel procedimento, il rilascio dell'impegno in garanzia nei confronti del creditore, con relativa manleva del debitore principale, costituisce "*il vero presupposto del privilegio diretto a segnarne, con la nascita, il tempo stesso della sua opponibilità ai crediti dei terzi, creditori concorrenti*" (21).

Prima di chiudere sarà necessario evidenziare che il credito SACE, parte ricorrente della decisione in commento, nasce privilegiato anche perché sono

(17) In tal senso, Cass. civ., sez. I, 26/06/2019, n. 17101, che richiama Cass. 2664/2019, cit. (pag. 13 ss.).

(18) Cass., 2664/2019, cit., pag. 17.

(19) Così sentenza del 26/06/2019, cit., richiamando 2664/2019, cit., e 9926/2018, cit.

(20) Così sentenza del 26/06/2019, pp. 10 s.

(21) In tal senso sentenza del 26/06/2019, cit., pp. 10 s.

la stessa natura dell'ente quale impresa pubblica (cfr. art. 2, lettera b, della direttiva 2006/111/Commissione Europea, nonché sentenza Corte Europea, 25 giugno 2015, proc. 305-13) ma soprattutto la sua funzione istituzionale ad imporgli di muoversi all'interno della disciplina del decreto 123/1998, che riconosce chiaramente questo tipo di privilegio agli interventi rientranti nell'attività di sostegno pubblico alle imprese.

Si rammenta infatti che SACE svolge istituzionalmente attività di assicurazione e garanzia dei rischi ai quali sono esposti gli operatori nazionali nella loro attività di internazionalizzazione.

I suoi interventi - effettuati con fondi pubblici nell'ambito dei *plafond* annualmente previsti dalla Legge Finanziaria - sono volti al rilascio di una garanzia per il rischio di mancato rimborso di finanziamenti erogati alle piccole e medie imprese e che, soprattutto, beneficia della controgaranzia dello Stato italiano (art. 11 *quinquies*, quarto comma, d.l. 35/2005).

Le garanzie SACE hanno lo scopo di agevolare la crescita di piccole e medie imprese, assicurando gli operatori nazionali nei loro progetti di internazionalizzazione.

Dunque, al pari di ogni altro intervento di supporto pubblico teso ad incentivare lo sviluppo di attività produttive, sono rilasciate in presenza dei presupposti ed ai sensi del citato d.lgs. n. 123/1998.

È opportuno ricordare, che la giurisprudenza e la dottrina dominanti hanno ormai abbandonato la definizione classica e statica di Pubblica Amministrazione in favore di una nozione a geometria variabile che vede pacificamente convivere una Amministrazione divisa per Ministeri con una Amministrazione che opera con forme di tipo privatistico, cui il legislatore consente di operare attraverso moduli di diritto privato per il raggiungimento dell'interesse pubblico.

In conclusione, come correttamente evidenziato nella decisione in commento il credito di Sace nasce fin dall'origine privilegiato. Il privilegio accordato dall'art. 9, comma 5 non trova, la sua fonte né nella surrogazione nei diritti della Banca, a seguito dell'inadempimento del creditore principale, né a seguito della revoca degli interventi *ex art. 9, comma 1*. Da ciò ne consegue che anche l'eventuale apertura di una procedura di concordato preventivo della società beneficiaria lascia impregiudicato il diritto di credito del garante Sace, in quanto sorto antecedentemente all'apertura della procedura e munito, nella sua natura pubblica, da privilegio *ex lege* (22).

(22) Così sentenza del 26/06/2019, cit., p. 12.

Cassazione civile, Sezione I, sentenza 26 giugno 2019 n. 17101 - Pres. M.C. Giancola, Rel. L. Scalia.

(..) il Tribunale di Modena, respingendo la domanda di S.A.C.E. - Servizi Assicurativi per il Commercio Estero S.p.A., d'ora in poi solo S.A.C.E., dichiarava chirografario il credito dalla prima vantato nei confronti di EDUE ITALIA S.p.A.

Veniva in tal modo rigettata la richiesta di accertamento del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998 proposta da S.A.C.E. sul credito da restituzione dell'intervento di sostegno pubblico alle imprese che aveva maturato avverso la convenuta in surroga delle ragioni dell'istituto mutuante, in esito all'intervenuto pagamento, in qualità di garante, della Cassa di Risparmio di Bologna, istituto finanziatore dell'impresa.

Giusta missive del 10 e 30 settembre 2009, notificate al commissario giudiziale della procedura di concordato preventivo a cui l'impresa beneficiata era stata ammessa, SACE aveva esercitato la revoca dell'intervento di sostegno, consistito nella garanzia all'istituto mutuante della restituzione di mutuo di scopo concesso all'impresa e vincolato al sostegno pubblico all'attività di internazionalizzazione.

Il Tribunale aveva concluso nel senso della natura chirografaria del credito, nell'apprezzata indole privatistica del rapporto tra impresa ed attrice, da inquadrarsi nella surroga e nel regresso del garante nei termini del diverso art. 7 d.lgs. cit., nella offerta precisazione che il privilegio azionato si sarebbe applicato al credito da restituzione dei finanziamenti erogati e non anche alle prestazioni di garanzia.

2. La Corte di appello di Bologna con sentenza del 10 gennaio 2014 confermava l'ordinanza impugnata, nell'assorbente ritenuto rilievo che, ai fini del riconoscimento del privilegio, S.A.C.E. avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza dei presupposti applicativi della revoca, nella specie ritenuti non sussistenti perché non integrati dalla mancata restituzione del prestito alle scadenze pattuite e dalla conseguente erogazione della garanzia, vicende, queste ultime, apprezzate come di mero rilievo civilistico ed in siffatte forme tutelabili, in quanto non integranti «deviazione dallo scopo».

L'art. 168, ultimo comma, l. fall. avrebbe, in ogni caso, reso non opponibile ai creditori concorrenti, una volta aperto il concordato preventivo, il privilegio azionato, e tanto nell'osservanza anche del disposto di cui all'art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998 che, istitutivo della garanzia, faceva salvi i diritti preesistenti dei terzi, tra i quali dovevano intendersi ricompresi quelli dei creditori concorrenti prima dell'atto unilaterale di revoca.

3. Avverso l'indicata sentenza ricorre in cassazione S.A.C.E. con cinque motivi.

Resiste con controricorso Edue Italia S.r.l., in liquidazione e concordato preventivo.

All'esito di adunanza camerale il ricorso è stato rimesso all'odierna udienza pubblica per il rilievo delle questioni sottese al giudizio.

Entrambe le parti hanno depositato memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia con riferimento all'art. 360, comma 1, n. 5 cod. proc. civ., non avendo la Corte di appello motivato sul perché, là dove l'impresa beneficiata non riesca a restituire le somme erogate a sostegno della produttività, non vi sarebbe spazio per una revoca del beneficio, nell'operato rilievo che il soggetto che ha erogato il prestito ed il garante resterebbero tutelati dalle sole norme civilistiche non registrandosi per l'indicata fattispecie una deviazione dal mutuo di scopo, legittimante la revoca.

La posizione di S.A.C.E. sarebbe stata erroneamente apprezzata quale quella di un garante che secondo le ordinarie regole civilistiche si sarebbe surrogato ai diritti del garantito, l'istituto di credito erogatore delle somme, senza poter beneficiare di alcun privilegio e tanto nonostante i contenuti della Convenzione intercorsa tra garante ed istituto di credito e del mutuo contratto dal beneficiario con l'istituto erogatore.

2. Con il secondo motivo si fa valere la violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ. con riferimento alle norme sulla interpretazione dei contratti.

La mera lettura della Convenzione stipulata il 28 novembre 2005 tra la banca e S.A.C.E. ed il contratto di mutuo del 18 aprile 2007 avrebbe fatto emergere che l'escussione della garanzia era connessa, per comune volontà delle parti, al mancato pagamento delle rate di mutuo, senza che rilevasse il raggiungimento, o meno, dello scopo per il quale il mutuo era stato concesso.

L'omesso pagamento di una rata di mutuo sarebbe stata una delle motivazioni poste a base della revoca del beneficio da valere insieme, per espressa previsione contenuta nella lettera di manleva, al mancato adempimento degli obblighi di comunicazione.

3. Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. in relazione agli artt. 1, 7 e 9 d.lgs. n. 123 del 1998.

La corretta interpretazione delle norme in evidenza avrebbe dovuto condurre la Corte territoriale a ritenere ricompresi tra i benefici derivanti dalla normativa di settore anche la concessione di garanzia oltre che l'erogazione diretta di una somma di denaro.

Si sarebbe verificata una delle situazioni ex art. 9 dlgs. cit. incidenti sulla veridicità della dichiarazione, resa dalla garantita, di insussistenza di situazioni tali da dare diritto ai terzi di dichiarare la decadenza dal beneficio del termine o di esercitare la risoluzione o il recesso anche per situazioni di insolvenza o di sottoposizione a procedure di insolvenza.

4. Con il quarto motivo si fa valere violazione di legge ex art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ. in relazione all'art. 168, comma 3, l. fall.

La Corte di merito avrebbe erroneamente ritenuto che la disposizione di cui all'art. 168 l. fall., dettata a tutela della *par condicio creditorum* e per la quale *«I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente»*, si ponesse come ostativa al riconoscimento del privilegio di cui al comma 5 dell'art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998.

Operandosi una lettura combinata dell'art. 168 cit. e del precedente art. 167 - che assoggetta all'autorizzazione del giudice l'acquisto di diritti di prelazione e, in genere, il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, pena, in difetto della prima l'inefficacia dei secondi - si deduce che tanto dovrebbe valere, a maggior ragione, quando fosse stata la legge stessa a segnare la nascita del diritto di prelazione, nella conseguente apprezzabile superfluità dell'autorizzazione del giudice.

5. Con il quinto motivo si deduce la violazione di legge ex art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ. in relazione all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998; l'interpretazione della norma offerta dall'impugnata sentenza avrebbe impedito della prima ogni applicazione con il ritenere che tra i terzi i cui preesistenti diritti sono fatti salvi dal comma 5 sono compresi anche i creditori del beneficiario.

La disposizione in questione determina il sorgere di un privilegio per il recupero del beneficio revocato che deve necessariamente incidere sui diritti preesistenti degli altri creditori.

6. Deve darsi congiunta trattazione a tutti i proposti motivi di ricorso che, tra loro strettamente connessi, propongono una condivisibile lettura dell'istituto del privilegio di cui all'art.

9, comma 5, del d.lgs. n. 123 del 1998 - dettato per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59, che, ricomprendendo nell'area dei crediti privilegiati quelli "*nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo*" -, destinata a valere non solo per i crediti restitutori da finanziamento, ma per tutti quelli che sono esito di restituzione di erogazioni pubbliche in qualunque forma attuate.

La natura di credito dello Stato a cui si correla l'interesse pubblico al suo soddisfacimento dà giustificazione dell'esistenza stessa del privilegio e della sua operatività in deroga alla *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741 cod. civ.

6.1. La direttrice lungo la quale muove il proposto ricorso è infatti quella per la quale il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. 123/1998 resta finalizzato a sostenere tutti gli interventi di cui al precedente art. 7 del medesimo decreto e quindi non solo quelli alle imprese che si traducano in una diretta erogazione del credito, sia esso in conto capitale o interessi, ma anche gli interventi in garanzia, in quanto comunque integrativi di una forma di sostegno pubblico alle attività produttive e destinati ad affermarsi nei termini di cui all'art. 2745 cod. civ., con prevalenza sui crediti chirografari in procedure fallimentari o comunque segnate dalla regola della *par condicio creditorum*.

6.2. La struttura dell'operazione di concessione della garanzia, destinata ad operare all'escussione del creditore garantito, la banca che abbia erogato il finanziamento all'impresa e la capacità della revoca del beneficio di ricomprendere non solo vicende connesse alla fase genetica di riconoscimento del beneficio all'impresa, ma anche quelle relative alla gestione del rapporto e per la quale viene in considerazione l'eventuale inadempimento nel pagamento delle rate del finanziamento, valgono compiutamente a definire nella critica contenuta in ricorso, in adesione ai più recenti approdi della giurisprudenza di questa Corte di legittimità, l'operatività, piena, dell'istituto.

7. La deduzione difensiva che sostiene l'invocata lettura della norma a cui si accompagnano, quale portato, gli ulteriori delineati temi su finalità e composizione dell'operazione di garanzia, in un quadro di sostegno alle imprese nell'attività di internazionalizzazione di cui al d.lgs. n. 123 del 1998, è fondata.

8. Va data, in tal senso, continuità applicativa ai principi di cui questa Corte di legittimità si è già fatta portatrice in più recenti pronunciamenti nei quali, chiamata a determinarsi su contenuti e termini di applicabilità del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123 cit. alle operazioni di sostegno pubblico all'impresa e sulla posizione goduta dai crediti derivati in sede fallimentare e nelle procedure concorsuali in genere, ha ritenuto che la finalità pubblica, giustificativa, ai sensi dell'art. 2745 cod. civ., della natura privilegiata del credito accomuna sia le operazioni di diretta erogazione di denaro che quelle di concessione di una garanzia, integrative dei cdd. "crediti di firma".

Si è così evidenziato, in modo condivisibile, nelle diverse forme di intervento pubblico in favore delle attività produttive l'espressione di un disegno unitario, inteso alla razionalizzazione e riorganizzazione dell'intero settore, che attraverso il sistema della revoca e della restituzione previsto dall'art. 9 d.lgs. cit. realizza, con l'assorbimento ed il recupero del sacrificio patrimoniale sopportato dal sostegno pubblico, l'effetto di procurare la provvista per ulteriori e futuri interventi di sostegno della produzione secondo quanto significativamente dispone il comma 6 del medesimo art. 9 (Cass. 30/01/2019 n. 2664, pp. 13 e ss. della motivazione che richiama, per l'indicata finalità, Cass. n. 21841 del 2017, Cass. n. 17111 del 2015 e Cass. n. 9926 del 2018; Cass. n. 14915/2019 non massimata, p. 8).

8.1. Alla struttura delle due operazioni l'una di erogazione di credito diretto e l'altra di concessione di garanzia personale nei confronti del terzo, entrambe assentite da privilegio ex art. 9, comma 5, d.lgs. cit., corrisponde una medesima tipologia di rischio imprenditoriale in misura che può essere finanche superiore, come accade in caso di contributo in conto interessi dove il rischio non comprende la sorte capitale (Cass. n. 2664 cit. p. 15, par. 11.5.).

Il garante, che non mutua la propria posizione privilegiata dal creditore garantito, diviene egli stesso destinatario del privilegio in quanto in seguito alla sua escussione da parte dell'istituto erogante in ragione del credito da questo vantato verso il debitore principale, integra la posizione di *"destinatario finale del depauperamento patrimoniale connesso all'estinzione della relativa obbligazione"* (Cass. 2664 cit. p. 17 par. 11.7) realizzando, a seguito dell'escussione e surrogandosi al creditore banca, la funzione perseguita dall'indicata normativa (Cass. 2664 cit., p. 17).

8.2. Resta fermo l'ulteriore rilievo operato dalla giurisprudenza di questa Corte per il quale la normativa di cui all'art. 9 d.lgs. cit. si riferisce non solo alle patologie relative alla fase genetica dell'erogazione pubblica, ma anche a quella, successiva, della gestione del rapporto di credito insorto in seguito alla concessione e per la quale viene in rilievo l'inadempimento all'obbligo di pagamento delle rate di mutuo (Cass. n. 2664 cit. e Cass. n. 9926 del 2018), nella infondatezza della tesi che riconduce la revoca ad una pretesa a matrice sanzionatoria delle condotte dell'impresa beneficiata (Cass. nn. 9926 e 2664 citt.).

9. Quanto al profilo del ricorso che più propriamente attiene alle condizioni, integrate le quali può darsi prevalenza al credito di specie rispetto a quelli concorrenti della procedura fallimentare, o equiparate, a fronte del disposto dell'art. 168 della legge fallimentare che al terzo comma sancisce l'inefficacia delle cause di prelazione "acquisite" dopo la presentazione del ricorso, ritiene questo Collegio di condividere le ragioni già esposte sul punto dalla giurisprudenza di legittimità, nei termini che seguono.

La revoca di cui all'art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998 comporta da parte dell'Amministrazione un mero accertamento circa il venir meno del presupposto previsto dalla legge per la concessione del beneficio, per un'attività a cui resta estranea, pertanto, ogni valutazione discrezionale e che resta, come tale, opponibile alla massa anche se intervenuta dopo la sentenza dichiarativa del fallimento dell'impresa beneficiaria senza che, per l'effetto, rilevi ai fini del soddisfacimento del credito la posteriorità della presentazione del ricorso rispetto agli altri creditori.

La causa del credito, che assiste ai sensi dell'art. 2745 cod. civ. il privilegio, rinviene il proprio fondamento nella concessione dell'intervento pubblico, consista questo nell'erogazione diretta del credito o in altra forma di intervento, e nella peculiare natura pubblica, data dall'erogazione di fondi pubblici, fa sì che assuma rilievo il procedimento di erogazione del contributo.

In siffatto procedimento si inserisce il rilascio dell'impegno in garanzia nei confronti del creditore con relativa manleva del debitore principale che è vero presupposto del privilegio (Cass. 2664 cit., pp. 21 e 22) diretto a segnarne, con la nascita, il tempo stesso della sua opponibilità ai crediti dei terzi, creditori concorrenti.

Ferma la puntualizzazione che la banca erogatrice se si avvantaggia dell'intervento pubblico, potendo approfittare della garanzia così prestata, essa però non prende in alcun modo parte allo svolgimento di quest'intervento, colto il *«senso finale della figura della surroga»* in *«quello di dar vita a uno strumento idoneo a apportare al solvens eventuali "vantaggi" e tutele ulteriori rispetto a quelli propriamente connessi al regresso»* (Cass. 2664 cit.).

La disposizione di legge qualifica la posizione del garante, che ha pagato, in termini di

semplice «rivalsa» ovvero di «regresso», in tal modo individuando il soggetto che ha comunque diritto di recuperare dal debitore finale quanto per lui pagato, dal debitore finale che è colui su cui deve ricadere il depauperamento patrimoniale conseguente alla indicata operazione nella rilevata sussistenza di un debito.

10. Si tratta di principi di diritto ribaditi con la recentissima ordinanza di questa Corte n. 14915/2019 anche sotto il cono di previsione di cui all'art. 8-bis, comma 3, della legge 24 marzo 2015, n. 33, di *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti"*.

Nella persuasività dell'argomento adottato per il quale là dove, l'art. 8-bis cit. prevede che *"Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi"*, esso non va considerato né come una disposizione di interpretazione autentica, e dunque retroattiva, né come disposizione innovativa, trattandosi invece di disposizione meramente confermativa del regime già vigente (n. 14915 cit. *sub par.* 14), ricostruito nei termini sopra cennati.

11. In via conclusiva.

In ragione dell'epoca il 28 novembre 2005 della convezione conclusa da S.A.C.E. con l'istituto di credito nell'ambito di operazioni di sostegno alle imprese e della lettera di manleva emessa il 5 aprile 2007 da S.A.C.E. in favore della Società Edue Italia, per le obbligazioni nascenti dal mutuo stipulato il successivo 18 aprile 2007 con la CARISBO, vincolato allo scopo di sostegno alla attività di internazionalizzazione dell'impresa, nell'intervenuta escussione della garanzia da parte dell'istituto di credito, con surroga di S.A.C.E. il 28 ottobre 2008, l'apertura della procedura di concordato preventivo della Edue Italia per decreto del 9 giugno 2008 del Tribunale di Modena lascia impregiudicato il diritto di credito della garante S.A.C.E. in quanto accordato in data precedente all'apertura della procedura ed assistito, nella sua natura pubblica, da privilegio *ex legge*.

12. Gli indicati presupposti di fatto, integrati agli atti, lasciano pieno a questo Collegio il potere di decidere il merito della vicenda in esame, ai sensi dell'art. 384, comma 2, ultima parte, cod. proc. civ., e di cassare, in accoglimento del ricorso, nei sensi di cui alla motivazione che precede, l'impugnata sentenza dichiarando il credito di S.A.C.E. S.p.A. privilegiato *ex art.* 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998.

13. Le spese di lite restano compensate tra le parti nella novità della questione oggetto del giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, dichiara il credito di S.A.C.E. S.p.A. privilegiato *ex art.* 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998.

Compensa tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 febbraio 2019.

Sentenza *Aemilia*: il Tribunale riconosce la valenza eversiva dell'associazione mafiosa "locale"

NOTA A TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA, SENTENZA 31 OTTOBRE 2018 N. 1155

Giacomo Cotti *

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La costituzione di parte civile dello Stato-ordinamento - 3. Lo Stato come parte civile nei processi per associazione a delinquere di tipo mafioso in giurisprudenza e dottrina - 4. Il metodo mafioso: la questione della c.d. "mafia silente" - 5. La 'ndrangheta emiliana - 6. Il risarcimento del danno non patrimoniale riconosciuto allo Stato-ordinamento: la valenza eversiva dell'associazione mafiosa - 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il 18 luglio 2019 il Tribunale di Reggio Emilia ha provveduto al deposito delle motivazioni della sentenza n. 1155 del 31 ottobre 2018, c.d. *Aemilia*, ponendo così la parola fine al primo grado di quello che è stato efficacemente definito come "il più grande processo" mai celebrato "contro la 'ndrangheta" (1).

La pronuncia in commento non è certo il primo procedimento per mafia al Nord, né il primo avente ad oggetto cosche presenti (anche) in Emilia-Romagna, essendo stato anzi preceduto da diversi rilevanti precedenti giudiziari, richiamati in motivazioni (2), tanto che la stessa Corte d'Appello di Bologna, trovandosi a sentenziare sui medesimi fatti nel segmento del giudizio abbreviato, è arrivata a qualificare la presenza delle associazioni di stampo mafioso (in specie, la 'ndrangheta) nella regione quale fatto notorio (3). L'importanza del procedimento *de quo* è dato piuttosto dal riconoscimento giudiziale della sussistenza di una nuova "locale", ossia di una autonoma associazione 'ndranghetista sorta e prosperata in Emilia, depositaria di una continuità logica, sotto i profili oggettivo e soggettivo, rispetto alle consorterie delinquenziali *ex art. 416-bis c.p.* già insediatesi sul territorio, e oggetto delle sopracitate sentenze di condanna (4).

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna (avv. St. Mario Zito).

(1) Cfr., ad esempio, *Processo Aemilia*, <https://www.processoemilia.com/>.

(2) Trib. Reggio Emilia, 31 ottobre 2018, n. 1155, pp. 29-48, 1941-1942 motivazioni. Si richiama in particolare i procedimenti *Grande Drago* (Trib. Bologna, ufficio GUP, 25 giugno 2006, n. 712; Trib. Piacenza, 18 dicembre 2008, n. 616); l'operazione *Edilpiovra* (Trib. Bologna, ufficio GUP, 16 febbraio 2004, n. 122; CdA Bologna, 27 giugno 2012, n. 1517; CdA Bologna, 23 maggio 2015, n. 1284); *Scacco Matto* (CdA Catanzaro, 16 dicembre 2008, n. 712); *Pandora* (Trib. Crotona, 7 marzo 2012, n. 311; Ass. App. Catanzaro, 17 dicembre 2012, n. 30); nonché il processo *Aemilia* abbreviato (Trib. Bologna, 22 aprile 2016, n. 797; CdA Bologna, 12 dicembre 2017, n. 3911; Cass., sez. V, 24 ottobre 2018, n. 27043).

(3) CdA Bologna, sez. III penale, 12 settembre 2017, n. 3911, p. 31 motivazioni.

Proprio le estreme pervasività e capacità aggressiva penalmente accertate, nei confronti di beni giuridici tanto materiali quanto immateriali, concretizzatesi nei singoli reati-scopo e nel delitto associativo, hanno costituito il compendio logico-probatorio su cui il Tribunale di Reggio Emilia ha innestato la pronuncia di condanna al risarcimento del danno non patrimoniale richiesto dalle costituite parti civili, con specifico riferimento, per quanto qui interessa, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentata in giudizio dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bologna. Il *quid novi* della statuizione è fornito proprio dal riconoscimento, operato dal giudice di prime cure, avendo riguardo alle finalità costituzionali proprie dello Stato (5), della fondatezza nel merito della domanda risarcitoria, sia con riferimento al reato associativo, sia per i delitti-fine aggravati *ex art. 416-bis*, 1 c.p. Tale pronuncia ha imposto alla Corte di affrontare, in fatto e in diritto, le complesse questioni relative alla legittimazione a costituirsi della Presidenza del Consiglio, con riferimento all'individuazione di una fonte di danno che prescindesse dalla titolarità di altri enti territoriali, e delle modalità di esteriorizzazione del c.d. metodo mafioso. Questa breve trattazione, anticipando in parte quello che si dirà, non intende esaurire la fenomenologia della costituzione di parte civile degli enti territoriali nei procedimenti di mafia, né proporre una soluzione all'enigma delle "mafie silenziose"; serve piuttosto a dar conto dei nodi interpretativi che il collegio di primo grado si è trovato ad affrontare nel delicatissimo processo *Aemilia*, e delle coordinate entro cui deve essere calata la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale disposta nel processo *de quo* in favore della Presidenza del Consiglio.

2. La costituzione di parte civile dello Stato-ordinamento.

Per analizzare l'*iter* ermeneutico di questo capo della pronuncia, occorre innanzi tutto rammentare i presupposti dell'azione civile in sede penale, in base alla quale, il soggetto che abbia subito un danno da reato, patrimoniale o non patrimoniale, può avviare l'azione risarcitoria, al fine di ottenere un ristoro al pregiudizio subito, nella stessa sede processuale in cui si accerta la responsabilità dell'autore (6). Risulta nondimeno inconferente, ai fini della presente trattazione, affrontare l'ipotesi relativa alla possibilità delle persone giuridiche di costituirsi ai sensi dell'art. 74 c.p.p., al fine di chiedere il risarcimento dei danni extrapatrimoniali, essendo questa una problematica ormai risolta posi-

(4) Trib. Reggio Emilia, 31 ottobre 2018, n. 1155, p. 1941-1942 motivazioni.

(5) Ed invero, *mutatis mutandis*, anche degli altri enti locali costituiti.

(6) R. CANTONE, sub art. 74 c.p.p., in *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina. Aggiornamento*, vol. I, a cura di E. APRILE [et al.], Milano, 2012, 1275. In generale, vedi G. DI CHIARA, *Parte civile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 223 ss.; I. IAI, sub art. 74 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, vol. II, a cura di A. GIARDA - G. SPANGHER, 5^a ed., Assago (MI), 2017, pp. 844 ss.

tivamente ed in via pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza (7). Lo stesso dicasi per quanto riguarda la *legitimatio ad causam* degli enti territoriali, configurabile laddove il reato abbia arrecato un pregiudizio civilmente risarcibile a un bene giuridico che trascende quello dei singoli consociati, e direttamente riferibile alla comunità di cui l'ente è esponenziale (8). Quel che rileva, nella pronuncia in commento, è piuttosto il vaglio operato sulla fondatezza a costituirsi in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, se possa cioè validamente considerarsi lo Stato-ordinamento persona offesa o parte danneggiata dal delitto *ex art. 416-bis*, ovvero dai delitti-scopo realizzati nell'esecuzione del medesimo.

Come noto, e senza pretesa di esaustività, la costituzione di parte civile dello Stato, nelle vesti della Presidenza in quanto "soggetto che rappresenta la sintesi politica e di governo dello Stato-comunità" (9), è stata storicamente ritenuta ammissibile, nella giurisprudenza del Supremo Collegio (10), in presenza di fattispecie di eccezionale gravità, tali da indurre un perdurante turbamento morale nei consociati (11); ovvero in procedimenti concernenti delitti commessi contro la personalità dello Stato, laddove sia stato contestato il delitto di banda armata finalizzato all'associazione sovversiva, all'insurrezione armata contro i poteri dello Stato ed alla guerra civile (12); o ancora nel caso si sia proceduto per crimini di cui al Capo I, Titolo II, Libro II del

(7) O. MAZZA, *Commento all'art. 74 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale: complemento giurisprudenziale*, a cura di G. CONSO - G. ILLUMINATI, Milano, 2017, pp. 239-242.

(8) T. BENE, *Ruolo e funzione delle parti civili private e istituzionali*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. ROMANO, Torino, 2015, p. 471.

(9) Cass., sez. VI, 4 novembre 2009 n. 5447.

(10) Cfr., Tribunale di Torino, in composizione collegiale, in sede penale, ordinanza 8 marzo 2013, per un *excursus* sui casi di ammissibilità della costituzione di p.c. della Presidenza del Consiglio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

(11) Cass., sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060. Secondo tale pronuncia, basata sul reato *ex art. 185 c.p.m.g.* ("Concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata") in relazione all'eccidio, commesso dalla 16ª Divisione SS, di parte della popolazione civile di Sant'Anna di Stazzema, costituita in prevalenza da anziani, donne e bambini, il crimine di guerra in questione, "attuato con modalità efferate, in totale dispregio del più elementare senso di umanità e dei valori comunemente accolti in ogni società civile, anche in tempo di guerra", ha "provocato dolore, sofferenze, sbigottimento nella collettività di cui le parti civili costituiscono enti esponenziali, creando nella memoria collettiva - per l'inimmaginabile livello di spietatezza e di crudeltà - una ferita non rimarginata, che ancora oggi è fonte di indelebile turbamento ed è produttiva di danno non patrimoniale risarcibile". Vedi anche F. CALLARI, *La costituzione di parte civile nei processi penali per crimini nazifascisti*, in *Giust. pen.*, 2017, n. 5, pp. 280-283.

(12) Cass., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 13850. Tale sentenza sancisce che "lo Stato, e per esso il Presidente del Consiglio che lo rappresenta come organo di vertice dell'esecutivo, ha il potere e la legittimazione ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del pregiudizio derivato da tale reato, costituito non solo dagli eventuali danni patrimoniali, ma anche da quelli non patrimoniali che sono rappresentati, oltre che da sofferenze fisiche o psichiche logicamente non rapportabili alle persone giuridiche, anche da turbamenti morali della collettività pregiudizievole all'attività dello Stato". Da ultimo, vedi Cass. pen., sez. I, 19 marzo 2019, n. 26633.

codice penale, quali peculato e truffa commessi da un curatore fallimentare nel corso della procedura concorsuale (13), corruzione da parte di pubblici funzionari (14), corruzione e corruzione in atti giudiziari (15), o, infine, in caso di corruzione commessa da un magistrato (16). Si tratta, a tutta evidenza, di figure delinquenti in grado di arrecare un danno civile, nei confronti delle quali lo stesso ordinamento può legittimamente vantare una pretesa, non solo (e non tanto) sul piano patrimoniale, ma anche (e soprattutto) sul piano morale, in virtù della quale si è, nei citati arresti giurisprudenziali, giunti ad una valida costituzione *ex art. 74 c.p.p.* ed al soddisfacimento della richiesta risarcitoria (17).

Proprio a fronte della diffusività del danno arrecato, e della immaterialità dei beni giuridici aggrediti, non riconducibili solo ai singoli segmenti di vita pubblica curati dallo Stato inteso come soggetto dell'ordinamento giuridico, ossia lo Stato-apparato (18), si è valorizzata in giurisprudenza la legittimazione ad ottenere il ristoro del nocimento subito da parte dell'organo di vertice del potere esecutivo, sia nella sua veste di ente esponenziale dell'intera comunità, scossa dal compimento di delitti particolarmente esecrabili e dall'infrazione di quei canoni di imparzialità e diligenza che dovrebbero informare l'attività dei pubblici uffici, sia nella sua qualità di soggetto direttamente leso dal reato; e se ciò appare evidente per i delitti di cui al Titolo I, Libro II c.p., non meno chiaro è che la commissione di illeciti penali da parte di un pubblico funzionario, realizzati nell'esercizio delle proprie attribuzioni, cagioni un danno all'amministrazione stessa, e quindi al suo apice, ossia la Presidenza del Consiglio, "per la perdita di credibilità e di prestigio dell'apparato statale nel suo complesso" (19).

(13) Cass., sez. VI, 4 novembre 2009 n. 5447. In tale arresto si è affermato che la Presidenza del Consiglio sarebbe legittimata all'esercizio dell'azione civile in quanto "*portatrice dell'interesse della collettività all'esercizio imparziale e indipendente della funzione giudiziaria*".

(14) Cass., sez. I, 27 ottobre 2003, n. 4177.

(15) Cass. 4 maggio 2006, n. 33435. Tale decisione basa la legittimazione della Presidenza a costituirsi *ex art. 74 c.p.p.* nel processo penale sulla lesione al prestigio dell'Amministrazione arrecato dalle condotte poste in essere dagli imputati.

(16) Cass., sez. VI, 13 aprile 1999 n. 9754, Curtò. Invero "*l'interesse della collettività all'esercizio imparziale ed indipendente della funzione giurisdizionale*" può essere rappresentato "*solamente dal soggetto che rappresenta la sintesi politica e di governo dello Stato-comunità ovvero dal Presidente del Consiglio dei Ministri*". Cfr. la nota adesiva di A. CIAVOLA, *Chi è il soggetto danneggiato dalla perdita di imparzialità per la corruzione di un magistrato?* in *Cass. pen.* 2000, pp. 1355-1362.

(17) Il danno civile, patrimoniale ed extrapatrimoniale, subito dallo Stato, va tenuto nettamente distinto dal c.d. "danno criminale", che viene arrecato all'ordinamento al compimento di ogni reato. Sul punto, vedi G. FERRERO, *Il risarcimento dei danni subiti dallo Stato a seguito di reato*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 691.

(18) A. BARBERA - C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, 4ª ed., Bologna, 2018, p. 42.

(19) Trib. Torino, in sede penale, ordinanza 8 marzo 2013.

3. *Lo Stato come parte civile nei processi per associazione a delinquere di tipo mafioso in giurisprudenza e dottrina.*

Analogamente, alla luce della predetta consolidata interpretazione, può ritenersi sussistente la *legitimitatio ad causam* della Presidenza del Consiglio dei Ministri in procedimenti per reati associativi di stampo mafioso, nei quali la consorceria, per concretezza ed ampiezza del programma criminale, risulti in grado di mettere a repentaglio gli “interessi generali dello Stato-comunità” (20). Al riguardo va segnalato che, in relazione ai processi nei confronti di imputati del delitto *ex art. 416-bis c.p.* tale opzione, per quanto desueta (21), già è stata prefigurata in passato da accorte conquiste di giurisprudenza e dottrina.

Per quanto riguarda il primo versante, l’affermazione della carica eversiva insita nell’associazione *ex art. 416-bis c.p.* si registrava primamente nella sentenza della Corte d’assise di Caltanissetta del 24 luglio 1984, relativa all’attentato mafioso commesso ai danni del magistrato Rocco Chinnici (22). In questo *dictum* emergevano infatti due significative novità: per la prima volta un omicidio plurimo di mafia riceveva la qualificazione di strage politica (art. 285 c.p.), tanto che al delitto in parola veniva riconosciuta l’aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico (23). Come conseguenza, dalla statuizione di colpevolezza degli imputati discendeva la condanna, in solido, al risarcimento dei danni e alla refusione delle spese in favore delle parti civili costituite fra cui figurava, tra gli altri, la Presidenza del Consiglio dei Ministri (24). Tale prospettazione non veniva tuttavia accolta in appello, laddove i giudici di secondo grado in ultimo escludevano la caratura terroristica del reato *de quo* (25). Una definitiva af-

(20) *Ibid.*

(21) A. TORRI, *La costituzione di parte civile degli enti territoriali nei processi per associazione per delinquere di stampo mafioso*, in *Il contrasto alla criminalità organizzata: contributi di studio*, a cura di V. FANCHIOTTI e M. MIRAGLIA, Torino, 2016, p. 132. Secondo l’Autore, fra i diversi enti territoriali, è il Comune a figurare maggiormente in giurisprudenza come parte civile costituita in tali casi.

(22) Ass. Caltanissetta, 24 luglio 1984, in *Foro it.*, 1985, vol. CVIII, parte II, col. 10-18, con nota adesiva di G. FIANDACA, *Strage mafiosa e giurisprudenza “sociologica”*.

(23) Cfr. G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1993, vol. CXVI, parte V, col. 143, dove l’Autore riporta come nelle motivazioni della sentenza si poteva leggere che “*la mafia, nell’attuale contesto storico, ha acquistato la fisionomia di vero e proprio contropotere criminale che si erge al di sopra dello Stato e realizza attacchi frontali al cuore dello stesso, laddove veda intralciate le sue possibilità di espansione [...] essa esige dallo Stato la legittimazione della sua esistenza e non esita, pertanto, ad entrare in conflittualità con esso, laddove tale legittimazione non le venga riconosciuta, mutuando, perciò, dalle associazioni terroristiche e sovversive una valenza politica che mai aveva contraddistinto le sue azioni [...] con l’azione criminosa posta in essere la mafia, oltre ad attentare la sicurezza dello Stato [...] ha inteso metterne in discussione l’ordine democratico e soprattutto l’esclusività del suo potere, realizzando così, sul piano della strategia operativa, un aggravamento del livello di scontro e manifestando il più assoluto disprezzo del concetto stesso di legalità e soprattutto di quei principi costituzionali che la democraticità dello Stato riassume*”.

(24) *Ibid.*

fermazione dell'attacco alla libertà democratica mosso dalle associazioni mafiose, sorretto dalla forza del giudicato, si aveva invece con la sentenza *Greco*, nella quale i giudici di legittimità segnalavano come la consorteria *ex art. 416-bis c.p.* fosse risultata invero in grado di generare “una situazione di pericolo, [...], nonché di compromettere il principio di legalità democratica e rappresentativa delle istituzioni politiche” (26). Nonostante l'affermazione di principio, non si faceva qui ancora questione dell'intervento nel processo della Presidenza del Consiglio, pur depositaria dei predetti interessi, in qualità di parte civile. Questa incertezza interpretativa veniva in seguito superata con una significativa ordinanza, emessa dal Tribunale di Paola in data 13 dicembre 2005, con la quale i giudici calabresi affrontavano, *ex professo*, la questione relativa all'azione risarcitoria avanzata dalla Presidenza del Consiglio, valutandola legittima e circoscrivendone la pretesa alla salvaguardia dei primari interessi dell'ordine democratico, minacciato dall'esistenza di una consorteria mafiosa, le cui attività criminali venivano ritenute idonee, di per sé sole, ad integrare una “lesione dell'essenza costituzionale della sovranità dello Stato e, conseguentemente, dell'immagine interna ed internazionale del Governo italiano” (27).

Tali statuizioni giurisprudenziali trovavano (e trovano tuttora) uno specifico contraltare sul piano dommatico. Pacifico è il dato secondo cui il delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso sia stato scolpito dal legislatore quale reato plurioffensivo di danno e di pericolo, a condotta multipla ed alternativa, volto a proteggere, in via principale, i beni giuridici dell'ordine pubblico (inteso in senso materiale) e della libertà morale dei consociati; ed in via mediata interessi quali il corretto ordine economico (artt. 41 e 42 Cost.), il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione (artt. 97 e 98 Cost.), nonché la “distribuzione del potere reale”, la quale deve rispecchiare fedelmente il consenso dei cittadini (artt. 1 e 3 Cost.) (28). Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, l'assoluta contrarietà all'ordinamento giuridico incarnata dall'associazione, ed esternata nel suo *modus operandi* caratteristico, ha portato gli studiosi ad interrogarsi sulla potenzialità aggressiva della mafia nei confronti di quel bene giuridico frutto della “saldatura tra ordine pubblico, or-

(25) Qualificando infatti l'attentato non quale atto di una guerra dichiarata all'ordinamento, ma quale rappresaglia posta in essere contro un esponente dello Stato intento ad ostacolare i traffici illeciti della consorteria. Cfr. Ass. App. Caltanissetta, 14 giugno 1985, n. 10.

(26) Cass., sez. VI, 19 dicembre 1997, n. 4070, *Greco*.

(27) Trib. Paola, in sede penale, ordinanza 13 dicembre 2005. Per un approfondimento, si veda A. MEZZOTERO - L. MATARESE, *L'ammissibilità della costituzione di parte civile nell'interesse dello Stato nei processi di mafia. Alla ricerca del bene giuridico oggetto della pretesa risarcitoria*, in *Rass. Avv. Stato*, 2005, n. 4, pp. 145-163.

(28) G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, 2^a ed., Milano, 2008, pp. 323-348. Cfr. anche G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 5^a ed., Padova, 1997, pp. 103-114; G. INSOLERA - T. GUE-RINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, pp. 70-71.

dine economico e convivenza civile”: ossia, l’ordine democratico (29). Il dibattito affonda le radici nella cosiddetta teoria “istituzionale” del sodalizio criminoso (30), memore della quale parte della dottrina ha sostenuto che l’interesse alla tutela dell’ordine pubblico sarebbe risultato direttamente leso dal delitto associativo di stampo mafioso, anche prescindendo da una verifica circa la concreta attuazione del programma delinquenziale; ciò in quanto la consorceria *ex art. 416-bis c.p.* rappresenterebbe, in antitesi alla Repubblica, un vero e proprio negativo dell’ordine costituito, un’istituzione di natura criminale e politica insieme che - grazie alla propria struttura e metodo tipico, basato su intimidazione, assoggettamento ed omertà - risulta in grado di porsi come inconciliabile alternativa rispetto a quella statale, cagionando quindi, con la sua mera esistenza, un immediato evento di danno allo Stato (31). Una seconda linea di pensiero vede invece tale prospettazione come condivisibile solo in parte, ossia consona solo a manifestazioni mafiose ad alta intensità, le quali abbiano materialmente prodotto un danno specifico a quegli interessi protetti dall’*art. 416-bis c.p.* comma 3 in via mediata (32). Al di là del dibattito inerente il grado di attuazione del programma criminoso e le forme di esternazione del sodalizio, comune ad entrambe le visioni è il dato secondo cui l’accertamento penale della costituzione di una consorceria insediata ed operante sul territorio permette di individuare l’offesa al bene giuridico tutelato dalla norma in questione, “consistente nel turbamento non meramente potenziale ed ipotetico, bensì effettivo dell’ordine pubblico con grave e diffusa lesione dei diritti fondamentali dei cittadini”, con ciò legittimando lo Stato a promuovere l’azione riparatoria nel processo penale per il ristoro dei pregiudizi, patrimoniali e non, discendenti dalla formazione ed attività del sodalizio mafioso (33).

(29) G.M. FLICK, *L’associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall’art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, n. 3, p. 853.

(30) Cfr. G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, vol. CXVIII, parte V, 1995, col. 21-28. La teoria si richiama alla nota opera di S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1917.

(31) G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello Stato*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, pp. 368-369; ID., *L’associazione di tipo mafioso*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Milano, 1984, pp. 887-888; V. PATALANO, *L’associazione per delinquere*, Napoli, 1971, pp. 176-178. Le considerazioni sono in verità svolte dall’Autore in relazione all’associazione *ex art. 416 c.p.*, ma ben possono valere, *a fortiori*, per il più grave caso del sodalizio mafioso.

(32) G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. 338-339, nota 34. Cfr. anche G. SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, 5ª ed., Padova, 1997, pp. 15-16, 104-105, 112, che parla di “macrofenomeni mafiosi”, in grado di mettere a repentaglio l’ordine demo-costituzionale e alterare il funzionamento del sistema parlamentare. In senso nettamente contrario, vedi invece G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, cit., col. 142-146.

(33) A. MEZZOTERO - L. MATARESE, *L’ammissibilità della costituzione di parte civile nell’interesse dello Stato nei processi di mafia. Alla ricerca del bene giuridico oggetto della pretesa risarcitoria*, cit., 147.

4. Il metodo mafioso: la questione della c.d. “mafia silente”.

Si pone a questo punto la necessità di un’ulteriore approfondimento, strumentale a comprendere il percorso ermeneutico seguito dai giudici in *Aemilia*. Uno degli argomenti principali avanzati dalle difese dei prevenuti nel processo in parola, volto in primo luogo ad eccepire l’incompetenza territoriale del Tribunale di Reggio Emilia, e per smentire poi il teorema accusatorio avanzato dalla Procura della Repubblica - secondo cui i prevenuti avrebbero fatto parte, con diversi ruoli, di un’associazione 'ndranghetista (34) operante in territorio emiliano (35) -, è stata la prospettazione della presenza, nel caso per cui era processo, di una mera associazione per delinquere, la quale sarebbe stata tuttavia priva di connotazione mafiosa, e che quindi tale contenuto specifico sarebbe stato da circoscrivere alla sola cosca cutrese (36). L’interpretazione offerta dai patroni degli imputati postulava dunque un’adesione a quell’orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, restio a riconoscere l’espansione delle mafie in aree del paese diverse da quelle d’origine, e tradizionalmente ritenute refrattarie, per ragioni sociali e storiche, al contagio mafioso (37). La strategia difensiva portava dunque il collegio giudicante sul piano delle concrete esternazioni del metodo *ex art. 416-bis* comma 3 in Emilia e, per questa via, sul dibattuto terreno della c.d. “mafia silente”, che rappresenta attualmente uno dei fronti più caldi del tema - come riconosciuto peraltro espressamente anche in sentenza -, caratterizzato da contrastanti prese di posizione nella giurisprudenza di legittimità (38).

Secondo una prima linea ermeneutica, restrittiva, al fine di riconoscere il delitto associativo come mafioso dovrebbe sempre venir integrata processualmente la prova di una concreta pratica del metodo tipico del sodalizio, attuata nel contesto socio-economico di nuovo insediamento (39). Tale ragionamento è efficacemente descritto dalla definizione secondo cui “se la mafia è “silente”, almeno in zone del paese in cui storicamente non è riscontrabile “quell’*humus* in cui alligna e prolifera la devianza mafiosa”, allora non è mafia in senso giuridicamente rilevante” (40). La *ratio* di questa interpretazione è quella di individuare un unico standard probatorio per il metodo mafioso, evitandone applicazioni “a geometria variabile” (41), ed evitando parimenti di dar luogo

(34) Del delitto p. e p. dall’art. 416-*bis* c.p. commi 1, 2, 3, 4, 6 e 8.

(35) Province di Parma, Reggio Emilia, Modena e Piacenza.

(36) M. ZITO, *La memoria dell’Avvocatura dello Stato nel procedimento penale c.d. Aemilia*, in *Rass. Adv. Stato*, 2018, n. 1, p. 244.

(37) Trib. Reggio Emilia, 31 ottobre 2018, n. 1155, p. 1931 motivazioni.

(38) *Ibid.*

(39) Cass., sez. V, 13 febbraio 2006, n. 19141, Bruzzaniti e altri.

(40) C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell’art. 416bis c.p.?*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, n. 1, 369.

(41) F. SALVIANI, *La delocalizzazione dell’associazione di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 2017, nn.

ad un'anticipazione della tutela penale ad un momento in cui il requisito di cui all'art. 416-*bis* comma 3 non si sia ancora esplicitato (42). Questa prima accezione di "mafia silente" è tuttavia contrastata da un diverso orientamento, tutto interno alla Suprema Corte, che inquadra la fattispecie nella figura di un sodalizio che impiega effettivamente il *modus operandi* mafioso, ma in modo celato, ossia senza far ricorso alle sue manifestazioni più appariscenti (come gli omicidi), pur "tuttavia avvalendosi di quella forma di intimidazione - per certi aspetti ancora più temibile - che deriva dal non detto, dall'accennato, dall'evocazione di una potenza criminale cui si ritenga vano resistere" (43). Il pericolo a cui questo *iter* logico cerca di ovviare, come sottolineato in dottrina, è quello di fornire un lasciapassare interpretativo alla diffusione di associazioni che, pur prive di una manifesta metodologia mafiosa, siano comunque in grado di conculcare gli interessi protetti dalla norma incriminatrice - l'ordine economico, politico e sociale - godendo anche in zone delocalizzate della fama intimidatoria guadagnata dal sodalizio nelle zone d'origine (44). La diatriba in questione si riverbera dunque sul piano della verifica dei rapporti tra "associazioni-madri" e "associazioni-figlie" (45), in merito al quale non è bastato un provvedimento del Primo Presidente della Corte di Cassazione a ridurre ad unità gli orientamenti proposti dalle diverse Sezioni (46). Nell'assetto attuale, l'orientamento dominante continua a ritenere che la mafiosità della locale, formata in quei luoghi dove l'*habitat* sociale non si mostra, *ex se*, propenso all'infiltrazione mafiosa, richieda in ogni caso la prova dell'impiego, da parte della *societas sceleris*, di una forza intimidatrice attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, indipendentemente dalla sussistenza di rapporti, anche palesi, con l'associazione d'origine (47). Nondimeno, ad esso continua a contrapporsi una fiorente linea ermeneutica che considera integrato il metodo tipico anche laddove la carica intimidatoria risulti solo potenziale, esaltando così la natura di reato di pericolo dell'art. 416-*bis* c.p. (48), e la struttura uni-

7-8, p. 2779; cfr. anche C. VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 ottobre 2015.

(42) C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416bis c.p.?*, cit., 379-381.

(43) Cass., sez. II, 30 gennaio 2015, n. 15412, Agresta e altri. Esisterebbe in realtà anche una terza accezione di "mafia silente", che si verifica nel caso in cui la consorteria "dalle caratteristiche mafiose, pur costituita ed esistente, non si sia ancora proiettata all'esterno in iniziative delinquenziali per la realizzazione del suo programma criminoso". Cfr., *ex multis*, Cass. sez. II, 15 giugno 2017, n. 53477, Benedetto.

(44) A. BALSAMO - S. RECCHIONE, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416-bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. contemp.*, 18 ottobre 2013, pp. 12-13.

(45) L. BARONE - A.A. SALEMME, *Il reato di associazione mafiosa*, in Cass. pen., 2018, n. 4S, p. 166.

(46) Provvedimento del 28 aprile 2015.

(47) Cass., sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359, Pesce.

(48) Cass., sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851, Garcea.

taria della 'ndrangheta (49). La *vexata quaestio*, non trovando componimento nel diritto vivente, è stata recentemente oggetto di un'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, nelle more del cui responso è intervenuta la pronuncia dei giudici reggiani (50).

5. La 'ndrangheta emiliana.

Per quanto attiene alla presente trattazione, la sentenza in commento affronta la tematica relativa alla sussistenza della "locale" mafiosa emiliana sotto un duplice aspetto: gli effetti dell'agire criminale sul territorio e i rapporti con la "casa-madre" di Cutro.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte ha rigettato la tesi difensiva, secondo la quale non sarebbe emerso dall'istruttoria alcun elemento dal quale poter inferire una penetrazione associativa nell'ambito territoriale di riferimento, che sia stata caratterizzata da quell'omertà ed assoggettamento tipici della zona d'origine, invocando a sostegno la minima rilevanza degli episodi d'intimidazione contestati; i quali, nella logica difensiva, avrebbero invece rappresentato iniziative di singoli individui, operanti fuori dal contesto geografico d'appartenenza, inidonei, quindi, a fondare la percezione dell'esistenza di una locale struttura qualificabile come mafiosa. In senso contrario si pone il Tribunale, il quale, pur ammettendo il precitato contrasto in giurisprudenza, ha inteso richiamarsi al primo fra i due orientamenti interpretativi sopra richiamati (51), attribuendo valore dirimente all'effettività del metodo mafioso, purché da esso possano evincersi indicatori di stabilità ed organizzazione della consorceria, a dimostrazione del potere intimidatorio dell'associazione e dello stato di assoggettamento che ne discende (52). Ed invero, i giudici hanno ravvisato questi indici nel caso concreto, non tanto nell'uso attuale della forza e della prevaricazione, comunque non aliene all'*agere* del sodalizio, ma soprat-

(49) F. VASSALLO, *La competenza territoriale in materia di criminalità organizzata di stampo mafioso*, in *Strumenti di contrasto alla criminalità: profili interni, comparati e sovranazionali*, a cura di V. FANCHIOTTI, Torino, 2017, pp. 10-20. Per una critica alla struttura unitaria della 'ndrangheta, vedi A. CISTERNA, *Esegesi sulla struttura che mostra i suoi limiti sulle "mafie silenziose"*, in *Guida dir.*, 2019, n. 31, pp. 79-85.

(50) Cass. sez. I, 15 marzo 2019, ord. n. 15768. Il quesito: "*Se sia configurabile il reato di cui all'art. 416 - bis cod. pen. con riguardo a una articolazione periferica (cd. "locale") di un sodalizio mafioso, radicata in un'area territoriale diversa da quella di operatività dell'organizzazione «madre», anche in difetto della esteriorizzazione, nel differente territorio di insediamento, della forza intimidatrice e della relativa condizione di assoggettamento e di omertà, qualora emerga la derivazione e il collegamento della nuova struttura territoriale con l'organizzazione e i rituali del sodalizio di riferimento*". Per un approfondimento, vedi L. NINNI, *Alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree "non tradizionali"*, in *Dir. pen. contemp.*, 2019, n. 6, pp. 23 ss.

(51) Cfr. nota 47. La Corte nota nondimeno come l'impressionante compendio probatorio a carico degli imputati renda poco problematico il conflitto in parola, ai fini della decisione.

(52) Trib. Reggio Emilia, 31 ottobre 2018, n. 1155, p. 1933 motivazioni.

tutto in quell'“indispensabile riserva di violenza percepibile all'esterno” alla quale fare all'occorrenza ricorso per raggiungere gli illeciti scopi sociali (53); una triste fama (fondata sul sangue della guerra consumata tra i clan Dragone e Grande Aracri, fra l'Emilia e la Calabria), mediante la quale il gruppo ha continuativamente esteso la propria influenza e le proprie propaggini in vaste aree dell'economia locale e sul piano dei rapporti istituzionali, fino a poter vantare interlocutori anche tra gli stessi esponenti delle forze dell'ordine e del mondo politico (54). Un capitale di delitti che ha permesso l'instaurarsi di un'egemonia nella regione, e garantito il “suo perpetuarsi nel tempo” (55). Non solo: indici del metodo mafioso, *sub specie* di capacità intimidatoria, vengono rinvenuti dalla Corte anche nell'accertata disponibilità di armi da parte del sodalizio, e dall'insieme di relazioni intrattenute con 'ndrine altrove dislocate (56). Ma l'elemento di novità del *modus operandi* della locale emiliana, suo “tratto caratterizzante” secondo i giudici di Reggio, viene rintracciato nelle strategie, più raffinate ma non meno insidiose di quelle classiche, impiegate per creare falsa ricchezza e spietata efficienza, grazie alla quale accreditarsi nell'ambiente produttivo regionale ed allettare imprenditori e professionisti del territorio con il miraggio di facili guadagni, ossia spingendo gli stessi a venire incontro ai *desiderata* del sodalizio (57). Strategie quali le false fatturazioni, il lavoro nero, l'offerta di protezione, l'accesso a finanziamenti e al servizio di recupero crediti, che hanno permesso alla cosca di inserirsi nel tessuto socio-economico di riferimento, specie in aree ad alta intensità di manodopera e a modesto contenuto tecnologico, dando così vita ad una “economia mafiosa emiliana”, fonte di legittimazione e arricchimento parassitario per la consorteria (58).

Con riferimento all'autonomia della cosca, parimenti i giudici hanno concluso in senso contrario rispetto alle argomentazioni difensive. Essi hanno infatti riconosciuto come il sodalizio delinquenziale abbia rappresentato una filiazione del consesso *ex art. 416-bis c.p.* basato a Cutro, e come, in qualità di associazione-figlia di questo, abbia beneficiato della capacità intimidatoria

(53) *Ivi*, p. 2200 motivazioni.

(54) *Ibid.*

(55) *Ibid.*

(56) *Ivi*, 2201.

(57) *Ivi*, 2202. Nello stesso senso concludeva il segmento di *Aemilia* abbreviato (Trib. Bologna, 22 aprile 2016, n. 797; CdA Bologna, 12 dicembre 2017, n. 3911; Cass., sez. V, 24 ottobre 2018, n. 27043). Cfr. N. DALLA CHIESA - F. CABRAS, *Rosso Mafia, La 'ndrangheta a Reggio Emilia*, Milano, 2019, 102-103, secondo cui “[l]o stato di soggezione continuava a serpeggiare. Stava solo assumendo forme più elaborate e strategicamente funzionali, all'interno delle quali la condivisione di un vantaggio economico per la maggior parte degli imprenditori costituiva nient'altro che un incentivo a sottostare ad angherie propriamente mafiose”.

(58) N. DALLA CHIESA - F. CABRAS, *La 'ndrangheta a Reggio Emilia. Un caso di conquista dal basso*, in *Rass. Arma dei Carabinieri*, 2017, n. 3, pp. 17-21. Per un'analisi generale del fenomeno, vedi S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale*, Roma, 2018, pp. 85 ss.

costruita dalla consorteria calabrese anche al di fuori dell'area d'origine. Quella che emerge in *Aemilia* è dunque un'autonoma struttura 'ndranghetista, nata grazie all'associazione di delinquenti già precedentemente inquadrati in consessi mafiosi del crotonese, decimati da pregresse inchieste. Tale congrega godeva dunque di autonomia sul piano decisionale, organizzativo, economico, nonché su quello pratico, relativo alle esternazioni del metodo mafioso, e parimenti operava con indipendenza anche in ordine alle scelte affaristico-criminali da compiere (59). Sempre in ossequio al suo caratteristico *modus operandi* mimetizzato, la cosca emiliana si rivelava poi in grado di effettuare scelte autonome in relazione alle strategie pubbliche, politiche e comunicative da impiegare, specie nei momenti di massima tensione con le istituzioni locali, nel tentativo di screditarle o condizionarle; tattiche che, riconosce il collegio, “rappresentano la più solida conferma dell'autonomia operativa della cosca 'ndranghetista emiliana” (60). Del resto il collegamento con la cellula di Cutro, a conferma di quanto riconosciuto dai giudici di merito, era sì costante, ma *de minimis*: il terminale di questo rapporto era la figura di Nicolino Grande Aracri, che doveva infatti venire tenuto al corrente solo delle questioni di importanza cruciale per la vita della cosca emiliana (affiliazioni, attribuzione di “doti”, omicidi), e ricevere il cosiddetto “fiore” (ossia una piccola percentuale delle entrate dell'associazione-figlia) nonché percepire i proventi delle intraprese criminali della 'ndrina di Cutro, una volta investite gli stessi nelle attività controllate o gestite dalla locale in Emilia (61).

Un lampante esempio della inusitata capacità operativa raggiunta dal sodalizio mafioso locale, con riferimento al *modus operandi* ed al grado di autonomia, si può rinvenire appunto nella reazione seguita alle numerose interdittive antimafia emesse dall'allora Prefetto di Reggio Emilia, Antonella De Miro (62). Quest'ultima, forte dell'esperienza professionale maturata nella sua terra d'origine (63), si trovò a costatare, sin dal suo insediamento, come di fatto la città fosse “indifesa” dinanzi all'infiltrazione mafiosa (64). L'avvento della De Miro coincise dunque con una stagione repressiva senza pre-

(59) Trib. Reggio Emilia, 31 ottobre 2018, n. 1155, p. 2214 motivazioni.

(60) *Ivi*, p. 2214 motivazioni.

(61) *Ibid.* Nello stesso senso concludeva il segmento di *Aemilia* abbreviato (Trib. Bologna, 22 aprile 2016, n. 797; CdA Bologna, 12 dicembre 2017, n. 3911; Cass., sez. V, 24 ottobre 2018, n. 27043).

(62) M. ZITO, *La memoria dell'Avvocatura dello Stato nel procedimento penale c.d. Aemilia*, cit., pp. 249, 257.

(63) La Dott.ssa De Miro, attuale Prefetto della Provincia di Palermo, è nata a Catania, ed ha prestato servizio per oltre vent'anni, con diversi ruoli, presso svariate Prefetture siciliane (Agrigento, Enna, Messina).

(64) N. DALLA CHIESA - F. CABRAS, *Rosso Mafia, La 'ndrangheta a Reggio Emilia*, cit., 112, 199. Tale consapevolezza le derivò dall'allarme lanciato dalle categorie economiche e dai numerosi reati spia registrati nella provincia, quali estorsioni e soprattutto incendi ai danni di imprese calabresi, troppo spesso non accompagnati da alcuna denuncia.

cedenti a Reggio, con largo ricorso allo strumento dell'informazione interdittiva, applicato alle aziende sia cutresi che emiliane in odore di mafia - in pieno ossequio alla logica preventiva sottesa allo strumento *de quo* (65). Un simile approccio, accompagnato da una maggiore attenzione al fenomeno mafioso prestatò dagli organi di stampa locali, destò inevitabilmente la reazione degli associati, ostacolati nella realizzazione dei loro progetti affaristico-criminali. La reazione tuttavia non si espresse, per lo più, in atti violenti espliciti (66). Al contrario, la strategia di contrasto perseguita dalla cosca si mosse su di un piano politico-mediatico, volto, nelle parole dei giudici di *Aemilia*, a “condizionare, addirittura imbavagliare, gli organi di informazione e [...] cercare il sostegno della politica, individuata quale strumento fondamentale per attuare la controffensiva [...]” (67). La ripetuta delegittimazione dell'operato del Prefetto, condotta via televisione e stampa, la fittizia mobilitazione della comunità calabrese contro la presunta discriminazione sofferta per le iniziative dell'ufficiale del governo, e i ricorsi al TAR sono stati i principali tra gli stratagemmi impiegati per ottenere un allentamento della pressione istituzionale sulle imprese connesse all'associazione (68). Stratagemmi che si sono spinti fino al punto di cercare l'abbinamento con esponenti del mondo politico reggiano, strumentale alla scelta di un “cavallo” su cui puntare in questa sfida alle autorità - e da impiegare anche in vista delle successive consultazioni elettorali (69). Si tratta, nel complesso, di risultanze che illustrano come in Emilia la 'ndrangheta abbia saputo mutare veste e linee d'azione in virtù del diverso contesto sociale e dei diversi ostacoli da abbattere, travisando da azioni legittime o da esercizio di diritti quelli che in realtà si sono rivelati essere indici delle “grandi strategie” (70) perseguite dal sodalizio.

6. Il risarcimento del danno non patrimoniale riconosciuto allo Stato-ordinamento: la valenza eversiva dell'associazione mafiosa.

All'interno di questo quadro probatorio-interpretativo, il collegio ha accolto in pieno la richiesta di risarcimento avanzata dalla Presidenza del Con-

(65) Trib. Reggio Emilia, 31 ottobre 2018, n. 1155, p. 2022 motivazioni. Va peraltro sottolineato che l'emissione delle interdittive non poteva perseguire, come sostenuto dagli imputati, un disegno unitario del Prefetto volto ad emarginare la comunità cutrese, poiché le informazioni sono il risultato delle richieste operate dalle singole amministrazioni. Cfr. M. ZITO, *La memoria dell'Avvocatura dello Stato nel procedimento penale c.d. Aemilia*, cit., p. 250, il quale significativamente afferma che “[i]l momento unitario lo hanno dato gli imputati di questo processo”.

(66) I quali, tuttavia, non mancarono: il 20 marzo 2012 furono infatti recapitate al prefetto De Miro una busta con un proiettile ed una lettera dai contenuti intimidatori.

(67) Trib. Reggio Emilia, 31 ottobre 2018, n. 1155, p. 2021 motivazioni.

(68) *Ivi*, pp. 2036-2037 motivazioni.

(69) *Ivi*, pp. 2024-2025 motivazioni.

(70) *Ivi*, p. 2021 motivazioni.

siglio dei Ministri in relazione agli imputati di cui al delitto associativo di stampo mafioso, come domandato dall'Avvocatura Distrettuale (71). La Corte ha riconosciuto infatti come la presenza dominante e l'operatività nella regione di una consorceria di matrice 'ndranghetista abbia configurato un'autonoma fonte di responsabilità extracontrattuale, che prescinde dal danno specifico arrecato alle singole amministrazioni coinvolte (72). L'insediamento mafioso ha infatti comportato la realizzazione "di un'alternativa anti-giuridica allo Stato-ordinamento", un "anti-Stato" concretantesi in un'istituzione in grado di annoverare tutte le caratteristiche proprie di un'entità sovraperonale sovrana, in quanto non solo fornita di una propria struttura, ma anche in grado di produrre norme di comportamento vincolanti sul territorio, e di assistere queste ultime con (invero temibili) sanzioni (73). La 'ndrangheta in Emilia non abbisogna di atti eclatanti, ma si giova della propria fama criminale e della nuova "rispettabile" veste affaristica per infiltrare il territorio (74), facendo propri quegli interessi la cui tutela è rimessa (*in primis*) allo Stato, con riferimento non solo all'ordine pubblico e alla libertà morale dell'individuo, ma anche all'ordine economico, al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione, all'ordine democratico (75). Ed è proprio sulla base di questa larvata sottrazione di sovranità che viene motivato il risarcimento del danno a cui sono condannati in solido gli imputati del delitto *ex art. 416-bis c.p.* Come evidenzia il collegio, "[i]l delitto associativo manifesta, invero, una valenza eversiva. Si pone come un sistema (non solo "di valori") in relazione di concorrenzialità con quello statale" (76). Tale circostanza integra la lesione delle più basilari funzioni dello Stato-ordinamento, quali il monopolio legale dell'uso della forza sul territorio, la rappresentanza e l'esclusiva potestà normativa sulla comunità di riferimento (77). Con ciò, la "locale" emiliana arrivava ad arrecare un notevole pregiudizio alle funzioni normativa e rappresentativa, garantite in primo luogo dalla Costituzione (*ex artt. 5 e 117 Cost.*) ed assunte dagli Statuti degli enti territoriali (*art. 114 Cost.*) (78). Allo stesso modo, la signoria mafiosa ha comportato, come accolto dai giudici, un'aggressione anche agli altri interesse tutelati dalla norma incriminatrice, ossia i beni giuridici di livello costituzionale quali lo sviluppo di corretti rapporti economico-sociali, nonché la salvaguardia della dignità umana (79).

(71) *Ivi*, p. 3066 motivazioni.

(72) *Ibid.*

(73) *Ivi*, p. 3062 motivazioni.

(74) *Ivi*, p. 2203 motivazioni. La Corte parla di due aree della mafia, l'una "militare", l'altra "imprenditoriale".

(75) *Ivi*, p. 3066 motivazioni.

(76) *Ibid.* Nello stesso senso si esprime anche la ricerca sociologica, cfr. N. DALLA CHIESA - F. CABRAS, *Rosso Mafia, La 'ndrangheta a Reggio Emilia*, cit., 214, 233.

(77) *Ibid.*

(78) *Ivi*, p. 3062 motivazioni.

Parimenti, per ciò che attiene ai singoli reati-fine aggravati *ex art. 416-bis*, 1 c.p., il giudice di prime cure vi ha ravvisato un'inscindibile collegamento con il delitto associativo, in quanto essi avrebbero assunto a proprio presupposto la forza stessa del consesso criminale, contribuendo così al contempo al suo rafforzamento ed alla sua affermazione (80). Anch'essi, dunque, avrebbero conculcato non solo le posizioni soggettive delle persone offese individuali (anche e soprattutto private), ma la stessa affermazione delle finalità costituzionali (e statutarie) degli enti locali (tra i quali, *in primis*, la promozione della parità dei diritti e della dignità dell'individuo, la rappresentanza territoriale e comunitaria) (81).

La prova delle condotte illecite contestate e del vincolo associativo sono state dunque ritenute indici di un'eversione di interessi protetti della collettività, e perciò bastevoli a legittimare, prima, la proposizione della domanda risarcitoria per la lesione derivata allo Stato-ordinamento dall'esistenza e operatività del consorzio mafioso e, nel merito, la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale.

7. Conclusioni.

Nella sentenza in parola, il Tribunale ha accolto la richiesta riparatoria avanzata dalla Presidenza del Consiglio sposando quell'opzione ermeneutica, carsicamente riproposta da parte di giurisprudenza e dottrina, che individua nel fenomeno mafioso e nelle sue manifestazioni esteriori un attacco ai valori fondamentali dello Stato-ordinamento. Ma quest'interpretazione viene dalla Corte reggiana plasmata ed aggiornata, sulla base della più recente elaborazione giurisprudenziale in materia di "mafia silente" e dello specifico compendio probatorio a disposizione degli inquirenti, senza mai venir meno ai presupposti del dato normativo di cui all'art. 416-*bis* c.p. Il quadro che esce da *Aemilia* è quindi quello di una mafia eversiva, ma non legata alle linee d'azione della Cosa Nostra dinamitarda e stragista degli anni '80 e '90 - anni in cui questo indirizzo si è primamente formato. Dalla pronuncia emerge piuttosto un'associazione mafiosa borghese, la cui carica anti-istituzionale non si esplica nella lotta armata contro lo Stato, ma in un contro-potere più subdolo e sottile, la cui cifra caratteristica è il silenzio. Così facendo, la cosca non attacca frontalmente le istituzioni, ma le avvelena, le svuota, le priva del loro contenuto *secundum legem* e vi si sostituisce, lasciando di esse un mero simulacro. Il ristoro del danno non patrimoniale viene infatti fondato su questa progressiva erosione che, lungi dall'intaccare solo la comunità territoriale

(79) *Ivi*, p. 3066 motivazioni. Cfr. anche M. ZITO, *La memoria dell'Avvocatura dello Stato nel procedimento penale c.d. Aemilia*, cit., p. 242.

(80) *Ivi*, p. 3063 motivazioni.

(81) *Ibid.*

emiliana, per la quale sono legittimamente costituiti gli enti locali competenti, mette in discussione la stessa *rule of law* nella regione e la sua appartenenza (*de facto*) alla Repubblica e al suo sistema di valori, consacrato nella Costituzione. A fronte di ciò, è lo stesso principio di sussidiarietà ad imporre il risarcimento da reato nei confronti dello Stato-ordinamento, costituitosi nelle vesti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in quanto diretto titolare dei beni giuridici offesi dall'eversione della cosca locale emiliana.

Sia consentita un'ultima notazione. La costituzione di parte civile dello Stato in siffatto procedimento non acquisisce solo funzione strumentale all'ottenimento della posta riparatoria. Laddove gli "anticorpi" (82) culturali non hanno retto all'infezione 'ndranghetista, e la risposta politico-amministrativa si è rivelata tutt'al più sporadica, l'azione adesiva della Presidenza del Consiglio, esperita con successo nel *locus* del rito criminale, lungi dal rappresentare una criticabile "accusa privata" a sostegno delle contestazioni del pubblico ministero (83), risulta potenzialmente in grado di assumere invece, *a fortiori*, un ruolo di stigmatizzazione, agli occhi della comunità nazionale, delle pubbliche e private infedeltà registratesi in Emilia, a dimostrazione dell'irriducibile alterità fra Stato democratico e associazione mafiosa (84).

(82) N. DALLA CHIESA - F. CABRAS, *La 'ndrangheta a Reggio Emilia. Un caso di conquista dal basso*, in *Rass. Arma dei Carabinieri*, cit., pp. 21-25.

(83) C. SANTORIELLO - A. GAITO, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 2, p. 401.

(84) Una funzione del resto che ben si sposa con le prerogative della stessa Avvocatura dello Stato, che rappresenta *ope legis* la Presidenza del Consiglio, dato che, come sottolinea accorta dottrina, il suo ruolo "si è [...] spostato dalla tutela legale di interessi prevalentemente patrimoniali a quella di tutti i primari valori giuridici dell'ordinamento dello Stato e del suo assetto costituzionale [...]". Cfr. G. MANZARI, *Avvocatura dello Stato*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. II, Torino, 1987, p. 114.

Procedura semplificata di autorizzazione per impianti di produzione di energie rinnovabili (minieolico), tutela indiretta anche inibitoria delle aree contermini a quelle vincolate e rilevanza in materia paesaggistica del silenzio-assenso. Profili sostanziali e processuali

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. QUARTA, SENTENZA 4 SETTEMBRE 2018 N. 5181

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. QUARTA, SENTENZA 18 MARZO 2019 N. 1729

Piero Vitullo*

SOMMARIO: 1. Premessa ricostruttiva - 1.1. La questione controversa - 2. L'approccio giurisprudenziale alla tematica - 3. Conclusioni: 3.1. Profili processuali - 3.2. L'insopprimibilità del contributo partecipativo dell'Amm.ne B.A.C.T. al procedimento autorizzatorio semplificato per impianti "minori" - 3.3. (continua) Insussistenza di conflitto tra Linee Guida e normativa statale di riferimento (art. 152 d.lgs. 42/2004, art. 6 l. 28/2011) - 3.4. Potere di vigilanza dell'Amm.ne B.A.C.T. e tutela inibitoria - 3.5. Inconfigurabilità del silenzio-assenso in materia specifica.

1. Premessa ricostruttiva.

Le fattispecie di cui si tratta si incentrano sulle determinazioni dirigenziali con cui due diversi Comuni della provincia di Campobasso hanno rilasciato a imprese private dei provvedimenti autorizzativi favorevoli alla realizzazione di impianti minori di produzione di energia da fonte rinnovabile (c.d. minieolico); fattispecie, accomunate dall'indebita pretermissione dai procedimenti autorizzatori in questione dell'Amministrazione per i Beni e le Attività Culturali.

Le vicende giudiziali sono sorte a seguito delle iniziative del Segretariato Regionale MiBACT che, dopo essere venuto a conoscenza di Procedure Autorizzative Semplificate (P.A.S.), avviate presso i Comuni interessati all'insaputa dell'Amministrazione tutrice dei beni culturali, ha disposto la sospensione dei lavori in questione ai sensi dell'art. 155 d.lgs. 42/2004 quale forma di tutela dell'interesse pubblico leso, in tre casi doppiata anche da apposito ricorso straordinario (poi traslato in sede giurisdizionale a seguito di opposizione della parte resistente privata) recante la richiesta della declaratoria di nullità o dell'annullamento della determinazione autorizzatoria finale. In entrambi i casi infatti l'Amministrazione statale non è stata coinvolta nel procedimento abilitativo comunale, senza dunque essere stata posta in grado di interloquire, ai

(*) Avvocato dello Stato.

Alla redazione dell'articolo hanno collaborato la dott.ssa Mariarosaria Mastro Monaco e il dott. Marco Scarano.

sensi dell'art. 152 d.lgs. 42/2004 (1) e delle Linee Guida Nazionali approvate con D.M. 10 settembre 2010, nel percorso amministrativo finalizzato al rilascio del nulla osta per l'installazione di turbine per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile eolica, localizzate a distanza inadeguata da aree, considerate "contermini" rispetto a zone in concreto sottoposte a vincolo diretto archeologico ai sensi del D.M. del 15 giugno 1976 ovvero a beni sottoposti a vincolo diretto culturale e paesaggistico ai sensi dell'art. 142 comma 1 lett. g) del d.lgs. n. 42/2004 oppure qualificato come area SIC.

Invero, le Linee Guida Nazionali approvate con D.M. 10 settembre 2010, riproposte, con i medesimi contenuti e numerazione, dalle omologhe Disposizioni-Linee Guida Regionali, approvate dalla Regione Molise con la del. G.R. n. 621/2011, hanno delineato le condizioni di intervento dell'Autorità statale di tutela paesaggistica: *"il Ministero [BACT] ... partecipa ... c) al procedimento per l'autorizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili localizzati in aree contermini a quelle sottoposte a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ... il Ministero esercita unicamente in quella sede i poteri previsti dall'articolo 152 di detto decreto"*.

In tale ipotesi, infatti, la convocazione dell'Amministrazione ministeriale da parte di ciascun ente locale procedente avrebbe consentito alla competente Soprintendenza l'emissione del parere vincolante ex art. 152 d.lgs. 42/2004, dal momento che tale disposizione formula specifiche prescrizioni al fine di garantire la conservazione dei valori espressi dai beni tutelati, ricadenti all'interno dell'area contermini all'impianto.

Al contrario, le autorizzazioni sono state unilateralmente adottate da ciascun Comune senza, peraltro, alcun coinvolgimento preventivo e nemmeno comunicazione successiva alla Soprintendenza. Di qui l'esercizio del potere inibitorio (2), inteso a evitare ulteriori manomissioni dei luoghi destinatari dei divisati interventi.

La questione oggetto della presente trattazione è stata affrontata dal Consiglio di Stato dapprima con la sentenza n. 5181 del 2018 (similari le coeve n.

(1) Si riporta il contenuto dell'art. 152 d.lgs. 42/2004: *"Nel caso di aperture di strade e di cave, di posa di condotte per impianti industriali e civili e di palificazioni nell'ambito e in vista delle aree indicate alle lettere c) e d) del comma 1 dell'articolo 136 ovvero in prossimità degli immobili indicati alle lettere a) e b) del comma 1 dello stesso articolo, l'amministrazione competente, su parere vincolante, salvo quanto previsto dall'articolo 146, comma 5, del soprintendente, o il Ministero, tenuto conto della funzione economica delle opere già realizzate o da realizzare, hanno facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le varianti ai progetti in corso d'esecuzione, idonee comunque ad assicurare la conservazione dei valori espressi dai beni protetti ai sensi delle disposizioni del presente Titolo. Decorsi inutilmente i termini previsti dall'articolo 146, comma 8, senza che sia stato reso il prescritto parere, l'amministrazione competente procede ai sensi del comma 9 del medesimo articolo 146"*.

(2) Con la superiore Direzione regionale poi Segretariato regionale in luogo dell'allora Soprintendenza B.A.A.A.P., in ragione della confluenza di interessi sia paesaggistici che archeologici: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1562.

5182 del 2018; n. 5183 del 2018; n. 5189 del 2018; n. 5190 del 2018; n. 5191 del 2018) e successivamente con la decisione n. 1729 del 2019, oggettivamente identica a quella n. 1731 del 2019.

Con tali ultime pronunce il Supremo Consesso ha definitivamente confermato l'orientamento interpretativo delineato dalla sentenza n. 5181/2018 e seguenti sopra citate, in tema di mancato coinvolgimento del Ministero B.A.C.T. nella procedura di autorizzazione alla realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili inferiori, nel caso in esame, ai 300 Kw, localizzati in aree c.d. contermini a quelle sottoposte a tutela archeologica, culturale e paesaggistica, ai sensi del decreto legislativo n. 42 del 22 gennaio 2004.

In particolare, con la sentenza n. 1729/2019 e la coeva n. 1731/2019, è stato nuovamente esaminato dal Consiglio di Stato il tema precedentemente affrontato dalla sentenza n. 5181/2018, concernente, nello specifico, l'applicabilità delle Linee Guida Nazionali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, approvate con D.M. del 10 settembre 2010, alla procedura abilitativa semplificata, in pieno recepimento dell'impostazione propugnata dall'Amministrazione statale.

1.1. La questione controversa.

Le ragioni spese dalle società interessate sono complessivamente sintetizzabili nei seguenti termini:

1) l'aggravio procedurale invocato dal MiBACT non doveva essere applicato alla realizzazione di impianti mini-eolici, alla stregua delle previsioni delle sopravvenute Linee Guida nazionali (e anche di quelle confermate regionali, approvate con del. G.R. n. 621 del 4 agosto 2011), in particolare in virtù di quanto previsto dal punto 2 dell'Allegato 4 (*Impianti eolici: elementi per il corretto inserimento nel paesaggio e sul territorio*) al D.M. del 10 settembre 2010 (*Linee guida nazionali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*), determinative dell'insussistenza delle condizioni di applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 152 d.lgs. 42/2004;

2) non è qualificabile *ex lege* la pretesa dell'Amministrazione ministeriale alla partecipazione alla procedura semplificata autorizzativa, non venendo in evidenza luoghi rinvenibili nell'elenco dei beni sottoposti a vincolo paesaggistico o archeologico, diretto o indiretto;

3) è contestabile l'utilizzo di una potestà riferibile non alla vigilanza *ex art. 155 d.lgs. 42/2004* sui beni culturali ma alla salvaguardia, *ex art. 150* precedente, di assetti vincolistici mai proposti nei termini prescritti, dovendosi dunque ritenere l'insussistenza di poteri interdittivi a fronte di atti autorizzatori validi ed efficaci, non presidiati nemmeno da termini di durata della sospensione certi e determinati.

Va detto che nel ricorso straordinario la Soprintendenza ha propugnato un diverso inquadramento delle procedure semplificate di cui all'art. 6 d.lgs.

28/2011 (3), sostenendo che l'omessa acquisizione, in sede conferenziale, del

(3) Se ne riporta l'integrale contenuto: *“Ferme restando le disposizioni tributarie in materia di accisa sull'energia elettrica, per l'attività di costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida, adottate ai sensi dell'articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 si applica la procedura abilitativa semplificata di cui ai commi seguenti. Il proprietario dell'immobile o chi abbia la disponibilità sugli immobili interessati dall'impianto e dalle opere connesse presenta al Comune, mediante mezzo cartaceo o in via telematica, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, una dichiarazione accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che attesti la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. Alla dichiarazione sono allegati gli elaborati tecnici per la connessione redatti dal gestore della rete. Nel caso in cui siano richiesti atti di assenso nelle materie di cui al comma 4 dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, devono essere allegati gli elaborati tecnici richiesti dalle norme di settore e si applica il comma 5. Per la procedura abilitativa semplificata si applica, previa deliberazione del Comune e fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti regionali di cui al comma 9, quanto previsto dal comma 10, lettera c), e dal comma 11 dell'articolo 10 del decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 marzo 1993, n. 68. Il Comune, ove entro il termine indicato al comma 2 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite al medesimo comma, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza; è comunque salva la facoltà di ripresentare la dichiarazione, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia. Se il Comune non procede ai sensi del periodo precedente, decorso il termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione di cui comma 2, l'attività di costruzione deve ritenersi assentita. Qualora siano necessari atti di assenso, di cui all'ultimo periodo del comma 2, che rientrino nella competenza comunale e non siano allegati alla dichiarazione, il Comune provvede a renderli tempestivamente e, in ogni caso, entro il termine per la conclusione del relativo procedimento fissato ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. Se gli atti di assenso non sono resi entro il termine di cui al periodo precedente, l'interessato può adire i rimedi di tutela di cui all'articolo 117 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Il termine di trenta giorni di cui al comma 2 è sospeso fino alla acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 6-bis, o all'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 14-quater, comma 3, della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241. La realizzazione dell'intervento deve essere completata entro tre anni dal perfezionamento della procedura abilitativa semplificata ai sensi dei commi 4 o 5. La realizzazione della parte non ultimata dell'intervento è subordinata a nuova dichiarazione. L'interessato è comunque tenuto a comunicare al Comune la data di ultimazione dei lavori. La sussistenza del titolo è provata con la copia della dichiarazione da cui risulta la data di ricevimento della dichiarazione stessa, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari. Ultimato l'intervento, il progettista o un tecnico abilitato rilascia un certificato di collaudo finale, che deve essere trasmesso al Comune, con il quale si attesta la conformità dell'opera al progetto presentato con la dichiarazione, nonché ricevuta dell'avvenuta presentazione della variazione catastale conseguente alle opere realizzate ovvero dichiarazione che le stesse non hanno comportato modificazioni del classamento catastale. Le Regioni e le Province autonome possono estendere la soglia di applicazione della procedura di cui al comma 1 agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico, definendo altresì i casi in cui, essendo previste autorizzazioni ambientali o paesaggistiche di competenza di amministra-*

parere, obbligatorio e vincolante ex art. 146, commi 4, 5, 7, 8, o 152, d.lgs. 42/2004, ha comportato l'adozione di un provvedimento mancante di un elemento essenziale e comunque inficiato dall'esercizio abusivo di attribuzioni riservate allo Stato, in quanto tale, nullo ex art. 21-septies L. 241/1990.

L'Amministrazione ha invero rivendicato il diritto, sancito dalle Linee Guida sia Nazionali che Regionali, oltre che di esprimere il proprio parere vincolante, di indicare anche prescrizioni circa le distanze e le altre misure giudicate idonee alla tutela dei beni del patrimonio culturale sui quali andrebbe ad insistere l'impianto, così come stabilito dal citato art. 152 d.lgs. 42/2004 e ribadito da ordinanze cautelari del giudice di prima istanza, riguardo a provvedimenti inibitori resi per analoghe fattispecie in aree contermini (ad esempio, si veda l'ord. n. 85/2015) (4).

L'Amministrazione ha quindi richiamato la fondamentale sentenza n. 1144/2014 del Consiglio di Stato, che ha inquadrato in modo netto e definitivo argomenti deponenti per la validità della decretazione inibitoria adottata dalla Soprintendenza, in un caso simile di sospensione d'autorità dello svolgimento dei lavori per l'installazione di un aerogeneratore, valorizzando, proprio in virtù dell'articolo 152 d.lgs. 42/2004, l'"effetto di irradiazione" della tutela paesaggistica indiretta - ex art. 142 d.lgs. 42/2004 - concernente le aree contermini.

La Soprintendenza ha altresì argomentato circa l'inconfigurabilità di limitazioni interpretative dell'ambito di applicabilità dell'art. 152 d.lgs. 42/2004, così come desumibile dal CdS n. 1144/2014, a mente del quale non appare sostenibile che *"il potere conformativo di cui al richiamato art. 152 sussisterebbe in capo all'autorità paesaggistica soltanto limitatamente ai beni*

zioni diverse dal Comune, la realizzazione e l'esercizio dell'impianto e delle opere connesse sono assoggettate all'autorizzazione unica di cui all'articolo 5. Le Regioni e le Province autonome stabiliscono altresì le modalità e gli strumenti con i quali i Comuni trasmettono alle stesse Regioni e Province autonome le informazioni sui titoli abilitativi rilasciati, anche per le finalità di cui all'articolo 16, comma 2. Con le medesime modalità di cui al presente comma, le Regioni e le Province autonome prevedono la corresponsione ai Comuni di oneri istruttori commisurati alla potenza dell'impianto. I procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono regolati dalla previgente disciplina, ferma restando per il proponente la possibilità di optare per la procedura semplificata di cui al presente articolo. La comunicazione relativa alle attività in edilizia libera, di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida adottate ai sensi dell'articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 continua ad applicarsi, alle stesse condizioni e modalità, agli impianti ivi previsti. Le Regioni e le Province autonome possono estendere il regime della comunicazione di cui al precedente periodo ai progetti di impianti alimentati da fonti rinnovabili con potenza nominale fino a 50 kW, nonché agli impianti fotovoltaici di qualsivoglia potenza da realizzare sugli edifici, fatta salva la disciplina in materia di valutazione di impatto ambientale e di tutela delle risorse idriche".

(4) Della stessa lunghezza d'onda anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 3652 del 23 luglio 2015, in cui è dato evincere che: *"... diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione e valutazione eterogenea. Nell'esercizio della funzione di tutela spettante al MIBAC, l'interesse che va preso in considerazione è solo quello circa la tutela paesaggistica, il quale non può essere aprioristicamente sacrificato dal MIBAC stesso, nella formulazione del suo parere, in considerazione di altri interessi pubblici la cui cura esula dalle sue attribuzioni ...".*

ed alle aree indicate all'art. 136, comma 1, lett. a), b), c) e d) del d.lgs. n. 42 del 2004 ... Va premesso che questa sezione ha già avuto modo di osservare che quando vengono in rilievo opere infrastrutturali di grande impatto visivo (cfr., sia pure in relazione alla procedura di v.i.a. la sentenza di questa sezione 26 marzo 2013 n 1674) il paesaggio, quale bene potenzialmente pregiudicato dalla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale, si manifesta in una proiezione spaziale più ampia di quella riveniente dalla sua semplice perimetrazione fisica consentita dalle indicazioni contenute nel decreto di vincolo. In altri termini, il paesaggio si manifesta in tali casi quale componente qualificata ed essenziale dell'ambiente, nella lata accezione che di tale bene giuridico ha fornito l'evoluzione giurisprudenziale, anche di matrice costituzionale (tra le tante, Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378). Già nell'ordinanza n. 416 del 2013, resa nell'ambito di questo giudizio in sede di appello cautelare, questo Consiglio aveva sinteticamente richiamato il particolare effetto di "irradiamento" del regime vincolistico che assiste i beni paesaggistici allorquando, come nella specie, vengono in rilievo opere infrastrutturali di rilevante impatto sul paesaggio" (5).

In definitiva, la Soprintendenza ha rivendicato l'applicabilità, ai casi *de quibus*, delle regole generali di tutela dei beni culturali, non derogabili nemmeno a fronte della semplificazione insita nelle procedure in questione, inidonea a consentire la compressione della tutela paesaggistico/archeologica, dovendosi adeguatamente considerare i sottesi interessi pubblici, vagliati e introdotti nel procedimento autorizzatorio, mercé l'utilizzo del modulo procedimentale della conferenza di servizi (6).

Ciò, anche in virtù del fatto che le Linee Guida non hanno recato alcuna distinzione, ai fini di tale tutela, tra impianti di grandi e di piccole dimensioni (se non con riguardo alle distanze rilevanti).

L'istanza inibitoria, poi accolta dal Consiglio di Stato, è stata supportata da ragioni inerenti all'esigenza di dare adeguato spazio al principio di precauzione, considerata la valenza costituzionale del bene paesaggio (7).

(5) A conforto di tale impostazione si veda di recente T.A.R. Emilia-Romagna BO, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 16 che ha, infatti, ricordato autorevolmente che "costituisce massima giurisprudenziale consolidata quella secondo cui il potere di controllo del Ministero dei beni culturali ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, si estende oltre il dato meramente cartografico del vincolo o di quello fisico del bene tutelato, pur dovendo esso sempre giustificare l'esercizio dei propri poteri sulle aree esterne di interferenza, in quanto strettamente strumentali alla conservazione del bene paesaggistico tutelato". In proposito, "è stato, in ogni caso, affermato che «in tale ambito valutativo, infatti, il paesaggio, quale bene potenzialmente pregiudicato dalla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale, si manifesta in una proiezione spaziale più ampia di quella riveniente dalla sua semplice perimetrazione fisica consentita dalle indicazioni contenute nel decreto di vincolo» e che "ai fini della valutazione dell'impatto ambientale il paesaggio si manifesta quale componente qualificata ed essenziale dell'ambiente, nella lata accezione che di tale bene giuridico ha fornito l'evoluzione giurisprudenziale, anche costituzionale» (ex aliis, Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378)".

(6) Cfr. ad es. T.A.R. Molise, sentt. nn. 98/2011 e 109/2011; Cons. Stato, sent. n. 3039/2012.

2. L'approccio giurisprudenziale alla tematica.

L'impostazione suesposta, propugnata dall'Amministrazione, ha dunque valorizzato innanzitutto il comma 5 dell'art. 6 d.lgs. 28/2011, posto a fondamento della procedura abilitativa, il quale precisa che *“Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Il termine di trenta giorni è sospeso fino alla acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 1-ter, comma 6-bis, o all'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 14 quater, comma 3, della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241”*.

Ciononostante, in entrambi i casi in osservazione il T.A.R. adito in prime cure, nel considerare prevalenti gli interessi produttivi rispetto a quelli di tutela paesistico/ambientale, ha accolto le tesi sostenute dalle imprese private, ritenendo non estensibili i *“poteri ministeriali anche agli impianti ricadenti in zone contermini non oggetto di vincolo diretto”* - previsti dall'art. 12 d.lgs. n. 387/2003 - alle ipotesi di procedura autorizzativa semplificata, di cui all'art. 6 del d.lgs. 28/2011.

Di conseguenza il Tribunale territoriale non ha reputato applicabili alle ipotesi esaminate i poteri ministeriali previsti dal punto 14.9 delle Linee Guida nazionali, ravvisando la necessità, per il loro esercizio, di uno specifico addebiellato normativo, nella fattispecie non rilevato.

Peraltro, in considerazione del fatto che *“la procedura semplificata è un istituto ispirato al principio di liberalizzazione secondo il modello della D.I.A.*

(7) Cfr. T.A.R. Molise, sent. n. 100/2011: *“la tutela del paesaggio costituisce un valore di rango superiore (o almeno pari) rispetto all'ambiente e alla libertà di iniziativa economica. Se, nella previsione costituzionale, il principio di protezione ambientale è pretermesso, a mente dell'art. 41 della Costituzione, l'iniziativa economica è libera, ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Viceversa, per l'art. 9 secondo comma, la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione, senza limitazioni, condizioni o vincoli teleologici. Mentre la tutela del paesaggio e dei beni culturali è incondizionata e assoluta, la garanzia della libertà economica è subordinata alla sua “funzione sociale”, rientrando sicuramente nella generale accezione della funzionalizzazione anche la salvaguardia delle bellezze naturali, del patrimonio pubblico e dei beni destinati alla fruizione collettiva. Pertanto, la disciplina costituzionale del paesaggio erige il valore estetico-culturale a principio primario dell'ordinamento (Cons. Stato V, 12.6.2009 n. 3770), mentre la limitazione della libertà di iniziativa economica per ragioni di utilità sociale appare giustificata non solo nell'ottica costituzionale, ma anche in quella di cui all'art. 6 C.e.d.u. (Convenzione europea dei diritti) e dell'art. 1 del relativo Protocollo addizionale, poiché, in essi, la garanzia dell'autonomia privata non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela dell'interesse generale (cfr. Corte Cost. 22.5.2009 n. 162”*.

o della S.C.I.A. ”, lo stesso T.A.R. ha affermato che “*appare intrinsecamente contraddittoria la tesi che vorrebbe convertire un potere di controllo eventuale ‘ex post’ - qual è quello dell’art. 152 del Codice - in un parere di controllo preventivo obbligatorio, secondo lo schema del punto 14.9 lett. c) del D.M. 10.9.2010*”, fermi restando, comunque, i poteri interdittivi e di controllo esercitabili una volta avvenuto l’intervento.

Le sentenze in questione sono così state impugnate dall’Amministrazione ministeriale dinanzi al Consiglio di Stato, il quale ha ritenuto fondati entrambi gli appelli, al pari di altri coevi, reputando erronee le gravate sentenze nella parte in cui il Tribunale amministrativo ha stabilito che la procedura autorizzativa semplificata, applicata per la realizzazione degli impianti mini-eolici, non prevedrebbe, ai sensi dell’art. 152 del Codice dei beni culturali, l’autorizzazione da parte del Ministero anche per le aree non sottoposte a vincolo diretto - definite al punto 14.9 del D.M. del 10 settembre 2010 - ricadenti in aree poste a distanza pari a 50 volte l’altezza del manufatto da realizzare, rispetto al bene oggetto di vincolo.

Il Supremo Consesso ha così affermato che l’art. 6 comma 2 del d.lgs. 28/2011, “*lungi dall’escludere la necessità dell’intervento del Ministero per i beni culturali ed ambientali, prevede che l’interessato (proprietario o altro soggetto avente la disponibilità del bene sul quale realizzare l’impianto alimentato da fonti rinnovabili) alleggi l’“atto di assenso” dell’amministrazione competente per la tutela del patrimonio culturale e paesaggistico*”, peraltro sottolineando la circostanza per cui l’art. 20 comma 4 della Legge n. 241/1991, cui rinvia l’art. 6 comma 2 del d.lgs. n. 28/2011, riguarda materie tra cui la tutela del patrimonio culturale e paesaggistico, sottratte in via generale all’istituto del silenzio-assenso.

Pertanto, nel caso di mancata acquisizione dell’assenso dell’Amministrazione statale da parte del privato, il Comune ha l’obbligo di ottenerlo d’ufficio ovvero indire una conferenza di servizi, con conseguente sospensione del termine di 30 giorni per l’avvio dei lavori, decorrente dalla presentazione della dichiarazione.

In conclusione, per il Consiglio di Stato, i compiti di tutela trovano espressione proprio nel predetto parere vincolante, non solo con riguardo alle aree di cui all’art. 136 d.lgs. 152/2006, ma anche con riguardo alle aree contermini, sconfessando la tesi per cui in caso contrario si snaturerebbe il principio di autoresponsabilità del privato, sotteso al principio di liberalizzazione, previsto dalle procedure di D.I.A./S.C.I.A.

Quindi, in considerazione della disposizione di legge richiamata, la P.A.S., nella misura in cui stabilisce il formale rilascio dell’atto di assenso o prevede soluzioni alternative qualora ciò non avvenga, è qualificabile come un istituto di semplificazione procedimentale, ma non di liberalizzazione *sic et simpliciter*.

Di conseguenza, per il Supremo Consesso, le Linee Guida di cui al D.M. del 10 settembre 2010 - invocate dalle imprese private al fine di escludere

l'applicazione del regime disposto per le c.d. aree contermini - sono da considerarsi né dirimenti né ostative, per il semplice motivo che la procedura semplificata è stata introdotta da fonte successiva (il decreto legislativo del 2011) rispetto all'istituto dell'autorizzazione unica (decreto legislativo del 2003).

Infatti, nella propria argomentazione il Consiglio di Stato ha sostenuto che, laddove l'Amministrazione ministeriale debba pronunciarsi nell'esercizio del proprio potere tecnico-discrezionale sulla compatibilità di un impianto di fonte eolica inferiore alla potenza di 300 Kw da realizzare in area contermine a una zona oggetto di vincolo paesaggistico, ai sensi degli articoli 152 del d.lgs. n. 42/2004 e 6 del d.lgs n. 28/2011 può far ragionevolmente ricorso ai parametri di identificazione dell'area contermine già previamente definiti.

Quindi, presupposto che un impianto di tal guisa è da considerarsi certamente di non irrilevante impatto sul paesaggio, coerentemente ai principi già espressi in passato dal Consiglio di Stato, quest'ultimo ha ribadito la circostanza per cui i beni sottoposti a regime vincolistico sono assistiti da un particolare effetto di irradiazione alle aree limitrofe ricadenti sotto vincolo di tutela indiretto.

Inoltre, è stata evidenziata l'urgenza di evitare ogni pericolo di soggettivismo amministrativo e giudiziario laddove non venga richiesta l'autorizzazione ministeriale, prevista *ex lege*, in virtù di un asserito minore impatto paesaggistico dell'impianto oggetto di D.I.A.

Dunque, non sono le caratteristiche tecniche dell'impianto e la maggiore o minore potenza delle turbine a determinare l'incidenza dell'opera infrastrutturale sul bene archeologico-paesaggistico che si intende tutelare, bensì l'accertamento delle concrete caratteristiche fisiche e l'ingombro dell'impianto stesso, ai sensi del punto e) del par. 3.2 del D.M. del 10 settembre 2010, il quale dispone infatti che: *“si dovrà esaminare l'effetto visivo provocato da un'alta densità di aerogeneratori relativi a un singolo parco eolico o a parchi eolici adiacenti; tale effetto deve essere in particolare esaminato e attenuato rispetto ai punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, di cui all'articolo 136, comma 1, lett. d), del Codice, distanti in linea d'aria non meno di 50 volte l'altezza massima del più vicino aerogeneratore”*.

3. Conclusioni.

3.1. Profili processuali.

Preliminarmente, così come confermato dagli arresti del Consiglio di Stato, le fattispecie in analisi si svolgono con rito “ordinario” piuttosto che con quello speciale (rito abbreviato) previsto ai sensi dell'art. 119 c.p.a., il quale, in riferimento alla lett. l), contempla le sole *“controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di impianti di generazione di energia elettrica di cui al decreto legge 7 febbraio 2002, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2002,*

n. 55, comprese quelle concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti”.

Di conseguenza, non appare applicabile a tali tipologie di controversie la dimidiazione dei termini prevista dall'art. 119 c.p.a., alla luce di quanto previsto dal sopra citato articolo, il quale richiama espressamente l'art. 1, comma 1 del D.l. 7/2002, da cui si evince chiaramente che gli impianti ivi considerati sono quelli aventi potenza superiore a 300 MW.

Inoltre, in tema di ricevibilità dell'atto introduttivo va osservato che il principio distributivo dell'onere probatorio incombe sulla parte proponente l'eccezione di tardività, la quale è tenuta a provare l'effettiva, piena e non presuntiva conoscenza degli atti impugnati (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6908), in mancanza di pubblicazioni o notificazioni degli atti autorizzatori impugnati, idonee ad accreditarne la conoscibilità legale; pertanto, la tempestività dell'impugnazione non può che farsi risalire alla conoscenza piena del provvedimento impugnando, la quale si concretizza con la cognizione dei suoi elementi essenziali, della sua portata dispositiva e della sua valenza lesiva e non nella mera richiesta di svolgere indagini accertative dello stato di fatto e di diritto concernente gli interventi in questione.

Un approfondimento merita la problematica della nullità del provvedimento autorizzatorio reso dall'Autorità procedente, senza il previo coinvolgimento dell'Amministrazione statale deputata alla tutela dei beni culturali.

Al riguardo non può prescindersi dall'indirizzo interpretativo favorevole all'Amministrazione B.A.C.T., inaugurato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con la fondamentale decisione n. 3039/2012. Con essa, per la prima volta e in riforma di contrario orientamento del medesimo T.A.R., il Supremo Consesso ha recepito la tesi della nullità (anziché annullabilità) dell'atto autorizzatorio finale adottato ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 387/2003, che prescinde dal parere dell'Amm.ne dei beni e delle attività culturali, portatrice e tutrice di interessi qualificati di superiore rango costituzionale. Invero in tali ipotesi si è al cospetto di un palese difetto di attribuzioni, che comporta l'ingiustificata compressione dei poteri statali afferenti al regime cogestionale della materia, in attuazione dei quali l'Amm.ne B.A.C.T. deve poter comunque esprimere le proprie valutazioni e di cui l'Amm.ne procedente e ricevente deve tenere conto, senza potersi arrogare potestà di surrogazione ovvero di sostanziale modifica o, peggio, soppressione unilaterale.

Le amministrazioni titolari di interessi qualificati quali ad esempio quello paesaggistico devono infatti poter esprimere le loro determinazioni in sede di conferenza, in modo che venga assicurata l'unicità del procedimento mediante il coordinamento dei vari interessi pubblici, che rilevano per il rilascio del-

l'autorizzazione unica o simile. La mancata indizione della conferenza o l'aver disatteso in modo unilaterale quanto espresso in quella sede, comporta, conseguentemente, l'illegittimità dell'atto abilitativo.

Si verifica infatti un'ipotesi di sostanziale e totale pretermissione delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica e ambientale, sia nel caso di mancata convocazione alla conferenza di servizi, o di mancata applicazione del modulo previsto dall'art. 14 *quater* l. n. 241/1990, sia nel caso di dissenso manifestato, ma disatteso da parte dell'autorità procedente (8).

La compressione dei poteri statali va quindi ad inficiare il provvedimento finale, nei termini indicati dalla giurisprudenza amministrativa più avveduta (a partire da CdS sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039), secondo cui è ravvisabile un'ipotesi di nullità dell'autorizzazione unica regionale per difetto assoluto di attribuzione nel caso di pretermissione delle prerogative delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica e ambientale (9).

(8) Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 709, che ha opportunamente evidenziato (con richiamo ad esempio di Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1059) l'impossibilità giuridica per l'Autorità regionale procedente di accantonare con decisione unilaterale il contenuto oppositivo di qualsivoglia parere ministeriale paesaggistico, anche qualora espresso in forme ipoteticamente irrituali, in quanto i pareri "espressi da parte di un'Amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, ovvero della salute e della pubblica incolumità" rendono la conferenza non più competente a provvedere, subentrando al riguardo i poteri di alta amministrazione del Governo, ex art. 14 *quater* L. 241/90 e CdS n. 3039/2012, secondo cui l'Autorità procedente non può sindacare, eludendolo, il dissenso motivato espresso in sede di conferenza di servizi dalla competente Soprintendenza. Espressione dello stesso orientamento sono ulteriori pronunce del Consesso amministrativo, quali CdS sez. V, 7 dicembre 2015 nn. 5748-50 e CdS sez. V, 7 dicembre 2015 nn. 5748-50 e 5752, afferenti il rilascio dell'autorizzazione nonostante il dissenso manifestato dall'Amm.ne dei beni culturali e paesaggistici nella conferenza dei servizi.

Il Supremo Consesso amministrativo ha evidenziato la sufficienza dell'esternazione di un avviso negativo dell'Amm.ne B.A.C.T., per consentire all'Amm.ne procedente di "determinarsi in modo conseguente, e cioè impugnare il parere negativo o rimettere la questione al Consiglio dei ministri, ai sensi del comma 3, del citato art. 14-*quater*" l. 241/1990, essendo "precluso alla medesima amministrazione sindacare le ragioni adottate a sostegno del parere negativo da parte dell'autorità istituzionalmente competente alla tutela dell'interesse paesaggistico".

Tali sentenze hanno ribadito il "condivisibile rilievo del carattere imprescindibile dell'apporto istruttorio di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela di beni sensibili di rilievo costituzionale (quali il paesaggio, come nel caso di specie) nei confronti di provvedimenti autorizzativi di opere aventi un impatto sulla collettività, nonché, laddove queste siano sovraordinate rispetto all'amministrazione procedente, dell'effetto impeditivo della decisione finale sull'istanza da parte di quest'ultima e conseguente devoluzione dell'affare al vertice dell'organizzazione amministrativa nazionale".

(9) La soluzione valevole per il caso di aree vincolate paesaggisticamente è confermabile anche per quelle dichiarate di valore archeologico ex art. 13 d.lgs. 42/2004; unitamente a queste ultime, anche quelle "a rischio archeologico" e in attesa del perfezionamento del relativo *iter* in corso (art. 28 d.lgs. 42/2004). Su tale ultimo aspetto appare opportuno sottolineare la persistenza della potestà di vigilanza della Soprintendenza, anche in caso di vincolo non ancora formalmente dichiarato, con conseguente diritto al suo coinvolgimento nella conferenza di servizi decisoria, onde consentire in ogni caso l'introduzione e la valutazione nella Conferenza medesima degli interessi tutelati dal vincolo *in fieri*. Rilevano al riguardo le apposite previsioni delle Linee Guida sia Nazionali che Regionali, contenute nell'art. 13.3 ("13.3. Nei casi in cui l'impianto non ricada in zona sottoposta a tutela ai sensi del d.lgs. 42 del 2004, il proponente

effettua una comunicazione alle competenti Soprintendenze per verificare la sussistenza di procedimenti di tutela ovvero di procedure di accertamento della sussistenza di beni archeologici, in itinere alla data di presentazione dell'istanza di autorizzazione unica. Entro 15 giorni dal ricevimento della comunicazione, le soprintendenze informano l'amministrazione procedente circa l'eventuale esito positivo di detta verifica al fine di consentire alla stessa amministrazione, nel rispetto dei termini previsti dal punto 14.6, di convocare alla conferenza di servizi le soprintendenze nel caso previsto dal punto 14.9, lett. e) [rectius d)]” in riferimento all’art. 14.9 (“14.9. In attuazione dei principi di integrazione e di azione preventiva in materia ambientale e paesaggistica, il Ministero per i beni e le attività culturali partecipa: [...].] d) nei casi in cui, a seguito della comunicazione di cui al punto 13.3, la Soprintendenza verifichi che l'impianto ricade in aree interessate da procedimenti di tutela ovvero da procedure di accertamento della sussistenza di beni archeologici in itinere alla data di presentazione dell'istanza di autorizzazione unica”), da cui si evince l’ammissibilità a considerazione e tutela (nel contesto procedimentale autorizzatorio in questione) degli interessi archeologici pur se non formalizzati in apposito vincolo.

L'assunto trova significativi riscontri giurisprudenziali di legittimità.

CdS, V, n. 5249/2014 ha chiarito che l'onere di informazione previsto sia dal punto 2.4 che dal punto 13.3 del D.M. 10 settembre 2010 - finalizzato a consentire alle Soprintendenze di prendere cognizione delle modifiche che si registrano nel territorio e che potrebbero incidere su procedimenti di tutela che esse intendessero attivare in relazione a beni appena rinvenuti, ovvero che potrebbero rinvenirsi in corso d'opera - risponde a un'esigenza di fondo, del tutto coerente con il principio fondamentale della tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione (art. 9 Cost.), puntualmente assolta dall'art. 13.3 del D.M. 10 settembre 2010, laddove dispone che *"il proponente effettua la comunicazione alle competenti Soprintendenze per verificare la sussistenza di procedimenti di tutela ovvero di procedure di accertamento della sussistenza di beni archeologici, in itinere alla data di presentazione dell'istanza di autorizzazione unica"*. Ciò consente proprio di acclarare, alla data di presentazione dell'istanza di autorizzazione unica, l'eventuale pendenza di procedimenti di tutela attivati contemporaneamente dinanzi a diverse autorità e consente anche di evitare che uno dei procedimenti possa definirsi in modo contrastante.

"L'informazione preventiva alle Soprintendenze competenti risulta, del resto, utile per garantire la stessa materiale fattibilità del progetto, ovviando in via preventiva a possibili ostacoli alla sua realizzazione; ed è intuitivo che la previsione in esame risulta quanto mai apprezzabile soprattutto per quanto attiene all'eventuale presenza di beni archeologici per i quali non sia stato apposto un vincolo per il timore che, in assenza di un'adeguata tutela per motivi di carattere economico, i beni siano esposti a furti o danneggiamenti".

Né può ravvisarsi in proposito - col coinvolgimento di Amministrazioni teoricamente non titolari di vincolo da far valere nella sede procedimentale in questione - un aggravio procedimentale ingiustificato, dal momento che *"la partecipazione di ulteriori Amministrazioni alla conferenza dei servizi risulta di per sé priva di un'effettiva incidenza lesiva per la posizione dei destinatari del provvedimento finale, posto che gli stessi, ove tale partecipazione si dovesse rivelare in concreto determinante in sede di adozione di provvedimento finale sfavorevole, potranno comunque agire giudizialmente a tutela dei propri interessi"*. La decisione richiama al riguardo la sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2013 n. 2343, secondo la quale - tra l'altro - *"l'eccesso di consultazione (il fatto cioè che l'Amministrazione procedente chieda pareri non previsti o non imposti) non determina un vizio dell'istruttoria, ma, al contrario, ne arricchisce i contenuti. Tale modus procedendi, pertanto, non è di per sé sufficiente ad inficiare la legittimità del provvedimento che risulti nel suo contenuto dispositivo sostanzialmente corretto. Il motivo di appello, quindi, solleva una questione meramente formale, ma non evidenzia in che modo, l'acquisizione dei due pareri contestati, abbia potuto tradursi in una diminuzione di garanzie procedurali. Il fatto, invero, che un determinato parere non sia previsto (o non sia reso obbligatorio) non impedisce all'Amministrazione procedente, ove ritenga utili le valutazioni di una diversa Amministrazione o di un determinato organo, di acquisire, prima di decidere, il suo apporto valutativo"*, e ciò ovviamente anche dopo la presentazione dell'istanza di autorizzazione, anzi sul presupposto di quest'ultima.

L'assunto collima peraltro con altri appositi pronunciamenti, da cui anzi emerge la sostanziale irrilevanza dell'adozione di un apposito e formale vincolo (Cfr. CdS, VI, n. 1592/2013, con riguardo alle *"evidenze archeologiche che, seppure non considerate in un formale provvedimento di vincolo, nondimeno evidenziano l'interesse dello Stato ad una sollecita tutela che postula, anche prima (ed eventualmente in funzione) dell'imposizione di uno specifico vincolo, la più attenta considerazione, resa, a ben vedere, ancora più necessaria proprio dall'assenza di una tutela formalizzata con specifici provvedi-*

L'autorizzazione finale irrispettosa dei canoni procedurali - nonché dei rapporti di cogestione Stato-regione, con conseguente pretermissione delle potestà dell'amm.ne statale - risulta di conseguenza inficiata da vizi *ex art. 21 septies* l. n. 241/1990, per incompetenza assoluta e per difetto assoluto di attribuzione, in quanto espressione di potestà inesistenti in capo all'autorità procedente.

In tali casi è ravvisabile un'ulteriore ipotesi di nullità, per mancanza di un elemento essenziale al provvedimento: la mancanza del parere obbligatorio e vincolante rende infatti l'autorizzazione finale priva di un elemento essenziale, tale da configurare gli estremi della nullità *ex art. 21 septies* della Legge n. 241/1990 (10).

Ciò appare compatibile con la deduzione di nullità dell'atto finale dell'*iter* autorizzatorio, adottato in spregio del parere di Amm.ni qualificate, in quanto espressione di potestà inesistenti in capo all'autorità procedente, riconducibili alle previsioni *ex art. 21 septies* l. 241/1990, oltre che all'"incompetenza assoluta" e al "difetto di attribuzioni", essendo i poteri di tale autorità limitati, come sopra precisato, all'impugnativa giudiziale ovvero all'investitura dell'esecutivo nazionale.

Corollario di quanto esposto è la rilevanza in termini di mera annullabilità (e quindi la "sanabilità"), dell'atto finale di un *iter* autorizzatorio, caratterizzato dalla pretermissione di pronunciamenti *rituali* di amministrazioni titolari per

menti. Del resto, la partecipazione ai lavori della conferenza è richiesta dall'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 non in relazione all'esistenza di un vincolo, e del settore dallo stesso presidiato, ma direttamente in relazione all'interesse tutelato dalle singole Amministrazioni: si veda, ad esempio, l'art. 14 bis della legge n. 241 del 1990 che richiede alle "amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico/territoriale, del patrimonio storico/artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità" di pronunciarsi sul progetto di opera pubblica sottoposto all'esame della conferenza "per quanto riguarda l'interesse da ciascuna tutelato". È quindi l'interesse espresso dal contesto, e non il settore vincolato, a determinare la competenza a rendere le valutazioni rilevanti".

La conclusione appare condivisibile, alla stregua del rilievo incontestabile sulla natura meramente dichiarativa dell'atto impositivo del vincolo di interesse archeologico, correlata a caratteristiche e peculiarità intrinseche che il bene possedeva *ab origine*.

In generale, sulla non necessità, in materia di beni culturali, di apposito provvedimento formale che dichiarare l'interesse artistico, storico, archeologico e etnoantropologico delle cose suscettibili di tutela statale *ex d.lgs. 42/2004*, cfr. Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2010, n. 28239, per cui è "sufficiente un interesse culturale oggettivo, derivante da tipologia, localizzazione, rarità o altri analoghi criteri [...] la cui prova può desumersi o dalla testimonianza di organi della P.A. o da una perizia disposta dall'autorità giudiziaria" a fronte di percepibili emergenze archeologiche, meritevoli di tutela.

(10) Cds n. 3039/2012: "la sottrazione della decisione circa una tale incidenza a quel livello, e alle inerenti modalità e forme di riparto e distribuzione del potere, rappresenta un esercizio di attività amministrativa ormai senza più alcun titolo di competenza e dunque svolta in carenza dell'attribuzione di legge. Non solo: sempre alla luce dell'art. 21 septies vi è anche nullità (..) delle stesse autorizzazioni uniche regionali per un'insanabile loro manchevolezza strutturale, cioè per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi (...)". Nello stesso senso, T.A.R. Catanzaro, Calabria sez. I, 12 luglio 2014, n. 1238/2014, secondo cui è ravvisabile un'ipotesi di nullità dell'autorizzazione unica regionale per difetto assoluto di attribuzione o per difetto dell'elemento essenziale, nel caso di compressione delle prerogative dell'Amm.ne preposta alla tutela paesaggistica e ambientale, e nel caso di mancata applicazione del modulo previsto dall'art. 14 *quater* l. n. 241/1990.

legge di una competenza primaria, potendosi riscontrare, nel caso di specie, le condizioni previste dall'art. 21 *septies* della l. 241/1990 (11).

Ciò consente, inoltre, di ovviare a quanto previsto dall'art. 31 comma 4 Cod. Proc. Amm., il quale ha introdotto *ex novo*, anche per l'istituto della nullità, il presidio di un apposito termine decadenziale (12), in quanto riferibile solo all'azione in via principale, restando opponibile in fase resistente (e rilevabile *ex officio*) l'eccezione di nullità, in analogia con quanto valevole nel settore del processo civile.

3.2. *L'insopprimibilità del contributo partecipativo dell'Amm.ne B.A.C.T. al procedimento autorizzatorio semplificato per impianti "minori"*.

La soluzione da fornirsi al quesito essenziale incentrato sulla presunta estraneità del c.d. "minieolico" alle prescrizioni restrittive e limitatrici, desumibili in termini generali dal D.M. 10 settembre 2010 (Linee Guida Nazionali), non può che essere allineata e conforme a quella, condivisibile, da ultimo recepita in sede giudiziale di seconda istanza, con cui si è sostenuto correttamente di non poter prescindere, anche in tal caso, dal rilievo dell'insopprimibilità del parere statale, allorché l'opera (anche quando pertinente al c.d. minieolico e dunque a interventi di minore impatto) interferisca con aree oggetto di tutela diretta o indiretta, in mancanza di una esplicita deroga alla previsione sull'acquisizione necessitata del parere statale in questione.

Infatti l'art. 6 l. 28/2011 non ha introdotto alcuna deroga espressa al procedimento autorizzatorio per la produzione di impianti di energie rinnovabili - disciplinato in via generale dall'art. 12 D.P.R. 387/2003 e di conseguenza dal D.M. 10 settembre 2010 nonché dalle Linee guida regionali, conformi al primo e semmai legittimate a fini di attuazione del primo all'adozione di norme restrittive: cfr. § 1.2 - che dia luogo alla pretermissione lecita del parere paesaggistico MiBACT (*ex art.* 146 o 152 d.lgs. 42/2004).

La norma in questione vale, infatti, ai soli fini di semplificazione dell'*iter* di autorizzazione urbanistico-edilizia, poiché rimarca esplicitamente, nella sua premessa, la necessità di acquisire ogni altro parere, intesa, nulla osta e assenso ove previsto (13), in termini di sostanziale invarianza rispetto all'art. 12 D.P.R. 387/2003; per altro verso, che il citato D.M. prevede al § 11.1 che "*per gli*

(11) Così come sostenuto da Cons. Stato, sez. VI, 3039/2012. In senso conforme ad es. T.A.R. Calabria CZ, 12 luglio 2014, n. 1238.

(12) 180 giorni.

(13) Cfr. art. 6, comma 5 seconda parte, l. 28/2011: "*Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni*".

impianti di cui al paragrafo 12, l'autorità competente non può richiedere l'attivazione del procedimento unico di cui all'articolo 12, comma 4, del decreto legislativo n. 387 del 2003", rinviando dunque al paragrafo 12 che tra l'altro prevede: "12.5 I seguenti interventi sono considerati attività ad edilizia libera e sono realizzati previa comunicazione secondo quanto disposto dai punti 11.9 e 11.10, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori da parte dell'interessato all'amministrazione comunale:

[...]

12.6. Sono realizzabili mediante denuncia di inizio attività:

1. a) *impianti eolici non ricadenti fra quelli di cui alla lettera a) ed aventi capacità di generazione inferiore alle soglie indicate alla Tabella A allegata al d.lgs. 387 del 2003, come introdotta dall'articolo 2, comma 161, della legge n. 244 del 2007.*

2. b) *Torri anemometriche finalizzate alla misurazione temporanea del vento di cui al punto 12.5 lettera b), nel caso in cui si preveda una rilevazione di durata superiore ai 36 mesi*".

Quindi il § 12.5 del citato D.M. concerne gli interventi di vero "minieolico", a edilizia libera (ma pur sempre sul presupposto dell'assenza di tutela ai sensi del Codice del Paesaggio), in cui non rientrano certamente le controversie in analisi.

Il successivo § 12.6 riguarda invero impianti di maggiore consistenza, poiché introduce un *iter* agevolato (anticipatore della P.A.S. ex art. 6 l. 28/2011), presupponente la D.I.A. per i fini edilizi comunali, con riguardo a impianti eolici di potenza non superiore a 60 Kw, come previsto dalla richiamata tabella A al D.P.R. 387/2003, in cui rientrano le opere in discussione.

Al riguardo va sottolineato che il § 11.2 (sia delle Linee Guida Nazionali che di quelle regionali approvate con del. G.R. n. 621 del 4 agosto 2011) stabilisce che "11.2. *Nel caso di interventi soggetti a DIA, in relazione ai quali sia necessario acquisire concessioni di derivazioni ad uso idroelettrico, autorizzazioni ambientali, paesaggistiche, di tutela del patrimonio storico-artistico, della salute o della pubblica incolumità, le stesse sono acquisite e allegare alla DIA, salvo che il Comune provveda direttamente per gli atti di sua competenza*".

Si tratta di disposizione militante nella stessa area logica e giuridica del citato art. 6 l. 28/2011.

Ciò significa che tali discipline non incidono sui profili paesaggistici di competenza statale, che quindi restano regolamentati sia, integralmente, dal § 14 del medesimo D.M. (14) che dalla presupposta normativa legislativa.

(14) Riprodotto pedissequamente nel corrispondente § 14 delle Linee Guida Regionali (del 2011) sopravvenute al medesimo art. 6 l. 28/2011. L'identità di contenuti *in parte qua* col D.M. 10 settembre 2010 rende ininfluenza ogni questione sull'attitudine del predetto art. 6 a richiamare, per il tramite delle Linee Guida Nazionali, anche le Linee Guida regionali attuative.

Non può pertanto essere ignorata e disapplicata la previsione generale contenuta, per quanto qui di interesse, nella lettera c) del § 14.9, per cui “ [il Ministero per i beni e le attività culturali partecipa] c) al procedimento per l'autorizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili localizzati in aree contermini a quelle sottoposte a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio; in queste ipotesi il Ministero esercita unicamente in quella sede i poteri previsti dall'articolo 152 di detto decreto; si considerano localizzati in aree contermini gli impianti eolici ricadenti nell'ambito distanziale di cui al punto b) del paragrafo 3.1. e al punto e) del paragrafo 3.2 dell'allegato 4; per gli altri impianti l'ambito distanziale viene calcolato, con le stesse modalità dei predetti paragrafi, sulla base della massima altezza da terra dell'impianto”.

La predetta disposizione contempla la partecipazione ministeriale “al procedimento” senza alcuna specificazione o limitazione e quindi a ogni procedimento abilitativo in materia, non operando alcuna distinzione rispetto al “minieolico” e ancor meno a quanto assoggettato al regime semplificato della ex D.I.A., qualora interferenti con aree assoggettate a tutela diretta o indiretta.

Dunque non può non rilevare la circostanza per cui l'ambito distanziale atto a definire l'“area contermine”, individuato mediante i surrichiamati rinvii interni al D.M. (analogamente, le Linee Guida Regionali), sia coinciso col risultato della moltiplicazione dell'altezza complessiva del palo eolico per il parametro/fattore 50, desumibile dall'all. 4, § 3.1 lett. b) e § 3.2 lett. e), espressamente richiamati dal punto 14.9 lett. c) delle Linee Guida Nazionali e Regionali.

Da queste ultime si evince, in definitiva, la conferma che la partecipazione ministeriale non subisce limitazioni o deroghe per tipologie di interventi, in quanto si fa riferimento generico ai procedimenti autorizzativi in materia specifica.

Lo stesso art. 6 d.lgs. 28/2011 legittima il coinvolgimento degli enti preposti alla tutela di interessi qualificati, prevedendone l'acquisizione necessaria, al pur semplificato *iter* autorizzatorio comunale, dei relativi nulla-osta, assensi e pareri.

E, in effetti, la previsione della competenza dell'ente locale, quale autorità procedente, si giustifica in relazione alle sue funzioni esclusive in materia urbanistica e si traduce nella semplificazione dei passaggi procedurali per pervenire all'assenso edilizio all'intervento, ma ciò non appare sufficiente a far reputare soppressa un'inderogabile funzione legale di garanzia, di spettanza statale, comprensiva dell'esercizio dei poteri contemplati dall'art. 152 d.lgs. 42/2004.

In difetto di espressa deroga, dunque, non v'è ragione testuale, logica e sistematica per consentire la vanificazione *ad personam* di quella tutela.

Di qui la legittimità della pretesa dell'Amm.ne statale al coinvolgimento nella P.A.S. e, in considerazione della plateale elusione dell'autorità comunale

precedente (15) di un preciso obbligo legale, la correlata necessità di prevenire con urgenza un intervento abusivo e altamente lesivo dell'oggetto della tutela ex art. 152 d.lgs. 42/2004, altrimenti esposto a irrimediabile *vulnus* (16).

3.3. (Continua) *Insussistenza di conflitto tra Linee Guida e normativa statale di riferimento (art. 152 d.lgs. 42/2004, art. 6 l. 28/2011).*

In realtà, in nessun luogo la nuova normativa, legislativa o regolamentare, nazionale o regionale, accredita l'assunto della pretermissione dei pareri paesaggistici statali, siano essi espressi ex art. 146 o ex art. 152 d.lgs. 42/2004 (17).

L'art. 6 d.lgs. 28/2011, infatti, si limita a introdurre elementi di semplificazione procedimentale quanto all'introduzione dell'*iter* (18) e alla competenza (19) (20).

Non a caso il comma 5 dell'art. 6 citato precisa che *“Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede*

(15) Immemore dell'indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio, per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 della Costituzione tra i principi fondamentali della Repubblica: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9; Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378; *id.* 22 settembre 2014, n. 4775.

(16) L'applicabilità dell'art. 152 del d.lgs. n. 42/2004 a fattispecie simile a quella controversa è stata esplicitamente affermata sempre da Cons. Stato, V, n. 1144/2014, a prescindere e quindi anche prima dell'entrata in vigore delle linee guida nazionali approvate con D.M. 10 settembre 2010, che al punto 14.9 lettera c) hanno espressamente riconosciuto la facoltà di esercitare i poteri previsti dall'art. 152 anche quando l'intervento ricada in aree contermini a quelle espressamente vincolate *ex lege* ai sensi dell'art. 142 d.lgs. n. 42/2004.

(17) CdS n. 1144/2014, già sopra citata, ha delineato la *ratio* della norma protettiva delle “aree contermini”, ravvisabile nel c.d. *effetto di irradiazione* della tutela dei beni vincolati direttamente, sia *ex lege* che con apposita dichiarazione di interesse pubblico paesaggistico; *ratio*, che non può non valere anche nella materia specifica, in difetto di esplicita deroga.

(18) Si veda l'onere di comunicazione, assimilabile alla DIA contemplata dal D.M. 10 settembre 2010.

(19) Si veda il coinvolgimento dei Comuni quali autorità procedenti.

(20) L'articolo 6 del decreto prevede esplicitamente che nelle Linee guida nazionali per l'auto-rizzazione (D.M. 10 settembre 2010), tutti i riferimenti alla DIA vadano sostituiti, dall'entrata in vigore del decreto, con la nuova Procedura abilitativa semplificata.

La PAS mantiene alcuni dei principi di base che regolavano la DIA, introducendo peraltro significative novità rispetto alla disciplina previgente: particolarmente rilevante il fatto che ora le amministrazioni comunali sono tenute a rendere tempestivamente e/o acquisire d'ufficio gli “atti di assenso” eventualmente obbligatori (per vincoli ambientali, paesaggistici, storico-artistici, ecc.), in tutti i casi in cui questi non siano allegati alla dichiarazione.

Le soglie di potenza prodotta di riferimento, al di sotto delle quali è sufficiente la PAS, in difetto di intervento legislativo regionale rimangono quelle della tabella A allegata al d.lgs. 387/2003 e riprese dalle Linee guida nazionali.

La Comunicazione di inizio lavori al Comune non pare invece modificata dal d.lgs. 28/2011 e continua quindi a mantenere l'assimilazione agli interventi di “attività edilizia libera”, così come regolati dal Testo unico edilizia.

ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni”.

Quindi la disposizione sopra richiamata prevede che l’Autorità procedente indica una conferenza di servizi, laddove non possa acquisire d’ufficio le autorizzazioni richieste, circostanza che assimila la P.A.S. anche formalmente all’archetipo dell’autorizzazione unica *ex art. 12 d.lgs. 387/2003*, ma certamente non sopperisce al medesimo fine il complesso di norme desumibili dalle Linee Guida nazionali.

A esse, innanzitutto, va attribuita valenza meramente regolamentare, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale (21), quindi non può esserle riconosciuta l’attitudine a incidere sull’applicabilità di normativa di rango superiore (art. 152 d.lgs. 42/2004).

Inoltre, va ribadito che le disposizioni contenute nel D.M. 10 settembre 2010 e, analogamente, le disposizioni regionali contenute nelle Linee Guida approvate con del. G.R. 621/2001, avendo chiara natura regolamentare, sono di rango inferiore a quello legislativo.

Dunque, se tali Linee Guida appaiono in contrasto col Codice del Paesaggio ovvero con la normativa statale “speciale” in tema di procedure abilitative semplificate - sia essa antecedente che sopravvenuta - non possono non esserne rimaste incise (arg. *ex art. 10 l. 1953/1962*).

Inoltre, non è ravvisabile in esse alcuna restrizione tipologica che escluda il c.d. “minieolico” dal controllo paesaggistico, dal momento che si fa riferimento a procedimenti abilitativi in senso lato e non delimitato; la pretesa restrizione al dispiegamento dei poteri di vigilanza dello Stato in materia specifica, anzi, sarebbe in stridente contrasto con le apposite disposizioni dello stesso D.M., appunto in tema di “minieolico”, che semmai lo ammettono in riferimento all’attività il cui primo impulso è ricollegato alla mera comunicazione di inizio lavori, se prevista in aree (genericamente) presupponenti tutele *ex d.lgs. 42/2004* (22).

Peraltro, a voler ravvisare un contrasto tra norme, non potrebbe prescindere dalla prevalenza della legislazione nazionale (nonché delle Linee guida

(21) Cfr. Corte Cost. n. 275/2011.

(22) “12.5 I seguenti interventi sono considerati attività ad edilizia libera e sono realizzati previa comunicazione secondo quanto disposto dai punti 11.9 e 11.10, anche per via telematica, dall’inizio dei lavori da parte dell’interessato all’amministrazione comunale:

a) Impianti eolici aventi tutte le seguenti caratteristiche (ai sensi dell’articolo 11, comma 3, del decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115):

i. Installati sui tetti degli edifici esistenti di singoli generatori eolici con altezza complessiva non superiore a 1,5 metri e diametro non superiore a 1 metro;

ii. gli interventi non ricadono nel campo di applicazione del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i. recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, nei casi previsti dall’articolo 11, comma 3, del decreto legislativo n. 115 del 2008”.

nazionali per il tramite della norma interposta) su quella regionale (legislativa e *a fortiori* regolamentare), se incompatibile con i principi fondamentali regolatrici della materia (23).

3.4 Potere di vigilanza dell'Amm.ne B.A.C.T. e tutela inibitoria.

Appare opportuno un finale accenno al profilo incentrato sull'individuazione dei limiti al dispiegamento della potestà *ex art.* 155 d.lgs. 42/2004, esercitata dall'Amm.ne B.A.C.T. a finalità inibitorie di lavori per la realizzazione dell'impianto eolico, oggetto di discussione nei richiamati giudizi amministrativi.

Va innanzitutto evidenziato in contrapposizione il peculiare - e limitato - ambito applicativo dell'apparentemente simile disposizione contenuta nell'art. 150 d.lgs. 42/2004, che in realtà attiene alla mera inibitoria, tesa ad anticipare un futuro vincolo di "salvaguardia", nelle more delle procedure di dichiarazione di interesse pubblico paesistico di un'area tutelanda, rispetto alla quale è ipotizzabile un intervento preventivo - temporalmente definito - qualora non sia stata pubblicata entro 90 giorni la "*proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico* [della commissione] *di cui all'articolo 138 o* [della proposta dell'organo

(23) In tal senso, sul principio generale, cfr. ad es. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5115 e giur. *ivi* richiamata.

Sul punto valga, infatti, il costante insegnamento, elaborato nella vigenza del previgente assetto costituzionale, ai sensi dell'art. 10, comma 1, L. 62/1953, per cui le norme statali specie se sopravvenute che cristallizzano i principi fondamentali costituenti il limite all'esercizio delle competenze legislative regionali comportano, nel caso di accertata e diretta incompatibilità fra la norma regionale e la legge statale di principio anche quando sopravvenuta, l'effetto dell'abrogazione della prima, ossia della norma regionale incompatibile (cfr. Corte Cost. sent. n. 153/1995; sent. n. 498/1993; sent. n. 50/1991 e sent. n. 171/1974), ovvero della sua inapplicabilità, se posteriore. Pertanto, in caso di conclamata antinomia, la norma regionale deve ritenersi parzialmente abrogata a seguito dell'entrata in vigore della seconda.

Cfr. ad es. T.A.R. Molise, sentenze del 16 ottobre 2012, n. 571 e n. 574, vertente sul particolare tema del contrasto tra norma legislativa regionale e norma statale sopravvenuta, da risolversi senz'altro a favore di quest'ultima: "*Quanto alla pretesa formazione di un provvedimento implicito di esclusione del progetto dalla procedura completa di VIA prevista dall'art. 7 della legge regione Molise n. 21 del 2000, la censura è infondata e va parimenti disattesa quella collegata relativa alla mancata attivazione del potere di autotutela per rimuovere il provvedimento tacito formatosi. Ciò in quanto l'art. 9, nella parte in cui prevede un'ipotesi di provvedimento implicito di esclusione, deve ritenersi in contrasto con la normativa comunitaria in materia di tutela dell'ambiente che in tale settore sensibile non tollera meccanismi di semplificazione amministrativa aventi per effetto il mancato esercizio del potere di accertamento in concreto della compatibilità con i valori ambientali dei progetti di intervento proposti.*

*L'art. 9 della legge regionale n. 21 del 2000 deve pertanto essere disapplicato in parte qua per contrasto con gli artt. 2, 3, 4, 5, 6 della direttiva 85/337/CE in materia di valutazione dell'impatto ambientale dei progetti pubblici e privati (cfr. Cons. Stato, V, 25 agosto 2008, n. 4058, TAR Bari, I, 19 settembre 2011, n. 1367 e giurisprudenza *ivi* richiamata) e ciò, 'a fortiori', anche in considerazione della sua sopravvenuta cedevolezza rispetto alla norma statale di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 4/2008 che introduce, alla stregua di un principio fondamentale della materia ed in conformità col diritto comunitario, la regola opposta del silenzio inadempimento (la norma infatti non attribuisce alcun valore legale tipico all'eventuale inerzia nel provvedere), non recepita tuttavia dalla Regione Molise nel termine di adeguamento a tal fine previsto dall'art. 35 del d.lgs. n. 4/2008.*

Deve conclusivamente escludersi che nella presente vicenda si sia formato un provvedimento implicito di esclusione del progetto dalla valutazione di impatto ambientale".

ministeriale prevista] *all'articolo 141, ovvero non sia stata ricevuta dagli interessati la comunicazione prevista dall'articolo 139, comma 3*".

Ai fini dell'art. 155, infatti, rileva la sola immediata esigenza di prevenzione di un pregiudizio irreparabile, nel contesto di una generale potestà di "vigilanza", che implica il controllo e la tutela dei beni protetti *ex d.lgs. 42/2004*, in aggiunta a quelli dichiarati con apposita procedura (artt. 136 e ss.), in quanto inclusi *ex lege* (art. 142).

In effetti il potere di vigilanza *ex art. 155* citato non può all'occorrenza non tradursi, a fronte dell'emersione di attività idonee a incidere nell'immediato su bene a rilevanza costituzionale quale il paesaggio, anche in un'ampia potestà tecnico-discrezionale (24) che inibisce interventi quali quelli in questione, qualificabili in termini di abusività, in ragione dell'assenza del previsto e ineludibile nulla-osta paesistico statale.

Il provvedimento di salvaguardia inibitoria (25) si delinea quindi come una tipica manifestazione del generale potere di vigilanza dell'Amm.ne B.A.C.T. sui beni culturali *lato sensu*, come delineato dall'art. 155 d.lgs. 42/2004, rappresentando invero una concreta espressione dell'attività di peculiare controllo del territorio affidato al Ministero B.A.C.T., ai fini della tutela dei beni paesaggisticamente vincolati; infatti *"l'adozione di misure inibitorie e cautelari, quali quelle in esame, costituisce, invero, la naturale ed ordinaria attività provvedimento conseguente all'avvenuto riscontro della violazione di norme regolatrici della materia, finalizzata al ripristino dell'equilibrio violato"* (26).

3.5 Inconfigurabilità del silenzio-assenso in materia specifica.

Per completezza espositiva, sul tema inerente alla intervenuta formazione del c.d. silenzio-assenso pur se a seguito di pretermissione dell'Amministrazione ministeriale dalla c.d. P.A.S., va notato in termini generali e astratti, alla stregua della vigente e predominante normativa statale di principio contenuto nell'art. 20 d.lgs. 152/2006, che, in materia specifica, in caso di omessa pronuncia tempestiva dell'Amm.ne - ovviamente non nei casi di inerzia incolpevole - vige il principio del silenzio-inadempimento e non già quello del c.d. "silenzio-assenso".

Valgono dunque con pienezza i dettami della Corte Costituzionale, affermati in più occasioni nella materia ambientale in senso lato, per cui vige il

(24) Limitata solo dalla riscontrabilità di adeguato accertamento istruttorio e di un sufficiente corredo motivazionale. Ciò, in coerenza col generale principio alla cui stregua il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di esercizio di ampia discrezionalità tecnica è di tipo intrinseco debole, ossia limitato alla verifica della sussistenza di vizi sintomatici dell'eccesso di potere quali la palese carenza di istruttoria e l'abnorme travisamento dei fatti nonché la evidente illogicità e incongruenza delle conclusioni.

(25) Sottrattosi nei casi di specie alla qualificazione *ex art. 150 d.lgs. 42/2004*, più strettamente pertinente ai procedimenti inerenti alla dichiarazione di interesse pubblico dei beni culturali.

(26) T.A.R. Campania SA, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 1426. In senso sostanzialmente conforme si veda anche T.A.R. Molise, 25 marzo 2016, n. 160.

principio fondamentale, ricavabile da una serie di disposizioni, da interpretarsi unitariamente nel sistema, secondo cui il silenzio dell'amministrazione preposta al vincolo non può avere valore di assenso (cfr. ad es. Corte Cost., 17 dicembre 1997, n. 404) (27).

Ciò significa che al silenzio serbato dall'autorità tutrice degli interessi

(27) Per completezza va osservato che la formazione del silenzio-assenso non potrebbe nemmeno evincersi dall'art. 17 *bis* l. 241/1990, essendo evidente che trattasi di disciplina applicabile per la formazione e l'acquisizione di atti endoprocedimentali tra le amministrazioni pubbliche e non riferibile a privati (con esclusione dei gestori di beni e servizi pubblici) e a posizioni di interesse privato, quindi sarebbe irrilevante nei casi di specie, vertenti su un *iter* abilitativo a fini edilizi di un soggetto imprenditoriale. In tal senso militano i pareri del Consiglio di Stato (cfr. ad es. Cons. St., Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640; in senso conforme, Cons. St., comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1017), che espressamente hanno escluso che il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni possa operare nei casi in cui l'atto di assenso sia chiesto da un'altra pubblica amministrazione non nel proprio interesse, ma nell'interesse del privato (destinatario finale dell'atto) che abbia presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico; né incide sull'applicabilità del nuovo istituto la circostanza, del tutto irrilevante, che il privato presenti l'istanza direttamente o per il tramite di un'Amministrazione che si limita ad un ruolo di mera intermediazione, senza essere coinvolta, in qualità di autorità co-decidente, nel relativo procedimento. Al riguardo si osserva altresì che allo stato della legislazione attuale la tematica dell'eventuale tardività del parere della Soprintendenza non è affrontata in termini di sua inefficacia, dovendosi ribadire, come in precedenti occasioni similari, quanto indicato dal Servizio IV per la Tutela e la Qualità del Paesaggio - Dir. Gen. per il Paesaggio B.A.A.A.C., con circolare n. 27/2011 emanata per la diffusione del parere reso dall'Ufficio Legislativo del MiBACT con nota 18883 del 18 ottobre 2011. In essa viene ulteriormente chiarito che, allo stato attuale della pianificazione paesaggistica congiunta, il silenzio della Soprintendenza non si configura come silenzio/assenso, ma semplicemente "consente" all'amministrazione competente di agire autonomamente. Il decorso del termine non "consuma" il relativo potere della Soprintendenza, trattandosi di termine non perentorio, ma solo sollecitatorio. Quindi nulla vieta che il Soprintendente si pronunci tardivamente, ove la Regione o l'Ente delegato non abbia ancora concluso il procedimento. Né può darsi per scontata la perdita del connotato di vincolatività del parere in questione. Tanto si desume da CdS, sez. VI, n. 4914/2013 che ha puntualizzato quanto segue: *"la sentenza ha rilevato la mera tardività del parere reso dalla Soprintendenza, senza esaminare il quadro normativo di riferimento, dal quale si evince che - nel caso di mancato rispetto del termine fissato dall'art. 146, comma 5, così come del termine fissato dall'art. 167, comma 5, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137) - il potere della Soprintendenza continua a sussistere (tanto che un suo parere tardivo resta comunque disciplinato dai richiamati commi 5 e mantiene la sua natura vincolante), ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l'illegittimo silenzio-inadempimento dell'organo statale: la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze sulle spese del giudizio derivato dall'inerzia del funzionario). Poiché nel caso di superamento del termine in questione il Codice non ha determinato né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo, va riformata la sentenza con cui il TAR ha rilevato la tardività del parere, senza nemmeno occuparsi delle conseguenze della constatata tardività".* Può solo farsi residua questione di eventuale perdita del connotato vincolante del parere (che resterebbe peraltro "obbligatorio") ma - nella prospettiva della successiva azione comunale - l'eventuale, residuale natura solo "obbligatoria" del parere non necessariamente implica, in caso di condivisione come avvenuto nella fattispecie, una motivazione aggiuntiva, imponendosi semmai l'impegno giustificativo in caso di mancato recepimento del parere obbligatorio, qualora l'Amm.ne decidente intenda discostarsene (cfr. ad es. T.A.R. Lazio, sez. I, 28 aprile 2017, n. 4987, per cui l'obbligo specifico di motivazione in capo all'Amministrazione si profila solo per il caso in cui essa, per gli elementi di cui dispone, ritenga di non aderire al parere, che è obbligatorio ma non vincolante).

paesaggistico-ambientali oltre il termine previsto per la conclusione del procedimento di specifica competenza, non può essere attribuito il valore di volontà tacitamente espressa della P.A.

Pertanto, qualora l'autorità competente ometta di pronunciarsi nel termine previsto dall'art. 20, comma 4, D.lgs. 152/2006 o in similare termine, il proponente potrà esperire la procedura già disciplinata dall'art. 21 *bis* l. 1034/1971, ora dall'art. 117 Cod. Proc. Amm., per la tutela avverso il c.d. silenzio-inadempimento.

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza 4 settembre 2018 n. 5181 - Pres. F. Patroni Griffi, Est. O. Forlenza - Ministero dei Beni e delle Attività Culturali (Avv. gen. Stato) c. Azienda Agricola Bollella Pierdomenico Lucio (avv. S. Di Pardo); Comune di Sant'Elia a Pianisi (non costituito in giudizio).

FATTO

1.1. Con l'appello in esame, il Ministero per i beni e le attività culturali impugna la sentenza 15 marzo 2017 n. 85, con la quale il TAR per il Molise, sez. I, ha respinto il ricorso proposto avverso l'autorizzazione rilasciata dal Comune di Sant'Elia, in favore della parte appellata, per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica, senza la previa acquisizione del parere della amministrazione dei beni culturali (da questa ritenuto di natura obbligatoria e vincolante).

Il ricorso giurisdizionale risulta proposto innanzi al TAR Molise per effetto della trasposizione di precedente ricorso straordinario al Capo dello Stato, richiesta dalla controparte privata.

Come precisato dalla sentenza impugnata, la controversia oggetto del presente giudizio ha ad oggetto il provvedimento con il quale il Comune di Sant'Elia a Pianisi ha rilasciato il nulla osta alla realizzazione dell'impianto cd. minieolico in un'area non sottoposta a vincoli paesaggistici, ma che l'amministrazione ricorrente ritiene situata in zona contermine rispetto ad un bene paesaggistico sottoposto a vincolo *ex lege*.

Posto che, ai sensi del punto 14.9 D.M. 10 settembre 2010 (recante le linee guida nazionali in tema di autorizzazione unica ex art. 12 d. lgs. n. 387/2003), per "zona contermine" deve intendersi l'area sulla quale si intende collocare l'impianto posta a distanza pari a cinquanta volte l'altezza del manufatto da realizzare rispetto al bene oggetto di vincolo, l'amministrazione ritiene che i poteri di cui all'art. 152 d. lgs. n. 142/2004 devono essere esercitati sia nel caso di impianti eolici ordinari, sia nel caso di quelli cd. "minieolici", come definiti al punto 12.6 delle predette Linee guida, e per i quali si applica la procedura autorizzatoria semplificata di cui all'art. 6 d. lgs. n. 28/2011.

1.2. La sentenza impugnata afferma, in particolare:

- "l'art. 6 d. lgs. n. 28/2011 detta il procedimento semplificato per la realizzazione degli impianti cd. minieolici, indicando gli adempimenti che gli interessati devono porre in essere per conseguire il titolo abilitativo, con una formulazione di tipo esaustivo e sostitutivo rispetto alle previsioni dettate dall'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003, con la conseguenza di rendere non applicabile alle fattispecie in questione la disciplina dettata da tale ultimo articolo e dalle Linee Guida che ne costituiscono ex professo applicazione";
- "il d.lgs. n. 28/2011 non contiene una deroga alla disciplina dell'autorizzazione unica . . .

ma detta un regime autonomo che non richiama l'applicazione delle Linee guida e che quindi non contempla nemmeno l'estensione dei poteri ministeriali con riguardo alle aree contermini, non previste nel regime semplificato (e previste invece all'art. 14.9 delle Linee guida), con ciò esprimendo una scelta sul piano sostanziale coerente con l'impatto paesaggistico, certamente minore, data la limitata potenza di siffatti impianti di produzione di energia”;

- in particolare, l'art. 6 d. lgs. n. 28/2011 non ha “portata solo procedimentale” e “un'eventuale estensione del potere ministeriale anche agli impianti in discorso dovrebbe trovare un espresso addentellato normativo, non bastando a tal fine la previsione di cui all'art. 14.9 delle Linee guida, esplicitamente applicabili alla sola autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003”;

- peraltro, posto che “la procedura semplificata (è) istituito ispirato al principio di liberalizzazione secondo il modello della SCIA . . . prevedere, in assenza di vincolo paesaggistico, la necessità del preventivo rilascio di un parere equivale sostanzialmente a riprocedimentalizzare un istituto di liberalizzazione fondato sul diverso principio di autoresponsabilità del privato”.

1.3. Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello (come desunti dalle pagg. 6-10 del ricorso):

a) **error in iudicando**, violazione art. 6 d. lgs. n. 28/2011, poiché tale disposizione si limita “a introdurre elementi di semplificazione procedimentale quanto all'introduzione dell'iter e alla competenza”, prevedendo espressamente (co. 2) che “nel caso in cui siano richiesti atti di assenso nelle materie di cui al co. 4 dell'art. 20 della l. 7 agosto 1990 n. 241, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, . . . si applica il co. 5”. Quest'ultimo dispone che l'amministrazione comunale provvede ad acquisire di ufficio eventuali atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, ovvero procede a convocare una conferenza di servizi. In definitiva, “l'interessato deve allegare alla dichiarazione o agli elaborati tecnici l'autorizzazione paesaggistica . . . o, in mancanza di allegazione, il Comune deve acquisire l'autorizzazione di ufficio o convocare una conferenza di servizi”;

b) **error in iudicando**, poiché la ratio della tutela delle aree contermini è ravvisabile nel cd. “effetto di irradiazione della tutela dei beni vincolati direttamente sia *ex lege* che con apposita dichiarazione di interesse pubblico paesaggistico; ratio che non può non valere anche nella materia specifica, in difetto di esplicita deroga”; peraltro, “non è prevista alcuna restrizione per tipo (pretesa esclusione del minieolico), poiché si fa riferimento a procedimenti abilitativi in senso lato e non delimitato”;

c) **error in iudicando**, poiché la sentenza “sostanzialmente disapplica le norme indicate e ritiene eventuale ed ex post il giudizio tecnico che esprime l'amministrazione”, la quale è invece chiamata a rendere “un atto di assenso qualificato espressamente dalla norma in termini di parere vincolante e preventivo”.

1.4. Si è costituita in giudizio l'Azienda Agricola Bollella Pierdomenico Lucio, che ha preliminarmente eccepito:

- l'inammissibilità dell'appello, poiché il ricorso straordinario sarebbe stato notificato all'attuale appellata ad un indirizzo errato;

- l'irricevibilità dell'appello in conseguenza della tardività del ricorso straordinario, poiché proposto oltre il termine di 120 giorni, prescritto dall'art. 9 DPR n. 1199/1971; infatti, “l'atto impugnato, definito impropriamente dall'amministrazione determina dirigenziale, ma che in realtà è un atto comunicativo del Comune di verifica positiva della d.i.a. all'esito dell'acquisizione di tutti i pareri favorevoli, riporta la data del 15 gennaio 2015”, mentre il ricorso straordinario è stato proposto solo il 13 gennaio 2016;

- l'inammissibilità dell'appello, per effetto dell'irricevibilità del ricorso instaurativo del giu-

dizio di I grado, poiché “la costituzione innanzi al TAR è stata tardivamente depositata”, in violazione degli artt. 48 e 119 Cpa, “che prevedono i termini dimezzati per il deposito dell’atto di costituzione in giudizio del ricorrente in sede di trasposizione di ricorso straordinario al Capo dello Stato, conseguente ad opposizione del controinteressato”.

La parte appellata ha comunque concluso richiedendo il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

All’udienza pubblica di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. Preliminarmente, occorre rigettare le eccezioni proposte dalla parte appellata, stante la loro infondatezza.

2.1. Quanto alla prima di esse, fondata su un difetto di notificazione del ricorso straordinario, giova osservare che la correttezza della notificazione degli atti processuali è strumentale ad assicurare il diritto di difesa della parte cui gli stessi sono rivolti; di modo che, laddove risulti che l’atto, nonostante difetti e/o irregolarità della notificazione attuata, abbia comunque raggiunto il suo scopo, i predetti vizi della notificazione non possono assumere rilievo (ex art. 156 cpc).

Nel caso di specie, la parte appellata ha avuto comunque contezza del ricorso straordinario, del quale ha richiesto la trasposizione in sede giurisdizionale, costituendosi anche in tale sede. Appare, quindi, pienamente raggiunto lo scopo della notificazione, stante l’effetto “sanante” dell’attività processuale svolta dalla parte, tale da dimostrare come non sia intervenuta alcuna compromissione del suo diritto di difesa (da ultimo, Cass. Civ., sez. V, 27 aprile 2018 n. 10242; sez. lav., 28 marzo 2018 n. 7703; sez. VI, 9 febbraio 2018 n. 3240).

2.2. Quanto alla eccezione di irricevibilità dell’appello in conseguenza della tardività del ricorso straordinario, occorre osservare che la parte appellata non fornisce alcuna prova certa in ordine alla piena conoscenza sia dell’atto sia della d.i.a., in data antecedente di 120 giorni rispetto alla proposizione del ricorso straordinario.

Difatti, come peraltro sottolinea la stessa parte eccipiente, la propria attività si è svolta in base a d.i.a e, quindi, l’amministrazione appellante non poteva avere contezza della tipologia dell’attività da intraprendersi, né delle iniziative eventualmente assunte dall’amministrazione comunale, se non per il tramite di accertamenti all’uopo richiesti al Comando provinciale del Corpo forestale dello Stato, e ricevuti solo in data 17 settembre 2015 (*dies a quo* in relazione al quale il ricorso straordinario risulta tempestivo).

In difetto di diverse e più probanti allegazioni, non può farsi risalire la piena conoscenza del Ministero ricorrente né alla data di adozione dell’atto (successivamente impugnato) da parte del Comune di Sant’Elia a Pianisi, né alla data della richiesta di accertamenti rivolta al Corpo Forestale (che, in quanto tale, semmai prova il difetto - e non la sussistenza - di conoscenza). D’altra parte, se l’art. 19, co. 6-ter l. n. 241/1990 afferma che la Scia, la denuncia e la d.i.a. non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, ma, avverso gli stessi, “gli interessati possono sollecitare l’esercizio delle verifiche spettanti all’amministrazione, e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l’azione di cui all’art. 31” del Cpa (ricorso avverso il silenzio), appare evidente come non possa farsi decorrere un termine di impugnazione né dal mero avvio dell’attività, né dalla data di adozione di un atto da parte dell’autorità comunale competente, a meno che, in questo caso, non si dimostri l’intervenuta piena conoscenza del medesimo da data tale da determinare la decadenza dal potere di impugnazione.

2.3. Anche la terza eccezione di inammissibilità dell’appello è infondata.

La parte sostiene la propria eccezione di inammissibilità, affermando che vi sarebbe irricevibilità del ricorso instaurativo del giudizio di I grado, poiché “la costituzione innanzi al TAR è stata tardivamente depositata”, in violazione degli artt. 48 e 119 Cpa.

Orbene, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte appellata, la realizzazione di opere in base ad autorizzazione semplificata, di cui all’art. 8, d.lgs. 3 marzo 2011 n. 28, non rientra tra le ipotesi per le quali trova applicazione l’art. 119, co. 1, lett. f) Cpa, e la dimidiazione dei termini processuali ivi prevista.

Ed infatti, l’ipotesi di cui al citato art. 8 d. lgs. n. 28/2011 è diversa da quella disciplinata dall’art. 12 d. lgs. n. 387/2003, in ordine alla quale la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. V, 28 febbraio 2013 n. 1218) ha affermato l’applicazione del citato art. 119, co. 1, lett. f) e della connessa dimidiazione dei termini processuali,

Nelle ipotesi di cui all’art. 12 d. lgs. 28 dicembre 2003 n. 387, “le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all’esercizio degli stessi impianti” soggette ad autorizzazione unica regionale ai sensi del co. 3, “sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti” (co. 1). Si tratta di opere oggetto di un provvedimento che abilita il destinatario a realizzare l’impianto, anche in deroga agli strumenti urbanistici e che costituisce presupposto per l’imposizione del vincolo espropriativo (non a caso, il provvedimento oggetto della citata sentenza n. 1218/2013 era stato emanato anche ai sensi dell’art. 10 DPR n. 327/2001).

Ne consegue, a tutta evidenza, la riconducibilità di tale ipotesi all’ambito disciplinato dal più volte citato art. 119 Cpa., tutte le volte in cui alla autorizzazione unica sia riconosciuta una “valenza” nell’ambito delle procedure *lato sensu* espropriative.

Al contrario, l’ipotesi disciplinata dall’art. 6 d. lgs. n. 28/2011 concerne la realizzazione di particolari impianti alimentati da fonti rinnovabili in base ad una “procedura abilitativa semplificata”, attivata dal “proprietario dell’immobile” ovvero da “chi abbia la disponibilità sugli immobili interessati dall’impianto e dalle opere connesse”.

In questo caso, dunque, attesa la disponibilità dell’immobile (in regime di proprietà o ad altro titolo) non vi è alcuna procedura espropriativa o di previa occupazione di urgenza da attuare, né alcun vincolo espropriativo da imporre.

Da ciò consegue, a tutta evidenza, l’inapplicabilità della dimidiazione dei termini processuali, di cui all’art. 119, co. 1, lett. f) Cpa., stante l’estraneità del caso alla materia ivi disciplinata, e, quindi, il rigetto della proposta eccezione di inammissibilità.

3. L’appello è fondato e deve essere, pertanto, accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata.

3.1. Come si è detto, l’art. 6 d. lgs. 3 marzo 2011 n. 28 prevede una procedura semplificata per la realizzazione di particolari impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Per quel che interessa nella presente sede, l’art. 6 dispone:

“1. Ferme restando le disposizioni tributarie in materia di accisa sull’energia elettrica, per l’attività di costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida, adottate ai sensi dell’articolo 12, comma 10 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 si applica la procedura abilitativa semplificata di cui ai commi seguenti.

2. Il proprietario dell’immobile o chi abbia la disponibilità sugli immobili interessati dall’impianto e dalle opere connesse presenta al Comune, mediante mezzo cartaceo o in via telematica, almeno trenta giorni prima dell’effettivo inizio dei lavori, una dichiarazione accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati pro-

gettuali, che attesti la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. Alla dichiarazione sono allegati gli elaborati tecnici per la connessione redatti dal gestore della rete. Nel caso in cui siano richiesti atti di assenso nelle materie di cui al comma 4 dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, devono essere allegati gli elaborati tecnici richiesti dalle norme di settore e si applica il comma 5. . . .

4. Il Comune, ove entro il termine indicato al comma 2 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite al medesimo comma, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza; è comunque salva la facoltà di ripresentare la dichiarazione, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia. Se il Comune non procede ai sensi del periodo precedente, decorso il termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione di cui comma 2, l'attività di costruzione deve ritenersi assentita.

5. Qualora siano necessari atti di assenso, di cui all'ultimo periodo del comma 2, che rientrino nella competenza comunale e non siano allegati alla dichiarazione, il Comune provvede a renderli tempestivamente e, in ogni caso, entro il termine per la conclusione del relativo procedimento fissato ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. Se gli atti di assenso non sono resi entro il termine di cui al periodo precedente, l'interessato può adire i rimedi di tutela di cui all'articolo 117 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Il termine di trenta giorni di cui al comma 2 è sospeso fino alla acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 6-bis, o all'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 14-quater, comma 3, della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241”.

3.2. Come si evince dalla lettura delle disposizioni innanzi riportate, la speciale procedura di cui all'art. 6 cit., lungi dall'escludere la necessità dell'intervento del Ministero per i beni culturali ed ambientali, prevede che l'interessato (proprietario o altro soggetto avente la disponibilità del bene sul quale realizzare l'impianto alimentato da fonti rinnovabili) alleggi l'“atto di assenso” dell'amministrazione competente per la tutela del patrimonio culturale e paesaggistico.

Ciò si evince dall'espresso richiamo, contenuto nell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 6 alle materie indicate dall'art. 20, co. 4, l. n. 241/1990, tra le quali rientra, appunto, quella della tutela del patrimonio culturale e paesaggistico (che, nella norma richiamata, viene sottratta, unitamente alle altre materie indicate, all'istituto del silenzio-assenso).

Qualora l'interessato non provveda ad acquisire in proprio l'atto di assenso dell'Amministrazione dei beni culturali, allegandolo alla dichiarazione inviata al Comune (co. 2), quest'ultimo, ai sensi del comma 5 (cui espressamente rinvia il co. 2) provvede ad acquisirlo d'ufficio ovvero convoca a tal fine una apposita conferenza di servizi (co. 5, terzo periodo), restando, nelle more, sospeso il termine di trenta giorni previsto dal comma 2 (cioè il termine per l'avvio concreto dei lavori, decorrente dalla data di presentazione della dichiarazione).

In definitiva, non può essere condivisa la sentenza impugnata laddove essa afferma che “la

procedura semplificata (è) istituito ispirato al principio di liberalizzazione secondo il modello della SCIA . . . prevedere, in assenza di vincolo paesaggistico, la necessità del preventivo rilascio di un parere equivale sostanzialmente a riprocedimentalizzare un istituto di liberalizzazione fondato sul diverso principio di autoresponsabilità del privato”.

Come si è avuto modo di osservare (in ciò condividendo quanto affermato dall'appellante), è la stessa disciplina della procedura semplificata a prevedere l'intervento dell'amministrazione dei beni culturali, disponendo - proprio perché si tratta di attività deprocedimentalizzata - che sia innanzi tutto lo stesso soggetto che invia la dichiarazione ad acquisirne l'atto di assenso prima dell'invio della dichiarazione medesima.

3.3. Acclarato che l'art. 6 d. lgs. n. 28/2011 non esclude l'intervento dell'Amministrazione dei beni culturali in funzione di tutela del vincolo paesaggistico anche nei casi di procedura semplificata per la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, occorre verificare: - se tale potere di tutela del paesaggio possa riferirsi, oltre che ai beni direttamente oggetto di vincolo paesaggistico, anche alle cd. “aree contermini” ai medesimi; - in caso positivo, se, ai fini dell'esercizio di detto potere nelle ipotesi di cui all'art. 6 d.lgs. n. 28/2011, possa essere fatta applicazione di quanto previsto dal punto 14.9 del D.M. 10 settembre 2010.

Giova, a tali fini, ricordare che l'art. 152 d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) dispone in merito ad “interventi soggetti a particolari prescrizioni”, prevedendo: “1. Nel caso di aperture di strade e di cave, di posa di condotte per impianti industriali e civili e di palificazioni nell'ambito e in vista delle aree indicate alle lettere c) e d) del comma 1 dell'articolo 136 ovvero in prossimità degli immobili indicati alle lettere a) e b) del comma 1 dello stesso articolo, l'amministrazione competente, su parere vincolante, salvo quanto previsto dall'articolo 146, comma 5, del soprintendente, o il Ministero, tenuto conto della funzione economica delle opere già realizzate o da realizzare, hanno facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le varianti ai progetti in corso d'esecuzione, idonee comunque ad assicurare la conservazione dei valori espressi dai beni protetti ai sensi delle disposizioni del presente Titolo. Decorsi inutilmente i termini previsti dall'articolo 146, comma 8, senza che sia stato reso il prescritto parere, l'amministrazione competente procede ai sensi del comma 9 del medesimo articolo 146.”

Oggetto dei compiti di tutela dell'Amministrazione dei beni culturali, sono i procedimenti autorizzatori (e, per effetto del rinvio previsto dall'art. 6 d. lgs. n. 28/2011, anche le “procedure semplificate” ivi previste) concernenti gli interventi descritti dalla norma, sia che si intenda realizzare gli stessi “nell'ambito” delle aree indicate dall'art. 136, sia che tali interventi si intendano realizzare “in vista” delle aree o “in prossimità” degli immobili indicati dal medesimo art. 136, ai quali occorre aggiungere anche i beni “tutelati per legge”, di cui all'art. 142 T.U. Come ha affermato questo Consiglio di Stato (Sez. VI, 10 marzo 2014 n. 1144), “sarebbe illogico che tale sistema di ulteriore protezione (indiretta) dei beni paesaggistici assistesse unicamente quelli sottoposti a dichiarazione di notevole interesse pubblico (le cui categorie sono contemplate dall'art. 136 del Codice dei beni culturali e del paesaggio) e non invece i beni paesaggistici previsti dalla legge (art. 142), in cui il valore paesaggistico compendiato nel vincolo *ex lege* che li assiste è una qualità correlata originariamente al bene, non suscettibile di una protezione giuridica di minore intensità”.

Si è altresì affermato che “quando vengono in rilievo opere infrastrutturali di grande impatto visivo . . . il paesaggio, quale bene potenzialmente pregiudicato dalla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale, si manifesta in una proiezione spaziale più ampia di quella riveniente dalla sua semplice perimetrazione fisica consentita dalle indicazioni contenute nel

decreto di vincolo. In altri termini, il paesaggio si manifesta in tali casi quale componente qualificata ed essenziale dell'ambiente, nella lata accezione che di tale bene giuridico ha fornito l'evoluzione giurisprudenziale, anche di matrice costituzionale (tra le tante, Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378)".

Ed in tal senso, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, n. 1144/2014 cit; sez. VI, ord. n. 416/2013) riconosce un "particolare effetto di irradiazione del regime vincolistico che assiste i beni paesaggistici allorquando . . . vengono in rilievo opere infrastrutturali di rilevante impatto sul paesaggio".

Appare, dunque, evidente (così fornendo risposta alla prima delle due domande innanzi formulate), come il potere di tutela del paesaggio si riferisca certamente, ai sensi dell'art. 152 d. lgs. n. 42/2004, anche alle cd. "aree contermini" ai beni soggetti a vincolo paesaggistico.

Ciò significa che l'Amministrazione dei beni culturali ben può (anzi deve) intervenire per la tutela delle aree contermini a quelle oggetto di vincolo paesaggistico, anche nelle ipotesi di "procedura semplificata" di cui all'art. 6 d. lgs. n. 28/2011, e ciò per effetto delle già citate disposizioni generali (e, quindi, anche se si ritenesse che le Linee guida di cui al D.M. 10 settembre 2010 non siano applicabili a tali procedure).

Peraltro, l'Amministrazione dei beni culturali ben può fare applicazione delle Linee guida (ed in particolare di quanto previsto al punto 14.9 delle medesime), in merito alle aree contermini a quelle vincolate, nel senso che essa ben può utilizzare, al fine di definire cosa si intenda per detto tipo di area, le indicazioni di cui al punto in esame, sub lett. c).

Quest'ultimo prevede che "si considerano localizzati in aree contermini gli impianti eolici ricadenti nell'ambito distanziale di cui al punto b) del paragrafo 3.1 e al punto e) del paragrafo 3.2 dell'allegato 4; per gli altri impianti l'ambito distanziale viene calcolato, con le stesse modalità dei predetti paragrafi, sulla base della massima altezza da terra dell'impianto".

In particolare, il punto e) del par. 3.2 dispone che "si dovrà esaminare l'effetto visivo provocato da un'alta densità di aerogeneratori relativi ad un singolo parco eolico o a parchi eolici adiacenti; tale effetto deve essere in particolare esaminato e attenuato rispetto ai punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, di cui all'articolo 136, comma 1, lettera d), del Codice, distanti in linea d'aria non meno di 50 volte l'altezza massima del più vicino aerogeneratore".

Orbene, anche se il D.M. 10 settembre 2010, definisce le disposizioni di cui al proprio allegato come "Linee guida per il procedimento di cui all'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387" (né avrebbe potuto essere altrimenti, atteso che la "procedura semplificata" è stata introdotta da fonte successiva), è del tutto ragionevole che l'Amministrazione dei beni culturali - dovendosi pronunciare, ai sensi degli artt. 152 d.lgs. n. 42/2004 e 6 d.lgs. n. 28/2011, sulla compatibilità di un impianto da localizzarsi in area contermine ad altra oggetto di vincolo paesaggistico - utilizzi, nell'esercizio del proprio potere tecnico-discrezionale, parametri di identificazione dell'"area contermine" già previamente definiti.

Il che, lungi dall'essere illegittimo o irragionevole, appare coerente con una maggiore trasparenza ed obiettività dell'azione amministrativa, in attuazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

Né può, infine, condividersi la sentenza impugnata, laddove essa afferma che nelle ipotesi di cui alla procedura semplificata vi sarebbe un "impatto paesaggistico, certamente minore, data la limitata potenza di siffatti impianti di produzione di energia".

Difatti, come ben può desumersi dalla lettura delle disposizioni del D.M. 10 settembre 2010 sopra richiamate, ciò che rileva, ai fini delle valutazioni dei competenti organi del Ministero per i beni e le attività culturali non è la potenza dell'impianto, bensì le concrete caratteristiche fisiche

e l'ingombro del medesimo e la sua incidenza sul bene paesaggistico che si intende tutelare.

4. Per tutte le ragioni sin qui esposte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso instaurativo del giudizio di I grado, con conseguente annullamento degli atti con il medesimo impugnati.

Stante la natura e complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese ed onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal Ministero per i beni e le attività culturali (n. 399/2017 r.g.), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso instaurativo del giudizio di I grado, con conseguente annullamento degli atti con il medesimo impugnati.

Compensa tra le parti spese ed onorari del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2018.

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza 18 marzo 2019 n. 1729 - Pres. L. Maruotti, Est. D. Di Carlo - Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (Avv. gen. Stato) c. La s.a.s. Aurora Energie Rinnovabili (non costituito in giudizio).

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso n. 285/2015, proposto al Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, la s.a.s. Aurora Energie Rinnovabili ha chiesto l'annullamento di cinque provvedimenti (segnatamente, la nota n. 1697 del 12 maggio 2015; la nota n. 1693 del 12 maggio 2015; la nota n. 1696 del 12 maggio 2015; la nota n. 1907 del 21 maggio 2015; la nota n. 1908 del 21 maggio 2015, tutte notificate il 26 maggio 2015), con i quali il Ministero dei beni culturali ha sospeso l'esecuzione dei lavori di installazione di cinque turbine mini-eoliche della potenza di 60 Kw ciascuna, nel territorio del Comune di Ripabottoni, in località Cerrosecco, cominciati dalla medesima a seguito della presentazione di cinque denunce di inizio di attività.

1.1. I cinque impianti sono localizzati in aree contermini al percorso tratturale Celano-Foggia (sottoposto a tutela archeologica con DM 15 giugno 1976) e a beni facenti parte del patrimonio culturale, come il bosco Difesa di Ripabottoni (ex art. 142, comma 1, lett. g), del D.Lgs. n. 42/2004 - codice dei beni culturali) e la chiesa di Montecastello (ex art. 12, comma 1, del medesimo codice).

1.2. Il territorio del Comune di Ripabottoni non è incluso in alcuno degli otto 'Piani territoriali paesistici di area vasta' del Molise e le mini-turbine non ricadono neppure in aree SIC, ZPS o IBA.

2. Il T.a.r. per il Molise, con la sentenza n. 132 del 10 aprile 2017 (non notificata), ha accolto il ricorso, ha annullato gli atti impugnati e ha condannato il Ministero al pagamento delle spese di lite liquidate in complessivi euro 1.500,00, oltre i.v.a. e c.p.a., e al rimborso del contributo unificato anticipato.

3. Il Ministero dei beni culturali ha impugnato la sentenza, asserendone l'erroneità, nella parte in cui il giudice di prime cure ha ritenuto che la procedura semplificata di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 28 del 2011, relativa alla realizzazione degli impianti mini-eolici, escluda il coinvolgimento

del Ministero anche nelle 'aree contermini' (le aree, cioè, non oggetto di vincolo diretto), definite dal punto 14.9 del D.M. 10 settembre 2010 (recante le Linee-guida nazionali in tema di autorizzazione unica di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003), per il quale il Ministero esercita i poteri di cui all'art. 152 del codice dei beni culturali ("*interventi soggetti a particolari prescrizioni*"), anche con riguardo al procedimento relativo ad impianti ricadenti in aree poste a distanza pari a 50 volte l'altezza del manufatto da realizzare rispetto al bene oggetto di vincolo.

4. La società Aurora, benché ritualmente intimata (la notificazione dell'atto di appello a mezzo del servizio postale è stata ricevuta in data 12 luglio 2017), non si è costituita in giudizio.

5. All'udienza camerale del 9 novembre 2017, la Sezione (ordinanza n. 4783 del 10 novembre 2017) ha accolto l'istanza cautelare proposta incidentalmente dall'appellante e, per l'effetto, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

6. All'udienza pubblica del 20 dicembre 2018, la parte costituita ha discusso la causa e la Sezione l'ha trattenuta in decisione.

7. L'appello è fondato.

7.1. Va preliminarmente osservato che la Sezione si è già espressa sulla questione giuridica sottesa alla fattispecie per cui è causa, con una serie di sentenze che hanno valore di precedente conforme ai sensi degli artt. 74, comma 1 e 88, comma 2, lett. d), del cod. proc. amm. (cfr., nello specifico, Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenze n. 5181 del 2018; n. 5182 del 2018; n. 5183 del 2018; n. 5189 del 2018; n. 5190 del 2018; n. 5191 del 2018), e il cui impianto logico - giuridico va pienamente condiviso.

7.2. La Sezione, in particolare, nel ravvisare la necessità del coinvolgimento dell'Amministrazione statale preposta alla tutela dei beni culturali e del paesaggio nell'ambito del procedimento autorizzativo di impianti mini-eolici anche nelle aree 'contermini', osserva quanto segue:

a) l'art. 6 del D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, introduce una procedura semplificata per la realizzazione di particolari impianti alimentati da fonti rinnovabili, disponendo tra le altre cose che: "*2. (...) Nel caso in cui siano richiesti atti di assenso nelle materie di cui al comma 4 dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, devono essere allegati gli elaborati tecnici richiesti dalle norme di settore e si applica il comma 5.*

5. (...) Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Il termine di trenta giorni di cui al comma 2 è sospeso fino alla acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 6-bis, o all'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 14-quater, comma 3, della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241";

b) l'art. 20, comma 4, della legge n. 241/1990, cui rinvia il comma 2 dell'art. 6 cit., riguarda materie (tra cui, la tutela del patrimonio culturale e paesaggistico) sottratte in via generale all'istituto del silenzio-assenso;

c) la procedura semplificata, nella misura in cui presuppone il formale rilascio dell'atto di assenso o prevede le soluzioni alternative per il caso del mancato rilascio, è qualificabile come un istituto di semplificazione procedimentale, ma non di liberalizzazione *sic et simpliciter*;

d) il D.M. 10 settembre 2010, nella misura in cui definisce le disposizioni di cui al proprio allegato come "*Linee guida per il procedimento di cui all'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387*", non è dirimente (né ostativo) nel senso dell'esclusione dell'applicazione

del regime stabilito per le aree ‘contermini’, per la semplice ragione che la procedura semplificata è stata introdotta da fonte successiva (il decreto legislativo del 2011) rispetto all’istituto della autorizzazione unica (decreto legislativo del 2003);

e) è del tutto ragionevole che l’Amministrazione dei beni culturali, dovendosi pronunciare, ai sensi degli artt. 152 del D.lgs. n. 42/2004 e 6 del D.lgs. n. 28/2011, sulla compatibilità di un impianto da localizzarsi in area contermini ad altra oggetto di vincolo paesaggistico, utilizzi, nell’esercizio del proprio potere tecnico-discrezionale, parametri di identificazione della ‘area contermini’ già previamente definiti;

e) ciò, in particolare:

- è coerente con l’obiettivo della trasparenza dell’azione amministrativa, in attuazione del principio di imparzialità di cui all’art. 97 della Costituzione;

- è coerente con l’obiettivo di salvaguardare i valori espressi dai beni protetti (l’art. 152 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, nel disciplinare il potere ministeriale di dettare prescrizioni concernenti le distanze, le misure e le varianti ai progetti in corso d’esecuzione, concerne sia le aree indicate alle lettere c) e d) del comma 1 dell’articolo 136, sia quelle poste in prossimità degli immobili indicati alle lettere a) e b) del comma 1 dello stesso articolo);

- è coerente coi principi, affermati dal Consiglio di Stato (cfr. Sez. VI, sentenza 10 marzo 2014, n. 1144 e Sez. VI, ordinanza n. 416/2013, che riconosce un “particolare effetto di irradiazione del regime vincolistico che assiste i beni paesaggistici allorché . . . vengono in rilievo opere infrastrutturali di rilevante impatto sul paesaggio”);

- evita il pericolo di ‘sogettivismo amministrativo e giudiziario’, non potendo condividersi quanto ritenuto dal giudice di primo grado in ordine all’asserito minore impatto paesaggistico, data la limitata potenza di siffatti impianti di produzione di energia;

- risulta coerente con l’interesse pubblico primario sotteso alla competenza del Ministero per i beni culturali, che non dipende dalle caratteristiche tecniche dell’impianto (la maggiore o la minore potenze delle turbine), ma dall’accertamento delle concrete caratteristiche fisiche dell’impianto e dell’ingombro del medesimo, rispetto all’incidenza sul bene paesaggistico che si intende tutelare (il punto e. del par. 3.2 del D.M. cit. dispone infatti che “si dovrà esaminare l’effetto visivo provocato da un’alta densità di aerogeneratori relativi ad un singolo parco eolico o a parchi eolici adiacenti; tale effetto deve essere in particolare esaminato e attenuato rispetto ai punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, di cui all’articolo 136, comma 1, lettera d), del Codice, distanti in linea d’aria non meno di 50 volte l’altezza massima del più vicino aerogeneratore”).

8. Per tutte le ragioni sin qui esposte, l’appello deve essere accolto e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso introduttivo del giudizio.

9. La natura e la complessità delle questioni trattate costituiscono giusto motivo per la integrale compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull’appello n. 5260 del 2017, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado e compensa tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso, in Roma, in piazza Capo di ferro, nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018.

**“Una obiettiva situazione di incertezza” sulla
applicazione del rito super accelerato ex art. 120,
comma 2 *bis* e comma 6 *bis* c.p.a.**

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE QUINTA, SENTENZA 17 GIUGNO 2019 N. 4046

La sentenza del Consiglio di Stato del 17 giugno 2019, n. 4046 ha accolto l'appello proposto dall'Avvocatura, previo rigetto dell'eccezione avversaria di irricevibilità dell'appello atteso che “non è stato seguito nel giudizio di primo grado (e del resto neppure nel giudizio di appello) quanto alle modalità di definizione, alle regole procedurali e ai termini per la costituzione delle parti e per il deposito delle memorie, il rito super-accelerato ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis* e comma 6 *bis* c.p.a.” e “avendo ciò determinato un'obiettiva situazione di incertezza sul rito applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio, ricorrono i presupposti per la concessione dell'errore scusabile alla parte appellante, con conseguente tempestività del gravame proposto entro il termine dimezzato di tre mesi decorrente dal deposito della sentenza”.

Si allegano la memoria dell'Avvocatura che ha invocato il c.d. principio dell'apparenza, in relazione al tipo di procedimento effettivamente svoltosi, per l'individuazione dei termini e delle forme dell'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali, unitamente alla breve memoria fatta per il merito nella quale si evidenziava che, oltre al Giudice di primo grado, anche il Consiglio di Stato aveva applicato il rito appalti ordinario e non il rito super accelerato.

*Wally Ferrante**

CT 32910/18 avv. Ferrante

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
CONSIGLIO DI STATO
IN SEDE GIURISDIZIONALE
SEZ. III - R.G. 8377/18 - UDIENZA 22.11.2018
MEMORIA DIFENSIVA

Per il MINISTERO DELL'INTERNO (C.F. 97149560589) in persona del Ministro pro tempore - Ufficio Territoriale del Governo Prefettura di Caserta, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587) per il ricevimento degli atti, FAX 06/96514000 e PEC ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it presso i cui uffici è per legge domiciliato in Roma, via dei Portoghesi 12

appellante

C O N T R O

SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE SOLIDARCI, in personale del legale rappresentante

(*) Avvocato dello Stato.

pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Centore e domiciliata presso il suo studio in Napoli, Via Santa Lucia, n. 15

appellata

E NEI CONFRONTI

Dell'ATI costituita da MY WAY S.r.l. e da NIBIRU Onlus Soc. Coop. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio

Appellata - controinteressata

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE

della sentenza del TAR Campania del 21 luglio 2018, n. 4881.

* * *

Nel richiamare integralmente il contenuto del ricorso in appello, con la presente memoria si intende replicare all'eccezione avversaria di improcedibilità dell'appello sollevata con la memoria in data 16 novembre 2018, con la quale si deduce la tardività dell'appello ai sensi dell'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* c.p.a.

L'appellata sostiene che poiché la sentenza, depositata il 21 luglio 2018, è stata comunicata dalla segreteria del TAR Campania all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli il 21 luglio 2018 (*rectius* il 23 luglio 2018 come si evince dal sito di giustizia amministrativa), il termine di trenta giorni per proporre appello, anche tenendo conto della sospensione feriale, sarebbe scaduto il 20 settembre 2018.

L'eccezione è infondata.

Ai sensi dell'art. 120, comma 6-*bis* c.p.a., *“nei casi previsti al comma 2 bis, [ovvero quando è impugnato “il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionale”] il giudizio è definito **in una camera di consiglio** da tenersi **entro trenta giorni** dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. **Su richiesta delle parti** il ricorso è definito negli stessi termini, in **udienza pubblica**. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, **memorie fino a sei giorni liberi prima** e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate **solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale**. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata **non oltre quindi giorni**. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto **entro trenta giorni dalla comunicazione** o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione”*.

Ai sensi del successivo comma 9 *“... Nei casi previsti dal comma 6 bis, il tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza **entro sette giorni** dall'udienza, pubblica o in camera di consiglio, di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza”*.

Dalla semplice lettura del richiamato articolo 120, commi 2-*bis*, 6-*bis* e 9 c.p.a., si evince chiaramente che il giudice di primo grado non ha affatto applicato il c.d. “rito super accelerato” ma semplicemente il “rito appalti” di cui all'art. 120 c.p.a. per le controversie di cui all'art. 119, comma 1, lett. a) c.p.a.

Infatti, nonostante il richiamo meramente formale contenuto nella sentenza impugnata che, a p. 2, dà atto che la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione “con il rito speciale di cui all’art. 120 comma 2-bis c.p.a.” e nonostante l’affermazione, pure meramente formale e **contraddetta nei fatti**, contenuta nell’ordinanza cautelare n. 441/18: “fissa per la trattazione del merito del ricorso ai sensi dell’art. 120, comma 2-bis c.p.a. la c.c. del 9 maggio 2018”:

- il giudizio non è stato definito in una sola camera di consiglio ma **in una camera di consiglio e in una udienza pubblica**;

- il giudizio non è stato definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente (**ovvero 60 giorni**: 15 giorni per il deposito del ricorso + 15 giorni per la costituzione del resistente + 30 giorni) bensì **entro 61 giorni** dalla notifica del ricorso avvenuta il 9 marzo 2018, essendo stata trattenuta la causa in decisione il 9 maggio 2018;

- nonostante il rinvio alla “c.c. del 9 maggio 2019”, disposto con l’ordinanza cautelare n. 441/18, la causa è stata decisa **in udienza pubblica, in assenza di alcuna richiesta delle parti in tal senso**;

- il Ministero dell’Interno ha prodotto memoria il 19.3.2018, ossia un giorno libero prima dell’udienza fissata per il 21.3.2018, anziché sei giorni liberi prima, **senza che la controparte eccepisse alcunché, e senza che il giudice espungesse tale memoria in quanto tardiva**; del resto, la stessa controparte, in vista dell’udienza di merito, ha depositato memoria 15 giorni liberi prima, nel rispetto dei termini dimezzati stabiliti per l’ordinario “rito appalti” e non per quello “super accelerato”;

- la prima camera di consiglio è stata rinviata **in assenza di esigenze istruttorie e senza necessità di integrare il contraddittorio o di proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale**, uniche ipotesi tassativamente previste dall’art. 120, comma 6-bis c.p.a. per il rinvio ad altra camera di consiglio, che deve essere di regola unica;

- la seconda camera di consiglio, non è stata fissata entro 15 giorni ma **dopo 49 giorni**;

- la sentenza non è stata depositata entro sette giorni dall’udienza del 9 maggio 2018 **ma dopo 2 mesi e 12 giorni**, il 21 luglio 2018.

Da quanto sopra si evince chiaramente, che il giudice di primo grado non ha applicato il rito disciplinato dall’art. 120, commi 2 bis e 6 bis c.p.a. bensì l’ordinario rito appalti disciplinato dallo stesso art. 120 c.p.a. e che pertanto il giudizio di appello dovrà seguire lo stesso rito.

Nella specie, l’appello, in assenza di notifica della sentenza, è stato correttamente proposto il 18 ottobre 2018 nel termine ordinario e dimezzato di tre mesi dal deposito della sentenza in data 21 luglio 2018.

Sorprende, peraltro, che la controparte invochi una sentenza del Consiglio di Stato (Sez. III, 25.11.2016, n. 4994) **che ha respinto l’eccezione di tardività dell’appello in quella sede sollevata**.

Nella citata sentenza il Consiglio di Stato ha chiarito che “*Innanzitutto, e in via dirimente, il presente grado di giudizio risulta certamente estraneo all’ambito applicativo della previsione del cui rispetto si discute, in quanto il termine per la proposizione dell’appello (ivi stabilito) si riferisce, evidentemente, alle sole impugnazioni delle decisioni pronunciate nell’ambito del rito “superspeciale” introdotto dall’art. 204 D.Lgs. n. 50 del 2016.*

Le regole procedurali dettagliate al comma 6-bis dell’art.120 c.p.a. descrivono, infatti, un rito accelerato per le impugnazioni delle ammissioni e delle esclusioni, nei casi meglio

definiti al comma 2-bis, ed esauriscono un sistema processuale chiuso e speciale, sicchè la previsione del termine breve (asseritamente inosservato) per la proposizione dell'appello si inserisce (anch'essa) nel predetto regime procedurale, nel senso che deve intendersi operativa solo al suo interno e, quindi, per la sola impugnazione di sentenze di primo grado pronunciate su ricorsi introdotti e definiti ai sensi del combinato disposto dei commi 2-bis e 6-bis dell'art.120 c.p.a.

Ora, è sufficiente osservare che, nella fattispecie in esame, il ricorso di primo grado non è stato "amministrato" con le regole procedurali del rito "superspeciale" in questione".

Appare evidente quindi che, anche nel caso di specie, il breve termine di impugnazione previsto dall'art. 120, comma 6-bis c.p.a. non può ritenersi applicabile atteso che la sentenza di primo grado non è stata pronunciata su ricorso definito nel rispetto delle regole processuali previste dai commi 2-bis, 6-bis e 9 della predetta norma.

È infatti ormai acquisito in giurisprudenza il c.d. principio dell'apparenza, applicabile ai fini dell'individuazione dei termini e delle forme dell'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Si veda al riguardo Cass. civ. Sez. lavoro Sent. 23/04/2010, n. 9694, secondo la quale, *"Il processo erroneamente introdotto con il rito ordinario è regolato dal rito speciale non dal momento in cui ne viene statuita la natura, bensì dal momento in cui il giudizio ha inizio in applicazione del relativo rito, in quanto in precedenza rileva il rito adottato dal giudice che, a prescindere dalla sua esattezza, costituisce per la parte il criterio di riferimento, anche ai fini del computo dei termini previsti per le attività processuali. Ne consegue che, ove una controversia in materia di lavoro sia erroneamente trattata fino alla conclusione con il rito ordinario, trova applicazione il principio dell'apparenza o dell'affidamento, per il quale la scelta fra i mezzi, i termini ed il regime di impugnazione astrattamente esperibili va compiuta in base al tipo di procedimento effettivamente svoltosi, a prescindere dalla congruenza delle relative forme rispetto alla materia controversa".* In applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata, che, in una controversia in materia di lavoro erroneamente trattata con il rito ordinario anche in grado di appello, aveva ritenuto applicabile la sospensione feriale al termine per l'impugnazione di una sentenza di primo grado.

In subordine, si chiede comunque la rimessione in termini per errore scusabile ex art. 37 c.p.a.

Come è noto, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato Sez. IV, 25-05-2018, n. 3142) *"La richiesta di rimessione in termini non può essere accolta qualora non sussistano le condizioni per la concessione del beneficio per errore scusabile previsto dall'art. 37 c.p.a., perché tale istituto riveste carattere eccezionale nella misura in cui si risolve in una deroga al principio fondamentale di perentorietà dei termini processuali, ed è soggetto a regole di stretta interpretazione. Infatti, i termini in generale, e quelli dei riti speciali abbreviati in particolare, sono stabiliti dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno applicazione oggettiva. Pertanto, i presupposti per la concessione dell'errore scusabile sono individuabili esclusivamente nella oscurità del quadro normativo, nelle oscillazioni della giurisprudenza, in comportamenti ambigui dell'amministrazione, nell'ordine del giudice di compiere un determinato adempimento processuale in violazione dei termini effettivamente previsti dalla legge, nel caso fortuito e nella forza maggiore".*

Ed è proprio l'incertezza derivante dal comportamento contraddittorio del giudice di primo grado che viene invocata nella fattispecie atteso che il TAR, pur richiamando formalmente un rito, ne ha di fatto applicato un altro, fissando una seconda udienza di merito, con

conseguente assegnazione di termini per la produzione di documenti e memorie, che non avrebbe dovuto essere fissata in base al rito disciplinato dall'art. 120, comma 6-bis c.p.a.

È pacifico infatti che *“Ai sensi dell'art. 37 D.Lgs. n. 104/2010, il Giudice può disporre anche di ufficio la rimessione in termini per errore scusabile **in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto**”* (Cons. Stato Sez. VI, 05-09-2017, n. 4200; Cons. Stato Sez. III, 18-07-2017, n. 3540).

Nella fattispecie, l'incertezza su questioni di diritto si è sostanziata nel dubbio sul rito effettivamente applicato, a prescindere da quello astrattamente applicabile e dai richiami di mera forma, smentiti dalla scansione e dall'andamento dell'intero procedimento di primo grado che hanno ingenerato la convinzione e l'affidamento in ordine all'applicabilità del rito appalti anziché di quello super accelerato.

Si richiamano pertanto le conclusioni già rassegnate.

Roma, 20 novembre 2018

Wally Ferrante
Avvocato dello Stato

CT 32910/18 avv. Ferrante

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
CONSIGLIO DI STATO
IN SEDE GIURISDIZIONALE
SEZ. V - R.G. 8377/18 - UDIENZA 28.2.2019
MEMORIA PER IL MERITO

Per il MINISTERO DELL'INTERNO (C.F. 97149560589) in persona del Ministro pro tempore - Ufficio Territoriale del Governo Prefettura di Caserta, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587) per il ricevimento degli atti, FAX 06/96514000 e PEC ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it presso i cui uffici è per legge domiciliato in Roma, via dei Portoghesi 12

appellante

C O N T R O

SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE SOLIDARCI, in personale del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Centore e domiciliata presso il suo studio in Napoli, Via Santa Lucia, n. 15

appellata

E NEI CONFRONTI

Dell'ATI costituita da MY WAY S.r.l. e da NIBIRU Onlus Soc. Coop. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio

Appellata - controinteressata

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE
della sentenza del TAR Campania del 21 luglio 2018, n. 4881.

* * *

Nel richiamare integralmente il contenuto del ricorso in appello nonché della memoria in data 20.11.2018 con la quale si è replicato all'eccezione avversaria di improcedibilità per asserita tardività dell'appello ai sensi dell'art. 120, commi 2-bis e 6-bis c.p.a., si osserva ulteriormente quanto segue.

1. Dopo avere dettagliatamente evidenziato, nella richiamata memoria del 20.11.2018, che il giudice di primo grado non ha applicato il c.d. “rito super accelerato” disciplinato dall’art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a. (nonostante il richiamo meramente formale a dette norme) bensì l’ordinario “rito appalti” disciplinato dallo stesso art. 120 c.p.a., va osservato che anche il Giudice d’appello ha, giustamente, seguito quest’ultimo rito.

Infatti, all’udienza in camera di consiglio del 22.11.2018, codesto Ecc.mo Consiglio anziché definire il giudizio in quella sede, come previsto dall’art. 120 comma 6-*bis* c.p.a., **ha rinviato all’udienza pubblica del 28.2.2019.**

Inoltre:

- il giudizio non è stato definito in una sola camera di consiglio ma **in una camera di consiglio e in una udienza pubblica;**

- il giudizio non è stato definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente (**ovvero 60 giorni**: 15 giorni per il deposito del ricorso + 15 giorni per la costituzione del resistente + 30 giorni) bensì **entro 4 mesi e 10 giorni** dalla notifica del ricorso in appello, avvenuta il 18 ottobre 2018, essendo stata fissata l’udienza pubblica il 28 febbraio 2019;

- l’udienza pubblica è stata fissata **in assenza di alcuna richiesta delle parti in tal senso;**

- il Ministero dell’Interno ha prodotto memoria il 20.10.2018, ossia un giorno libero prima dell’udienza fissata per il 22.11.2018, anziché sei giorni liberi prima, **senza che la controparte eccepisse alcunché, e senza che il Collegio espungesse tale memoria in quanto tardiva;**

- la prima camera di consiglio è stata rinviata **in assenza di esigenze istruttorie e senza necessità di integrare il contraddittorio o di proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale**, uniche ipotesi tassativamente previste dall’art. 120, comma 6-*bis* c.p.a. per il rinvio ad altra camera di consiglio, che deve essere di regola unica;

- la seconda udienza, non è stata fissata entro 15 giorni ma **dopo 3 mesi e 6 giorni.**

Da quanto sopra si evince chiaramente, che anche il Giudice di appello, correttamente, non ha applicato il rito disciplinato dall’art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a. bensì l’ordinario rito appalti disciplinato dallo stesso art. 120 c.p.a. applicato, nei fatti, in primo grado.

Pertanto, l’appello, in assenza di notifica della sentenza, è stato correttamente proposto il 18 ottobre 2018 nel termine ordinario e dimezzato di tre mesi dal deposito della sentenza in data 21 luglio 2018.

2. Va inoltre precisato, come si evince dalla nota della Prefettura di Caserta del 7.2.2019 versata in atti, che la stazione appaltante ha disposto l’ammissione alla gara della società odierna appellata **“in esecuzione della sentenza del TAR Campania n. 4881/2018”** impugnata nel presente giudizio e che pertanto persiste l’interesse alla decisione del gravame.

Nella predetta nota, si dà inoltre atto che, all’esito della procedura di gara, la società appellata si è collocata ultima nella graduatoria del lotto di riferimento ed è stata invitata alla sottoscrizione dell’accordo quadro n. 74558 del 10.8.2018.

Successivamente, il contratto attuativo non è stato stipulato e pertanto, allo stato, la Società Cooperativa Solidarci non sta svolgendo il servizio.

Si richiamano le conclusioni già rassegnate.

Roma, 12 febbraio 2019

Wally Ferrante
Avvocato dello Stato

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza 17 giugno 2019 n. 4046 - Pres. C. Saltelli, Est. A. Rotondano - Ministero Interno, Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Caserta (avv. gen. Stato) c. Solidarci Società Cooperativa Sociale (avv. P. Centore).

FATTO

1. La Società Cooperativa Sociale Solidarci (in seguito “Solidarci”) impugnava dinanzi al T.a.r. per la Campania il provvedimento - n. 17156 del 19 febbraio 2018 - di esclusione dalla procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, indetta (con bando prot. 100827 del 19 dicembre 2017) dall’Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Caserta per la conclusione di un accordo quadro ex art. 54 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ai fini dell’affidamento in convenzione dei servizi di accoglienza e assistenza ai cittadini stranieri richiedenti asilo, da svolgersi nel territorio della Provincia di Caserta per il periodo dal 1 maggio 2018 al 31 dicembre 2018.

In particolare l’esclusione (relativa al Lotto 2 per il quale la ricorrente aveva presentato domanda di partecipazione) era stata disposta all’esito dell’esame della documentazione amministrativa e del riscontro di alcune carenze documentali per non aver prodotto, oltre alle autocertificazioni dovute dai cessati dalle cariche societarie nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando, le certificazioni igienico-sanitarie rilasciate dall’ASL territorialmente competente in relazione alle strutture alloggiative, dichiarate in disponibilità, da adibire a centro di accoglienza temporaneo, in violazione della prescrizione dell’art. 11.4 lett. b) del Disciplinare di gara (avendo la ricorrente inserito nella busta “A”, contenente la documentazione amministrativa, solo la richiesta di rilascio del certificato, risalente al 24 gennaio 2018, a firma dei rispettivi proprietari delle due strutture alloggiative indicate nell’offerta).

Il ricorso era affidato ai seguenti motivi di censura:

“I. violazione e falsa applicazione della clausola n. 11.4, punto b), del disciplinare di gara; eccesso di potere per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica; violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 e della clausola n. 13 del disciplinare di gara; eccesso di potere per violazione del principio di par condicio dei partecipanti; violazione del principio di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica;

II. Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del D. Lgs. n.50/2016; violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, del principio del soccorso istruttorio. Eccesso di potere per sviamento. Violazione della par condicio dei concorrenti e del principio di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica;

III. Eccesso di potere per disparità di trattamento e mancata comparazione degli interessi in gioco; violazione del principio di par condicio e di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica;

IV. Eccesso di potere per contraddittorietà e mancata comparazione degli interessi in gioco, violazione della par condicio tra i partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica, manifesta ingiustizia;

V) Quanto alla clausola n° 11.a) del disciplinare di gara: Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 D. Lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica. Eccesso di potere per contraddittorietà tra clausole dello stesso disciplinare”.

1.2. In sintesi la ricorrente assumeva che il mancato tempestivo deposito del certificato igienico sanitario delle strutture alloggiative non avrebbe potuto determinare la sua esclusione

dalla gara, non essendo per detta inosservanza prevista la sanzione espulsiva dal disciplinare (punto b della clausola 11.4, a differenza dei casi di cui al punto a dello stesso art. 11, relativi alla segnalazione certificata di agibilità); l'amministrazione avrebbe dovuto pertanto attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, consentendole di produrre la prescritta certificazione, del resto richiesta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (fissato al 30 gennaio 2018) e poi effettivamente rilasciata dall'ASL in data 22 febbraio 2018.

1.2. La ricorrente impugnava anche, per un verso, il disciplinare di gara (compresa la clausola 11.a), laddove si fosse ritenuto che tra le cause di esclusione indicate fosse ricompresa anche la carenza del certificato di idoneità alloggiativa, lamentando al riguardo la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83 del D.lgs. n. 50 del 2016; per altro verso contestava poi, sotto il profilo della contraddittorietà, irragionevolezza e della violazione della *par condicio*, le determinazioni della stazione appaltante con cui altri concorrenti erano stati ammessi al soccorso istruttorio per sanare carenze documentali ben più gravi finanche relative a carenze alloggiative di tipo strutturale, prospettando poi che l'Associazione temporanea di imprese costituita da My Way s.r.l., e da Nibiru Onlus Società Cooperativa Sociale avrebbe indicato la stessa struttura alloggiativa, senza essere stata esclusa, risultando spuntati, nella griglia del verbale di gara relativa al certificato igienico-sanitario (definito certificato ASL), sia la presenza del documento che la conformità dello stesso.

2. Con la sentenza in epigrafe, nella resistenza dell'amministrazione statale intimata (che, costituitasi in giudizio, aveva insistito per il rigetto dell'impugnativa a ragione della sua infondatezza), il T.a.r. adito ha accolto il ricorso, ritenendo fondati il primo e il secondo motivo, con assorbimento delle altre censure: ciò in quanto la carenza documentale *de qua* era sanabile mediante soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice dei Contratti Pubblici, e non dava luogo all'esclusione dalla gara.

3. Per la riforma della sentenza ha proposto appello il Ministero, deducendone l'erroneità per "*Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 - Errata interpretazione dell'art. 11, lett. a. punto 4, b) del disciplinare di gara*".

3.1. Si è costituita in giudizio l'appellata Solidarci per resistere al gravame, del quale ha eccepito preliminarmente l'irricevibilità per tardività, stante la mancata impugnazione della sentenza (concernente un provvedimento di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.) entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione, ex art. 120, comma 6 *bis* c.p.a. (non trovando nella specie applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione), e nel merito l'infondatezza.

3.2. Sull'accordo delle parti la trattazione della domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata è stata abbinata al merito.

Nelle memorie in vista dell'udienza pubblica l'amministrazione appellante ha evidenziato che l'appellata è stata ammessa alla gara in esecuzione della sentenza di prime cure, persistendo pertanto l'interesse alla decisione del gravame.

3.4. All'udienza pubblica del 28 febbraio 2019, dopo la rituale discussione, nel corso della quale il difensore della società cooperativa ha dichiarato di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Deve essere scrutinata preliminarmente l'eccezione di irricevibilità dell'appello *in limine* sollevata dalla difesa dell'appellata, secondo cui alla violazione dei termini previsti per il rito super-accelerato in materia di impugnazioni avverso le ammissioni ed esclusioni, secondo la

disciplina di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a. conseguirebbe la tardività dell'appello, proposto nel caso di specie solo il 18 ottobre 2018, a fronte di un termine spirato, pur tenendo conto del periodo di sospensione feriale, già in data 20 settembre 2018.

Sostiene, in particolare, l'appellata che nella fattispecie troverebbe applicazione l'art. 120 *bis* ultimo capoverso Cod. proc. amm. sì che l'appello avrebbe dovuto essere notificato entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della sentenza: secondo l'appellata, a differenza del processo civile (si veda Cass., Sez. lavoro, 23 aprile 2010, n. 9694), nel giudizio amministrativo, in cui i riti non rientrano nella disponibilità delle parti o del giudice, essendo imposti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, va esclusa l'applicazione dei principi di ultrattività del rito e dell'apparenza (come statuito anche da Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 9 agosto 2012, n. 32), sicché la parte non può prendere a riferimento, anche ai fini del computo dei termini previsti per le attività processuali (tra i quali quelli per la proposizione delle impugnazioni avverso la sentenza di prime cure), il rito non prescritto dalla legge, seppur erroneamente adottato dal giudice di primo grado. I termini, in generale, e quelli dei riti speciali abbreviati sono, infatti, stabiliti dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno applicazione oggettiva (in tal senso Cons. di Stato, IV, 25 maggio 2018, n. 3142).

4.1. L'eccezione è infondata.

4.2. La Sezione rileva come nella specie ricorrano i presupposti per la concessione d'ufficio del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a.

4.3. Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, le regole procedurali dettagliate al comma 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a. descrivono un rito accelerato per le impugnazioni delle ammissioni ed esclusioni ed esauriscono un sistema processuale chiuso e speciale, sicché la previsione del termine breve per la proposizione dell'appello si inserisce anch'essa nel predetto regime procedurale *“nel senso che deve intendersi operativa solo al suo interno e, quindi, per la sola impugnazione di sentenze di primo grado pronunciate su ricorsi introdotti e definiti ai sensi del combinato disposto dei commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a.”* (Cons. di Stato, III, 25 novembre 2016, n. 4994).

4.4. Tanto premesso, deve dunque osservarsi come nel caso di specie non è stato seguito nel giudizio di primo grado (e del resto neppure nel giudizio di appello) quanto alle modalità di definizione, alle regole procedurali e ai termini per la costituzione delle parti e per il deposito delle memorie, il rito super-accelerato ai sensi dell'art. 120, commi 2 *bis* e comma 6 *bis*, c.p.a. Pertanto, non essendo stato il ricorso di primo grado amministrato con le regole procedurali e i termini effettivamente previsti del rito super-speciale in questione ed avendo ciò determinato un'obiettiva situazione di incertezza sul rito applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio, ricorrono i presupposti per la concessione dell'errore scusabile alla parte appellante, con conseguente tempestività del gravame proposto entro il termine dimezzato di tre mesi decorrente dal deposito della sentenza (in data 21 luglio 2018).

(...)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed in riforma della sentenza impugnata respinge il ricorso di primo grado.

Dispone compensarsi tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019.

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Assetti del sistema di autonomie locali tra attualità e prospettive

*Guglielmo Bernabei**

SOMMARIO: 1. Modelli di Autonomie locali - 2. Assetti del sistema di autonomia locale - 3. Finanza locale e Titolo V - 4. Il coordinamento della finanza pubblica nel processo di attuazione del Titolo V e la giurisprudenza costituzionale - 5. La legge delega 42/2009 tra attualità e prospettive.

1. Modelli di Autonomie locali.

Il modello di Stato federale è comunemente definito come una forma di organizzazione politica che comporta la garanzia costituzionale della autonomia di enti territoriali posti anche in grado di concorrere alle funzioni statali (1). Elemento caratteristico dello Stato federale è di essere a sovranità divisa e territorialmente circoscritta, nel senso che l'entità sovraordinata, lo Stato federale, e quella subordinata, gli Stati federati, dispongono entrambe di poteri propri, che derivano direttamente dai cittadini, ma la cui estensione incontra limiti per materia, dato che le competenze sono ripartite tra lo Stato federale e quelli federati, e per territorio, essendo la sovranità degli Stati federati limitata al loro ambito territoriale (2).

(*) Avvocato e Dottore di ricerca in diritto costituzionale. Cultore della materia in diritto amministrativo.

Il presente studio è tratto da GUGLIELMO BERNABEI, *L'Italia dei comuni. Prospettive di sviluppo per il sistema di governo locale*, Wolters Kluwer - CEDAM, 2018.

(1) G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XXIII, pag. 831.

(2) S. VEZZOSO, *Il federalismo fiscale: dalle innovazioni costituzionali del 2001 al disegno Calderoli*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2008, I, pag. 855; HAMILTON - JAY - MADISON, *Il federalista*, Pisa, 1955, saggi nn. 30, 32 e 35.

Questa nozione di Stato federale principalmente riguarda la genesi storica delle prime federazioni, che hanno visto lo Stato federale come il frutto di un passaggio da una precedente situazione confederale, caratterizzata da forme di collaborazione sancite da un patto tra Stati sovrani, che decidevano di mettere in comune alcune risorse e di preconstituire organi di collaborazione, senza reali cessioni di sovranità all'organismo comune. Le difficoltà emerse hanno imposto il passaggio allo Stato federale, nel quale i cittadini degli Stati federati cedono ad una unità superiore una quota di sovranità per determinate materie, come difesa e politica estera, nonché l'allocazione delle risorse finanziarie necessarie per l'esercizio delle funzioni assegnate. Ne consegue che, se la confederazione trova la sua origine in un patto tra Stati, lo Stato federale ha invece la sua fonte in una Costituzione, e i rapporti tra questo e gli Stati federati non appartengono più al diritto internazionale, ma sono materia di diritto interno della nuova unità costituitasi. L'esistenza di un patto costituzionale che escluda, inoltre, la possibilità della secessione di una o più unità federate, e la presenza di un organismo giudiziario responsabile di dirimere le eventuali controversie, sono gli elementi fondanti uno Stato federale, a prescindere dalla denominazione che esso può assumere (3).

L'evoluzione storica ha però evidenziato una duplice tendenza, che ha portato alla configurazione di modelli diversi da quello astrattamente delineato. Da un lato, lo Stato federale, nato con compiti limitati e rispettoso dell'autonomia degli Stati federati, che ha progressivamente esteso i suoi poteri a scapito delle entità federate, provocando la dilatazione dell'amministrazione centrale e un più incisivo ruolo dell'esecutivo federale; dall'altro, si è manifestata una reazione all'eccessivo accentramento e una rivendicazione delle particolarità socio-economiche di determinate comunità, producendo una sorta di federalismo dissociativo (4), contrapposto a quello per aggregazione.

Inoltre, il federalismo del tipico Stato federale contemporaneo diventa cooperativo, nel senso che le competenze di Stato centrale e Stato federale non sono più rigorosamente separate, ma tendono a sovrapporsi e richiedono strumenti di cooperazione (5).

(3) M. ALBERTINI, *La federazione*, in *La politica e altri saggi*, Milano, 1963, pag. 33; G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2006; B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2006; K.C. WEARE, *Del Governo federale*, Milano, 1949; C.J. FRIEDERICH, *Governo costituzionale e democrazia*, capitolo XI: *Il federalismo e la divisione territoriale del potere*, pagg. 272-317, Vicenza, 1950.

(4) C. FRANCK, *Federalismo dissociativo e autonomia fiscale; fra federalismo e nazionalregionalismo. Il caso belga*, in A. MAJOCCHI - DE VITO, *Federalismo fiscale: una sfida per l'Europa*, Padova, 1999, pag. 112.

(5) R. BIN, *Veri e falsi problemi del federalismo in Italia*, in AA. VV. *Il federalismo preso sul serio*, Bologna, 1996, pag. 61; L. BERNARDI - G. GANDULLIA, *Federalismo fiscale in Europa e in Italia*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2005, pagg. 189 - 249; C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. Dir.*, XI, 1989, pag. 185.

Questo processo evolutivo del federalismo pone l'interrogativo se sia ancora corretta la tradizionale distinzione tra Stato federale e Stato regionale, dove il secondo sarebbe semplicemente caratterizzato da un diffuso decentramento. L'utilità di questa suddivisione è tendenzialmente negata. Sotto altro profilo è stato sostenuto che la differenza tra Stato federale e Stato regionale poteva avere un senso quando imperava l'equazione tra Stato e sovranità, ma non più in presenza di una Costituzione che garantisce una serie di poteri alle unità sub-statali e trova limiti in strutture sovranazionali, come ad esempio l'Unione europea.

Vanno comunque tenute presenti le motivazioni di vario tipo - economico, sociale linguistico e culturale - che sono alla radice di un processo di federalizzazione, sia che esso avvenga in termini di federalismo dissociativo sia in termini di federalismo di aggregazione. Nel caso, poi, di federalismo associativo, sembra ragionevole che la difesa delle prerogative del potere centrale sia accompagnata da criteri rigorosi nella valutazione della legittimità di eventuali tentativi di estendere questo potere oltre i limiti che gli sono stati attribuiti; al contrario, nel caso di federalismo dissociativo, vanno valutate con prudenza le pretese delle entità sub-statali di interpretare estensivamente i loro poteri (6).

Dinanzi alle difficoltà di una allocazione razionale dei poteri dei diversi livelli, si è fatto ricorso al concetto di "sussidiarietà", che richiama un meccanismo di ripartizione dei compiti tra centro e periferia antagonistico rispetto a rigide ripartizioni per materia. Il concetto è stato ribadito anche come principio cardine dell'Unione europea (7). Nell'ordinamento italiano il principio è stato sancito dalle cosiddette "leggi Bassanini" ed è ora indicato nell'art. 118 Cost., come criterio direttivo per la ripartizione delle funzioni tra i diversi organi sub statali.

I valori all'origine del federalismo sono sostanzialmente congruenti con il concetto di sussidiarietà. Una struttura federale deve tendere ad attribuire la responsabilità dei problemi a livelli in cui essi potranno essere trattati più adeguatamente, con conseguente attribuzione dei mezzi necessari. Altro criterio direttivo è dato dalla limitazione dell'invasione statale nella società civile e dalla salvaguardia dell'autonomia della seconda e delle sfere inviolabili di libertà degli individui.

Applicando questi concetti al campo fiscale, il contributo del federalismo al buongoverno dovrebbe essere quello di valorizzare l'autonomia degli enti locali, facendo di essi centri di spesa responsabili. Ne consegue l'affermazione che il modello federale ottimale è quello in cui il soggetto tassato vota il soggetto tassatore; in cui tanto l'oggetto tassato, quanto l'opera finanziaria, sono

(6) S. PIPERNO, *La finanza decentrata in Italia*, Bologna, 2013.

(7) A. DUFF, *The Treaty of Amsterdam, Federal Trust*, 1997, pagg. 100-106; C. ZANGHI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2000, pag. 65.

nella competenza dell'amministratore votato (8). Ma nella realizzazione pratica di questi principi nascono rilevanti difficoltà. Secondo una impostazione liberistica, la potestà impositiva dovrebbe essere sottratta al potere centrale per essere affidata unicamente alle unità sub-statali e territoriali. Quest'ultime sarebbero soggette a due sole condizioni: rispettare l'obbligo del pareggio del bilancio e devolvere una quota fissa delle loro entrate allo Stato federale.

Nello specifico, tale soluzione può essere forse compatibile con un federalismo che nasce per associazione, ma molto meno per il caso contrario. In un processo di federalismo associativo si può concepire che venga soltanto determinato il presumibile costo delle funzioni attribuite all'entità sovraordinata, con conseguente conferimento alla stessa dei soli mezzi necessari per perseguire gli obiettivi assegnati. È nello sviluppo del sistema, nella misura in cui risulterà inevitabile una maggiore aggregazione e una espansione dei compiti e delle responsabilità del governo federale che si dovrà affrontare la questione di come dotare il governo centrale di risorse maggiori per costruire un sistema fiscale coordinato. Tuttavia, l'irrompere di esigenze sociali e di politica economica, anche di livello internazionale, comporta un processo di estensione di poteri del governo centrale e, quindi, dei mezzi di cui esso deve disporre, imponendosi, necessariamente, una qualche misura di coordinamento tra sistemi fiscali locali e sistema centrale. Quando, poi, il federalismo nasce per dissociazione, si pone il problema di disarticolare e allocare diversamente competenze e responsabilità che, all'inizio del processo federativo, erano concentrate nello Stato unitario. Inoltre, per quanto forti siano le rivendicazioni di autonomia, in uno Stato unitario che intende disarticolarsi sono comunque presenti tradizioni e impostazioni solidaristiche e di armonizzazione dei sistemi di governo che non possono essere ignorate.

La questione italiana vede al centro del dibattito il tentativo di far coincidere il più possibile il potere impositivo con la facoltà di spesa, allo scopo di giungere ad una gestione pubblica e responsabile, controllabile dai cittadini (9).

L'avvio del processo compiuto di uno Stato delle autonomie in Italia è contenuto in pochi articoli della Costituzione raggruppati sotto il Titolo V, il più rilevante dei quali ai fini degli aspetti di finanza locale è l'art. 119, dedicato all'autonomia finanziaria degli enti territoriali.

Il quadro che ne emerge ha portato ad introdurre, in maniera sempre più accentuata, il concetto di federalismo fiscale, anche se le modifiche costituzionali del 2001 appaiono andare maggiormente nella direzione di un decentramento finanziario riconducibile all'art. 5 della Costituzione.

(8) G. TREMONTI - G. VITALETTI, *Il federalismo fiscale, autonomia municipale e solidarietà sociale*, Bari, 1994, pag. 56.

(9) A. FOSSATI - R. LEVAGGI, *Dal decentramento alla devolution: il federalismo fiscale in Italia e in Europa*, Milano, 2007, pag. 60; A. AMATUCCI, *Autonomia finanziaria e tributaria*, in *Enc. Giur. Trecani*, Roma, 2002.

Infatti, la nozione di federalismo fiscale (10), in dottrina, si fonda su alcuni aspetti, ricorrenti nelle diverse forme che il federalismo assume, disciplinati dalle Carte costituzionali. Il primo tra questi elementi è costituito dall'esistenza di enti dotati di autonomia politica, normativa e amministrativa. Nello specifico, nei sistemi federali, i poteri normativi e amministrativi risultano divisi tra un centro e diverse periferie, seguendo l'indirizzo di allocare lo svolgimento delle funzioni tra differenti livelli di governo, prediligendo quelli più vicini ai cittadini. Questa struttura, oggi, può essere ricondotta al rispetto del principio di sussidiarietà, affermatosi tramite la normativa europea, in base al quale lo Stato centrale interviene soltanto nelle materie non gestibili, in termini di efficacia e di completezza delle scelte, da parte degli enti locali (11).

Dato che i sistemi federali riguardano, necessariamente, più enti, una costante del federalismo consiste nella diversità degli stessi che aderiscono ad uno stesso ordinamento federale. Tale diversità, poi, si concretizza in differenti gradi di autonomia riconosciuta ed esercitata. Ne consegue che gli enti dotati di autonomia debbono poter usufruire di mezzi necessari a trasformare l'autonomia politica, legislativa e amministrativa in un aspetto sostanziale della loro azione. In tal modo, oltre a porre in essere norme proprie, definendone l'ambito di applicazione, attraverso i mezzi finanziari gli enti territoriali sviluppano interventi concreti. Se poi si intendesse analizzare le modalità con cui i predetti mezzi finanziari vengono acquisiti, si rileverebbe che possono essere percorse due strade. Da un lato, infatti, con il trasferimento delle somme necessarie dal centro alla periferia, si attribuisce agli enti territoriali capacità di bilancio e di spesa; dall'altro, con il riconoscimento di forme autonome di finanziamento, si permette il reperimento diretto di fondi sul territorio, in modo da coprire i costi delle funzioni (12).

La nozione di federalismo fiscale si lega alla seconda opzione, in quanto essa intende esprimere una tendenza in base alla quale lo Stato centrale configura i rapporti con gli enti territoriali in modo che tali enti, sotto il profilo finanziario, siano responsabili delle entrate che percepiscono e della loro destinazione.

Tuttavia, nonostante la presenza di questo presupposto sia necessaria ad individuare la nozione, essa non è del tutto soddisfacente. Il federalismo fiscale, infatti, dipende anche dalle modalità perseguite nella attuazione della disciplina e, in particolare, dall'entità delle somme che l'ente è in grado di

(10) G.C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2014, pag. 29.

(11) L. VANDELLI, *Dimensioni della democrazia locale. Alla ricerca di nuovi equilibri tra democrazia rappresentativa, decisoria, partecipativa*, in A. ZANOTTI (a cura di), *Quale futuro dopo la democrazia*, (in corso di pubblicazione).

(12) S. PIPERNO - G. BROSIÒ, *Governo e finanza locale: una introduzione alle istituzioni del federalismo fiscale*, Torino, 2009.

percepire sul territorio, sia esercitando la propria autonomia impositiva, sia beneficiando del trasferimento dallo Stato centrale.

Occorre, però, sottolineare che l'autonomia finanziaria degli enti territoriali fatica a dispiegarsi pienamente. E ciò consente di introdurre due temi centrali che caratterizzano i federalismi fiscali attuali e che coinvolgono le autonomie locali.

Infatti, la presenza di una varietà di enti territoriali può comportare una diversità di risorse, e, quindi, di ricchezza, degli enti stessi. Diversità che si può tradurre in disuguaglianza dei mezzi necessari per un compiuto esercizio delle funzioni attribuite.

Per evitare questa disparità, e, soprattutto, per impedire che alcune prestazioni, considerate di particolare rilevanza da parte dell'ordinamento, scendano sotto una certa soglia, lo Stato centrale svolge una attività di perequazione. Non può essere accettabile che gruppi sociali insediati su territori riconducibili ad un'unica realtà statale godano in misura eccessivamente difforme di prestazioni concernenti i diritti quali quelli civili e sociali che gli ordinamenti contemporanei intendono garantire sull'intero territorio nazionale. Pertanto, queste diversità vengono attenuate attraverso una attività redistributiva dello Stato centrale e si traduce in una limitazione degli obiettivi e dell'impatto dell'ordinamento delle autonomie locali (13).

Inoltre, la normativa comunitaria condiziona l'autonomia finanziaria degli enti territoriali. Nello specifico, il trattato di Amsterdam ha imposto agli Stati membri dell'Unione europea l'adesione ad un Patto di stabilità e di crescita e la redazione di un patto di stabilità interno i cui obiettivi, e i relativi mezzi per raggiungerli, sono gestiti dagli Stati centrali e controllati dalla Commissione europea (14).

2. Assetti del sistema di autonomia locale.

Per la scienza giuspubblicistica il termine “*autonomia*” intende designare una posizione soggettiva di potere derivato dall'ordinamento sovrano ed esercitabile mediante atti che, seppur nell'ambito riconosciuto dalla Costituzione e attribuito in concreto dalla legge, sono idonei a spiegare l'efficacia perseguita dall'Ente pubblico titolare (15).

Un ruolo particolare assume il concetto di autonomia normativa che

(13) A. DI PIETRO, *Federalismo e devoluzione nella recente riforma costituzionale: profili fiscali*, in *Rass. Trib.*, 2006, pag. 245.

(14) U. DRAETTA, *Le competenze nell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2008, pagg. 245 e ss.; V.M. SBRESCIA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, 2008; F. PIZZETTI, G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, Astrid, Bologna, 2008, pag. 144.

(15) C. PREZIOSI, *I nuovi poteri tributari delle autonomie locali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, I, pag. 557.

identifica il potere dell'ente di porre norme capaci di innovare l'ordinamento giuridico generale (16). A Costituzione invariata, la dottrina italiana e la giurisprudenza costituzionale hanno ampiamente condiviso la tesi che ai poteri dell'autonomia può assegnarsi soltanto una funzione integratrice rispetto alla normazione dello Stato. Questo tratto caratteristico dipende dall'indispensabile rapporto di gerarchia sussistente tra la fonte primaria del diritto, esplicita dallo Stato in modo da assicurare l'unità complessiva del sistema, e le fonti secondarie degli enti locali comunali e provinciali, le quali possono esprimere una normazione entro limiti specificatamente assegnati e nelle forme appositamente stabilite dalle norme di produzione che le riguardano. In concreto, tuttavia, il grado di subordinazione gerarchica può risultare più o meno elevato, dal momento che viene rimesso alla sola fonte primaria il compito di determinare l'intensità degli effetti di cui sono capaci le norme delle autonomie rispetto a se stessa (17).

In termini generali, i poteri di autonomia sono attribuiti con legge statale, a meno che non vi provveda direttamente la Carta costituzionale. Si ritiene che siffatta costituzionalizzazione dell'autonomia assolve ad una funzione garantista, consistente nel porre le attribuzioni che ne formano l'oggetto al riparo da interventi invasivi del legislatore ordinario. Questo significa che la figura di autonomia dell'ente territoriale usufruisce necessariamente di un proprio ambito di competenze garantite e ripartite, destinate a rilevare sia per i fini dell'autonomia normativa sia per quella organizzativa.

Questa impostazione vuole sottolineare il fatto che la normazione dell'ente decentrato è chiamata ad intervenire fino a quando e nella misura in cui lo Stato centrale non ricorra al proprio potere legislativo. Nella realtà delle cose, però, è dato osservare che il riconoscimento costituzionale dell'autonomia non produce altro effetto che quello di impegnare lo Stato centrale nell'attribuzione in suo favore di fasce più o meno ampie di poteri di normazione e/o di organizzazione, facendo ricorso a strumenti di legge ordinaria. Ne consegue che un riconoscimento espresso in questi termini finisce per cristallizzarsi in una formale postulazione di principio, la cui attuazione risulta rimessa alle scelte discrezionali del legislatore.

Le norme cardinali della Costituzione repubblicana, capovolgendo l'indirizzo centralistico affermato dallo Statuto Albertino e rafforzato durante il periodo fascista, prefigurano alcune autonomie istituzionali laddove fissano, all'art. 5, il principio sistematico secondo cui *“la Repubblica, una ed indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipen-*

(16) M.S. GIANNINI, *Sovranità. Diritto vigente*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, pag. 225; R. MORETTI, *Sovranità popolare*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993, 1.

(17) L. DEL FEDERICO, *Orientamenti di politica legislativa regionale in materia di tributi locali*, in *Fin. Loc.*, 2003, pag. 521; L. TOSI, *Finanza locale*, Milano, 1990, pag. 13.

dono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento". La disposizione dell'art. 5 Cost. merita di essere assunta a canone di interpretazione di tutta la normativa costituzionale concernente l'autonomia locale, apprezzandosi, da un lato, il valore ordinamentale impresso al concetto della necessaria promozione delle autonomie stesse, collocato tra i principi fondamentali della Carta e idoneo a completare la caratterizzazione costituzionale della Repubblica, e, dall'altro, la connotazione del limite della salvaguardia dell'unità e dell'indivisibilità (18). È altresì opportuno chiarire che il sintagma si riferisce complessivamente alle Regioni, alle Province, ai Comuni ed ora anche alle Città metropolitane, così come risulta dal confronto dall'art. 5 Cost, con l'art. 114, quest'ultimo sia nel testo previgente che in quello varato dalla Legge costituzionale n. 3/2001.

Secondo la disposizione dell'art. 114 Cost., *"la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione"*. Coniugando questa norma con le disposizioni successive degli artt. 117, 119, 123 e 127, risulta che il Titolo V della Costituzione riconosce a ciascuno degli Enti territoriali tutte le forme di autonomia pubblica teorizzate dalla dottrina classica, ossia l'autonomia normativa, organizzatoria e politica (19).

L'evoluzione della Riforma del Titolo V del 2001 non è di poco conto, specie ove si considerino quali fossero gli approdi ermeneutici in relazione al sistema costituzionale previgente. In tal senso giova ricordare che l'art. 114 Cost. previgente dichiarava semplicemente che *"la Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni"*, l'art. 117 Cost. previgente attribuiva alla Regione il potere di emanare norme legislative in determinate materie *"nei limiti"* dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, l'art. 119 Cost. previgente riconosceva alla sola Regione i poteri di autonomia finanziaria, ma ciò esclusivamente *"nelle forme e nei limiti stabiliti dalle leggi della Repubblica, che la coordinano con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni"*, con attribuzione di *"tributi propri e quote di tributi erariali, in relazione ai bisogni delle Regioni per le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali"*. Da questo quadro emerge che il sistema costituzionale previgente privilegiava la salvaguardia dei valori dell'unità e della indivisibilità della Repubblica con una eccessiva limitazione delle esigenze dell'autonomia territoriale (20). Si ricordi, a riguardo, che all'adozione del criterio della legi-

(18) G. LORENZON, *Tributi locali*, in *Enc. del dir.*, XVI, 1989, pag. 133; C. SACCHETTO, *Federalismo fiscale tra modelli esteri e vincoli comunitari*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1998, pag. 658.

(19) S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, n. 1; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003.

slazione concorrente spettante allo Stato, mediante legge-cornice, e alla Regione, in ordine alla normazione di dettaglio, secondo un riparto di competenze affidato alla tecnica enumerativa, si contrapponeva la circostanza che i poteri regionali restavano vincolati ad un triplice ordine di limitazioni.

La prima di esse risiedeva nella regola che il rispetto dei principi dovesse assumere carattere di generalità e necessarietà, nel senso che il legislatore regionale, sia a statuto ordinario che a statuto speciale, non potesse comunque prescindere, seppure lo Stato, in relazione alle Regioni a statuto ordinario, avesse trascurato di dettarli con la legge-cornice. La seconda limitazione era ravvisata nella circostanza che nella gran parte delle materie di competenza ripartita enumerati dall'art. 117 previgente Cost. compariva l'elemento restrittivo della sussistenza di uno specifico "*interesse regionale*". Ne conseguiva che l'intervento statale era considerato ammissibile ogni volta che il legislatore ravvisasse l'inesistenza dell'elemento fondante la competenza costituzionale della Regione in una determinata materia. La terza limitazione, infine, discendeva da una interpretazione riduttiva dell'art. 119 previgente Cost., in materia di autonomia finanziaria della Regione, visto che era accolta dalla stessa Corte costituzionale, ad esempio con la sentenza n. 271/1987, la tesi secondo cui il potere dell'Ente di istituire "*tributi propri*" appartenesse ad una forma di competenza meramente integrativa, reputandosi indispensabile che alla base del relativo esercizio stesse comunque l'adozione di una legge statale sul "*tipo di disciplina*" della quale la Regione era ammessa a dare attuazione (21).

Quanto agli enti territoriali minori, mentre era alquanto diffusa l'opinione che dal principio sistematico posto dall'art. 5 Cost. occorresse comunque ricavare l'affermazione di una autonomia politica, risultava prevalentemente escluso che la Costituzione, nel suo complesso, potesse interpretarsi nel senso che essi godessero di forme costituzionalizzate di autonomia normativa, seppure subordinate all'esercizio del potere legislativo dello Stato. Il dibattito, infatti, incentrato soprattutto sulla portata dell'art. 128 previgente Cost., è rimasto acceso sullo specifico punto dell'autonomia finanziaria e tributaria delle Province e dei Comuni, nella proiezione dell'attitudine a normare con effetti di costitutività nell'ordinamento (22).

Sulla questione si argomentava sul fatto che la sussistenza dell'autonomia finanziaria e normativa dovesse ricavarsi dal combinato disposto dell'art. 5 e 128 previgenti Cost.; all'autonomia finanziaria, intesa come potere di deter-

(20) F. GALLO, *L'autonomia tributaria degli enti locali e l'imposta sui cespiti immobiliari*, Bologna, 1979; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1962, pag. 242.

(21) M. BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria regionale*, Padova, 1983; F. GALLO, *Proposte per la realizzazione del federalismo fiscale*, I, in *Il fisco*, allegato al n. 21 del maggio 1996; L. PERRONE, *La sovranità impositiva tra autonomia e federalismo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, I, pag. 1173.

(22) L. PERRONE, *Appunti sulle garanzie costituzionali in materia tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 1997, pag. 584.

minare l'entità sia dell'entrata sia della spesa secondo i criteri del cosiddetto principio della strumentalità necessaria, andava affiancata l'autonomia normativa tributaria. Al riguardo, tale dottrina, osservava che le uniche possibili alternative si riducevano alla configurazione di risorse esclusivamente derivate dal finanziamento statale o regionale, ovvero reperite con mezzi di indebitamento sistematico con ricadute fortemente negative sulla struttura dei bilanci degli enti locali minori. Sulla stessa linea, si evidenziava, inoltre, che più verosimilmente l'affermazione dell'autonomia tributaria comunale avrebbe dovuto ricavarsi dalla stessa formulazione dell'art. 119 previgente Cost., laddove si alludeva a "*leggi statali di coordinamento delle autonomie finanziarie delle Regioni, dei Comuni e delle Province*". Infatti, il riferimento al "*coordinamento*" da attuarsi mediante legge implicava l'intendimento di valorizzare la presenza di enti coordinati, e tra questi *in primis* gli enti territoriali minori, in quanto titolari di appositi ed equiordinati poteri normativi, e di condizionarne l'azione all'intervento statale. In questo modo era esclusa la possibilità di considerare autonomamente i singoli ordinamenti finanziari minori, per i quali, invece, esisteva l'esigenza di unitarietà nella formazione e nella rappresentazione dei diversi livelli di finanza pubblica, corrispondente al ruolo di ciascun ente nel sistema di autonomia in relazione alla finanza statale (23).

A queste tesi si opponevano posizioni centraliste, le quali disconoscevano ogni fondamento costituzionale all'autonomia tributaria in questione, sostenendo che la sua fonte poteva ricavarsi unicamente dalla legge statale, sulla base di una valutazione discrezionale fondata sul cosiddetto "*principio di ottimizzazione dei prelievi fiscali*". Le argomentazioni addotte al riguardo si fondevano su una lettura dell'art. 128 previgente Cost. in comparazione con l'art. 119 previgente Cost., affermando che quest'ultima disposizione attribuiva testualmente l'autonomia tributaria alla sola Regione e non anche al Comune.

Queste tendenze "*restrittive*" hanno influenzato la legislazione statale in materia di autonomie locali, come è dato modo di verificare sia sul versante degli interventi effettuati nei confronti delle Regioni sia su quello della disciplina delle funzioni comunali.

Quanto alle Regioni, infatti, è ampiamente condiviso il rilievo che le esperienze applicative hanno di fatto travolto gli argini dell'autonomia, seppure fissati dalla Carta costituzionale, muovendosi con eccessiva elasticità. Significativa appare, nella materia finanziaria e tributaria, la tendenza ad adottare soluzioni legislative che non solo hanno ridotto la competenza regionale all'esercizio di funzioni meramente integratrici, si veda, su tutte, la legge n. 291/1970, che ha individuato e disciplinato, quasi come norma di dettaglio, i "*tributi propri*" di cui all'art. 119 previgente Cost., relegando l'intervento re-

(23) G. TESAURO, *Le basi costituzionali della fiscalità regionale e locale*, in *Fin. Loc.*, 2005, pag. 13.

gionale alla sola scelta dell'aliquota entro limiti prestabiliti, ma soprattutto hanno configurato il sistema finanziario delle Regioni in maniera tale che la preponderante parte delle risorse disponibili, circa l'80%, fosse definita da trasferimenti erariali.

Questi strumenti applicativi hanno deformato la logica stessa del "coordinamento" di cui era menzione nell'art. 119, comma 1, previgente, Cost.; tale disposizione racchiudeva in sé l'idea di una equiordinata autodeterminazione di ciascuno dei soggetti coordinati, ossia gli enti territoriali, rispetto al coordinatore, lo Stato. Ne è derivata anche una seria compromissione dell'applicazione del principio di autonomia politica della Regione, in quanto un bilancio finanziario affidato a prevalenti risorse derivate, e, pertanto, determinato in base a prelievi fiscali indirettamente attinti dallo Stato nei confronti della popolazione territoriale, non poteva che deresponsabilizzare gli amministratori locali dinanzi agli elettori (24).

In riferimento a Province e Comuni, il legislatore statale, riprendendo e, per certi versi, accentuando le tendenze accentratrici affermatasi, senza soluzione di continuità, dagli albori dello Stato unitario, durante il periodo fascista e fino all'avvento della Costituzione repubblicana, ha sempre operato sul presupposto che la Carta costituzionale non avesse concesso loro alcuna forma di autonomia, oltre a quella politica che si ricavava dalle dichiarazioni, intese come meramente programmatiche, dell'art. 5 Cost. e che si riteneva di poter trascurare o restringere mediante legge statale.

Secondo questa logica, per tutte le figure di imposizione locale in vigore dal 1948 fino agli inizi degli anni '70, e, a loro volta, ereditate dal T.U.F.L. del 1931 o comunque radicate nell'ordinamento fascista, il quale, per sua stessa natura, negava qualsiasi autonomia agli Enti locali, venne conservata una compiuta matrice statale, ritenuta la sola capace a fondarne l'esercizio, seppure nella residuale porzione di interventi normativi coerenti con il principio di legalità formale e sostanziale dettato dall'art. 23 Cost.; va, inoltre, considerato, che le figure di imposizione locale in questione erano alquanto numerose ed articolate in modo da assicurare il 50% delle entrate a fronte del gettito delle residue fonti garantite da compartecipazioni sui prelievi di stampo erariale.

Questa posizione restrittiva e centralistica è poi giunta ad un approdo ancor più rilevante allorché, con le leggi degli anni '70, si ritenne di modificare il sistema a causa di gravissime insufficienze dovute all'operare congiunto di diversi fattori (25). Questi consistevano, infatti, in diseconomie generate dalla irrazionale congerie di tributi, in incapacità funzionali dei Co-

(24) V. CERIANI, *Federalismo, perequazione, tributi*, in *Rass. Trib.*, 2002, pag. 1664; G. MACCIOTTA, A. ZANARDI, *Il sistema perequativo delle Regioni*, in *Per lo sviluppo. Un federalismo fiscale responsabile e solidale*, a cura di A. ZANARDI, Bologna, 2006, pag. 126.

(25) G. PUTZOLU, *L'autonomia tributaria degli enti territoriali*, Padova, 1996, pag. 56.

muni in sede di gestione, in eccessiva frammentazione delle fonti normative, in una dilatazione della spesa locale tale da richiedere un costante monitoraggio delle entrate.

Inoltre, si era andata affermando una volontà del potere statale di attuare un più marcato controllo politico delle autonomie locali e il quadro predisposto dalla legge delega n. 825 del 1971 si risolse in una ulteriore spinta centralistica. Spiccavano, infatti, da un lato, la soppressione della parte più qualificante dei tributi locali preesistenti, quali, ad esempio, quelli sulla famiglia, sul valore locativo e sui consumi, la creazione di pochi tributi nuovi, quali tasse e concessioni comunali, contributi di fognatura, contributi urbanistici, imposta di pubblicità, e la contestuale creazione dell'Ilor e dell'Invim che avevano la natura di tributi eminentemente erariali; dall'altro, si stabiliva la determinazione di prevalenti trasferimenti erariali in compensazione dei tributi soppressi (26).

Ne conseguiva che l'autonomia concessa finiva per contenersi in una parziale libertà di spesa ed in un pressoché simbolico livello di potere normativo, con sostanziale smantellamento del modello di finanza locale preesistente. A questo scenario legislativo si aggiunge la scelta del legislatore statale di non completare il mutato quadro di finanza locale con una riforma amministrativa degli Enti locali.

L'insufficienza dei trasferimenti erariali, pari, ad esempio, nel 1978, all'85% delle entrate comunali, e l'inconsistenza delle entrate derivanti da tributi propri, nonché una diffusa deresponsabilizzazione degli amministratori locali, sono tutti elementi che hanno causato un impressionante livello di indebitamento degli enti territoriali, e a poco giovarono i rimedi legislativi approntati per riparare ai danni indotti dal sistema locale.

Rilevano, a tal riguardo, le misure di consolidamento delle esposizioni bancarie dei Comuni, con conseguente assunzione dell'impegno dello Stato al pagamento degli ammortamenti e con il divieto di contrarre nuovi debiti, l'obbligo di pareggio di bilancio entro limiti annualmente e rigidamente prestabiliti per contenere l'espansione della spesa eccedente quella obbligatoria, il vincolo che imponeva l'aumento delle aliquote per i tributi e le tariffe comunali.

Questi interventi, oggettivamente, apparivano ancor più lesivi dei principi costituzionali sulle autonomie locali, dato che realizzavano una sostanziale sperequazione tra territori ad economia forte e territori ad economia debole. Si rilevava, infatti, che questi ultimi contribuivano, esattamente come i primi, ad assicurare in misura proporzionale i flussi di entrata attraverso il prelievo operato con le imposizioni erariali e, al tempo stesso, essi erano ammessi ad attingere risorse, a titolo di trasferimento, solo in misura incoerente ed insufficiente rispetto al volume delle *"entrate proprie"*. Non si teneva in adeguato

(26) F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, I, Milano, 2006, pag. 118.

conto del gettito inferiore rispetto a quello reso possibile, seppure dalla stessa legislazione restrittiva, nei territori ad economia forte.

Alla luce di tali argomentazioni si spiega la sostanziale inversione di tendenza che si è andata registrando nella legislazione a partire dagli anni '80 e che si è progressivamente consolidata fino alle realtà presente nell'ordinamento italiano al tempo della legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del Titolo V della Costituzione (27).

Si è iniziato con l'introduzione di innovazioni di natura prettamente fiscali, come l'istituzione della Socof nel 1983 e dell'Iciap nel 1989, le quali, benché teoricamente finalizzate all'accrescimento della autonomia finanziaria dei Comuni, sotto l'aspetto pratico-operativo, aggiungevano interessanti segnali anche sul versante dell'autonomia normativa tributaria. Ad esempio, in materia di imposta comunale per l'esercizio di imprese, arti e professioni la legge consentiva all'ente comunale la fissazione dell'aliquota tra un minimo ed un massimo, riconoscendogli, altresì, il potere di regolamentare le fasi dell'accertamento e della riscossione del tributo.

Si è, infine, pervenuti alle riforme degli anni '90 che hanno inciso anche sul complessivo aspetto organizzatorio ed amministrativo degli Enti locali, autorizzando lo stesso legislatore statale ad impegnarsi con audaci autoqualificazioni di "*federalismo*" attribuite alle nuove fattispecie. Si vuole fare riferimento, nello specifico, alla legge n. 142/1990 e al decreto legislativo n. 267/2000 che, abrogando la prima, ha trasfuso principi e regole in un Testo unico che ha ampiamente rivisitato l'ordinamento degli Enti locali. Si veda, ad esempio, ai fini dei temi qui trattati, all'art. 54 della legge n. 142/1990, all'art. 149 del T.U.E.L. ed all'art. 52 del decreto legislativo n. 446/1997 (28).

In particolare, l'art. 54 della legge 142 del 1990 ha posto le basi per il superamento dei criteri di finanza prevalentemente derivata mediante l'adozione di un nuovo modello nel quale figuravano, accanto a risorse erariali trasferite, anche entrate proprie di carattere tributario e entrate proprie di carattere extratributario.

Nello specifico vi era l'affermazione di due importanti principi. Il primo prevedeva che i trasferimenti erariali andavano finalizzati al solo finanziamento dei servizi indispensabili dell'Ente, mentre le entrate proprie, fiscali ed extrafiscali, ivi comprese le tariffe e le relative risorse compensative, erano poste per garantire l'assolvimento dei servizi pubblici ritenuti necessari. Il secondo, invece, stabiliva che l'ordinamento della finanza locale veniva disciplinato e modificato unicamente con legge statale. In questo modo si affermava la regola della rigorosa derivazione dell'autonomia normativa degli Enti locali dalla fonte primaria, secondo l'impostazione dell'art. 128

(27) F. GALLO, *Ancora in tema di autonomia tributaria delle Regioni e degli enti locali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Rass. Trib.*, 2005, pag. 1033.

(28) G. POLA, *La Finanza locale e regionale*, in *Amministrare*, nn. 2/3, 2016, pag. 249.

previgente Cost. in relazione all'art. 23 della Costituzione. Si era architettato un sistema che condizionava il prelievo comunale al principio generale del collegamento funzionale rispetto alla spesa, altresì sanzionando l'obbligatorietà del pareggio di bilancio. In questo senso, l'art. 54 della legge n. 142/1990 accreditava la possibilità per gli Enti locali di definire il livello delle entrate proprie entro l'ambito assicurato dall'intervento legislativo al fine di perseguire autonome finalità di politica territoriale. Questo dato, poi, sarebbe risultato sufficiente a giustificare gli incrementi di disciplina in vista dell'adozione dell'art. 149 T.U.E.L. e poi della riforma del Titolo V della Costituzione.

L'art. 149 T.U.E.L. ha, infatti, modificato l'art. 54 della legge n. 142/1990 secondo due linee guida. La prima consisteva nell'escludere i trasferimenti erariali dal rispetto assoluto della regola del collegamento funzionale, non prescrivendo più che essi dovevano essere necessariamente ancorati all'ammontare dei servizi indispensabili. Restava, inoltre, l'affermazione che i tributi propri finanziavano le spese ritenute necessarie. La seconda, invece, era tesa ad riaffermare e specificare la riserva di legge *ex art. 23 Cost.*, in quanto l'art. 149 T.U.E.L. aggiungeva che l'ordinamento della finanza locale è coordinato, mediante legge statale, sia con la finanza statale sia con quella regionale. Ne derivava che, in questo modo, si era inteso effettivamente implementare l'autonomia impositiva degli enti locali, seppure mantenendola soggetta alla riserva della legislazione statale per l'individuazione e la definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e dell'aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti. Infatti, veniva stabilito che la provvista occorrente per i cosiddetti "*servizi necessari*", ed ottenuta attraverso il ricorso all'imposizione, andava commisurata a quella frazione della copertura che, proprio grazie alle leggi di coordinamento, non dipendeva più dai trasferimenti programmati.

Questo aspetto stava a significare che le innovazioni normative introdotte erano poste ad orientare l'attività finanziaria dello Stato e delle Regioni in modo da garantire che anche la normativa riservata ai Comuni in sede di manovra tributaria potesse considerarsi fondata su certezze di risorse, in ragione della esplicita disposizione dell'art. 149 T.U.E.L. secondo la quale "*i trasferimenti erariali sono ripartiti in base a criteri obiettivi che tengano conto della popolazione, del territorio e delle condizioni socio-economiche, nonché in base ad una perequata distribuzione delle risorse che tenga conto degli squilibri di fiscalità locali trasferite*".

3. Finanza locale e Titolo V.

La riforma, approvata alla fine della XII legislatura, riproduce ampiamente i frutti della lunga e complessa elaborazione proposta fin dal 1998 dalla

Commissione bicamerale per le riforme costituzionali. Tuttavia, al tempo stesso, se ne discosta sia perché parte dei lavori della Commissione è stata accolta dalla legge costituzionale n. 1/1999, riguardante l'autonomia statutaria delle Regioni e l'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni, sia perché, in prima lettura, la Camera aveva introdotto talune modificazioni, sia perché, a seguito degli interventi spiegati sul Parlamento dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e dalla Associazione delle Autonomie locali, si volle imprimere all'impianto originario un assetto più autonomista.

Con particolare riferimento alla finanza locale, il testo originario dell'art. 119 Cost. dichiarava che le Regioni hanno autonomia finanziaria nelle forme e nei limiti stabiliti dalle leggi della Repubblica, alle quali era rimesso il compito del coordinamento con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni. L'articolo, poi, stabiliva che alle Regioni sono attribuiti tributi propri e quote di tributi erariali, in relazione ai loro bisogni, per le spese necessarie per adempiere le loro funzioni normali; inoltre, era prevista la possibilità che lo Stato assegnasse alle Regioni contributi speciali per finalità determinate, come, ad esempio, la valorizzazione del Mezzogiorno e delle isole.

L'autonomia finanziaria, pertanto, era riconosciuta sotto condizione di uno stretto coordinamento da parte del potere centrale, anche sotto il profilo della compatibilità della finanza regionale con quella delle Province e dei Comuni. Il riferimento alla normalità delle funzioni introduceva un limite al finanziamento delle spese regionali e poneva la questione della definizione delle funzioni normali delle Regioni e del livello di spesa necessario per soddisfarle. Infatti, sarebbe stata illegittima una attribuzione di entrate sproporzionata rispetto alle spese necessarie per le funzioni normali delle Regioni. Restava, però, la difficoltà di determinare le funzioni normali e i livelli di normalità della spesa. Di fatto, la disposizione del previgente art. 119 Cost. avrebbe dovuto prevedere una sorta di mansionario delle funzioni regionali, accompagnato da un rigoroso sistema di costi standard (29).

La nuova formulazione dell'art. 119 Cost., rivisitata con la riforma del Titolo V del 2001, si distacca sostanzialmente dal precedente, come logica conseguenza del fatto che il nuovo art. 117 Cost. ha attribuito alla Regioni notevoli poteri in termini sia di legislazione concorrente sia di legislazione esclusiva. Il testo dell'art. 119 Cost. specifica che l'autonomia finanziaria è di entrata e di spesa; inoltre l'autonomia è riconosciuta anche a Comuni, Province e Città metropolitane, nel momento in cui si afferma che le Regioni e gli enti locali stabiliscono e applicano tributi propri. In questo modo non sarebbe più legittimo, ad esempio, un sistema configurato come nel periodo antecedente al 1990, laddove una presunta autonomia di spesa risultava

(29) G. CARBONI, *Federalismo fiscale comparato*, Napoli, 2013.

comunque sorretta da entrate pressoché totalmente derivate. Ne deriva che la Costituzione, anche modificando gli approdi ai quali era pervenuto il legislatore del T.U.E.L., si veda il già ricordato art. 149, a proposito della formazione della provvista in relazione alle singole tipologie di spesa, fissa direttamente le regole cui dovrà attenersi il potere centrale negli interventi a sostegno della spesa locale. È sempre prevista una forma di coordinamento, espressa però in termini più vaghi rispetto al testo precedente; si sancisce, infatti, il principio che l'attività impositiva delle autonomie regionali e locali si deve svolgere in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, ai sensi dell'art. 119, comma secondo, della Costituzione. È poi introdotto il principio della compartecipazione delle Regioni al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio, aspetto che apre il problema di definire la parte di gettito tributario che può essere attribuita ai singoli territori. Sempre nel testo rivisitato dell'art. 119 Cost. non figura più il richiamo alle funzioni normali, ma, al quarto comma, si afferma che le risorse derivanti da tributi propri e compartecipati consentono ai vari enti di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite, dove l'espressione "*consentono*" va inteso come "*devono consentire*". Se si aggiunge, però, che il quinto comma dell'art. 119 Cost. prevede la destinazione di risorse aggiuntive da parte dello Stato per provvedere a scopi diversi dall'ordinario esercizio delle funzioni, si può constatare che, mentre permane l'esigenza, posta già dal testo previgente, di disporre di un sistema che porti a identificare le funzioni ordinarie dei diversi enti, si pone l'ulteriore esigenza di un sistema idoneo a determinare il livello di spesa adeguato allo svolgimento di queste funzioni (30).

Inoltre, il coordinamento dell'art. 119 Cost. con l'art. 117 Cost., riguardante la ripartizione della funzione legislativa tra Stato e Regioni, sottolinea che il mancato contrasto con l'interesse nazionale non costituisce più la condizione di legittimità dei provvedimenti legislativi regionali. Va inoltre evidenziato che, tra le materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato, rientra il sistema tributario e contabile dello Stato (art. 117, comma secondo, lettera e), mentre alla legislazione concorrente, ai sensi del successivo terzo comma, rientra il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Quindi, il sistema tributario dello Stato rientra nella legislazione esclusiva statale, mentre, per quanto attiene al coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, attribuito alla legislazione concorrente, lo Stato si dovrà limitare alla definizione dei principi fondamentali da seguire nella legislazione applicativa, affidata alle Regioni. Tuttavia, resta aperta la questione di quale sia in concreto l'ambito entro il quale può venire esercitata la potestà tributaria,

(30) *Federalismo fiscale learning by doing: modelli comparati di raccolta e di distribuzione del gettito tra centro e periferia*, a cura di A. PETRIS, Padova, 2010.

rispettivamente, dello Stato e delle Regioni e dei limiti di quest'ultima in relazione alla potestà dei minori enti territoriali (31).

Su questo dato rilevante, il Titolo V non fornisce alcuna esplicita indicazione. Sotto il profilo logico, ancor prima che giuridico, alle Regioni e agli enti locali dovrebbe spettare la disciplina dei tributi il cui presupposto presenta un ragionevole collegamento con il territorio e relativamente a tali tributi lo Stato non dovrebbe legiferare (32). Una simile conclusione assume, poi, una indubbia rilevanza giuridica sotto il profilo del principio di ragionevolezza e di capacità contributiva di cui, rispettivamente, agli artt. 3 e 53 della Costituzione. Sarebbe irragionevole che, in un sistema di enti equiordinati, Stato e Regioni, lo Stato possa individuare e stabilire forme impositive ancorate a presupposti localizzati (33).

Tuttavia la Corte costituzionale ha seguito un orientamento prudente sulla questione.

In assenza di una disciplina legislativa che detti i principi fondamentali in materia di *“coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”*, la Corte costituzionale ha affermato, con la sentenza n. 37 del 2004, che non è ammissibile, in materia tributaria, una piena esplicazione della potestà regionale e, di conseguenza, le Regioni non possono legiferare in modo innovativo; non è pertanto possibile configurare una materia *“sistema tributario degli enti locali”* di competenza residuale delle Regioni.

Nonostante la presa di posizione della giurisprudenza costituzionale, il problema resta e il sistema tributario regionale e locale non può essere strutturato semplicemente su addizionali, posto che queste comportano l'esplicazione di una limitatissima potestà normativa tributaria e, di fatto, si risolvono in una forma di compartecipazione al gettito di tributi erariali (34).

La costruzione di un sistema di finanza locale dovrebbe articolarsi in una combinazione di tributi dal presupposto fortemente localizzato, come, ad esempio, il tributo immobiliare o sui servizi resi dall'ente locale o su attività produttive localmente insediate, e, per quanto riguarda la Regione, volto alla tutela degli interessi sottesi all'elenco di materie per cui vi è legislazione concorrente. Un sistema, dunque, che in relazione alla natura dei tributi, può atteggiarsi come imposte o come forme impositive paracommutative.

(31) L. PERRONE, *La sovranità impositiva tra autonomia e federalismo*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, pag. 1173.

(32) S.F. COCIANI, *L'autonomia tributaria regionale nello studio sistematico dell'Irap*, Milano, 2003, pag. 181; A. GIOVANNINI, *Normazione regionale in materia tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2003, pag. 1174.

(33) G. BERGONZINI, *I limiti costituzionali quantitativi dell'imposizione fiscale*, Napoli, 2011.

(34) F. GALLO, *Federalismo fiscale e ripartizione delle basi imponibili tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in *Rass. Trib.*, 2002, pag. 2009.

4. *Il coordinamento della finanza pubblica nel processo di attuazione del Titolo V e la giurisprudenza costituzionale.*

La ridefinizione dell'assetto dei rapporti tra Stato e autonomie territoriali delineato dal Titolo V è passata anzitutto per l'apporto fornito dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte, infatti, ha progressivamente determinato il superamento dell'allocatione formale delle competenze legislative, riconoscendo, tra i titoli di competenza esclusiva dello Stato, materie finalistiche e materie trasversali (35).

Tra le clausole trasversali che, secondo la giurisprudenza costituzionale, hanno determinato la disarticolazione del riparto costituzionale di competenze in origine fissato dagli elenchi di materie, va annoverato il "*coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*" (36). Secondo le ricostruzioni maggiormente pregnanti (37), la funzione di coordinamento può ricorrere solo in presenza di attività e di soggetti da coordinare da parte del soggetto coordinatore. Ne deriva che, alla base dello stesso coordinamento, deve necessariamente esservi una posizione di autonomia del soggetto coordinato. In mancanza di autonomia, saremmo dinanzi a soggetti ordinati e non coordinati (38).

Pertanto, in termini di rapporti tra Stato e autonomie territoriali, può esservi coordinamento finanziario in quanto vi sia autonomia finanziaria del soggetto da coordinare. Il coordinamento, infatti, non determina l'autonomia ma la presuppone, ne orienta l'esercizio e ne determina l'ambito materiale; esso meglio si esprime in istituti finalizzati a valorizzare l'autonomia degli enti territoriali coordinati.

Nella Costituzione vigente, il coordinamento della finanza pubblica

(35) G. RIVOCSECCI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?* in *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2014, pag. 147.

(36) G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, pag. 1252; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006, pag. 122; V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti fra i legislatori locali e centrali*, in *Le Regioni*, 2007, pag. 20; S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. Definizione delle competenze legislative dell'ordinamento*, Torino, 2012, pag. 255.

(37) S. MANGIAMELI, *Il regionalismo italiano tra processo di federalizzazione interno ed europeo ed effetti della crisi globale*, in S. MANGIAMELI, *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano, 2013, pag. 18; V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, pag. 631; A. BRANCASI, *I due scrutini sul funzionamento dinamico del federalismo fiscale: autonomia finanziaria ed obbligo di copertura degli oneri posti a carico di altri enti del settore pubblico*, in *Giur. Cost.*, 2006, pag. 1425; G. RIVOCSECCI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra patto di stabilità, patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, in *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica*, a cura di L. CAVALLINI CADEDU, Napoli, 2012.

(38) A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *Diritto pubblico*, 2011, pag. 452.

esprime la delimitazione, da parte del legislatore statale, a dettare il quadro unitario di riferimento nel rispetto delle garanzie costituzionali poste a tutela del decentramento istituzionale e delle corrispondenti forme e modalità di autonomia finanziaria di entrata e di spesa (39). Viene sottolineato che la piena esplicazione dell'autonomia finanziaria e tributaria è possibile solo mediante la tutela di inderogabili istanze unitarie che caratterizzano la Carta costituzionale sia sul piano istituzionale sia su quello funzionale, facendo assurgere il canone del coordinamento ad architave del sistema delineato dal Titolo V.

Nel coordinamento finanziario il quadro costituzionale individua uno degli elementi portanti e una condizione preliminare ai fini del rendimento della programmazione e della gestione delle risorse disponibili, dell'erogazione delle prestazioni pubbliche sulla base del principio di eguaglianza su tutto il territorio nazionale, del rispetto dei vincoli sovranazionali, e specificatamente comunitari, alla politica di bilancio.

In secondo luogo, va richiamato il dato che l'art. 119 Cost. prevede la piena disponibilità di risorse autonome per tutte le autonomie territoriali; ciascun ente è chiamato all'autosufficienza finanziaria mediante tre canali: tributi propri, compartecipazione al gettito di tributi erariali riscontrabili sul territorio secondo il criterio della territorialità dell'imposta e risorse derivanti dal fondo perequativo. Queste tre componenti devono coprire integralmente le spese che ciascun ente territoriale è chiamato a sostenere, secondo il fondamentale e innovativo principio del finanziamento integrale delle funzioni, ex art. 119, quarto comma, della Costituzione (40). Ne consegue che le risorse aggiuntive e gli interventi speciali previsti dall'art. 119, quinto comma, Cost. per tutti i livelli territoriali di governo, costituiscono risorse straordinarie finalizzate alla promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale e si configurano quali interventi ulteriori rispetto all'ordinario sistema di finanziamento delle funzioni.

Inoltre, l'art. 119, sesto comma, Cost. implica la facoltà di ricorrere all'indebitamento da parte degli enti territoriali solo per finanziare spese di investimento, con l'esplicita esclusione di qualsiasi forma di garanzia da parte dello Stato sui prestiti da essi contratti. Per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 4, comma 1, lett. b) della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, rubricata come "*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*", tale ricorso è possibile soltanto in caso di contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il

(39) A. MORRONE, *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, Bologna, 2004; G.M. SALERNO, *Alcune riflessioni sulla nuova Costituzione finanziaria della Repubblica*, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2007, pag. 119.

(40) ASTRID, *L'attuazione del federalismo fiscale. Una proposta*, a cura di F. BASSANINI e G. MACCIOTTA, Bologna, 2003.

complesso degli enti di ciascuna Regione sia comunque rispettato l'equilibrio di bilancio (41).

Di fronte alla scissione tra potestà impositiva propria di ciascun livello di governo e differenziata potestà legislativa, la Corte costituzionale, esercitando una delicata funzione di supplenza a causa della sostanziale non attuazione del Titolo V (42), ha individuato nella legge generale di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario la precondizione per poter procedere all'attuazione del disegno autonomistico, sottolineando la necessità di estendere i principi di coordinamento all'intero sistema delle autonomie territoriali (43). Nell'inerzia del legislatore statale, la giurisprudenza costituzionale ha tutelato imprescindibili esigenze di unità e garantito la funzione di coordinamento, comprimendo, però, l'autonomia finanziaria e tributaria degli enti territoriali e dimostrando una prudenza che ha finito per avvalorare una concezione "centralista" (44) del coordinamento finanziario sia sul lato dei poteri tributari sia sul lato dei poteri di spesa (45).

Come già ricordato, a partire dalla sentenza n. 37 del 2004, la Corte ha affermato che l'attuazione dell'art. 119 Cost., e, più in generale, del Titolo V, richiede la necessaria premessa dell'intervento di coordinamento del legislatore statale, il quale è tenuto a definire gli spazi e i limiti entro i quali può esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente, di Stato, Regioni ed enti locali. La giurisprudenza costituzionale ha quindi sostanzialmente distinto regole di coordinamento della finanza pubblica in senso statico e in senso dinamico. Sono riconducibili alla prima categoria quelle regole di coordinamento fissate dalla Costituzione nei rapporti tra Governo e Parlamento, sottratte all'indirizzo di maggioranza o quelle funzionali ad edificare l'autonomia finanziaria e tributaria degli enti territoriali, il cosiddetto federalismo fiscale, mediante la determinazione degli ambiti materiali di entrata e di spesa delle autonomie. Assumono, invece, i caratteri di regole di coordinamento in senso dinamico quelle mutevoli nel tempo, lasciate alle politiche di maggioranza nei rapporti tra Governo e Parlamento, da un lato, e tra Stato e autonomie, dall'altro. Quest'ultime vengono modificate annualmente per garantire l'apporto delle autonomie al rispetto degli obiettivi parametrici nel governo dei conti pubblici, si pensi, ad esempio, al patto di stabilità interno.

(41) F. FERRARI, *Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Torino, 2010.

(42) U. DE SIERVO, *Il regionalismo italiano fra i limiti della Riforma del Titolo V e la sua mancata attuazione*, in www.issirfa.cnr.it.

(43) Corte Costituzionale, sentt. n. 267 del 2006; n. 179 del 2007; n. 60 del 2013.

(44) A. BRANCASI, *Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, in *Le Regioni*, 2008, pag. 1235.

(45) Corte costituzionale, sentt. n. 296 del 2003; n. 37 del 2004; n. 162 del 2007; n. 102 del 2008; n. 289 del 2008.

L'orientamento restrittivo della Corte costituzionale viene ricondotto alla necessità di colmare e compensare il vuoto normativo determinato dalla mancanza della legge generale di coordinamento, sulla base del riconoscimento di inderogabili istanze unitarie vevoli per tutti gli enti territoriali nella cornice della compiuta affermazione del principio autonomistico (46).

Già all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V, quanto all'individuazione dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, la giurisprudenza costituzionale si è posta in una linea di continuità rispetto al quadro costituzionale previgente. È risultato, pertanto, fin da subito, problematico il tentativo di costruire un sistema fiscale effettivamente decentrato mediante la valorizzazione della potestà legislativa residuale delle Regioni, funzionale a garantire l'autonomia politica degli enti territoriali nelle materie di loro competenza. Infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale, l'azione di coordinamento della finanza pubblica, da parte del legislatore statale, presuppone che sia ad esso ascrivibile non soltanto l'individuazione delle norme fondamentali della materia, ma altresì la determinazione dei poteri puntuali necessari perché la finalità di coordinamento possa essere concretamente realizzata (47).

In tal senso, la giurisprudenza costituzionale ha inteso le disposizioni dettate dal legislatore statale, finalizzate al contenimento della spesa corrente, nell'ottica delle esigenze di coordinamento della finanza pubblica (sentt. n. 4 e 36 del 2004 e n. 417 del 2005), affermando che *“il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli di bilancio per ragioni di coordinamento finanziario volte a salvaguardare, proprio attraverso il coordinamento della spesa corrente, l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari”* (sentt. n. 139 e 237 del 2009, n. 52 del 2010). Ne consegue che *“non può dubitarsi che la finanza delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali sia parte della finanza allargata”* (sentt. n. 425/2004 e 267/2006), in considerazione anche dei vincoli posti dalla normativa comunitaria (sent. 60/2013). In particolare, a partire dal 2011, la Corte ha dato una lettura estensiva della competenza statale in tema di coordinamento finanziario, fino al punto da considerarla una materia di competenza esclusiva statale. Questa posizione è riassunta nella sentenza n. 64 del 2016, laddove la Corte costituzionale ricorda che *“il legislatore statale può, con una disciplina di principio, legittimamente imporre alle Regioni e agli enti locali, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli ob-*

(46) G. ROVISECCHI, *Il federalismo fiscale tra giurisprudenza costituzionale e legge n. 42/2009, ovvero del mancato coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, in *Riv. Diritto tributario*, XX, n. 1/2010, pag. 55.

(47) Corte costituzionale sent. n. 376 del 2003.

blighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti territoriali" (nello stesso senso anche le sentenze nn. 44 e 79 del 2014 e n. 182 del 2011). Ne deriva che, secondo la giurisprudenza costituzionale, le disposizioni statali possono imporre limiti alla spesa corrente regionale anche mediante puntuali riduzioni di singole voci di spesa, rendendo difficile enucleare principi fondamentali sulla base di una disciplina di estremo dettaglio (48).

In questo ultimo periodo, poi, la Corte ha dovuto affrontare il delicato tema dell'impatto sul coordinamento finanziario del principio dell'equilibrio di bilancio, introdotto dalla legge costituzionale n. 1/2012. Va ricordato che, già prima della riforma costituzionale del 2012, la Corte aveva sanzionato l'incostituzionalità di leggi regionali di bilancio sia per contrasto con l'art. 81, comma 4, Cost., testo previgente, sia per violazione dei principi relativi al sistema contabile dello Stato e al coordinamento della finanza pubblica. Ne consegue che le esigenze di coordinamento finanziario hanno rappresentato per la Corte un valore costituzionale funzionale anche al compimento di istanze di unità economica. La costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio, pertanto, si pone in continuità con tali istanze. La Corte ha avallato tipologie di coordinamenti finanziari "*pervasivi*" e giustificativi di politiche finanziarie anti crisi, con forte impatto sui debiti sovrani. L'unità economica diviene causa di giustificazione dell'intervento statale, finalizzato a garantire l'equilibrio unitario della finanza pubblica, con la trasformazione, in particolare nella sentenza n. 79 del 2013, del principio di coordinamento finanziario in un principio di contenimento della spesa pubblica.

Va, inoltre, rilevato che dal 2015 la Corte avvia un percorso di aggiustamento della propria giurisprudenza, senza tuttavia smentire l'illustrata posizione centralistica. Gli artt. 117, comma 3, e 81, comma 6, Cost., vengono interpretati come un onere, per la legislazione statale, di giustificare l'esercizio del potere di coordinamento in funzione del perseguimento di obiettivi di politica di spesa. In questo modo, il coordinamento finanziario tende a divenire un "*coordinamento per obiettivi*".

In quest'ottica, la Corte, nelle sentenze n. 272 del 2015 e n. 65 del 2016, ricorre ai criteri di "*proporzionalità*" e di "*virtuosità*", ponendo condizioni precise allo stesso coordinamento, le quali, poi, dovranno essere sviluppate dal legislatore statale. Ne deriva che l'intervento statale è giustificato solo dal fatto di una eventuale inerzia regionale nell'individuazione delle modalità di tagli alla spesa (49). A tale proposito, si inerisce la sentenza n. 65 del 2016,

(48) F. GALLO, *Attualità e prospettive del coordinamento della finanza pubblica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2017.

(49) M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica - le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016, pag. 144.

laddove, alle contestazioni regionali, la Corte afferma che la normativa statale non impone di effettuare drastiche riduzioni di identico importo in tutti i comparti di spesa, ma di *“intervenire in ciascuno di questi, limitandosi ad individuare un importo complessivo di risparmio, lasciando alle Regioni il potere di decidere l’entità dell’intervento in ogni singolo ambito”*. Si riconosce, inoltre, *“la possibilità, per le Regioni, di adottare misure alternative di contenimento della spesa corrente al fine di conseguire i risparmi comunque non inferiori agli importi indicati”*. Interessante è l’osservazione secondo cui *“non erra la Regione ricorrente nel sottolineare l’utilità della determinazione, da parte dello Stato, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. m), Cost., dei livelli essenziali delle prestazioni per i servizi concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”*. In questo modo, il legislatore statale viene stimolato sia a provvedere, mediante cooperazione Stato-Regioni, alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali, sia ad offrire alle Regioni un criterio di orientamento mediante il quale operare le economie di spesa senza incidere su quelle particolari situazioni definite come *“livelli essenziali”* (50).

Il legislatore statale, dunque, coordina la finanza pubblica anche solo orientando la legislazione regionale; in questo senso, si veda la sentenza n. 129 del 2016, con la quale la Corte, dopo aver definito la norma che riduceva i fondi destinati ai Comuni come un principio di coordinamento della finanza pubblica, afferma che *“non appare destituita di fondamento la considerazione, sviluppata dal giudice rimettente, che nella nozione di “consumi intermedi” possono rientrare non solo le spese di funzionamento dell’apparato amministrativo, ma anche le spese sostenute per l’erogazione dei servizi ai cittadini”, permettendo al “criterio utilizzato di colpire le inefficienze delle amministrazioni locali e di innescare comportamenti di risparmio”*.

L’attenzione si pone anche sul nesso essenziale che deve sussistere tra la dinamica democratica e quella di bilancio, in un contesto di coesistenzialità tra principio democratico e autonomia finanziaria. A riguardo, si ricorda la sentenza n. 184 del 2016, concernente alcune disposizioni di una legge regionale toscana in tema di programmazione economica e di procedure contabili, impugnata dallo Stato in riferimento alla materia *“armonizzazione dei bilanci”*. La Corte osserva che, in relazione al coordinamento finanziario ex art. 117, comma 3, *“una tipizzazione della struttura del bilancio regionale è funzionale alla valorizzazione della democrazia rappresentativa, nell’ambito della quale deve essere assicurata ai membri della collettività la cognizione delle modalità con le quali le risorse vengono prelevate, chieste in prestito, destinate, autorizzate in bilancio ed infine spese”*.

(50) L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

Il rischio di alterare i principi del federalismo fiscale è ben presente nella sentenza n. 188 del 2016, relativa all'impugnazione da parte della Regione Friuli Venezia Giulia di alcune disposizioni della legge di Stabilità 2014 riguardanti il riparto dei gettiti tributari spettanti alla Regione. La Corte, infatti, sottolinea che le prerogative del legislatore statale in tema di coordinamento finanziario non implicano *“l'esonero per lo Stato dell'obbligo di rendere sostenibili e confrontabili con i dati necessari per una corretta attuazione del precetto costituzionale inerente la salvaguardia delle risorse spettanti all'autonomia speciale”*, con la conseguenza che, l'inosservanza di tale precetto, comporta una ingiustificata compressione dell'autonomia regionale. La Corte, quindi, critica l'operato statale e nota che, durante il percorso di tentata attuazione della legge delega n. 42 del 2009, lo Stato ha predisposto un quadro opaco ed autoreferenziale nella ripartizione del gettito tributario.

Va ricordato, poi, che già il diritto positivo sembra assegnare presupposti espansivi per la funzione di coordinamento della finanza pubblica. Si pensi alla riserva di legge posta dall'art. 119 Cost., secondo comma, la quale impone che il coordinamento finanziario sia legificato, non potendo, quindi, lo Stato esercitare tale funzione mediante atti amministrativi privi di esplicito fondamento legislativo o comunque non adeguatamente circoscritti, nella loro discrezionalità, dalla legge stessa. L'esercizio di forme di coordinamento finanziario da parte dello Stato trova un duplice radicamento costituzionale negli artt. 117, terzo comma, Cost. e 119 Cost., ben potendo il legislatore statale, proprio in virtù della richiamata riserva di legge, procedere all'individuazione dei principi che disciplinano il sistema finanziario della Repubblica (51).

In definitiva, il quadro che emerge dal diritto positivo sembra ascrivere al coordinamento della finanza pubblica un complesso di attività di carattere legislativo, regolamentare e amministrativo rivolte a rendere effettivi i fini del coordinamento stesso.

In questa prospettiva è possibile individuare, non senza difficoltà, alcune linee mediante le quali il legislatore statale esercita la funzione di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.

Una prima linea, che può definirsi di coordinamento in senso statico, si esprime nella determinazione delle regole fondamentali del sistema di finanza pubblica nazionale, poste in parte dalla Costituzione, in parte dalla legge di contabilità, si veda, ad esempio, le leggi n. 196 del 2009 e n. 39 del 2011, e nella legge n. 42 del 2009 sul cosiddetto *“federalismo fiscale”*. A questo quadro si aggiunge il rispetto del principio di leale cooperazione mediante il sistema delle Conferenze.

(51) G.M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in *Il Filangieri - Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA, Napoli, 2011, pag. 153.

Una seconda linea, descrivibile come coordinamento in senso dinamico, si concretizza in regole di coordinamento mutevoli nel tempo, che definiscono l'apporto quantitativo e qualitativo delle autonomie territoriali al mantenimento dei vincoli al governo dei conti pubblici. Da questo punto di vista, il coordinamento finanziario si traduce in limiti specifici cui sono soggette le autonomie territoriali, rispetto ai quali il sistema delle Conferenze è piuttosto marginale. Ne consegue che Regioni ed enti locali risultano poco coinvolte nella fase di elaborazione e predisposizione dei suddetti vincoli (52).

A queste linee direttrici se ne aggiunge una terza, di matrice ancor più centralista, che il legislatore statale ha sviluppato predisponendo meccanismi di reazione alle disfunzioni della finanza decentrata rispetto alle regole di sistema e ai vincoli posti ai fini di coordinamento. Si pensi a quel complesso di procedimenti in cui la funzione di coordinamento della finanza pubblica si intreccia con la rinnovata disciplina di controlli sulla regolarità dei conti pubblici, la verifica del rispetto del patto di stabilità interno, l'obbligo di copertura e la sostenibilità della spesa e dell'indebitamento degli enti territoriali. Si veda, inoltre, la disciplina finalizzata al rientro dal disavanzo sanitario delle Regioni o i meccanismi sanzionatori e premiali previsti dal decreto legislativo n. 149 del 2011. Infine, si pensi alle ulteriori misure spesso contenute in decreti-legge intervenuti in materia di governo dell'economia, volte a determinare parametri su cui rilevare la virtuosità degli enti territoriali. Si tratta, spesso, di provvedimenti espressione dell'esercizio di una funzione di coordinamento che non si caratterizza per chiarezza e sistematicità, in cui la disciplina del coordinamento finanziario si intreccia con funzioni di controllo e con il ricorso ai poteri sostitutivi.

Alla luce delle argomentazioni svolte si evince che lo Stato pone una articolata tipologia di vincoli e di limiti di coordinamento finanziario alle autonomie territoriali. Questi vincoli sono stati determinati in via legislativa dallo Stato con uno scarso contributo degli enti territoriali stessi. Inoltre, tali principi sono stati frazionati in una pluralità di normative di vario tipo, come riforme di tipo ordinamentale, interventi di carattere settoriale che hanno posto limiti qualitativi e quantitativi alla gestione dei conti pubblici. Si tratta di misure prive di organicità, sistematicità e stabilità.

In definitiva, data la diversificata tipologia di interventi di coordinamento della finanza pubblica posti in essere dal legislatore statale manca proprio una regola generale di coordinamento in senso statico, riprendendo la definizione della Corte costituzionale, su cui edificare il sistema di federalismo fiscale. Finora, infatti, sono prevalse regole di coordinamento in senso dinamico, funzionali solo a conseguire obiettivi congiunturali mutevoli nel tempo.

(52) A. D'ATENA, *Le aperture dinamiche del riparto di competenze, tra punti fermi e nodi non sciolti*, in *Le Regioni*, 2008, pag. 815.

5. Legge delega n. 42/2009 tra attualità e prospettive.

La legge delega n. 42/2009 (53), nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto dettare i principi generali per rispettare l'autonomia di entrata, al fine di attuare l'art. 119 della Costituzione. In questo senso, la relazione illustrativa, dopo aver evidenziato che *“il tema del federalismo fiscale rappresenta una pagina bianca della nostra storia repubblicana che attende ancora di essere scritta”*, affida alla riforma la funzione di *“attuare presupposti e potenzialità”* di un assetto compiuto di finanza locale. L'intento dichiarato era, dunque, quello di contrastare politiche di spreco di denaro pubblico da parte delle amministrazioni locali, nell'ottica di consentire al cittadino-utente un controllo effettivo su entrate e spese, secondo *“modelli di responsabilità e di concorrenza emulativa tra comunità e governi locali”* (54). Significativo è l'art. 1 che prevede *“la graduale sostituzione, per tutti i livelli di governo, del criterio della spesa storica”*, al fine di *“garantire la massima responsabilizzazione e l'effettività e la trasparenza del controllo democratico nei confronti degli eletti”* (55).

In riferimento al finanziamento della spesa per prestazioni essenziali viene posto il criterio del *costo standard*, inteso come indicatore di valutazione dell'azione pubblica in luogo del criterio della spesa storica. Tuttavia, va segnalato che, per assicurare servizi pubblici secondo standard omogenei, occorre assicurare dotazioni infrastrutturali omogenee, in quanto, in larga parte, sono proprio quest'ultime a misurare la qualità dei servizi offerti e i costi intercorsi. Ne consegue che, dato il contesto di sopraggiunta crisi economica, vanno ridefiniti i criteri di erogazione della spesa in relazione al riordino del potere di imposizione tra Stato, Regioni e Comuni. La legge delega, dunque, richiama principi di solidarietà e di coesione sociale, prefigurando assetti finanziari solidali e cooperativi (56).

L'attuazione di una più ampia ed articolata autonomia in capo a ciascun

(53) La legge delega si articola in dieci Capi, distinti in funzione dei contenuti: il primo *“Contenuti e regole di coordinamento finanziario”*, comprende i primi sei articoli; il secondo, intitolato *“Rapporti finanziari Stato-Regioni”*, riassume gli articoli 7, 8, 9 e 10; il terzo, definito la *“Finanza degli enti locali”*, raccoglie quattro articoli, l'11, il 12, il 13 e il 14; il quarto, il *“Finanziamento delle città metropolitane”*, si compone dell'art. 15; il quinto, gli *“Interventi speciali”*, si riduce ad un unico articolo, il 16; il sesto recante il *“Coordinamento dei diversi livelli di governo”*, si sviluppa su due articoli, il 17 e il 18; il settimo, riguardante il *“Patrimonio di Regioni ed Enti locali”*, costa di un solo articolo, il 19; l'ottavo, reca le *“Norme transitorie e finali”*, raccoglie gli articoli 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26; il nono definisce gli *“Obiettivi di perequazione e solidarietà per le Regioni a Statuto speciale e per le Province autonome di Trento e Bolzano”*, attraverso un solo articolo, il 27; l'ultimo, la *“Salvaguardia finanziaria ed abrogazioni”*, composto dagli articoli 28 e 29.

(54) P. PALASCA, C. LOTTIERI, *Come il federalismo può salvare il Mezzogiorno*, Catanzaro, 2008, pag. 110.

(55) A. URICCHIO, *Il federalismo della crisi o la crisi del federalismo?* Bari, 2012, pag. 66.

(56) F. AMATUCCI, *Il nuovo sistema fiscale degli enti locali*, Torino, 2008, pag. 4.

ente territoriale nello svolgimento dei compiti affidati deve consentire sia l'accesso alla perequazione finanziaria sia l'erogazione di risorse pubbliche in misura adeguata a fronteggiare le spese per le funzioni essenziali. Gli indicatori di fabbisogno finanziario utilizzati sono due: uno relativo alla copertura della spesa corrente e l'altro riguardante la copertura della spesa in conto capitale. Il regime dei trasferimenti perequativi viene posto tramite la "fiscalizzazione" dei precedenti trasferimenti statali e regionali, di ogni tipo, diretti al finanziamento degli enti locali. Per mezzo di una "clausola di garanzia", la somma dei gettiti delle entrate di Comuni e Province, derivanti dal diverso regime delle entrate autonome e dai trasferimenti perequativi corrisponde al valore complessivo dei trasferimenti soppressi.

Inoltre, va sottolineato che, sulla base della legge delega, assieme alle norme in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici riconducibili all'osservanza del patto di stabilità e di crescita europeo, si pone il tema della esatta individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, di quelle relative all'istruzione e al trasporto pubblico locale.

In questo contesto emerge che il principio di territorialità dei tributi regionali e locali e di riferibilità territoriale delle compartecipazioni al gettito dei tributi erariali rappresentano l'asse portante del progetto di finanza locale delineato dal legislatore delegante, in base al quale la modifica dei criteri di riparto del carico fiscale si fonda sull'impiego nel territorio del gettito dei tributi locali ed erariali prelevati. Tale principio implica, necessariamente, l'individuazione di fattispecie imponibili aderenti agli ambiti spaziali entro cui la comunità locale interviene. In tal senso, il finanziamento integrale, nella logica del fabbisogno standard, delle funzioni fondamentali e dei livelli essenziali delle prestazioni deve essere assicurato da tributi propri, dalle compartecipazioni al gettito di tributi erariali e regionali, da addizionali a tali tributi e dal fondo perequativo. Al fine, poi, di bilanciare il principio di legalità, *ex art. 23 Cost.*, e l'autonomia finanziaria, *ex art. 119 Cost.*, è posta, da parte della legge statale, la previsione dei presupposti, dei soggetti passivi e delle basi imponibili, in modo da garantire flessibilità e manovrabilità territoriale, in un'ottica di semplificazione. Inoltre, le imposte di carattere regionale vanno ricondotte alle competenze legislative ed amministrative riconosciute dagli artt. 117 e 118 Cost., in relazione al modello di riorganizzazione del rapporto tra Stato, Regioni ed Enti locali delineato dal Titolo V della Costituzione, in ragione del quale le distinte espressioni di autonomia si articolano secondo il principio della competenza. Ne deriva che ogni ente, equiordinato rispetto agli altri, detiene una propria sfera di attribuzioni che, riguardo ad un determinato ambito materiale, territoriali e di interessi socio-economici, è inderogabile. Ed è proprio in questa prospettiva che la potestà legislativa delle Regioni trova la propria legittimazione.

Il binomio "*cosa amministrata - cosa tassata*" si colloca come regola

ispiratrice della ricerca di ulteriori modelli di implementazione delle risorse locali. Infatti, ogni nuovo tributo deve presentare i caratteri della visibilità, intesa come percepibilità del grado di responsabilizzazione delle autonomie locali, della non esportabilità, della semplicità amministrativa e della corrispondenza con i servizi usufruiti e organizzati sul territorio (57). La progressiva moltiplicazione dei livelli di governo produce, inevitabilmente, una diversificazione delle funzioni svolte secondo criteri di sussidiarietà verticali. Ai livelli regionali e locali competono il governo del territorio e i servizi alla persona come sanità, istruzione, sicurezza, trasporti, verde, asili, assistenza per i bisogni ultimi (58). Il collegamento tra competenze degli enti territoriali e tributi comporta che il gettito sia destinato al finanziamento del servizio stesso. Si realizza, così, il principio di correlazione tra prelievo e beneficio connesso alle funzioni svolte dall'ente locale. Si sottolinea la maggiore idoneità dei tributi locali a soddisfare la condizione della correlazione.

A parziale smentita di questo quadro si pone la normativa di attuazione della legge delega. Il legislatore delegato, più che coltivare i principi di autonomia finanziaria degli enti territoriali, sembra perseguire obiettivi contingenti ed emergenziali di contenimento della spesa pubblica e di riallocazione delle risorse lungo l'asse Nord-Sud; la profonda crisi generale della finanza pubblica riduce l'assetto finanziario ad una mera operazione sulla spesa pubblica locale.

Richiamando, seppur brevemente, il contenuto dei principali provvedimenti delegati, si ricorda il d.lgs 85/2010, riguardante il cosiddetto federalismo demaniale, finalizzato all'attribuzione, a titolo non oneroso, ad ogni livello di governo di distinte tipologie di beni, commisurate alle dimensioni territoriali, alla capacità finanziaria, alle competenze e alle funzioni effettivamente esercitate dalle diverse Regioni ed enti locali, ovvero l'assegnazione di beni immobili (59) secondo criteri di territorialità e previa concertazione in sede di conferenza unificata.

Il d.lgs 156/2010 concerne gli assetti istituzionali e di governo di Roma

(57) K.C. MESSERE, *Tax policy in Oecd countries. Choice and conflicts*, Amsterdam, 1993.

(58) I servizi pubblici locali si suddividono: 1) servizi ai cittadini in quanto utenti. Tra questi si hanno: la raccolta di rifiuti solidi urbani; la fornitura, tramite aziende comunali, delle "grandi utenze" come acqua depurata, elettricità, gas o gasolio, telefono; l'illuminazione pubblica; la costruzione delle "reti per la circolazione"; la predisposizione di aree verdi; i piani regolatori; i servizi per le aree industriali ed artigiane; 2) servizi ai cittadini per la mobilità territoriale. Tra questi vanno inclusi: la manutenzione della rete viaria comunale e dei marciapiedi; l'attivazione e la manutenzione delle reti per la circolazione collettiva di persone e cose; le aree di sosta per i mezzi di trasporto; la limitazione dei danni ambientali da emissioni e da circolazione di veicoli a motore; 3) servizi socio-culturali. Tra questi si segnalano: l'anagrafe; lo stato civile; la statistica; i servizi elettorali; gli asili; l'assistenza agli anziani; la lotta alle nuove povertà; le iniziative turistiche e culturali.

(59) Rientrano tra le categorie di beni previsti dall'art. 5 del d.lgs 85/2010 "i beni appartenenti al demanio marittimo, beni appartenenti al demanio idrico, fiumi di ambito sovra regionale, laghi di ambito sovra regionale, aeroporti di interesse regionale o locale appartenenti al demanio aeronautico civile statale, miniere ed altri beni immobili dello Stato".

Capitale, compreso il relativo conferimento di funzioni e compiti amministrativi. Il d.lgs 216/2010 riguarda i costi e i fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province; il d.lgs 118/2011 detta i principi in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli Enti locali e dei loro enti e organismi strumentali. La normativa prevede l'adozione della contabilità finanziaria alla quale si affianca un sistema di contabilità economico-patrimoniale, garantendo la rilevazione unitaria dei fatti gestionali sia sotto il profilo finanziario sia sotto il profilo economico-patrimoniale. Il d.lgs. 149/2011, invece, reca la disciplina dei meccanismi sanzionatori e premiali per Regioni, Province e Comuni nell'intento di contrastare inefficienze e sprechi, nell'ottica di favorire gestioni virtuose ed efficienti.

Particolare attenzione merita il d.lgs. 23/2011. Innanzitutto esso prevedeva una importante compartecipazione dei Comuni al gettito di diversi tributi immobiliari erariali nell'ambito del processo di "*fiscalizzazione*" dei trasferimenti statali. La compartecipazione era parziale per i gettiti delle imposte sui trasferimenti immobiliari e da cedolare secca; in secondo luogo prevedeva una compartecipazione all'Iva di ammontare pari al 2% del gettito Irpef e legata ai gettiti ricavati dai territori, clausola, di fatto, mai applicata. In terzo luogo, introduceva due imposte di scopo, l'una finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche e l'altra preposta al potenziamento del turismo, sotto la veste di imposta di soggiorno. Inoltre, il d.lgs 23/2011 va ricordato per aver sostituito l'Ici con l'Imu, applicando quest'ultima anche alle abitazioni principali e prevedendo la rivalutazione dei valori catastali. Accanto ai contenuti del citato decreto attuativo meritano attenzione anche i correttivi introdotti dalle leggi di Stabilità 2013 e 2014; la prima introduceva la Tares su rifiuti e servizi, la seconda ha separato il servizio rifiuti, pagato con la Tari sostitutiva delle precedenti Tia 1 e Tia 2, dai servizi indivisibili, la Tasi. La costruzione di gran parte dell'autonomia finanziaria dei Comuni sulla base dei tributi immobiliari diversi tra territori nei valori e nella quantità obbliga il legislatore a definire il sistema dei trasferimenti perequativi, previsti dalla legge 42/2009 e dai decreti delegati 23/2011 e 216/2010.

In tal senso, i processi di federalismo fiscale, avviati e non conclusi, uniti all'asserita intenzione di rafforzare autonomia e decentramento non hanno concretamente determinato significativi rafforzamenti dello spazio di autonomia finanziaria locale. Al contrario, è facilmente rilevabile che si è proceduto ad una semplice trasformazione delle modalità e degli strumenti attraverso i quali lo Stato esercita le proprie prerogative in materia di controllo finanziario sugli enti locali.

L'Area vasta e il suo territorio. Il caso Emilia Romagna

*Guglielmo Bernabei**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Quadro delle funzioni e riorganizzazione dell'Area vasta. Prospettive di municipalismo differenziato - 3. Il caso Emilia Romagna - 4. Principi di riferimento nell'ottica del regionalismo differenziato - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

La configurazione territoriale dell'Area vasta deve essere presidiata da strumenti o istituti di natura giuridica che ne garantiscano una amministrazione coordinata, efficiente e funzionale.

Nel proporre alcune considerazioni sul tema, occorre muovere dal quadro tracciato dalla legge 7 aprile 2014, n. 56, per incentrare l'attenzione proprio sulla dimensione funzionale delle attività esercitate dai soggetti a vario titolo operanti nell'amministrazione infra-regionale, ponendo l'accento sulla correlazione esistente tra organizzazione interna degli Enti, funzioni amministrative da esercitare e complessità territoriale, con particolare riferimento al contesto emiliano-romagnolo.

Procedendo secondo tali direttive, è utile muovere da una analisi in ordine ai rapporti intercorrenti tra gli organi dell'Ente intermedio, al fine di comprendere i riflessi di tali rapporti interni sui compiti amministrativi che Province e Città metropolitane devono in concreto svolgere sul territorio di pertinenza.

2. Quadro delle funzioni e riorganizzazione dell'Area vasta. Prospettive di municipalismo differenziato.

Nel quadro delle funzioni dell'Area vasta e dell'assetto di *governance*, si pone l'esigenza di definire l'insieme delle funzioni da esercitarsi a livello comunale. E ciò anche in considerazione del possibile assetto a geometria variabile che dovrebbe assumere la riorganizzazione dell'Area vasta (1).

La legge n. 56/2014, nella parte in cui individua le funzioni fondamentali della Provincia, dopo oltre un decennio trascorso a dibattere sulla dimensione attuativa dell'art. 117, comma 2, lett. p), Cost., definisce un elenco di funzioni intestate all'Ente intermedio, così come confermato anche dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 50/2015. Il legislatore statale ha op-

(*) Avvocato e Dottore di ricerca in diritto costituzionale.

(1) F. PIZZETTI, *Una grande riforma di sistema. Scheda di lettura e riflessioni su Città Metropolitane, Province, Unioni di Comuni: le linee principali del ddl Delrio*, in www.astrid-online.it, 24 gennaio 2014; D. SERVETTI, *Il riordino delle funzioni provinciali nella legge Delrio e nel primo anno di attuazione*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 2/2015, pp. 132 ss.; G.C. RICCIARDI, A. VENTURI, *La riorganizzazione territoriale e funzionale dell'Area Vasta*, Giappichelli, Torino, 2018.

tato per la sola determinazione delle funzioni fondamentali astenendosi dal disciplinarne l'esercizio, precisando, all'art. 1, comma 87, che le funzioni fondamentali sono «*esercitate nei limiti e secondo le modalità stabilite dalla legislazione statale e regionale di settore, secondo la rispettiva competenza per materia ai sensi dell'art. 117, commi secondo, terzo e quarto della Costituzione*». Per sottrazione, dunque, il novero delle funzioni disciplinate dalla legge regionale corrisponde al riparto secondo gli elenchi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 117 Cost. Tale previsione assume un duplice valore ermeneutico, e ciò in considerazione del fatto che il legislatore regionale da una parte ha ampi margini per stabilire le modalità di esercizio delle funzioni fondamentali, e non, nelle materie di competenza concorrente e residuale; dall'altra, pone, quale unico limite al riordino delle funzioni residue, quello proprio dell'Area vasta.

Si evince un disegno volto a consolidare l'esistenza di un Ente intermedio intestatario di funzioni che non si limitano al mero indirizzo e coordinamento. Il profilo funzionale delle Province, che spazia dalla programmazione, alla regolazione di attività pubbliche e private e alla gestione di attività amministrative e di servizi, esprime il riconoscimento della necessità di definire un livello intermedio che eserciti funzioni sovracomunali e sub-regionali. Ciò non preclude la possibilità di disegnare un assetto delle funzioni che tenga conto di geometrie variabili, anche differenziate in ragione della dimensione dei Comuni insistenti nel territorio regionale di riferimento. Ne deriva che non tutte le funzioni di area vasta devono essere necessariamente intestate alla Provincia. L'elencazione delle funzioni fondamentali contenuta nel comma 85 lascia ampi margini di manovra alla Regione - anche in conseguenza dell'accordo stipulato in Conferenza unificata nella seduta dell'11 settembre 2014 riguardo alla ricognizione delle funzioni non fondamentali, che ha sostanzialmente modificato l'iter attuativo della legge n. 56/2014 - nel ridisegnare su scala territoriale il sistema delle autonomie (2).

Lo scenario che si prospetta è composito e prelude, almeno sotto il profilo sistematico, ad un riordino complessivo delle funzioni su base territoriale, investendo tutti i livelli di governo coinvolti: Regioni, Province, Comuni e le loro forme di aggregazione. Quanto alle funzioni diverse da quelle fondamentali lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono ad attribuire le funzioni secondo quanto stabilito dall'art. 118 Cost., con un esplicito richiamo ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, e con l'obiettivo di perseguire alcuni criteri direttivi quali l'individuazione dell'am-

(2) R. BIN, *Il nodo delle province*, in *Le Regioni*, nn. 5-6/2012, pp. 899 ss.; *contra*, cfr. L. CASTELLI, *Il territorio degli enti locali in Italia: caratteri, dimensioni, mutamenti*, in *ISSIRFA*, www.issirfa.cnr.it, luglio 2013; L. VANDELLI, *Commi 85-86. Riordino delle funzioni delle province*, in *ID.*, *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni*, Santarcangelo di Romagna 2014, pp. 150 ss.

bito territoriale ottimale di esercizio per ciascuna funzione; l'efficacia nello svolgimento delle funzioni fondamentali da parte dei Comuni e delle Unioni di Comuni; la sussistenza di riconosciute esigenze unitarie; l'adozione di forme di avvalimento e deleghe di esercizio tra gli Enti territoriali coinvolti nel processo di riordino, mediante intese o convezioni.

In questo contesto, il legislatore individua nell'esercizio in forma associata delle funzioni uno snodo essenziale del riordino che coinvolge direttamente anche le autonomie funzionali, specie, per quel che riguarda i servizi e le funzioni di rilevanza economica. Ne discende un quadro che non si limita a disegnare un processo di riordino riconducibile ad una attrazione delle funzioni non fondamentali verso l'alto ovvero verso il basso (3). Sono, dunque, veri e propri criteri direttivi capaci di orientare il processo di riordino del sistema delle autonomie, che vedono nella Regione lo snodo essenziale.

I criteri direttivi richiamati evocano una organizzazione delle funzioni non fondamentali passibile di un elevato grado di differenziazione. Se si considera, poi, la promozione di forme di cooperazione attraverso le deleghe di esercizio di funzioni si prefigura una dimensione proteiforme delle collaborazioni sia ascendente che discendente, legittimando anche una eventuale cooperazione interprovinciale. Più che a disegnare un ruolo recessivo della Provincia, dunque, le previsioni contenute nei commi 88, 89 e 90 della legge 56/2014 mirano ad una complessiva ridefinizione delle funzioni e pongono le basi per una loro redistribuzione sia a livello comunale sia regionale.

Tale impostazione trova conferma nel citato accordo raggiunto in Conferenza unificata il 14 settembre 2014 e, segnatamente, nell'inciso «*secondo le rispettive competenze*» nell'interpretazione per cui la competenza ad attribuire le funzioni provinciali non fondamentali di potestà concorrente è delle Regioni, fuoriuscendo dai limiti posti dalla legislazione statale nella definizione dei principi fondamentali della materia. L'accordo prevede altresì, al punto 8, lett. a) e b), che una funzione non confermata a livello provinciale, né riassorbita dall'amministrazione regionale né delegata a livello comunale - con indicazione obbligatoria, nel caso di esercizio associato, degli ambiti e delle soglie demografiche ottimali - possa venire soppressa ovvero "riclassificata" nell'ambito dei processi di semplificazione, di ricorso alle nuove tecnologie ed alle più ampie forme di sussidiarietà orizzontale ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost.

Sembra corretto ritenere che l'accordo abbia rafforzato il ruolo regionale in ordine alla riorganizzazione delle funzioni provinciali, fondamentali e non, e aperto la strada per un complessivo ripensamento delle funzioni locali, investendo nel processo di riordino direttamente i Comuni e l'esercizio in forma

(3) F.C. RAMPULLA, *La legge Bassanini e le autonomie locali*, in *Il Politico*, n. 1/1997, pp. 131 ss.

associata delle funzioni a regia regionale, in convenzione ovvero attraverso l'Unione di Comuni.

La rideterminazione dei contenuti della Provincia offre l'opportunità per ripensare, in termini innovativi, il complesso riordino delle funzioni comunali. Sottratte le funzioni fondamentali individuate con legge dello Stato, pur nei limiti della loro elencazione, la Regione ha ampi spazi per determinare le forme di esercizio delle funzioni di prossimità.

Tale possibilità, coerente con l'impianto del legislatore della cosiddetta "legge Delrio", apre una nuova fase per il municipalismo "differenziato", tale da promuovere la responsabilità da parte degli Enti più vicini ai cittadini con significativi impatti in ordine alle scelte organizzative per l'esercizio delle funzioni. Piuttosto che insistere con obblighi e sanzioni, che non hanno mai prodotto alcun miglioramento dell'amministrazione, la strada del riordino prelude a nuove forme di protagonismo locale, in relazione alla effettiva capacità politica e gestionale dei Comuni di individuare forme organizzative per l'esercizio delle funzioni, al fine di promuovere le specificità del contesto sociale, economico e territoriale.

Quanto alle funzioni di prossimità intestate al livello comunale ed al loro esercizio, il livello ottimale di programmazione, indirizzo e coordinamento sarà la Zona omogenea individuata dalla Provincia, prevedendo che il loro esercizio avvenga, in forma associata, attraverso la convenzione ovvero l'Unione di Comuni, a cui possono essere demandate tutte le ulteriori funzioni oggetto del riordino e richieste alla Regione. L'elenco delle funzioni di prossimità suggerisce il ricorso al loro esercizio in forma associata, in considerazione dell'individuazione del livello ottimale, sia sotto il profilo demografico che territoriale, tanto più se i Comuni, sulla base della legge regionale, possono intestarsi funzioni ulteriori già oggetto del riordino, quali l'organizzazione dell'amministrazione; la gestione finanziaria contabile e di controllo; i piani di governo del territorio; la formazione dei Piani di zona (4); la polizia locale urbana e rurale; la gestione del personale; i servizi di cui non sia economicamente conveniente la gestione da parte del singolo Comune; i piani delle opere pubbliche locali; il diritto allo studio ed i servizi inerenti l'istruzione; la protezione civile; il catasto; i servizi informatici e di sicurezza.

Secondo questa direttrice, l'attuazione "regionalizzata" della legge Delrio può contribuire a ridefinire i rapporti anche tra la Regione e i Comuni intestatari del controllo politico sui nuovi Enti intermedi, favorendo reciproche sollecitazioni anche in ordine all'esercizio delle funzioni.

(4) F.C. RAMPULLA - A. VENTURI - L. BRACHITTA - L.P. TRONCONI, *Dalla pianificazione delle città al governo del territorio: evoluzioni statali e regionali*, in *Riv. giur. urb.*, nn. 3-4/2010, pp. 512 ss.; P. PREVITALI - P. FAVINI (a cura di), *L'organizzazione dei Piani di Zona in provincia di Pavia*, Pavia University Press, Pavia 2016.

Un disegno che può valorizzare il ruolo di governo della Regione, con l'eventuale chiamata in sussidiarietà della Provincia, favorire l'esercizio associato delle funzioni a livello comunale nell'ambito di indirizzi comuni stabiliti nel contesto della Zona omogenea, e, parimenti, riconoscere il ruolo delle Città metropolitane, potenzialmente candidate ad intestarsi funzioni aggiuntive. La correlazione tra risorse e funzioni comporta un duplice impegno, in quanto al riordino delle seconde deve necessariamente corrispondere un ripensamento complessivo delle prime. La "regionalizzazione" del riordino delle funzioni anima il contenuto strategico del progetto, consente di rafforzare il ruolo della Regione nel contesto del sistema amministrativo locale e pone le condizioni per la nascita e lo sviluppo dei sistemi regionali delle autonomie locali.

La maggior parte delle Regioni a Statuto ordinario sono intervenute emanando una serie di leggi attuative del processo di riordino degli Enti locali postulato dalla normativa nazionale. La legge Delrio ha dato avvio ad un processo di revisione dell'assetto degli Enti locali, in cui le dimensioni organizzative ed il ruolo dei vari enti non sono stabiliti a priori secondo una dimensione organizzativa orizzontale e chiusa; anzi, il disposto della legge prevede la possibilità di definire gli ambiti territoriali ottimali a cui allocare le funzioni, valorizzando ipotesi associazionistiche tra Comuni e fornendo nuovi ruoli alle Aree vaste e alle Città metropolitane.

Dunque, è utile soffermarsi sulla normativa introdotta in Emilia Romagna, al fine di comprendere come questa realtà regionale abbia scelto di affrontare la complessa questione del riordino degli Enti locali. In particolar modo, vanno considerate le principali soluzioni di ridefinizione degli Enti di Area vasta postulate all'interno della rispettiva legge regionale, e come questi Enti si rapportano alle tematiche legate all'associazionismo intercomunale, nonché all'ottimale erogazione dei servizi ai cittadini.

3. Il caso Emilia Romagna.

La Regione Emilia Romagna ha adottato la legge regionale 30 luglio 2015, n. 13, recante la «*Riforma del sistema di governo regionale e locale e disposizioni su Città metropolitana di Bologna, Province, Comuni e loro Unioni*». Questo testo, composto da 89 articoli, pone un disegno organico di riordino dei soggetti del governo locale, disciplinando il riparto delle funzioni amministrative tra Regione, Città metropolitana di Bologna, Aree vaste, Comuni ed Unioni di Comuni. L'idea di fondo, che emerge in modo marcato rispetto ad altre Regioni, è quella di identificare dei livelli ottimali mediante i quali esercitare le varie funzioni amministrative; in particolare, la finalità è quella di stimolare l'associazionismo comunale che, peraltro, in Emilia Romagna costituisce una politica perseguita ormai da tempo e con risultati, nel complesso, soddisfacenti. A tal riguardo, va rilevato che nella Regione Emilia

Romagna esistono 44 Unioni di Comuni, 32 delle quali coincidono con gli ambiti ottimali individuati dalla Regione, e di queste 18 coincidono anche con i distretti sanitari. Dei 334 Comuni emiliani romagnoli, 289 aderiscono ad un'Unione; l'89% del totale dei Comuni è, quindi, ricompreso all'interno di un'Unione, contro una media nazionale del 38%, mentre tra i 45 Comuni non aderenti, che rappresentano il rimanente 13% del totale, troviamo anche la Città metropolitana di Bologna e i capoluoghi di Provincia, eccetto il Comune di Forlì. Le Unioni di Comuni sono, tuttavia, molto diverse tra loro, non solo per dimensioni ma anche per consistenza delle funzioni delegate; le Unioni più mature, ossia quelle che svolgono oltre nove funzioni delegate da tutti i Comuni appartenenti, sono solo 3, e 10 sono quelle in via di sviluppo molto avanzato. Le funzioni delegate riguardano soprattutto i servizi di protezione civile, polizia municipale, assistenza sociale, sportello unico attività produttive e centrale unica di committenza, mentre le funzioni a maggiore valenza strategico-politica, come la pianificazione territoriale e l'urbanistica, sono rimaste in capo ai singoli Comuni, nonostante i benefici che potrebbero derivare dall'esercizio associato. Sono solo 9 le Unioni dove i Comuni hanno delegato la funzione urbanistica e sono tutte localizzate nella parte orientale della Regione e nel Ferrarese. Se la funzione urbanistica delegata è rara nelle Unioni, molto più diffusi sono i piani strutturali comunali (PSC) elaborati in forma associata da più Comuni, anche grazie alla spinta di alcuni piani territoriali di coordinamento provinciale (PTCP), come è accaduto, per esempio, nell'area ricompresa nella ex Provincia di Bologna.

È, poi, necessario dare conto della legge regionale 21 dicembre 2012, n. 21, recante «*Misure per assicurare il governo territoriale delle funzioni amministrative secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*», che si pone in attuazione della normativa statale, stabilendo i criteri atti a definire la dimensione territoriale ottimale per la gestione associata obbligatoria delle funzioni fondamentali comunali. Gli ambiti previsti da tale legge vanno intesi come dimensionamenti territoriali speciali che si attagliano alle singole realtà e alle loro caratteristiche socio-economiche, coerentemente con la ripartizione territoriale dei Distretti sanitari regionali. Attualmente, il territorio dell'Emilia Romagna, oltre alle 8 Aree vaste e alla Città metropolitana di Bologna, è articolato in 38 Distretti sanitari e in 46 Ambiti Territoriali Ottimali. Ai fini della nostra analisi, occorre evidenziare il comma terzo dell'art. 7 della legge regionale n. 21/2012, che prevede l'obbligo per i Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti - 3.000 abitanti se appartenenti o appartenuti a Comunità montane - di esercitare tra loro, in forma associata, tutte le funzioni fondamentali. Inoltre, tutti i Comuni, indipendentemente dall'ampiezza demografica e appartenenti all'ambito, devono esercitare in forma associata tra loro i servizi informatici ed almeno tre delle seguenti sette funzioni: Polizia municipale; Protezione ci-

vile; SUAP; servizi sociali; pianificazione territoriale; gestione del personale; gestione dei tributi. Il comma 5 dell'art. 7 prevede, poi, che, all'interno di ciascun ambito, possa esistere una sola Unione di Comuni di dimensioni demografiche pari ad almeno 10.000 abitanti (8.000 se composta prevalentemente da Comuni montani). Tuttavia, i commi 7 e 8 dell'art. 7 prevedono anche la possibilità per i Comuni, sia appartenenti all'Unione sia non appartenenti all'Unione, di stipulare convenzioni con altri Comuni o con l'Unione medesima.

Si può, pertanto, affermare che l'Emilia Romagna mira ad assegnare un ruolo attivo alle autonomie locali nell'opera di ridefinizione dell'assetto degli Enti locali; in particolare, vengono valorizzate le forme associative comunali, che si rivelano lo strumento maggiormente adeguato al fine di gestire in maniera efficiente le funzioni di prossimità. A tal riguardo, occorre notare come le politiche proposte dalla Regione Emilia Romagna abbiano costituito un riferimento a cui guardare anche per la legislazione di livello statale; l'implementazione di progetti associativi comunali, la definizione di ambiti territoriali ottimali per lo svolgimento di determinate funzioni e l'incentivo di forme associazionistiche strutturate come le fusioni di Comuni hanno, infatti, trovato eco in molte delle soluzioni accolte dal legislatore statale.

In tema di politiche di Area Vasta occorre ragionare proprio sulla dimensione e sull'omogeneità dei territori, che fortemente ne condizionano l'efficacia. L'obiettivo di una razionale allocazione delle funzioni all'ente idoneo ad assicurare l'efficace ed efficiente esercizio delle stesse, secondo il fondamentale principio della non-sovrapposizione e della non-frammentazione delle competenze tra i livelli di governo, richiede una attenta riflessione sui ruoli funzionali delle Province e delle Unioni dei Comuni, che è fortemente condizionato dalle dimensioni e dall'omogeneità delle caratteristiche dei territori interessati. È necessario sviluppare i cosiddetti "sistemi complessi di Area vasta", andando oltre i confini amministrativi. La proposta potrebbe essere quella di ragionare su Aree vaste a confini variabili, non istituzionalizzate, che siano in grado di rispondere in tempo reale alle questioni contingenti, privilegiando aggregazioni, per temi e problemi, che favoriscano il coinvolgimento e la cooperazione.

4. Principi di riferimento nell'ottica del regionalismo differenziato.

La trasformazione del sistema delle autonomie oggi appare a metà del guado e dovrebbe essere portata ad effettivo compimento. Per esempio, anziché procedere con grandi riforme costituzionali, potrebbe auspicarsi un intervento mirato sull'art. 133, comma 1, Cost., finalizzato a riservare maggior peso alle Regioni nella determinazione delle circoscrizioni provinciali, prospettiva che indubbiamente conferirebbe nuova attualità ad un dibattito che ha fatto affiorare esigenze sinora non soddisfatte. Abbandonando i profili co-

stituzionali, occorrere chiedersi se, allo stato attuale, non sia desiderabile un'armonizzazione della dimensione finanziaria rispetto a quella organizzativa degli Enti intermedi, seppur nell'ambito della sola fonte primaria. Se la configurazione delle Province, quali Enti di secondo livello, sembra costituire un dato non reversibile, parimenti occorre prendere atto del fatto che il legislatore statale è posto dinanzi ad un bivio. Delle due opzioni in tema di Province, solo una può ritenersi percorribile: o sulla base di uno scenario impraticabile a Costituzione vigente, alla luce della residua dotazione organica e finanziaria vengono spogliate anche delle attuali funzioni amministrative fondamentali, con la conseguenza che verrebbe a porsi il problema di una diversa possibile riallocazione di tali funzioni, difficile da attuare e non rispondente a criteri ottimali; oppure se si vuole che continuino ad esercitare, non solo nominalmente, le funzioni fondamentali loro riconosciute dalla legge n. 56/2014, occorre assisterle con ulteriori entrate suscettibili di bilanciare i trasferimenti verso lo Stato centrale (5).

Sul fronte regionale la stessa cosa vale per le funzioni amministrative delegate, rispetto alle quali la situazione complessiva appare assai meno critica. Gli spunti per azioni di merito, ci ricordano che lo Stato mantiene la propria potestà nello stabilire i profili ordinamentali degli Enti, nonché l'assetto delle funzioni fondamentali; tuttavia, alcuni spazi per l'esercizio della potestà legislativa di competenza si dischiudono anche a favore della Regione, alla quale pertiene un livello di autorevolezza politica che dovrebbe trovare corrispondenza nei rapporti con il livello di governo centrale, nonché esercitando la proiezione interregionale dell'autonomia, sinora sperimentata soltanto in relazione a pochi casi ed in modo discontinuo. A livello statale, a fronte della mancata revisione costituzionale propedeutica all'istituzione del Senato delle Autonomie (6), si potrebbe procedere all'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali con i rappresentanti delle Regioni e degli Enti locali, mentre sul fronte regionale si potrebbe tentare di rivitalizzare il Consiglio delle Autonomie Locali (CAL), e puntare, da ultimo, a dar corso al regionalismo differenziato di cui all'art. 116, comma 3, Cost.

Per quanto attiene a quest'ultimo tema, con specifico riferimento alla Regione Emilia Romagna, è evidente che un rilancio del regionalismo differen-

(5) M. GORLANI, *Quale futuro per le Province dopo l'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il governo delle Province dopo il referendum*, in *Ist. Federalismo*, n. 3/2016, pp. 623 ss.; C. PADULA, *Riflessioni sparse sulle autonomie territoriali, dopo la (mancata) riforma*, in *Le Regioni*, nn. 5-6/2016, p. 869.

(6) E. CARLONI, *Considerazioni sparse, tra Senato delle autonomie e "nuovissimo" Titolo V*, in *Ist. Federalismo*, n. 2/2016, pp. 447 ss.; F. PALERMO, *Dalle Regioni senza Camera alla Camera senza Regioni? iva*, pp. 463 ss.; L. VIOLINI, *Dopo il referendum: quale dei tanti regionalismi si prospetta?* in *Le Regioni*, nn. 5-6/2016, pp. 909 ss.; G. FALCON, *Le piste possibili del regionalismo, dopo il referendum costituzionale*, in *Le Regioni*, nn. 5-6/2016, pp. 777 ss., spec. p. 782.

ziato altro non costituirebbe che l'attuazione di un principio costituzionale del nostro ordinamento, più che mai giustificato con riferimento alla peculiare condizione territoriale dell'Emilia Romagna. La Regione, dunque, è chiamata a percorrere tutte le possibili strade che possano condurre ad una modernizzazione del contesto interno delle autonomie. L'aspettativa verso la creazione di un vero contesto multilivello, caratterizzato dalla collaborazione e dalla cooperazione interistituzionale tra tutti gli attori del sistema locale, richiede di avviare quanto prima una nuova stagione di protagonismo regionale, eliminando la percezione di incertezza verso tutti i livelli di governo della Repubblica.

Sono stati a buon titolo evocati, anche nella normativa nazionale di riordino del governo locale, i principi costituzionali di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. In realtà, negli svolgimenti successivi all'entrata in vigore della riforma del Titolo V del 2001, è sembrato che il vero principio guida fosse quello di perseguire risparmi sistematici, nonché di ridimensionare le funzioni dell'Ente intermedio senza l'opportuna cura che pure avrebbero dovuto ricevere gli effetti di sistema più ampi. Ciò è accaduto sulla base di un'operazione formalmente fondata sul principio di sussidiarietà nell'allocatione delle funzioni, benché preordinata alla modifica dell'intero sistema delle autonomie. Se questo profilo di incoerenza intrinseca, determinato dallo scostamento tra dimensione istituzionale e finanziaria del riordino, dovesse riproporsi ulteriormente nel tempo restandone confermato, allora sarebbe necessario rappresentarlo in tutte le sue implicazioni, ad ogni auspicabile livello (7).

In una transizione complessa si confronteranno approdi consolidati, nuove ipotesi, elementi di incertezza, conflitti e mediazioni. Un'agenda, non solo regionale, di qualche significato potrebbe prevedere di arrivare, nel medio periodo, sia a certezze operative per le Province, conducendole verso una dimensione radicalmente nuova (8), connotata dal ritorno alla stabilità organizzativa ed alla vocazione programmatica che deriva loro dalla valorizzazione dell'autonomia costituzionalmente garantita; sia a verifiche di fattibilità che migliorino la *governance* inter-provinciale ed infra-provinciale, anche propedeutici alla valorizzazione del modello di amministrazione *per pacta*. Nel frattempo possono essere definiti la dimensione funzionale ed il raccordo tra

(7) G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, in A. D'ATENA (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ad autonomia ordinaria*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 143 ss.

(8) G.M. SALERNO, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statalistica?* in *Federalismi.it*, n. 7/2015; C. TUBERTINI, *Le Province a due anni dalla legge 56/2014*, in *Astrid-Rassegna*, n. 16/2016; J. LUTHER, *Le province in trasformazione: "miserere" o "resilienza"?* in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 2/2015, p. 49; S. MANGIAMELLI, *Il regionalismo italiano dopo la crisi e il referendum costituzionale. Appunti per concludere una lunga transizione*, in *ISSIRFA*, www.issirfa.cnr.it, marzo 2017.

Province e Regione, nella consapevolezza che il destino delle Regioni appare legato a doppio filo a quello delle Province e che dal voto referendario del dicembre 2016 ne esce ampiamente confermato il modello regionalistico. La Regione rappresenta un reticolato territoriale, un intreccio di soggetti funzionali che pulsa nel quadro normativo regionale e necessita di un coordinamento autorevole, improntato alla relazionalità. Quello che non può mancare è la percezione che buona parte delle soluzioni auspiccate si concretizzeranno solo se effettivamente governate, cioè gestite per sintesi di un nuovo impegno regionale, attivo, propositivo, e non subito (9).

Di particolare rilievo è il profilo finanziario ed operativo delle attuali Province e della Città metropolitana. Si tratta di assetti precisabili solo a condizione che si raggiunga un grado di maturazione più elevato, tale da definire la dimensione funzionale complessiva che dovrebbero raggiungere le Province di seconda generazione, comprensiva della specificazione del rapporto che queste dovrebbero intrattenere con la Regione, anzitutto per quanto attiene al catalogo delle funzioni delegate. Peraltro, è opportuno valutare l'eventualità che alcune funzioni, attualmente svolte dalle Province, possano venire riallocate ad una dimensione più alta, anche regionale, in applicazione dei principi costituzionali di sussidiarietà verticale ed adeguatezza. Un esempio potrebbe essere rappresentato dalla materia della viabilità, con le rilevanti implicazioni della manutenzione efficiente e continuativa, cui le Province fanno fronte con competenze tecniche non confortate dalle necessarie risorse. Ne consegue che si pone il tema di una verifica che coinvolge l'intero assetto funzionale degli Enti territoriali e dell'Ente regionale, accompagnata da quesiti stringenti sulla possibilità che alcune azioni di concreto interesse regionale vengano svolte secondo modalità differenziate. Naturalmente le possibili opzioni talora comportano una ponderazione in termini di alternatività delle une verso le altre: rimanendo sul caso della viabilità, ad esempio, l'opzione di riallocazione presso il livello regionale può seguire ad una prima verifica dell'impossibilità, o della mancanza di volontà, di assegnare un'adeguata provvista finanziaria al livello di governo intermedio, affinché possa autonomamente presidiare l'esercizio delle correlative funzioni.

Inoltre, tra le funzioni che dovrebbero essere esercitate dalle Province, occorre chiarire quali spazi residuino in materia di sviluppo socio-econo-

(9) G. POLA, *Recenti sviluppi attinenti il livello intermedio di governo, in Europa e altrove*, in AA.VV., *La finanza territoriale. Rapporto 2016*, Franco Angeli, Milano 2016, pp. 259 ss. e, segnatamente, all'interno del § 12.3, dal titolo *Secondo tema: processi in atto di ricentralizzazione di poteri, decisioni e finanza*, pp. 268 ss. Da ultimo, cfr. A. CANDIDO, *Verso l'amministrativizzazione delle Regioni? La metamorfosi del principio autonomista*, in F. PIZZOLATO - A. MORELLI - C. BUZZACCHI (a cura di), *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di Diritti Regionali - Rivista di diritto delle autonomie territoriali, Milano 13 giugno 2016, Giuffrè, Milano 2016, pp. 45 ss.

mico, nell'attuale contesto "a operatività ridotta". Si tratta di una sottolineatura che qualifica la dignità e l'estensione dell'impegno futuro su questi temi. Segnatamente, si dovrebbe valutare la permanenza di un qualche legame tra assetto dell'Ente intermedio e ruolo attivo, mediato dall'azione di governo e dalla programmazione e pianificazione di settore, verso i molteplici profili socio-economico e territoriali che contraddistinguono le Regioni e, fra queste, l'Emilia Romagna (10). Molti di essi conoscono un'evoluzione autonoma, promanante dall'impulso e dalla forza dei soggetti economici e dalle tendenze dell'economia nazionale ed internazionale; altri sono, invece, graduabili ed assoggettati ad opportuna programmazione, in quanto interessati dall'esercizio di pubbliche potestà e condizionati dalle scelte degli Enti di governo (11).

Quando si parla di attrattività e competitività di un territorio ci si riferisce ad un concetto che appare evocativo di una capacità degli attori operanti di creare sinergie e di saper catalizzare innovazione, risorse finanziarie, nonché il più alto tasso possibile di benessere collettivo; ossia la promozione del c.d. "sviluppo locale". Giova rammentare che già a partire dalla legge n. 142/1990, la Provincia viene disciplinata come l'Ente di riferimento nell'attività di coordinamento dello sviluppo locale, a seguito dell'irrobustimento della sua "fisionomia funzionale" (12); quest'ultima contempera funzioni programmatiche e di gestione, in un catalogo completato dalla facoltà di svolgere, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 142/1990, anche funzioni non espressamente riservate ad altri Enti (13), rispetto alle quali può prefigurarsi anche un'attività amministrativa di mero coordinamento. Tale profilo di Ente a fini generali ed a vocazione anzitutto programmatica, particolarmente idoneo alla promozione dello sviluppo locale, viene poi riconfermata dal d.lgs. n. 112/1998 e dal d.lgs. n. 267/2000. Dai richiamati interventi del Legislatore emerge, in materia di sviluppo economico ed attività produttive, un ruolo decisivo della Provincia, pur nel quadro di un'azione coordinata di interventi

(10) A. MORELLI, *Le vicende del regionalismo in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 16/2018; A. POGGI, *Dove va il regionalismo in Europa?* in *Federalismi.it*, n. 16/2018; L. MURA, *La "specialità" regionale nell'ordinamento dell'Unione europea: la smart specialisation o specializzazione intelligente*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018; A. D'ATENA, *Le Regioni speciali ed i "loro" enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Relazione al Convegno su "Le autonomie locali nelle regioni a statuto speciale e nelle Province autonome", Cagliari, 20 marzo 2003;

(11) C. BURATTI, *Federalismo differenziato. Il punto di vista di un economista*, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2007, pp. 1-39; R.W. BAHL, *Implementation Rules for Fiscal decentralization*, Working paper n. 99-1, 1999, Georgia State University, Andrew Young School of Policy Studies, January; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie*, Giuffrè, Milano, 2006; R. BIN, *Il "regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma. Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2008, pp. 9-20; R. BIN, *La crisi delle Regioni. Che fare?* in *Le Regioni*, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale, n. 4/2012, pp. 735-749.

(12) L. VANDELLI, voce *Provincia*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Giuffrè, Milano 1998, p. 819.

(13) G. PASTORI, voce *Provincia*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Utet, Torino 1997, p. 206.

multilivello che parte dalla Regione e giunge alla dimensione di prossimità comunale (14). La tensione verso la promozione dello sviluppo del territorio corrisponde al riconoscimento della capacità di bilanciare tra loro i correlati interessi pubblici indipendentemente dalle scelte di valore operate da altri soggetti dell'ordinamento; in altri termini, essa costituisce espressione del principio di autonomia, sancito dall'art. 5 Cost. quale principio ispiratore, o meglio si potrebbe dire "ordinatore", del c.d. "stato sociale delle autonomie", in sostituzione del regime di autarchia (15). Questo profilo si esplica nell'esigenza di operare il raccordo e l'armonizzazione con la protezione di concorrenti interessi generali collegati ad una valutazione più ampia delle esigenze diffuse sul territorio pertinenti ad altri soggetti, quali Regioni e Stato, fermo restando che la stessa Carta Europea delle Autonomie Locali, impone che sia garantito il diritto per le collettività locali di regolare ed amministrare, sotto la loro responsabilità e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici.

5. Conclusioni.

Va, infine, considerato che nell'attuale regime giuridico, ai sensi dell'art. 1, comma 86, lett. a), della legge n. 56/2014, le Province di cui al comma 3, secondo periodo - Province montane e di confine - esercitano la funzione fondamentale di «cura dello sviluppo strategico del territorio e gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo». Tuttavia, il riferimento puntuale al secondo periodo dell'art. 1, comma 3, sembra escludere le Province "ordinarie" da tale funzione. Stante il ridimensionamento che pare imporsi per effetto della legge Delrio, se le Province non venissero sufficientemente coinvolte nell'obiettivo di concorrere attivamente alla promozione dello sviluppo economico - che di per sé implica anzitutto la possibilità di incidere sui territori di pertinenza, adottare gli opportuni strumenti programmatici, nonché operare scelte di investimento e disporre dei margini finanziari per poterle adottare - verrebbe da chiedersi se la dimensione della cura dello sviluppo locale, negli ultimi decenni ritenuta coesistente alla stessa definizione di Provincia, debba considerarsi, invece, estranea alla dimensione funzionale del livello intermedio.

All'esito della mancata riforma costituzionale, tale aspetto del catalogo funzionale delle Province meriterebbe una revisione, o una precisazione, da

(14) G. PASTORI, *Intervento programmato*, in G. BERTI - G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Luiss Edizioni, Roma 2002, p. 120; G. PASTORI, *Il conferimento delle funzioni dalle regioni agli enti locali. Considerazioni introduttive*, in G.C. DE MARTIN - F. MERLONI - F. PIZZETTI - L. VANDELLI (a cura di), *Il decentramento amministrativo. La complessa attuazione del d. lgs. 112/98*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2000.

(15) G. BERTI, *Commento all'art. 5*, in G. BRANCA (A cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Zanichelli, Bologna 1975, p. 286.

parte del legislatore statale, nel senso di un ritorno alla dimensione funzionale strategica, così come tratteggiata dal d.lgs. n. 267/2000.

Queste funzioni necessitano di una dimensione sufficientemente estesa per assicurarne l'esercizio unitario. Immaginando di muoverci nell'attuale quadro normativo, in subordine, ci si dovrebbe interrogare circa la possibilità di attribuire una tale funzione ai Comuni o, come pare più ragionevole, farla assurgere a compito amministrativo esclusivo della Regione, la quale dovrebbe farvi fronte con i propri strumenti programmatori e pianificatori generali, e con i numerosi piani di settore regionali. Senonché tale frangente, nell'allocare esclusivamente al livello regionale la relativa attività, contribuirebbe a spingere la Regione verso una dimensione più marcatamente amministrativa.

In conclusione, si tratta dei rischi e dei costi di un insufficiente presidio dei temi concernenti l'Area vasta. Finora il dibattito sul riordino istituzionale non ha palesato cenni significativi ai costi territoriali che possono derivare da un insufficiente presidio di tali aspetti, forse perché non sono semplici da valutare, quantificare e neppure comunicare. Tali rischi risultano essere espressivi di una minore efficienza del sistema delle infrastrutture, della caduta di qualità dell'ambiente, della disordinata localizzazione delle funzioni, della persistenza di asimmetria di sviluppo e degli effetti di minore attrattività e capacità competitiva dei sistemi locali, nonché del sistema regionale.

Per porvi attenzione, ad esempio, si devono cogliere le più aggiornate analisi sulla struttura del territorio dell'Emilia Romagna e sul suo assetto policentrico che, per funzionare con efficacia, richiede che le sue componenti interagiscano tra loro in modo organico e coordinato. In particolare, ci si riferisce alla Città metropolitana di Bologna, ai Comuni capoluogo e di media grandezza, alle piccole realtà locali, e ai distretti specializzati, ciascuno portatore di una presenza istituzionale che contribuisce a comporre il reticolato territoriale regionale. Insieme alle espressioni di eccellenza a livello nazionale e internazionale sono da affrontare i fenomeni di congestione, carico ambientale, spopolamento, svantaggio sociale, anche sviluppo di azioni criminose, tutti con caratterizzazione territoriale e necessità di co-pianificazione tra le istituzioni competenti ai diversi livelli (16).

La preconditione è, tuttavia, la presenza di un presidio di tali temi al livello intermedio, ovvero "di Area vasta", termine che dovrebbe richiamare una dimensione sovracomunale avente carattere non solo dimensionale ma

(16) DGCL, (2019) *La taxe de séjour*, Direction General des Collectivites Locales, Paris; C. FERRARIO, V. FERRI, *Riflessioni sull'autonomia finanziaria dei Comuni*, Quaderni DEM, Università di Ferrara, 2019; V. FERRI, *Governare le città metropolitane. Un istituzione del federalismo*, Carocci, Roma, 2008; V. FERRI, P. MAGARÒ, *La rémunération du travail politique en Italie, De multiples possibilités offertes de vivre de la politique, en La rémunération du travail politique en Europe*, sous la direction de Rémy Le Saout, Berger Levrault, Paris, 2018.

anche afferente al ruolo di governo e ad altri fattori, quali le relazioni socio-economiche che si dispiegano al loro interno, le modalità con cui i territori concretamente funzionano e la domanda di rappresentanza istituzionale che essi esprimono (17).

(17) G. BERNABEI, G. MONTANARI, *Autonomie e finanza locale*, Cleup Padova, 2017; G.M. BERNAREGGI, *La perequazione per gli effetti della mobilità delle persone sulle finanze dei governi locali*, in *Economia Pubblica*, numero unico 2010; G.M. BERNAREGGI, *La popolazione non residente, l'economia delle città e il bilancio del governo locale*, in *Amministrare*, n. 1/2004a, pagg. 103- 102; G.M. BERNAREGGI, *L'onere delle popolazioni non residenti per il bilancio del Comune di Milano*, in *Amministrare*, n. 1/2004b, pagg. 103-159.

Il “concordato in bianco”, vantaggi e limiti dell’istituto

*Margherita Pagnotta**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Concordato in continuità aziendale e concordato in bianco: due figure simili? - 3. Cos’è e come funziona il concordato “in bianco” o “con riserva”? - 4. Nella domanda di concordato in bianco possono essere ravvisati gli estremi dell’abuso del diritto? - 5. Concordato in bianco e gare di appalto, come comportarsi? - 5.1. La Giurisprudenza del Consiglio di Stato e le Determinazioni dell’Autorità Nazionale Anti Corruzione - 6. La parola della Corte di Giustizia UE sull’esclusione dalle gare - 7. Conclusioni.

1. Premessa.

La legge fallimentare, introdotta con Regio Decreto n. 267 del 1942 (d’ora in avanti “l. fall.”) prediligeva, quale soluzione alla crisi dell’impresa, il fallimento. Il sistema del 1942 era improntato sulla tutela del credito e dell’economia nazionale mediante il controllo giudiziale e la conseguente possibile esclusione dal mercato dell’impresa in difficoltà. Il fenomeno dell’insolvenza, in siffatto contesto, doveva ritenersi, di regola, disciplinato dalla procedura fallimentare, che prevedeva da un lato, la afflizione massima possibile per il debitore, e, dall’altro, la soddisfazione dei creditori concorsuali in esito al processo liquidatorio dell’impresa.

In questa ottica, le procedure quali il concordato preventivo e le altre da sempre definite “minori”, rappresentavano l’eccezione alla regola e, conseguentemente, erano destinate ad una limitata applicazione.

I più recenti interventi del legislatore in materia di procedure concorsuali hanno, invece, radicalmente invertito il rapporto tra le procedure stesse, ponendo quale principale obiettivo quello della continuità aziendale, al fine di non disperdere i valori aziendali e le (già scarse) opportunità di lavoro disponibili nell’economia nazionale.

Negli anni più recenti, infatti, il sistema che aveva costituito il fondamento della precedente disciplina si è rivelato non più adeguato alle nuove esigenze della realtà economica e di mercato, che devono ormai identificarsi nella volontà di cercare soluzioni alla crisi d’impresa e di favorire la competitività e lo sviluppo del sistema economico.

Il tentativo svolto dalla riforma delle procedure concorsuali è stato, quindi, quello di relegare il fallimento ad un ruolo sempre più marginale, aumentando le tipologie di procedure alternative (quali ad esempio: piani attestati *ex art. 67*, accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis*, concordati in continuità *ex art. 186 bis*, concordati preventivi in altra forma *ex art. 160* della

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l’Avvocatura dello Stato (avv. Vincenzo Nunziata).

l. fall.) e cercando, al tempo stesso, di introdurre anche nel fallimento strumenti che aiutino il salvataggio dell'impresa in stato di crisi, come lo strumento dell'esercizio provvisorio (art. 104 l. fall.), dell'affitto dell'azienda o di rami della stessa (art. 104 *bis* l. fall.) e della cessione dell'intero complesso aziendale (art. 105 l. fall.) in luogo dei singoli beni.

Ai fini di quanto interessa in questa sede, ci soffermeremo sulle figure del concordato in continuità aziendale e del concordato "in bianco", entrambe introdotte nella legge fallimentare con il decreto legislativo n. 83/2012 (legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134). In particolare, il concordato in bianco, pur essendo tra le novità più interessanti introdotte da questa riforma e di maggiore impatto sulla disciplina della crisi di impresa, presenta alcune criticità legate, in primo luogo, ad un possibile utilizzo distorto dell'istituto (abuso del diritto) e, in secondo luogo, alla problematica questione circa la possibilità o meno, per le imprese che si servono di questo strumento, di partecipare alle gare di appalto pubbliche. Su questo secondo punto si concentrerà la nostra analisi e, ripercorrendo alcuni dei momenti più rilevanti nello sviluppo dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa nonché delle Determinazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sul punto, si tenterà di comprendere quali siano, al momento, le possibili soluzioni al suddetto quesito, alla luce anche del recente intervento della Corte di Giustizia Ue sul tema.

2. Concordato in continuità aziendale e concordato in bianco: due figure simili?

Tra le novità più importanti introdotte dal decreto legislativo n. 83 del 2012 va senz'altro annoverata l'introduzione del così detto concordato con continuità aziendale, disciplinato in massima parte dall'articolo 186 *bis* del regio decreto 267 del 1942 (1). Per concordato con continuità aziendale è da

(1) Art. 186 *bis*, l. fall "I. Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

II. Nei casi previsti dal presente articolo:

a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

b) La relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

intendersi quel concordato il cui piano prevede la prosecuzione dell'attività di impresa, che può avvenire secondo due differenti modalità: mediante la continuazione dell'attività da parte del debitore (continuità societaria o "diretta"); ovvero mediante la cessione dell'azienda in esercizio o il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione (discontinuità societaria o "indiretta"), salva comunque la possibilità di liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa (art. 186 *bis* comma 1 l. fall.).

Il piano, presentato ai creditori ed al tribunale con la domanda di concordato in continuità, dovrà contenere l'analitica indicazione di costi e ricavi che si prospettano per la continuazione dell'attività, delle risorse finanziarie e dell'indicazione della relativa copertura; inoltre, per il pagamento integrale dei creditori prelatizi (salvo che vengano liquidati i beni su cui insiste la garanzia dei crediti) (2), potrà essere fissato un termine di tempo che non va oltre l'anno dall'avvenuta omologazione.

Dovranno, quindi, essere ricompresi nella categoria del "concordato con continuità aziendale" tutti quei concordati dove l'attività prosegue concretizzandosi in una sorta di "esercizio provvisorio dell'impresa" in vista del ritorno

III. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

IV. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

V. Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.

VI. Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato".

(2) L. D'ORAZIO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale e le gare pubbliche*, pagg. 270 ss., e di R. GIANI, *La partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, pagg. 450 ss.

in bonis della stessa, facendo capo sempre allo stesso imprenditore oppure mediante il trasferimento a soggetti terzi.

Il nuovo art. 186 *bis* l. fall. ricomprende nella categoria del concordato con continuità aziendale anche quello di tipo “misto” (3) (e nella prassi ve ne sono molti casi), nel quale l’attività prosegue mediante l’utilizzazione (ovvero, il mantenimento “in esercizio”) di una parte soltanto dell’attivo, ad esempio un ramo d’azienda, mentre l’altra parte dell’attivo (“non funzionale all’esercizio dell’impresa”) viene liquidata atomisticamente (4).

Giova precisare che il concordato con continuità aziendale si connota soprattutto per la presenza di due elementi: uno oggettivo, ossia la possibilità per l’interessato di proseguire l’attività economica *ab origine* intrapresa; uno soggettivo, cioè la volontà del debitore di riportare *in bonis* l’impresa con soluzione di continuità aziendale.

Il legislatore, al fine di salvaguardare l’unità del complesso produttivo aziendale, ha voluto così enucleare, nell’ampio *genus* concordatario, la particolare figura del concordato con continuità aziendale, destinataria di una disciplina speciale (5). Nell’attuale sistema del diritto concorsuale abbiamo, dunque, due diverse figure di concordato preventivo: il concordato preventivo “classico” che è quello di cui agli artt. 160 l. fall. e seguenti, ed il concordato con continuità aziendale, di cui agli articoli 186 *bis* e 182 *quinquies* l. fall.

A queste si aggiunge la discussa figura del concordato “in bianco”, art. 161, comma 6, della legge fallimentare (6).

(3) Rileva in questa sede precisare che, nel caso di concordato misto, deve essere applicata un’unica disciplina, corrispondente alla componente “prevalente” in termini economici e funzionali, soluzione questa preferibile anche alla luce dalle modifiche apportate dalla legge n. 132/2015 all’art. 160 l. fall. in tema di percentuale di pagamento dei creditori chirografari in caso di concordato liquidatorio. Sul punto il Tribunale di Mantova precisa che: “*in ipotesi di concordato misto, in parte liquidatorio ed in parte con continuità aziendale, per individuare le norme da applicare nel caso concreto occorre verificare se le operazioni di dismissione previste, ulteriori rispetto all’eventuale cessione dell’azienda in esercizio, siano o meno prevalenti, in termini quantitativi e qualitativi, rispetto al valore azienda che permane in esercizio, quand’anche per mezzo di cessione a terzi*” (Tribunale Mantova n. 9478/2013, in www.ilcaso.it).

(4) ARATO M., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimentarista*, Giuffrè Editore, Milano, pag. 3.

(5) NIGRO A. & VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, terza ed., Il Mulino 2014, pag. 352.

(6) Art. 161, dal VI, l. fall. “*VI. L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo. Con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3; si applica l'articolo 170, secondo comma. Il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto*

3. Cos'è e come funziona il concordato "in bianco" o "con riserva"?

Questa particolare tipologia di concordato è stata anch'essa introdotta con le modifiche alla disciplina del concordato preventivo mediante il decreto legislativo n. 83/2012 (legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134) e mira a consentire al debitore di "prenotare" uno strumento negoziale di risoluzione della crisi (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione), presentando la domanda di concordato senza allegare (immediatamente) alla stessa il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta rivolta ai creditori, anticipando così gli effetti del concordato (moratoria e protezione del patrimonio) ed avere, dunque, più tempo per definire una strategia di risanamento al riparo delle azioni dei creditori (7).

I motivi che hanno determinato tale innovazione, che trae spunto dalla disciplina del *Chapter 11* (8) americano, sono da ricercarsi nella situazione di

in essere una delle condotte previste dall'articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all'articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18.

VII. Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111.

VIII. Con il decreto che fissa il termine di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale deve disporre gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato. Il debitore, con periodicità mensile, deposita una situazione finanziaria dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo. Quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo. Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori.

IX. La domanda di cui al sesto comma è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

X. Fermo quanto disposto dall'articolo 22, comma 1, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni".

(7) F. LAMANNA, *Le prime interpretazioni del Tribunale di Milano, Sez. Fallimenti, delle norme concorsuali contenute nel D.L. Sviluppo*, relazione al convegno "Crisi di impresa e ristrutturazione del debito nel D.L. Sviluppo", Milano, 11-12 dicembre, 2012; E. BERTACCHINI, *Casi pratici, possibili strategie ed esperienze operative dei diversi attori. Il concordato preventivo in bianco: questioni interpretative e applicative*, relazione al convegno "Crisi di impresa e ristrutturazione del debito nel D.L. Sviluppo", Milano, 11-12 dicembre, 2012. E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, pag. 319.

difficoltà nella quale notoriamente si trova il debitore che deve predisporre un piano di risanamento aziendale senza poter beneficiare di alcuna protezione nei confronti delle azioni esecutive dei creditori, dei sequestri e delle ipoteche giudiziali, iniziative tutte idonee a comprometterne il buon risultato. Prima della sua introduzione, infatti, spesso poteva accadere che la predisposizione del ricorso di concordato preventivo venisse vanificata da azioni cautelari che venivano nel frattempo messe in atto dai creditori.

Con questa norma il legislatore ha, quindi, voluto fornire un rimedio alla insufficiente tutela del debitore durante la fase della preparazione del piano concordatario o di ristrutturazione, consentendo di presentare un ricorso anticipatorio a quella che sarà poi la proposta concordataria, con la conseguenza di sospendere tutte le azioni poste in essere dai creditori in attesa che il debitore predisponga il piano.

Lo *spatium deliberandi* concesso al debitore può così essere utilizzato sia per predisporre il piano e consentire all'esperto attestatore (professionista designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67 comma 3, lettera d), l. fall.) di verificare la veridicità dei dati aziendali e la realizzabilità del piano stesso, sia per raggiungere accordi con i creditori in modo tale da facilitarne il buon esito (un esempio può essere il raggiungimento di un accordo che comporti la rinuncia al privilegio da parte di alcuni creditori).

Il concordato c.d. "in bianco", noto anche come concordato "con riserva" o "con prenotazione", consente, dunque, all'imprenditore di godere immediatamente degli effetti derivanti dall'apertura della procedura concordataria, pro-

(8) Il *Chapter 11* (letteralmente "Capitolo 11") è una norma della legge fallimentare statunitense (*Chapter 11, Title 11, del Bankruptcy Code statunitense*, equivalente alla nostra legge fallimentare), consente alle imprese che lo utilizzano di procedere ad una ristrutturazione a seguito di un grave dissesto finanziario. Il piano può avere il contenuto più vario, può prevedere il soddisfacimento integrale di alcuni creditori e parziale di altri (salvo il diritto dei creditori garantiti di essere sempre soddisfatti interamente, nella misura della garanzia), e può suddividere i creditori stessi in classi.

Una volta approvato dalla maggioranza dei creditori, il piano deve essere valutato dal tribunale ai fini dell'omologazione. Se non sono state proposte opposizioni, il tribunale accerta solo che il debitore sia in buona fede e che non siano state violate norme imperative. In caso di opposizioni, il tribunale deve accertare anche che il piano sia realizzabile e che sia idoneo a soddisfare i creditori assegnando loro di più di quanto avrebbero ricevuto se il debitore fosse fallito. Con l'ingresso nel *Chapter 11* tutte le azioni dei creditori volte a pretendere il pagamento dei loro debiti sono automaticamente bloccate. Alcuni contratti, conosciuti come contratti esecutivi, possono essere cancellati se è finanziariamente conveniente per la procedura. Tali contratti includono i contratti di lavoro, i *leasing* immobiliari, contratti di manutenzione o fornitura.

Il *Chapter 11* è una procedura di riorganizzazione e non di liquidazione. Il suo scopo è, quindi, quello di risanare l'impresa e a tale scopo viene impostato un piano che nel giro di alcuni mesi o anche anni, a seconda della dimensione e della complessità della procedura, dovrebbe risanare la situazione e far uscire l'impresa dalla crisi e, quindi, dal *Chapter 11*. Il piano di risanamento deve essere proposto dall'impresa stessa e approvato dal giudice. Nel caso in cui un piano non venga accettato o non si riesca a portarlo avanti il giudice può convertire la procedura nel *Chapter 7* che, invece, prevede l'inizio della liquidazione.

cedura che, in questo caso prenderà avvio con una domanda incompleta sia nel piano che nella proposta.

Per quanto concerne la documentazione che deve contenere il ricorso, l'art. 82 del d.l. n. 69/2013 c.d. "Decreto del fare" ha modificato l'art. 161 comma 6 della l. fall., introducendo una serie di obblighi aggiuntivi da rispettare, tra i quali spicca l'obbligo di corredare la domanda dei bilanci degli ultimi tre esercizi e dell'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti. L'imprenditore, quindi, dovrà depositare il ricorso contenente la domanda di concordato insieme ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta rivolta ai creditori, il piano e la documentazione entro un termine fissato dal giudice, che vai dai sessanta ed ai centoventi giorni, prorogabile per giustificati motivi di ulteriori sessanta giorni, che dovrebbe essere altrimenti presentata con la ordinaria domanda di concordato (9).

Il giudice assegnando il suddetto termine per il deposito della proposta e del piano, dispone altresì una serie di obblighi informativi periodici (mensili o addirittura bi-settimanali o settimanali, comma 8 dell'art. 161 l. fall.), sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato in funzione della dimensione, della complessità organizzativa e della natura dell'impresa ricorrente, tenendo conto anche dell'eventuale deposito di istanze di fallimento.

Con riferimento al contenuto degli obblighi informativi, occorre riportare la situazione finanziaria concernente l'attività d'impresa alle date prestabilite, il prospetto di entrate ed uscite di un certo periodo, o l'indicazione dei pagamenti eccedenti determinati importi, con relativi destinatari e/o l'indicazione analitica degli atti di straordinaria amministrazione di cui si chiede eventuale autorizzazione ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall. (10).

(9) VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Il Fallimento*, n. 1/ 2013, pag. 80; FABIANI, *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2012, I, 3184; BALESTRA, *Gli obblighi informativi periodici nel c.d. pre-concordato*, in *Fallimento*, 2013, pag. 106.

(10) Per quanto attiene alla determinazione della periodicità, della tipologia e del contenuto degli obblighi informativi la disposizione normativa attribuisce al Tribunale un ampio potere discrezionale. I doveri informativi potranno dunque essere disposti secondo una diversa varietà di forme, dal contenuto più o meno analitico: potranno essere previsti generali relazioni oppure report informativi più specifici riguardo alle diverse attività o operazioni compiute.

La giurisprudenza ha già avuto modo di esprimersi in merito ai confini del dovere di informativa. Particolare rilievo assume il decreto del Tribunale di Velletri, 18 settembre 2012, in *Il Caso.it.*, secondo il quale "deve ritenersi ammissibile una eventuale attività istruttoria, sia pur limitata all'acquisizione di documenti e informazioni pertinenti con l'accertamento da compiere (ove occorrono, produzione del certificato camerale, informazioni ed altri atti utili per valutare la richiesta di un termine maggiore), come confermato dal fatto che il settimo comma autorizza espressamente l'acquisizione di informazioni al fine di autorizzare il compimento degli atti di straordinaria amministrazione; tenuto conto della tipologia e dell'importanza dell'impresa, nonché delle passività ed attività risultanti dai bilanci, si ritiene

Inoltre, quando pende un'istanza di fallimento (art. 161, comma 10), il termine per la presentazione della proposta del piano è di soli sessanta giorni, prorogabili sempre per giustificati motivi, di altri sessanta. Il Tribunale, anche in pendenza della domanda di concordato in bianco, è, infatti, libero di provvedere sull'istanza di fallimento quando ritenga di respingerla (il legislatore fa espressamente salvo il disposto del primo comma dell'art. 22 l. fall.). In questo ultimo caso il termine per la presentazione della proposta e del piano ritornerà ad essere quello ordinario.

Alla scadenza del termine fissato, il decreto di ammissione alla procedura, di cui all'art. 163 l. fall., è pronunciato dal giudice soltanto a seguito dell'integrazione della domanda con i documenti mancanti ai fini dell'ammissione al concordato. Ciò si desume chiaramente dal comma 9 dell'art. 161, secondo cui la domanda deve essere dichiarata inammissibile quando nei due anni precedenti alla presentazione del ricorso il debitore abbia presentato altra domanda analoga alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione.

Malgrado la citata incompletezza della domanda, la procedura consente di interrompere o sospendere le esecuzioni in corso dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese da parte del cancelliere entro il giorno successivo al deposito della domanda in cancelleria. L'apertura della procedura concordataria travolge le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso. Inoltre, per quanto concerne i contratti in corso di esecuzione al momento del deposito della domanda di concordato, è prevista l'ipotesi che il Tribunale possa autorizzare il debitore a sciogliersi da questi ove tale decisione possa risultare più favorevole al superamento della crisi (11).

Il decreto "Destinazione Italia", decreto legislativo n. 145 del 2013 (legge di conversione n. 43 del 2014) che ha modificato l'art. 111, comma 2, della l. fall., ha previsto, inoltre, la possibilità per l'imprenditore di richiedere al giudice l'autorizzazione a stipulare contratti di finanziamento bancario in predeuzione, che non entrano a far parte della massa debitoria precedente, per cui sono destinati ad essere soddisfatti senza subire la falciatura concordataria o fallimentare. In particolare, la modificazione apportata dal suddetto decreto al-

*di disporre il deposito nella cancelleria del tribunale, alla scadenza del trentesimo giorno di una aggiornata relazione economico e finanziaria sull'andamento delle attività d'impresa e l'indicazione di tutti gli atti di straordinaria amministrazione, di pagamenti d'importo superiore ad €. 50.000, delle eventuali istanze di fallimento o delle richieste di pignoramento pervenute; dovrà essere depositato inoltre, non appena approvato e depositato, il bilancio". Cfr. anche Trib. Modena, 22 ottobre 2012 in *Il Caso.it.* e Trib. La Spezia 25 settembre 2012, in *Il Caso.it.**

(11) VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Il Fallimento*, n. 1/2013, p. 87. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, in *Il Fallimento* n. 3/2013, pag. 270. FABIANI, *La consecuzione biunivoca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013, I.

l'art. 111, comma 2, l. fall. deve essere interpretata nel senso che i crediti sorti in relazione o in occasione alla procedura di concordato preventivo con "riserva" sono prededucibili a condizione che la proposta, il piano e la documentazione (indicati nei commi secondo e terzo) vengano presentati entro il termine fissato dal giudice (con possibile richiesta di proroga) e che la procedura sia aperta, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi dell'articolo 161, comma 6, l. fall., ai sensi dell'articolo 163 l. fall. del suddetto regio decreto. La prededucibilità dei crediti, tra cui quelli erogati dalle banche per sostenere il piano, quindi, diverrà possibile solo se il ricorso sarà effettivamente depositato ed il concordato sarà ammesso ai sensi del citato art. 163 fall. Chiaramente, quando avviene il deposito della domanda, non si può effettivamente sapere se il ricorso sarà presentato e se, soprattutto, sarà dichiarato ammissibile.

Di conseguenza, è possibile che i creditori, di fronte al rischio che la proposta venga dichiarata inammissibile e, quindi, di mancato riconoscimento della prededucazione, non accettino di prestare il loro servizio o la loro opera (forniture, nuova finanza, ecc.), mettendo in pericolo la continuità aziendale e facendo così venire meno uno degli elementi fondanti per il concordato in bianco (12).

Se alla domanda di concordato con riserva, non segue, nel termine fissato dal giudice, il deposito del piano, il Tribunale dichiara inammissibile il ricorso con la conseguenza che vengono meno gli effetti protettivi.

La procedura concordataria in bianco può avere come esito l'integrazione della domanda per accedere al concordato, proposta sulla base di piano liquidatorio o in continuità aziendale ovvero il deposito di un accordo di ristrutturazione (art. 182 *bis*) o, nella peggiore delle ipotesi, il fallimento.

Nell'ottica di un moderno sistema che tenta di privilegiare il più possibile la salvaguardia del residuo valore produttivo dell'impresa, tutelando, al contempo, le ragioni dei creditori (il difficile bilanciamento tra la salvaguardia del valore dell'impresa in crisi e la tutela del ceto creditorio), di particolare importanza è la funzione del concordato in bianco quale strumento "prenotativo" di un futuro concordato in continuità aziendale, che consentirà all'imprenditore di continuare egli stesso o a soggetti terzi l'attività di impresa oggetto del temporaneo dissesto.

In un paese come l'Italia, dove c'è prevalenza di imprese medie e piccole non dotate di una struttura manageriale, la nuova disciplina per cui l'impresa in crisi può mantenere la continuità aziendale mentre elabora, sotto il controllo

(12) F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Il Civilista*, collana Officina del Diritto, Milano, 2012, 42. G.B. NARDECCHIA, *Verifiche e poteri di sindacato del tribunale in caso di preaccordo e di pre-concordato*, relazione al convegno "Crisi di impresa e ristrutturazione del debito nel D.L. Sviluppo", Milano, 11-12 dicembre.

del tribunale, un piano da sottoporre ai creditori, consente spesso di evitare danni ancor più gravi per l'imprenditore e di risanare con maggiore semplicità l'attività aziendale.

Il rischio che però si annida dietro ai vantaggi della procedura concordataria in bianco si evidenzia in un eccessivo impiego dell'istituto, legato a possibili utilizzi distorti dello stesso.

4. Nella domanda di concordato in bianco possono essere ravvisati gli estremi dell'abuso del diritto?

Per rispondere alla domanda è necessario, in primo luogo, comprendere quando si verificano ed in che cosa consistono gli abusi.

L'abuso ricorre quando l'imprenditore faccia ripetuto uso dello strumento concordatario non per il suo fine caratteristico (ristrutturazione delle passività d'impresa e soddisfazione dei creditori), ma per altri e diversi scopi, che non possono considerarsi tutelati dall'ordinamento giuridico.

In particolare, esempi di tali situazioni si hanno quando l'imprenditore rinuncia alla domanda di concordato preventivo, con o senza termine, unicamente al fine di procrastinare l'improcedibilità delle esecuzioni forzate a suo carico; quando l'imprenditore rinuncia ad un primo ricorso per concordato preventivo che non ha riportato il voto favorevole dei creditori e ripresenta una nuova domanda fondata su una proposta diversa della precedente e che non possa essere ritenuta manifestamente migliorativa; quando l'imprenditore, a seguito della segnalazione dell'ausiliario o del commissario giudiziale di violazioni degli obblighi informativi, di pagamenti di debiti pregressi o del compimento di atti senza autorizzazione o di fatti che integrano il disposto dell'articolo 173 della legge fallimentare, rinuncia al primo ricorso o fa scadere il termine assegnatogli, per poi riproporre una nuova domanda di concordato preventivo (con termine o senza), con lo scopo di privare di rilievo le violazioni pregresse (13).

Il rischio legato al possibile utilizzo distortivo del concordato in bianco, data la particolare rilevanza dell'istituto, da valutarsi soprattutto in relazione alla delicatezza degli interessi che ne sono alla base, ha determinato un atteggiamento severo dei tribunali nei confronti degli utilizzi indebiti di tale strumento.

In particolare il tema dell'abuso del diritto si ricollega direttamente ad alcune importanti pronunce della Corte di Cassazione, nelle quali, avendo riconosciuto la necessità di garantire un bilanciamento tra gli interessi del debitore e quelli sottostanti alla procedura fallimentare, la Corte ha riconosciuto al Tri-

(13) FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corriere giur.*, 2012, pag. 1265; AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il Fall.*, 2012, pag. 1138; PANZANI, *La domanda in bianco*, in www.ilfallimentarista.it.

bunale il potere di compiere una valutazione “*in relazione alle peculiarità del caso concreto, (del) rapporto di priorità tra le procedure previo l’indeffettibile apprezzamento circa l’intento sottostante la soluzione pattizia che deve essere esclusa laddove, esprimendo un proposito meramente dilatorio, manifesti un abuso del diritto del debitore, anche alla luce dell’affrancamento di quest’ultimo del requisito della meritevolezza*” (14).

Gli stessi rischi non si presentano, invece, solo nel caso di concordato con continuità aziendale che, obbligando alla presentazione di un piano di risanamento aziendale fin dall’origine, viene richiesto dall’imprenditore al solo scopo di procedere al salvataggio dell’attività di impresa ed evitare il fallimento.

L’abuso del diritto, come definito nella giurisprudenza dalla Suprema Corte, trova, quindi, applicazione per tutte le altre tipologie di concordato, compreso quello con riserva. L’abuso è, dunque, ravvisabile nel concordato in bianco quando gli strumenti predisposti dal legislatore vengono utilizzati in maniera distorsiva, così da arrecare danno ai creditori e con il solo intento di prolungare indebitamente la durata del procedimento e gli effetti protettivi connessi.

Sul punto la giurisprudenza di merito si è espressa richiamando il concetto di abuso da intendersi come un uso improprio della domanda di concordato con riserva (15) (nel caso di specie, il Tribunale rilevava un caso di abuso del diritto quando il debitore, anziché modificare la domanda dopo che era stata già presentata una domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile, vi aveva del tutto rinunciato, e, successivamente, ne aveva presentata una nuova (calcolando attentamente i tempi necessari per la continuazione senza soluzione di continuità degli effetti protettivi). Il debitore, così evitando le integrazioni richieste dal Tribunale in merito ai motivi che avevano portato all’inammissibilità della prima domanda, proponendo la domanda nuova si sarebbe indebitamente garantito la protezione offerta dalla seconda, con conseguente pregiudizio dei creditori sociali e con un evidente utilizzo abusivo delle procedure).

Il problema che, però, maggiormente si cela dietro la particolare figura del concordato “in bianco” o con “riserva” è quello legato alla possibilità per l’impresa, che ha presentato la domanda per accedere a questa procedura concordataria, di partecipare alle gare di appalto pubbliche (16).

(14) Cass. n. 18190/2012; cfr. anche Cass. S.U. n. 1521/2013.

(15) Trib. Milano 4 ottobre 2012, in [Il Fallimentarista](#) *it*.

(16) G. VIOTTI, *La prosecuzione dei contratti di appalto pubblico da parte dell’impresa in concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2019, 1, 5 ss. Sulla nuova disciplina di cui al Codice della crisi dell’impresa (d.lgs. n. 14 del 2019) cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell’insolvenza* in *Contratti*, 2019, 2, 129 ss.; G. LO CASCIO, *Il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: considerazioni a prima lettura* in *Fallimento*, 2019, 3, 263 ss.

5. *Concordato in bianco e gare di appalto, come comportarsi?*

Il dubbio sorge dalla lettura della disposizione contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 163 del 2006, secondo il quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare relativi contratti, gli operatori economici “*che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*”.

Per tentare di risolvere il quesito circa la possibile partecipazione o meno alle gare di appalto da parte di dette imprese, occorre affrontare il problema degli effetti della presentazione di un'istanza di concordato “con riserva” o “in bianco” (circostanza ritenuta idonea a determinare la pendenza del “procedimento concorsuale”) ai fini della partecipazione alle suddette gare.

Va preliminarmente detto che nessun dubbio sussiste sul punto quando venga presentata domanda di ammissione agli altri due tipi di concordato.

In caso di concordato ordinario, essendo lo stesso finalizzato alla liquidazione dell'impresa, viene pacificamente meno il requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del codice dei contratti; l'impresa, infatti, perde la qualificazione necessaria per la partecipazione alle gare d'appalto, in quanto non presenta più caratteristiche di affidabilità economica tali da consentire rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

Si ha, invece, soluzione opposta in caso di domanda di ammissione al concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* della legge fallimentare; in tal caso, per espressa previsione del già citato art. 38, comma 1, lett. a), l'impresa che sia stata ammessa a tale tipo di procedura concorsuale, finalizzata, come detto, a far tornare *in bonis* la stessa, può partecipare alle gare, alle condizioni previste dall'art. 186-*bis* stesso.

Più problematica è la questione in ipotesi di domanda di ammissione al concordato in bianco, posto che, in tal caso, fino alla presentazione del piano, non è possibile sapere a quale tipo di concordato l'imprenditore chiede di essere ammesso (in continuità aziendale o liquidatorio).

5.1. *La Giurisprudenza del Consiglio di Stato e le Determinazioni dell'Autoretà Nazionale Anti Corruzione.*

In epoca anteriore alle novità introdotte dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con legge di modificazione del 7 agosto 2012, n. 134, che ha novellato la legge fallimentare introducendo l'art. 186 *bis* ed ha modificato l'art. 38, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 163/2006, inserendo un espresso rinvio alla previsione dell'art. 186 *bis* della l.fall., da intendersi come un'eccezione alla regola dell'esclusione dalle procedure di gara e dalla conseguente possibilità di stipula del contratto, il Consiglio di Stato, con la sentenza n.

2155/2010 (17), aveva ritenuto che l'apertura delle procedure concordatarie costituirebbe di per sé una condotta "che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto". L'Adunanza Plenaria sosteneva, infatti, che la domanda dell'imprenditore in stato di dissesto di "congelare" temporaneamente le istanze fallimentari avanzate dai creditori al fine di rinviare all'esito di una rinegoziazione con la massa dei creditori la scelta tra la presentazione di un piano di concordato ex articolo 161 l. fall. ovvero di un accordo di ristrutturazione aziendale ex articolo 182-bis l. fall., avrebbe ex se determinato un'incapacità a contrattare con la Pubblica Amministrazione per la pendenza del procedimento finalizzato alla declaratoria di fallimento, di liquidazione coatta o di concordato preventivo.

Il Consiglio di Stato, riteneva, inoltre, con riferimento al problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale, che non fosse sufficiente una mera istanza creditoria (la quale potrebbe essere proposta strumentalmente o comunque infondatamente), occorrendo almeno una pronuncia del giudice che accerti lo stato di insolvenza dell'impresa in modo oggettivo. Tuttavia affermava che, nell'ipotesi di concordato preventivo, le evidenziate preoccupazioni potevano dirsi superate, essendo lo stesso imprenditore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, dimostrando di avere consapevolezza del proprio stato di dissesto.

Il principio affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la menzionata sentenza del 2010, era stato tuttavia reso con riferimento al c.d. concordato liquidatorio, dunque prima che il d.l. 83/2012 introducesse la fattispecie del concordato con continuità aziendale con l'art. 186 bis l. fall.

In seguito a tale novella, in giurisprudenza si discuteva se la deroga prevista dall'art. 186 bis alla regola della esclusione per le imprese in stato di fallimento fosse ammissibile solo in caso di formale ammissione al concordato con continuità aziendale (18) o se, a tale fine, fosse sufficiente il deposito della mera istanza di ammissione (19).

A risolvere il contrasto era intervenuto il legislatore con l'art. 13, comma 11 bis del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, che, inserendo il comma 4 all'art. 186 bis l. fall., a mente del quale

(17) Consiglio di Stato, sentenza n. 2155/2010, pubblicata in *Foro it.*, 2010, III, 374 con nota di TRAVI.

(18) In questo senso v. Consiglio di Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, p. 417 e ss. con nota di CIPPITANI.

(19) In questo senso v. Consiglio di Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, pp. 417 e ss. con nota di CIPPITANI; cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6303 e Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenze 3 luglio 2014, n. 3344 e 5 marzo 2015, n. 1091; in senso contrario nella giurisprudenza di primo grado si sono espressi T.A.R del Lazio - Roma, sez. I, 19 giugno 2014, n. 6537; sez. III ter, 4 giugno 2014, n. 5901; sez. II ter 11 maggio 2015, n. 6781; T.A.R del Piemonte, sez. I, 18 marzo 2014, n. 463; T.A.R della Toscana, sez. I, 16 giugno 2014, n. 1052, tutte in *Foro it.*

“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale”, aveva riconosciuto espressamente che il solo deposito dell’istanza di ammissione è sufficiente a far operare la deroga purché accompagnata dalla autorizzazione del Tribunale (20).

Come anticipato, analoghe divergenze si sono riscontrate relativamente agli effetti della domanda di concordato preventivo *ex art.* 161, comma 6, l. fall. (c.d. concordato “in bianco” o “con riserva”) sulla disciplina degli appalti pubblici, con particolare riferimento alla partecipazione alle gare pubbliche stante la previsione dell’art. 38, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 163/2006 (21).

I giudici di Palazzo Spada con la sentenza n. 6311/2014, in tema di raggruppamento temporaneo di imprese e, in particolare, sulla possibile modificazione del rapporto tra le imprese del gruppo *ex art.* 37, comma 9, d.lgs. 163/2006, affermavano che *“ai sensi dell’art. 37, comma 9, d.lgs., 12 aprile 2006 n. 163, nel caso in cui la mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, risultato aggiudicatario di un appalto pubblico, dichiara di non potere fare definitivamente parte dello stesso per aver presentato istanza di ammissione a procedura di concordato preventivo, è illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, aderendo all’istanza della mandataria, le assegna l’appalto come concorrente in proprio, trattandosi di un non consentito mutamento soggettivo, sia pure per riduzione della originaria composizione del raggruppamento, che deve intendersi consentito solo nel caso di ammissione a procedura di concordato preventivo “con continuità aziendale”, situazione questa contrastante con il divieto di variazioni di composizione del raggruppamento temporaneo nel caso sia di aumento che di riduzione dei suoi originari componenti”*.

Dal suddetto arresto giurisprudenziale si desumeva una interpretazione di tipo letterale dell’art. 38, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 163 del 2006, volta a limitare esclusivamente alla azienda in stato di concordato con continuità azien-

(20) Sul concordato con continuità aziendale quale causa di esclusione dalle procedure di gara e sulle vicende patologiche afferenti alle imprese mandanti e mandatarie delle associazioni temporanee, si vedano in dottrina: R. DE NICCOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, pagg. 749 e ss. e pagg. 848 e ss.; in particolare, sui rapporti fra concordato preventivo in continuità e partecipazione a gare d’appalto, cfr. R. CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici - Il commento*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, pagg. 417 e ss.; M. PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale*, in *Giur. it.*, 2014, pagg. 12 e ss.; L. D’ORAZIO, *Continuità aziendale e gare per l’affidamento dei contratti pubblici*, in *Fallimento*, 2017, pagg. 749 e ss.

(21) In giurisprudenza si rinvencono sia pronunce nel senso della incompatibilità del concordato in bianco con la partecipazione alle gare pubbliche (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2016, n. 3639) sia pronunce in senso favorevole alla ammissione alle gare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6306; *id.* 27 dicembre 2013, n. 6272; Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2016, n. 426; *id.* 3 luglio 2014, n. 3344; Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519).

dale la possibilità di continuare a contrattare con la Pubblica Amministrazione e di agire, quindi, come un'impresa che non versa in stato di dissesto. L'apertura di ogni altro tipo di procedura concordataria era, invece, da ritenersi condizione ostativa alla contrattazione pubblica perché non espressamente richiamata dal suddetto art. 38.

In tale contesto si inseriva la Determinazione n. 3 del 23 aprile 2014 dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), con la quale erano stati dettati alcuni “*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni contenute nell'art. 38, comma 1, lettera a) del D.lgs. n. 163/2006 afferenti alle procedure di concordato preventivo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 186-bis della legge fallimentare (concordato con continuità aziendale)*”. Mediante tale Determinazione, anche l'ANAC sosteneva un'interpretazione letterale della disposizione del codice dei contratti pubblici, escludendo che potesse essere ricompresa nell'eccezione di partecipazione alle gare riservata al concordato con continuità aziendale anche la figura del concordato in bianco (22).

Successivamente, con la Determinazione n. 5 dell'8 aprile 2015, l'Autorità interveniva nuovamente sulla delicata materia del concordato con riserva, giungendo però ad una conclusione opposta rispetto alla Determinazione del 2014.

Partendo dalla circostanza di fatto secondo cui, nella maggior parte dei casi, le domande di ammissione al concordato preventivo “*in bianco*” sono finalizzate all'ammissione di un concordato preventivo “*con continuità aziendale*”, l'Autorità riteneva possibile un'interpretazione della normativa di riferimento tale da rendere più agevole il recupero della situazione di crisi da parte delle imprese, consentendo l'utilizzo dell'istituto del concordato preventivo con “*continuità aziendale*” anche nel caso di presentazione di ricorso “*in bianco*”. La condizione per tale tipo di interpretazione deve rinvenirsi nei chiari ed inconfutabili effetti “*prenotativi*” dell'istanza di concordato con continuità aziendale.

In particolare, l'ANAC si soffermava sulla possibilità di una lettura sistematica degli artt. 38, comma 1, lettera a) della legge 163/2006 e 186 *bis* del R.D. 267/1942, ritenendo che la previsione dello stesso art. 38, facendo salva l'ipotesi di cui all'art. 186-*bis* della l. fall. (“*concordato con continuità*”), considererebbe ostativi alla partecipazione alla gara nonché alla conservazione dell'efficacia dell'attestato di qualificazione, la pendenza del procedimento per l'ammissione al concordato liquidatorio e non anche la pendenza del procedimento di ammissione al concordato con riserva. Conseguentemente, l'ec-

(22) Nello stesso senso T.A.R. per la Campania - Napoli, sez. I, 29 aprile 2015, n. 2428, il quale aveva negato che il concordato in bianco potesse legittimare la partecipazione alla gara di appalto in quanto per definizione privo del “*piano di continuità aziendale*” richiesto invece per l'ammissione al concordato *ex art. 186 bis l. fall.*

cezione riservata da detta norma al concordato con continuità aziendale dovrebbe essere interpretata estensivamente, poiché non si potrà ritenere, sulla base di una interpretazione sistematica della disposizione, che la presentazione di una domanda di concordato preventivo “*in bianco*” con effetti prenotativi del concordato preventivo “*con continuità aziendale*” comporti di per sé la pendenza del procedimento per l’ammissione al concordato liquidatorio.

L’Autorità affermava, inoltre, che l’art. 186-*bis*, comma 4 del R.D. 267/1942, laddove consente la partecipazione alle procedure di gara delle imprese in concordato preventivo con continuità aziendale, fa espresso riferimento ad un parere del commissario giudiziale, se nominato. La circostanza che in questo caso la nomina del commissario giudiziale avrebbe luogo anticipatamente (mentre nel concordato preventivo ordinario la nomina avviene con il decreto di ammissione *ex art.* 163, commi 2 e 3 del R.D. 267/1942) determinerebbe, secondo l’Autorità, che ai fini dell’ammissione alla gara, in caso di concordato “*in bianco*”, dovrebbe essere sufficiente la mera presentazione della domanda, con riserva di produrre successivamente gli ulteriori documenti. Ciò non va ad escludere che, in ogni caso, il giudice dovrà comunque valutare se autorizzare o meno la partecipazione alla gara, sulla base dell’effetto prenotativo della domanda in ordine alla futura presentazione del piano, ove ne sussistano le condizioni.

Da tale interpretazione sistematica del dato normativo conseguiva, secondo l’ANAC, che la presentazione di una domanda di concordato preventivo in bianco non può ritenersi determinante di effetti preclusivi in ordine alla partecipazione alla gara d’appalto, né causa di automatica decadenza dell’attestazione di qualificazione o della risoluzione di diritto dei contratti in corso, ove fossero riscontrabili chiari ed inconfutabili effetti “*prenotativi*” del concordato preventivo “*con continuità aziendale*” (23).

La suddetta Determinazione ha preparato il terreno ad una serie di pronunce del Consiglio di Stato, volte anch’esse a favorire una interpretazione estensiva dell’art. 38 in riferimento al concordato in bianco “ad effetti prenotativi” e, dunque, ad ammettere la partecipazione alle gare di appalto dell’impresa che, domandando l’ammissione al concordato con riserva, dimostra in modo chiaro ed inconfutabile di essere intenzionata a predisporre un piano di risanamento per l’azienda.

In particolare, guardando alla giurisprudenza più recente, l’Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 1772/2018, ha affermato che: “*Quanto poi agli effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, l. fall. (c.d. concordato “in bianco” o “con reversa”)* sulla partecipazione alle gare pubbliche, è stato affermato che il principio secondo il quale, nelle more tra il deposito della domanda e l’ammissione al concordato preventivo con conti-

(23) Determinazione ANAC 8/04/2015, n. 5.

nuità aziendale, l'impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti, vale anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione "in bianco", con riserva di presentare, nel termine complessivo massimo, fissato dal giudice, di settanta giorni decorrenti dal deposito della domanda (e, cioè, centoventi giorni, ai quali si aggiunge una eventuale proroga di sessanta giorni per giustificati motivi), la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 186 bis, l. fall." (24).

Tuttavia, con una ancor più recente pronuncia, il medesimo consesso giurisdizionale ha limitato simile estensiva interpretazione, affermando che: *"Nella sostanza, in base alle ricordata disposizione, la deroga all'esclusione può operare: 1) condizionatamente all'adempimento degli obblighi documentali di cui al ricordato quinto comma dell'art. 186-bis, cioè condizionatamente alla tempestiva presentazione della relazione del professionista ed alla dichiarazione di avvalimento di idonea impresa ausiliaria; 2) subordinatamente alla specifica espressa autorizzazione dal tribunale, previo il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi del ricordato quarto comma dell'art. 186-bis, che dovrebbe intervenire comunque prima dell'aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101; Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272; Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344); 3) sempre che l'impresa non sia la mandataria del RTI" (25).*

Con questa pronuncia i giudici di Palazzo Spada sembrano voler delimitare in modo chiaro i confini entro i quali è effettivamente ammessa a partecipare alle gare di appalto l'impresa che, ricorrendo alla procedura concordataria, si riserva di presentare solo successivamente il piano di risanamento aziendale, imponendo a quest'ultima una serie di obblighi da rispettare in modo puntuale. Il mancato rispetto dei suddetti obblighi comporterà per l'impresa la perdita della possibilità di partecipare alla gara pubblica e, quindi, di beneficiare della deroga all'esclusione così come individuata mediante l'interpretazione estensiva dell'art. 38, comma 1, lett. a) del d.l. 163/2006.

Sulla base delle considerazioni sino a qui formulate sarebbe, quindi, da considerare ormai consolidata la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in coerenza con le finalità della riforma della legge fallimentare fondate sulla volontà di salvare l'impresa dalla crisi economica, consentendo l'avvio di un procedimento di risanamento economico anche per mezzo della partecipazione alle gare pubbliche, esclude, nei limiti poc'anzi ricordati, che la pendenza di una procedura di concordato in continuità aziendale, ex art. 161, comma 6,

(24) Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 1772/2018; cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, n. 4300/2017; Consiglio di Stato, sez. III, n. 5519/2015; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 109/2015; TAR Lazio, sez. I, n. 3421/2016.

(25) Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 5966 del 18/10/2018.

della l. fall., costituisca motivo di esclusione dalle gare per perdita dei requisiti di carattere generale *ex art.* 38 D.lgs. n. 163/2006.

6. La parola della Corte di Giustizia UE sull'esclusione dalle gare.

Recentemente sul tema in esame è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale da Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza del 2 febbraio 2018, n. 686 (26), ha chiarito come non sia in contrasto con il diritto europeo la normativa nazionale che prevede l'esclusione da una procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico dell'operatore che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), cioè riservandosi la presentazione di un piano che preveda la prosecuzione o meno dell'attività dell'impresa (c.d. domanda di concordato "in bianco") (27).

La Corte di giustizia UE, con sentenza del 28/03/2019, causa C101/18, si è pronunciata sulla compatibilità con le norme europee delle disposizioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) (oggi contenute nell'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016) secondo le quali sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di appalto i soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato preventivo con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni.

Nel caso di specie, si trattava dell'esclusione dalla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di un concorrente che aveva presentato una richiesta di concordato preventivo riservandosi, ai sensi dell'art. 161, comma 6, del R.D. 247/1942, di depositare successivamente un piano per la prosecuzione dell'attività (concordato preventivo in bianco) (28).

(26) Consiglio di Stato, sez. V, ord. n. 686/2018, in *Foro it.*, 2018, III, pagg. 121 e ss., con nota di TRAVI.

(27) Corte di giustizia UE, sentenza del 28/03/2019, causa C-101/18.

(28) La fattispecie che ha portato alla pronuncia della Corte di giustizia, può essere così sintetizzata: l'Agenzia regionale campana difesa suolo (Arcadis), con bando del 24 luglio 2013, aveva indetto una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi vertente su direzione lavori, misurazione e contabilità assistenza al collaudo, nonché coordinamento in materia di sicurezza e di salute. La TEI s.r.l. presentava, in quanto mandante di RTI, una domanda di partecipazione alla suddetta gara, ottenendo l'aggiudicazione provvisoria in data 29 aprile 2014. In data 18 giugno 2014 la TEI adiva il Tribunale di Milano con un ricorso diretto a ottenere l'ammissione al concordato preventivo, riservandosi, ai sensi dell'articolo 161, comma 6, della legge fallimentare, di depositare successivamente un piano che prevedesse la prosecuzione dell'attività (concordato in bianco). L'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale veniva pronunciata dal Tribunale di Milano solo con decreto in data 5 febbraio 2015, mentre l'autorizzazione a partecipare alla gara controversa è stata rilasciata dallo stesso Tribunale il successivo 19 marzo 2015; con decisione comunicata il 9 dicembre 2014 (data sotto la quale la società TEI s.r.l., non solo non era ancora ammessa al concordato con continuità ma era altresì priva dell'autorizzazione del Tribunale a partecipare alla gara, imposta dall'art. 186 *bis*, quarto comma, L.F.) Arcadis

Il Consiglio di Stato, con la citata ordinanza della Sezione Quinta n. 686 del 2018, sottoponeva alla Corte di giustizia i seguenti quesiti:

a) *“se sia compatibile con l’art. 45, comma 2, lett. a) e b) della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, considerare “procedimento in corso” la mera istanza, presentata all’Organo giudiziario competente, di concordato preventivo da parte del debitore”;*

b) *“se sia compatibile con la predetta normativa, considerare la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di “concordato preventivo in bianco” (le cui caratteristiche sono state sopra precisate) quale causa di esclusione dalla procedura d’appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di procedimento in corso sancito dalla normativa comunitaria (art. 45 Direttiva) e nazionale (art. 38 d.lgs. n. 163-2006) citate”.*

Con le due questioni, che debbono essere esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso non ammette una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente di estromettere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un’impresa che, al momento dell’esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammessa al concordato preventivo, riservandosi di presentare successivamente un piano di risanamento dell’attività. In particolare, al fine di garantire la solvibilità della controparte contrattuale dell’amministrazione aggiudicatrice, l’art. 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva in questione consente che venga escluso dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico a carico del quale vi sia, nello specifico, un procedimento di concordato preventivo; l’art. 45, par. 2, secondo comma, della suddetta direttiva, prevede poi che gli Stati membri

escludeva il RTI dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico, in applicazione della previsione dell’art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006. Il RTI escluso proponeva ricorso al TAR per la Campania - Napoli, che lo respingeva con sentenza della I sez. n. 2428 del 2015, evidenziando, tra l’altro, *“che gli atti sopravvenuti [cioè sia l’ammissione al concordato con continuità che l’autorizzazione alla partecipazione alla gara pubblica n.d.r.] non possano incidere sulla valutazione di legittimità del provvedimento impugnato, non essendo rilevante, al fine dell’aggiudicazione di un appalto, l’acquisizione di un requisito di partecipazione alla procedura selettiva dopo che l’esclusione sia stata determinata, a ciò ostando le regole della par condicio proprie di ogni procedura selettiva”.* Interposto appello avverso la suddetta sentenza, il Consiglio di Stato, con la citata ordinanza della Sezione Quinta n. 686 del 2018 sottoponeva alla Corte di giustizia i seguenti quesiti: *“a) se sia compatibile con l’art. 45, comma 2, lett. a) e b) della Direttiva 2004/18/ CE del 31 marzo 2004, considerare “procedimento in corso” la mera istanza, presentata all’Organo giudiziario competente, di concordato preventivo da parte del debitore”; b) “se sia compatibile con la predetta normativa, considerare la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di concordato preventivo “in bianco” (le cui caratteristiche sono state sopra precisate) quale causa di esclusione dalla procedura d’appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di “procedimento in corso” sancito dalla normativa comunitaria (art. 45 Direttiva) e nazionale (art. 38 d.lgs. n. 163-2006) citate”.*

possano definire, in modo conforme al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni e le modalità di attuazione di tale paragrafo.

Esaminando la questione oggetto del rinvio pregiudiziale, la Corte, in primo luogo, ha chiarito il concetto di “*procedimento in corso*”, affermando che il deposito del ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, producendo effetti giuridici sui diritti e sugli obblighi sia del ricorrente sia dei creditori, deve essere considerato come l'atto di avvio del procedimento di concordato preventivo. Conseguentemente, dovrà ritenersi che già dalla presentazione del ricorso sia in corso un procedimento di concordato preventivo a carico dell'operatore economico. Tale conclusione è, altresì, giustificata dalla situazione economica e finanziaria del richiedente, poiché, nel momento in cui l'impresa presenta un siffatto ricorso, riconosce di trovarsi in uno stato di dissesto o comunque di difficoltà finanziaria, che potrebbe mettere in discussione la sua affidabilità economica. Non rileva a tal fine la circostanza che l'operatore economico, nel suo ricorso per ottenere il concordato preventivo, si riserva di presentare in un secondo momento un piano che prevede la prosecuzione della sua attività.

I giudici europei hanno, quindi, riconosciuto la legittimità del diverso trattamento previsto dalla normativa italiana tra le imprese che presentino fin da subito il piano di prosecuzione dell'attività (concordato con continuità aziendale per il quale non è prevista l'esclusione dalla gara) e quelle che, invece, si riservino di presentarlo in un secondo momento (concordato preventivo in bianco). Lo Stato membro interessato ha, infatti, il diritto di determinare le condizioni in cui si applichi o meno la causa di esclusione, come nel caso di concordato con continuità (29).

La Corte Europea ha, inoltre, affermato che deve ritenersi altrettanto in linea con i principi del diritto dell'Unione e, in particolare, con il principio di uguaglianza che governa la procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, per la legislazione degli stati membri non ammettere la partecipazione ad una gara di appalto pubblico un operatore economico che ha presentato una domanda di concordato in bianco piuttosto che ammetterlo, giacché egli, a differenza dell'operatore che ha già presentato istanza di concordato con un piano di risanamento aziendale, non si è ancora impegnato, alla data in cui la decisione di esclusione è adottata, alla prosecuzione dell'attività d'impresa (30).

(29) La Corte di Giustizia Europea evidenzia come venga nella specie in considerazione una causa di esclusione facoltativa, rientrando nella previsione dell'art. 45, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, così che anche l'individuazione del significato del disposto che esclude dalla gara l'operatore economico “*a carico del quale sia in corso un procedimento (...) di concordato preventivo*”, deve essere rimessa al diritto nazionale.

(30) La massima elaborata dalla Corte è nel senso, già riferito, secondo cui il diritto europeo “*non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente di escludere*

Il suddetto principio di uguaglianza deve essere, infatti, interpretato in senso sostanziale: parità di trattamento in situazioni eguali; diversificazione, in presenza di situazioni non assimilabili.

Pertanto, in presenza di presupposti oggettivamente differenziati, l'esclusione dei concorrenti che intendano accedere al concordato "in bianco" è pienamente ragionevole.

La diversità di tali presupposti, come evidenzia la stessa Corte, è integrata dal diverso grado di affidabilità del contraente obiettivamente apprezzabile: la situazione di un operatore economico che - proponendo domanda "in bianco" - non s'impegna a proseguire la sua attività già alla data in cui la decisione di esclusione è adottata "*non è paragonabile, con riguardo alla sua affidabilità economica, alla situazione di un operatore economico che s'impegna a tale data a proseguire la propria attività economica*".

7. Conclusioni.

La pronuncia della Corte di Giustizia sembra aprire nuove criticità nella complessa applicazione della figura del concordato in bianco. Se, infatti, da un lato pare voler lasciare libere le normative nazionali nell'individuazione delle cause di esclusione delle imprese dalle gare di appalto pubblico, dall'altro afferma con decisione come, ammettere la partecipazione alle gare di imprese in stato di crisi senza che esse abbiano presentato fin da subito un piano di risanamento aziendale, possa dimostrarsi un comportamento discriminatorio nei confronti delle altre imprese che presentano un grado di affidabilità economica più elevato.

In conclusione, in vista della necessità di giungere ad una interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. a), d.l. 163/2006 conforme alla disciplina europea e, quindi, in linea con l'interpretazione della Corte Ue, non possiamo ancora considerare definitivamente risolto il quesito circa la possibilità per l'impresa in concordato in bianco di partecipare o meno alla contrattazione pubblica né, di conseguenza, il dibattito circa l'ammissibilità o meno di un'interpretazione estensiva, a favore dell'azienda che apre una procedura concordataria con riserva, della eccezione prevista dall'art. 38, secondo cui l'azienda in concordato con continuità aziendale è ammessa a partecipare alle gare di appalto.

Sul punto è sicuramente auspicabile un intervento legislativo che definisca chiaramente i margini entro i quali si possa effettivamente leggere la disposizione di cui al suddetto art. 38, cercando di recepire al meglio l'orientamento comunitario espresso sul tema dalla Corte.

da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività" (C-101/18 pag. 13 della sentenza).

Riduzione del numero dei parlamentari: riflessioni a caldo sul p.d.l. cost. 1585 - B. Un difficile equilibrio tra razionalizzazione e tutela della rappresentanza

Luca Soldini*

SOMMARIO: 1. Introduzione: un quesito risalente - 2. Breve storia dei “tentativi” di riforma - 3. L’iter ed il contenuto della riforma - 4. Osservazioni e possibili prospettive future.

1. Introduzione: un quesito risalente.

Martedì 8 ottobre 2019, con una - trasversale - maggioranza di 553 voti favorevoli (1), la Camera dei deputati ha licenziato, in ultima lettura, la legge di revisione costituzionale 1585 - B, recante “*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*”. Il provvedimento, rappresentando uno dei punti programmatici del partito di maggioranza relativa, nonché principale “azionista” della maggioranza di Governo, ed intervenendo su un aspetto viepiù centrale del nostro sistema istituzionale, merita qualche riflessione (2).

Il tema della riduzione del numero dei parlamentari rappresenta, da quarant’anni a questa parte, una delle questioni centrali del dibattito politico-istituzionale. A vario titolo, e con diversa intensità, ogni progetto di revisione della II parte della Costituzione prevedeva - o paventava (3) - una riduzione più o meno drastica del numero di deputati e senatori.

Tale circostanza, assieme alla sostanziale rispondenza alle intenzioni del corpo elettorale e alla contiguità del tema numerico con il concetto di rappresentanza, costituiscono tre “*elementi di fatto che contribuiscono ad inquadrare il tema e che animano il confronto intorno a ciò che è avvenuto e sta avvenendo dei quali non può non tenersi conto*” (4).

È di tutta evidenza che gli elementi fattuali, per certi versi diacronici, che hanno accompagnato l’iter di questa riforma aiutano ad inquadrare una que-

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l’Avvocatura dello Stato (avv. Marina Russo).

(1) XVIII Legislatura - Discussioni - Seduta di martedì 8 ottobre 2019 - Resoconto stenografico n. 234 (<https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/assemblea/html/sed0234/stenografico.pdf>).

(2) Sulla stessa opportunità di procedere all’approvazione di una legge di revisione costituzionale si v., G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1986, pagg. 165 e ss. Sul medesimo punto, si vedano altresì R. ROMBOLI, *Rottura, revisione o riforma “organica”: limiti e procedure*, in *Il Ponte*, n. 6, Firenze e E. RIPEPE - R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Giappichelli, 1995.

(3) Per i distinguo tra le diverse proposte si v. *infra*, par. 2.

(4) F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, pag. 3.

stione che, da molti anni, impegna studiosi, politici ed elettori. È altrettanto evidente che, considerata l'importanza di una simile vicenda, essa non possa essere ridotta a considerazioni partigiane.

In definitiva, occorre fornire una risposta ad un quesito tanto semplice da formulare quanto complesso da decifrare, ossia se la riduzione del numero dei parlamentari sia, *ex se*, sufficiente a garantire stabilità, efficienza e ragionevole livello di rappresentanza alle istituzioni repubblicane.

2. Breve storia dei "tentativi" di riforma ⁽⁵⁾

Come noto, il primo tentativo di organica revisione della II parte della Costituzione risale al 1983. Il 14 aprile di quell'anno, durante l'VIII legislatura, Camera dei deputati e Senato della Repubblica manifestarono la volontà (6) di istituire una Commissione bicamerale *ad hoc*, presieduta dal liberale Aldo Bozzi, per la predisposizione di un progetto di revisione costituzionale. Per la verità, il tema della riduzione del numero dei parlamentari rimase per lo più sullo sfondo. La Commissione, difatti, elaborò una relazione che considerava l'opportunità, da un lato, di rafforzare la compagine governativa e, dall'altro, di rinvigorire l'istituzione parlamentare, nulla esplicitamente formalizzando in merito al *quantum* dei parlamentari. A causa di contingenze politiche (7), gli indirizzi emersi in seno alla Commissione Bozzi, che cessò i propri lavori nel 1985, non furono mai cristallizzati in un articolato di riforma.

Il secondo, rilevante, tentativo di organica revisione costituzionale si inestò su di un periodo storico, istituzionale e politico - per utilizzare un eufemismo - particolarmente travagliato. Durante le sedute del 22 e 23 luglio del 1992 Camera e Senato approvarono due provvedimenti con i quali si disponeva l'istituzione di una Commissione parlamentare per le riforme istituzionali. Tale Commissione venne presieduta da Ciriaco De Mita, prima, e da Nilde Iotti, successivamente. Dai lavori della Commissione, protrattisi anch'essi per appena due anni, emerse un indirizzo che aveva ad oggetto la riduzione del numero dei parlamentari il quale, peraltro, non trovò formalizzazione nell'articolato finale (8).

Come risulta evidente dalla breve rassegna dei primi due tentativi di revisione della II parte della Costituzione, la riduzione del numero dei parlamentari, pur emergendo nel dibattito, non assurse mai alla dignità di questione centrale e, per ciò, non venne mai formalizzata, come detto, negli articolati di riforma.

Pertanto, i presupposti che hanno portato alla ribalta la questione che

(5) Cfr., C. FUSARO, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, Giuffrè Editore, pag. 464.

(6) Cfr., mozioni nn. 1-00013 e 1-00008.

(7) Nello specifico, vi fu una feroce opposizione da parte del Partito Comunista Italiano.

(8) Piuttosto, l'articolato elaborato in seno alla c.d. Commissione De Mita-Iotti prevedeva una limitazione concernente il numero dei ministri, fissato a 18.

ci occupa debbono essere ricercati altrove. La fine della I Repubblica travolse la tradizione partitica italiana. Un sistema che, per quasi cinquant'anni, aveva governato il Paese spari, lasciando posto agli *homini novi* della politica italiana (9).

È proprio in occasione del primo tentativo di riforma incardinatosi nella c.d. “seconda Repubblica” che la questione della riduzione del numero di parlamentari venne posta al centro del dibattito. La proposta di articolato di riforma costituzionale elaborata in seno alla c.d. Commissione “D’Alema”, istituita nel 1997, prevedeva un numero variabile tra i 400 ed i 500 deputati - da determinarsi con maggiore precisione in un momento successivo - e di 200 senatori (10). Per la prima volta, dunque, una esigenza rimasta per lungo tempo latente e, per certi versi, marginale si fece proposta concreta, e la riduzione del numero dei parlamentari venne definitivamente consegnata alla pubblica opinione.

Da lì in avanti, ogni successiva proposta di riforma avrebbe dovuto tenere conto e, dunque, prevedere, una riduzione del numero di eletti.

La forte tensione presidenzialista emersa in seno alla Bicamerale D’Alema formalizzò e diede piena legittimazione ad un nuovo modo di pensare le istituzioni parlamentari. Caduta anch’essa a causa di contingenze politiche, la Bicamerale ebbe, tuttavia, il merito - o la responsabilità, a seconda delle vedute - di porre chiaramente all’ordine del giorno i temi della stabilità e dell’efficienza. Si trattava, dunque, per coloro i quali sostenevano la incompatibilità di un sistema presidenziale con la storia politica ed istituzionale italiana, di tracciare una nuova strada per il parlamentarismo (11).

Secondo l’impostazione anglosassone del *less is more* (12), l’efficientamento delle istituzioni parlamentari non avrebbe potuto, da lì in avanti, non passare da un ragionamento sul numero di parlamentari.

Ebbene, come detto, i successivi due tentativi di revisione costituzionale - nel 2006 e 2016 - tennero in debita considerazione una simile impostazione.

Con DPCM del 2002 venne istituito un Comitato di studio che, tra il 2002 ed il 2003, operò in funzione istruttoria. I lavori del Comitato portarono al-

(9) Per una disamina completa sui rapporti tra Politica ed Istituzioni repubblicane si v., G. PASQUINO, *Partiti, istituzioni, democrazie*, Il Mulino, 2014.

(10) Cfr., Camera dei deputati - Senato della Repubblica - XIII legislatura - Resoconti stenografici - Commissione parlamentare per le riforme costituzionali - seduta antimeridiana del 30 giugno, Allegato.

(11) Tra i contributi neoparlamentaristi, *ex multis*, A. BARBERA, *Riforma elettorale ed elezione diretta del Premier, un’alternativa neoparlamentare al presidenzialismo*, in *Dem. Dir.*, n. 2, 1990; tra i contributi a sostegno di un sistema semipresidenziale, per converso, si veda G. SARTORI, *Elogio del semipresidenzialismo*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, n. 1, 1995, pagg. 3 e ss.

(12) L’espressione è mutuata da F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatorio-sullefonti.it>.

l'approvazione in Consiglio dei Ministri, durante la seduta del 16 settembre 2003, di una proposta di revisione costituzionale. Appena un mese dopo, il Governo (13) presentò in Senato la proposta di legge n. 2544, recante "Modificazione degli articoli 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 65, 67, 69, 70, 71, 72, 80, 81, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 104, 114, 116, 117, 126, 127, 135, e 138 della Costituzione" (14).

Per quel che qui interessa, si consideri che il progetto di revisione costituzionale in parola prevedeva la riduzione dei deputati a 518 in luogo di 630 e dei senatori a 252 in luogo di 315. Venne così confermata una esigenza di efficientamento che, in concreto, si ritenne di poter perseguire - anche, ma non esclusivamente - attraverso la riduzione del numero dei parlamentari.

Una simile impostazione pervadeva altresì la c.d. riforma "Renzi-Boschi". Nata in un contesto mutato e, per certi versi, mutevole (15) rispetto al passato, anche la riforma in parola prevedeva la riduzione del numero dei parlamentari. Per essere più precisi, era previsto un eguale numero di deputati - 630 - ai quali si sarebbero affiancati 95 senatori "rappresentativi delle istituzioni territoriali" (16), più altri cinque nominati dal Capo dello Stato (17).

Come appare evidente dalla brevissima sintesi dei precedenti tentativi di revisione costituzionale, l'esigenza di snellire le istituzioni parlamentari attraverso la riduzione del numero degli eletti - *rectius*, la sua definitiva affermazione - può essere fatta ragionevolmente risalire alla nascita della II Repubblica. Si riteneva, allora, e si ritiene, ancora oggi, che parte della asserita inefficienza di Camera e Senato dipenda dalla elefantica quantità di parlamentari. La presenza di un numero spropositato di eletti implicherebbe un numero uguale - o maggiore - di proposte di legge, ordini del giorno, risoluzioni ed emendamenti.

Anche parte della dottrina, a fronte di una simile esigenza, ha proposto una soluzione coerente con quanto poi approvato recentemente in aula (18),

(13) Oltre agli aspetti che qui interessano, si tenga a mente che, per la prima volta, fu il Governo ad assumere l'iniziativa in materia costituzionale.

(14) Cfr., http://www.senato.it/leg/14/BGT/Schede/Ddliter/cons/20444_cons.htm.

(15) Si tenga presente che le elezioni del 2013 hanno rappresentato un vero e proprio spartiacque nella storia istituzionale recente. Venuto meno il bipolarismo *de facto* che aveva caratterizzato, in vario modo, per quasi un ventennio il nostro sistema politico, ci si è trovati a fare i conti con una esigenza improcrastinabile: il rinnovamento dell'architettura istituzionale italiana. Si consideri, altresì, che la riforma prese le mosse dalla relazione elaborata dalla c.d. "Commissione dei saggi", istituita dall'allora Capo dello Stato Giorgio Napolitano. Da ultimo, per rimarcare la assoluta particolarità del contesto storico e politico, si rammenti che il Presidente Napolitano, unico caso in più di settant'anni di storia repubblicana, ebbe ad accettare un secondo mandato presidenziale.

(16) XVII Legislatura - Camera dei deputati - Servizio Studi - La riforma costituzionale, testo di legge costituzionale pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016, pag. 3.

(17) Occorre rammentare che i 95 senatori sarebbero stati oggetto di una elezione di secondo livello, ai sensi di quanto previsto dall'art. 57, co. 6, così come modificato dalla riforma.

(18) G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015, Cap. I "Il Parlamento".

nella convinzione che una oculata riduzione del numero di parlamentari potesse essere funzionale al conseguimento di quella efficienza funzionale alla quale, da molti anni a questa parte, si ritiene di dover addivenire, salvaguardando un nucleo intangibile di rappresentanza.

3. *L'iter ed il contenuto della riforma.*

Con il voto di martedì 8 ottobre 2019 si è concluso un *iter* lungo pressappoco 12 mesi. Come noto, ai sensi dell'art. 138 Cost., una legge costituzionale e di revisione costituzionale deve essere approvata con due distinte deliberazioni di Camera e Senato, a distanza di almeno tre mesi. La conferma che il tema della riduzione del numero dei parlamentari sarebbe stato centrale è pervenuta dalla audizione, innanzi alle Commissioni riunite Affari Costituzionali di Camera e Senato, del Ministro per i rapporti col Parlamento e la democrazia diretta Fraccaro (19).

Nella intenzione di contrapporsi, soprattutto da un punto di vista mediatico, alle precedenti esperienze riformatrici - tutte, d'altro canto, rivelatesi fallimentari - l'*iter* della proposta è stato tanto rapido quanto poco eclatante (20).

Prima di descrivere, sinteticamente, il percorso che ha portato all'approvazione della riforma in parola, corre l'obbligo di fare una precisazione. Rispetto alle passate esperienze è, certamente, mutato profondamente il contenuto della riforma. Non si parla più di forma di Governo ed eliminazione di bicameralismo paritario. È cambiato, peraltro, anche il *modus operandi*. Se nelle passate esperienze si tentava di elaborare un articolato di riforma organico, che non lasciasse in sospeso alcuna questione, in questa occasione registriamo un netto cambio di passo. Si è scelto - a torto o a ragione - di operare interpolazioni puntuali. Questa modalità, a ben vedere, presenta un vantaggio e, contemporaneamente, un difetto. Il vantaggio è rappresentato dal fatto che una modifica chirurgica, minimale, non comportando alcuno stravolgimento del testo costituzionale, potrebbe essere dai consociati accolta con minore pregiudizio; parallelamente, lo svantaggio è evidente: per addivenire ad un risultato soddisfacente si renderebbero necessari numerosi interventi, i quali ultimi richiederebbero una stabilità istituzionale che, come noto, il nostro Paese raramente riesce a garantire. Soppesando vantaggi e svantaggi, ci si potrebbe trovare nella spiacevole situazione di lasciare un lavoro a metà.

Ciò detto, è opportuno ripercorrere i momenti salienti dell'*iter* di approvazione della proposta che ci occupa.

(19) Cfr. Camera dei deputati, XVIII Legislatura, Resoconti Stenografici delle sedi Legislativa, Redigente e Referente, Commissioni Riunite, Resoconto stenografico della seduta n. 1 di giovedì 12 luglio 2018.

(20) da F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, pag. 12.

Concluso il 19 dicembre 2018 il rapido passaggio in Commissione Affari Costituzionali, il provvedimento è approdato in Senato, dove è stato approvato il 7 febbraio 2019. Parimenti, alla Camera dei deputati, dopo il passaggio in Commissione, il provvedimento è stato approvato in data 9 maggio 2019. Ai sensi del precitato art. 138 Cost., prima il Senato - in data 11 luglio 2019 - poi la Camera - in data 8 ottobre 2019 - hanno definitivamente licenziato il testo che, nella versione *pubblicanda* in Gazzetta Ufficiale, reca “*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*”. In considerazione del fatto che nella votazione dell’11 luglio u.s. non si è raggiunta una maggioranza dei 2/3 degli aventi diritto, perché la riforma entri pienamente in vigore occorrerà attendere l’eventuale proposizione di un *referendum* confermativo, ai sensi dell’art. 138, co. 2, Cost.

L’art. 1 della proposta in esame, modificando l’art. 56 Cost., riduce il numero dei deputati a 400, stabilendo, altresì, una contestuale riduzione dei deputati eletti nella Circoscrizione Estero da dodici ad otto. Viene modificato, inoltre, il co. 4 della medesima disposizione che, secondo l’impostazione della riforma, stabilirebbe che “*La ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni, fatto salvo il numero dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero, si effettua dividendo il numero degli abitanti della Repubblica, quale risulta dall’ultimo censimento generale della popolazione, per trecentonovantadue e distribuendo i seggi in proporzione alla popolazione di ogni circoscrizione, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti*”.

L’art. 2, rubricato “numero dei senatori”, provvede a ridurre il numero dei senatori a 200, in luogo degli attuali 315. Anche in questo caso, si è provveduto alla riduzione degli eletti nella circoscrizione Estero, da sei a quattro. Coerentemente con la *ratio* del provvedimento, il legislatore interviene anche sulla attribuzione di una quota minima di senatori per ogni Regione. Facendo un passo indietro, si tenga presente che la proposta di legge oggetto della presente dinamica non inficia la divergenza ontologica della base elettorale delle due Camere. Il Senato, dunque, verrebbe in ogni caso “*eletto a base regionale*”. Dal richiamato assetto, dunque, emerge chiaramente la volontà di conservare intatto il sistema bicamerale così come attualmente vigente. Il medesimo art. 2, infine, prevede l’eliminazione dal quarto comma dell’art. 57 Cost. di qualsiasi riferimento alla circoscrizione Estero.

In conclusione, tralasciando l’art. 4, rubricato “decorrenza delle disposizioni”, l’art. 3 opera una integrale sostituzione dell’art. 59 Cost., ponendo fine ad un annoso dibattito che, per la verità, si trascinava da tempo immemore. Segnatamente, in materia di senatori a vita, si stabilisce che “*Il numero complessivo dei senatori in carica nominati dal Presidente della Repubblica non può in alcun caso essere superiore a cinque*”. Sul punto, si deve peraltro tenere in massima considerazione che, diminuendo il numero assoluto di se-

natori, e permanendo tuttavia la concreta possibilità - *rectius*, il rischio - che in Senato si delinei una maggioranza diversa da quella della Camera (21), i cinque senatori nominati dal Capo dello Stato - nonché gli ex Presidenti della Repubblica - verrebbero ad acquisire una valenza oltremodo operativa e determinante, distante dal significato simbolico che, originariamente, gli veniva riconosciuto.

Con poche puntuali interpolazioni il legislatore, apparentemente intervenendo solo sul *quantum* degli eletti, opererebbe tuttavia una profonda modifica sulla qualità della rappresentanza parlamentare.

4. Osservazioni e possibili prospettive future.

Preliminarmente, si tenga presente che la riforma in parola suscita qualche perplessità tanto dal punto di vista della complessiva stabilità del sistema, quanto in punto di qualità della rappresentanza.

Per quanto concerne il primo aspetto, la semplice riduzione del numero dei parlamentari potrebbe comportare un aggravio della instabilità di Governo. Nello specifico, come detto, spesso è accaduto che la maggioranza in Senato fosse diversa dalla maggioranza alla Camera. Una simile differenza ha spesso obbligato i Governi a reggersi su un numero risibile di senatori. Al fine di semplificare il ragionamento, occorre rammentare che la maggioranza che sostiene l'attuale Governo Conte II ha un margine, sull'opposizione, di appena 16 senatori. Come spesso accade, la maggioranza alla Camera dei deputati è più solida; tuttavia, ai sensi dell'art. 94 Cost. (22) è necessario che il Governo ottenga e mantenga per tutta la durata del proprio mandato la fiducia da entrambe le Camere. Qualora fosse stata vigente la riforma che oggi ci occupa, a percentuali di voti e legge elettorale invariati, la situazione sarebbe decisamente peggiore. Difatti, l'attuale maggioranza, su 200 senatori, avrebbe avuto un margine di vantaggio sull'opposizione di appena due (2) parlamentari, tre in meno dei senatori a vita.

È di tutta evidenza che una situazione del genere risulterebbe dannosa per la stabilità di Governo e certamente distante da quella esigenza di razionalizzazione più volte manifestata negli anni passati.

(21) Ciò, naturalmente, in ragione del rilievo assorbente che la profonda diversità della base elettorale - nazionale alla Camera dei deputati e regionale al Senato della Repubblica - potrebbe produrre, così come accaduto nella stragrande maggioranza dei casi, due maggioranze diverse. Così, a ben vedere, risulterebbe fiaccato *a priori* l'intento di razionalizzazione ed efficientamento delle istituzioni parlamentari, atteso che la sopravvivenza di un Esecutivo dipenderebbe da un numero di parlamentari necessariamente minore.

(22) Sui rapporti fiduciari e sulla loro concreta declinazione si v., *inter alia*, C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di Governo*, Jovene Editore, 2009; A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti fra maggioranza ed opposizione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 4, pagg. 43 e ss.

Secondo parte della dottrina (23), infatti, occorre porre un rimedio alla endemica fragilità del nostro sistema istituzionale (24), apprestando meccanismi che, nel pieno rispetto della rappresentanza, delineino Governi duraturi in grado di portare avanti politiche coerenti, scongiurando il rischio di schizofrenia legislativa che, da troppo tempo, caratterizza una parte del nostro ordinamento giuridico.

Corre l'obbligo, dunque, di attenzionare le questioni sollevate dalla riforma in punto di rappresentanza.

Come noto, da anni la rappresentanza parlamentare vive una crisi profonda ed apparentemente irreversibile (25). Spesso, soprattutto nel dibattito politico, si ritiene che a siffatta crisi possa essere data risposta approvando provvedimenti che rappresentino, *latu sensu*, sacrifici della classe dirigente. Così, la riduzione del numero dei parlamentari diviene rinuncia alle cc.dd. "poltrone". Ebbene, quel che si deve sempre tenere a mente è che le prerogative di un parlamentare ed il numero stesso degli eletti riguarda tutti i consociati, non solo chi *pro tempore* siede sugli scranni di Montecitorio o Palazzo Madama.

La rappresentanza, termine sotto il quale si riconducono buona parte degli elementi che caratterizzano il rapporto di profonda connessione tra eletto ed elettore, vive anche di numeri. Il canale della rappresentanza, come correttamente affermato da parte della dottrina, è "*lo strumento essenziale che garantisce al popolo l'esercizio della sovranità*" (26) di cui all'art. 1 Cost. Senza rappresentanza - o meglio, con una rappresentanza fiaccata - l'esercizio della sovranità apparirebbe quantomeno ridotto, se non del tutto svuotato di senso.

Tanto premesso, il ragionamento che ci occupa non può prescindere da una breve analisi sulla relazione intercorrente tra numero dei parlamentari e legge elettorale.

L'esercizio concreto della sovranità, in una democrazia rappresentativa come la nostra, si attua attraverso libere elezioni a suffragio universale. Pertanto, assume rilevanza cruciale la legge elettorale che, lungi dal rappresentare esclusivamente un insieme di meccanismi che operano una matematica conversione di voti in seggi, si configura quale concreta modalità di attuazione del principio fondante il nostro sistema istituzionale (27). La circostanza che

(23) G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, XII ed.

(24) Da molti, d'altro canto, definito "*a debole razionalizzazione*", ossia sprovvisto di quei meccanismi finalizzati alla stabilizzazione della compagine governativa.

(25) Sulle ragioni diacroniche e sulle prospettive della crisi di cui si fa menzione Cfr., *ex multis*, G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

(26) L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, III ed., Il Mulino, 2018.

(27) Sulle possibili alternative, si v. A. BARBERA, *Quali riforme elettorali? Un aiuto (semiserio) da F. Bacone*, in *Italiani Europei*, 2013.

il Costituente non abbia, consapevolmente, inteso dettare una disciplina - anche scarna - sulla legge elettorale (28), rende quest'ultima malleabile e suscettibile di essere modificata con massima leggerezza (29). Eppure, non è indifferente come un parlamentare venga eletto.

Orbene, qualora dovesse entrare in vigore, senza alcun correttivo, la proposta di revisione costituzionale qui posta sotto osservazione, in combinato disposto con l'attuale legge elettorale, si porrebbero seri problemi in punto di rappresentanza e rappresentatività. Una riduzione significativa del numero dei parlamentari implica, quale conseguenza logica, la rimodulazione dei collegi elettorali. Sul punto, si tenga inoltre presente che il legislatore, con l. n. 51/2019, ha sostituito il riferimento ai 231 seggi con una proporzione variabile di 3/8 tra parte uninominale e plurinominale. Volendo semplificare la questione (30), si può affermare che il legislatore abbia inteso “*rendere neutra, rispetto al numero dei parlamentari fissato in Costituzione, la normativa elettorale per le Camere (...)*” (31). La legge elettorale, dunque, “funzionerebbe” indistintamente dalle vicende dei due rami del Parlamento.

Il risultato, tuttavia, appare dirompente. Un numero inferiore di parlamentari, come detto, implica logicamente l'ampliamento dei collegi. Ragionando *a contrario*, si addiverrebbe al risultato di lasciare alcuni territori non solo sostanzialmente ma anche formalmente sprovvisti di qualsiasi forma di rappresentanza. Ebbene, l'ampliamento dei collegi implicherebbe, a sua volta, la difficoltà - per non dire, impossibilità - per un parlamentare di “coprirne” l'intero territorio, lasciando porzioni di Nazione, formalmente rappresentate, sostanzialmente prive di un rappresentante che ne accolga le istanze. D'altro canto, la biunivocità della rappresentanza risiede in quella che gli anglosassoni definiscono *accountability*, ossia la necessaria rendicontazione - termine che non rappresenta *in toto* il senso della locuzione inglese ma che vi si avvicina

(28) Si veda, per una disamina più approfondita, G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano (1948-2017)*, Milano, Giuffrè, 2018 nonché L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, III ed., Il Mulino, 2018, pagg. 108-115.

(29) Circostanza che, purtroppo, è accaduta. Dal 1948 al 1993 rimase in vigore una legge elettorale proporzionale, con voto di preferenza. Dal 1993 al 2005 si passò ad un quasi-maggioritario - il c.d. *Mattarellum*. Dal 2005 al 2015 l'Italia si dotò di una legge elettorale - c.d. legge Calderoli - proporzionale con effetti fortemente maggioritari. Come ogni buona eccezione che si rispetti, dal 2015 al 2017, è rimasta in vigore - senza tuttavia trovare mai applicazione - la l. n. 52/2015 - c.d. *Italicum* - ossia una legge elettorale maggioritaria a doppio turno. Da ultimo, le elezioni del 2018 si sono celebrate con un sistema misto, che prevede - salvo future probabili modifiche - che circa il 65% dei seggi venga attribuito su base proporzionale ed il restante 35% su base maggioritaria, attraverso lo strumento dei collegi uninominali.

(30) Per la cui disamina puntuale si rinvia, *ex multis*, a G. TARLI BARBIERI, *Alcune osservazioni sul disegno di legge A.S. n. 881 («Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari»)*, in *Astrid Rassegna*, n. 2, 2019, 6 (memoria depositata dell'Audizione presso la 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali), seduta n. 51 del 4 dicembre 2018).

(31) Cfr., sul punto, diffusamente, F. CLEMENTI, *cit.*, pagg. 15-20.

- dell'attività dell'eletto nei confronti ed a favore dell'elettore. Quest'ultimo, d'altro canto, deve essere messo nelle condizioni di sollecitare tale rendicontazione (32).

È evidente che una simile relazione, che si basa sull'assunto della prosimità, viene ad essere frustrata dalla lontananza. Come osservato dalla più attenta dottrina “*in una democrazia rappresentativa (...) le elezioni hanno una funzione di legittimazione e al contempo di espressione delle opinioni e degli interessi, assicurando che la determinazione dell'indirizzo politico avvenga attraverso un reale processo di mediazione dei conflitti sociali, nella prospettiva di un'integrazione politica complessiva del sistema; (...) permettono un controllo dei rappresentati sui rappresentanti, e quindi dei cittadini sulle strutture dello Stato*” (33).

A rigore di quanto sin qui affermato, un parlamentare al quale venga, di fatto, impedito di intrattenere con il territorio nel quale viene eletto una virtuosa relazione di scambio e, per l'appunto, *accountability*, è, a tutti gli effetti, meno rappresentativo. Se si rapporta l'ultima considerazione alla totalità dei parlamentari, si ottiene un Parlamento deabilitato e, certamente, inidoneo a svolgere il proprio ruolo di organo costituzionale centrale.

Con ciò, ovviamente, non si intende affermare che il numero di parlamentari rappresenti un *totem* inviolabile. Tutt'al più, si vuole mettere in guardia da interpretazioni semplicistiche. Il numero dei parlamentari, se il legislatore lo ritiene, può certamente essere modificato. È necessario, tuttavia, che vengano apprestati meccanismi e soluzioni di tutela affinché siffatta riduzione non produca, nemmeno in parte, i gravi effetti di cui si è detto *supra*.

Dovranno, certamente, essere adattati i regolamenti parlamentari, di modo che tengano in considerazione la riduzione del numero degli eletti. Sarà opportuno, inoltre, ragionare sul *quorum* necessario per l'elezione del Presidente della Repubblica e così via. Insomma, la modifica di cui al progetto di legge qui in esame non può essere considerata come un approdo definitivo.

La II parte della Costituzione, d'altro canto, è stata oggetto, come *supra* rammentato, di numerosi tentativi di revisione, ognuno dei quali, a ben vedere, era finalizzato a scardinare un equilibrio ritenuto - correttamente, secondo chi scrive - anacronistico, nell'ottica di sostituirvi un equilibrio nuovo, coerente con il tempo attuale (34).

È umile opinione di chi scrive, in risposta al quesito formulato in principio, che la riduzione, *sic et simpliciter*, del numero dei parlamentari, che non

(32) Cfr., A. ASCANI, *Accountability. La virtù della politica democratica*, Città Nuova, 2014.

(33) Il virgolettato è integralmente ripreso da L. GIANNITI, N. LUPO, cit., pag. 107. Sul tema, si v., inoltre, F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981.

(34) Cfr., P. BILANCIA e F. SCUTO, *La riforma costituzionale tra superamento del bicameralismo paritario e riordino delle competenze Stato-Regioni*, in *Centro studi sul federalismo - Research papers*, Milano.

sia accompagnata da un serio ragionamento sulla forma di Governo e, dunque, sui rapporti che intercorrono tra diversi organi costituzionali (35) rischia di essere un vero e proprio *boomerang*, che riduce gli spazi della rappresentanza e nulla risolve in termini di stabilità del sistema.

(35) Sulla nozione di forma di Governo si v. AA.VV.: F. MODUGNO, *Diritto Pubblico*, pag. 63; L. ELIA, voce *Governo* (forme di), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, pagg. 747 e ss.; C. MORTATI, *Le forme di Governo*, Padova; L. ELIA, *L'evoluzione della forma di Governo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrare*, Torino; C. FASONE, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di Governo*, Padova; N. LUPO e G. PICCIRILLI, *Le recenti evoluzioni della forma di Governo italiana: una conferma della sua natura parlamentare*, in *Democrazia e diritto*, nn. 1-2, pagg. 590-600; M. OLIVETTI, *Appunto sulle trasformazioni della forma di Governo italiana*, in *Riforme costituzioni e itinerari della democrazia in Europa: Italia e Polonia a confronto*, Atti del I colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali; M. OLIVETTI, voce *Forme di Stato e di Governo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, vol. VI, Milano.

Solidarietà e crisi dei rifugiati in Europa: il blocco degli Stati UE antimigrazione

*Fabio Ratto Trabucco**

Appare lapalissiano che l'Europa intesa come Unione europea (UE), organizzazione sovranazionale regionale, sta affrontando una generale crisi di democrazia. Le posizioni anti-pluraliste, il razzismo (o presunto tale) e la disuguaglianza sociale sono in aumento e le posizioni buoniste striscianti nella società civile, nell'accademia e nei *media* parlano sovente di una sorta di grande regressione continentale.

La crisi è ulteriormente rafforzata dal fatto che l'*establishment*, sia dell'Unione, che dei singoli Paesi membri, faticano a trovare risposte a questi fenomeni, e figuriamoci serie strategie, per affrontarli, stante la presenza di un architettura europea calata dall'alto che si perpetua alla stregua di mera burocrazia ad ogni rinnovo del Parlamento europeo, mero simulacro di democrazia.

Inoltre, i decisori sembrano non essere in grado di far sufficientemente fronte ad un mondo globalizzato, al rigore neoliberista e alla "paura" dei "cittadini" - o almeno non in grado di trasmettere all'elettorato che vi stanno effettivamente facendo fronte.

Al contrario, al fine della conservazione del potere, i *leaders* europei si rivolgono sempre più ai partner nazionalisti della coalizione di Paesi e sposano la stessa retorica anti-migranti per combattere il cd. "inforestieramento" del Continente, riprendendo un corretto termine ben caro agli svizzeri italofofoni del Cantone Ticino ma non utilizzato in Italia, né dalla politica, né dall'accademia, per supposte ragioni di mero *politically correct*. Certamente, termini come questo evocano concetti ed ideologie vaste e ben possono fare orrore o simile ma sono meri pareri personali e dunque assolutamente irrilevanti in questa sede.

Al riguardo si rinvia anche al concetto gramsciano d'interregno come metafora dello stato attuale dell'Europa e dell'UE e come punto di partenza per pensare al futuro del continente. Quindi, lo stato attuale dell'Europa quale punto d'inizio per elaborare quello che può essere "il nuovo" per l'Europa. Pensare oltre l'interregno, verso una futura architettura politica, sociale, legale ed economica per l'Europa.

(*) Professore a contratto, Ist. Diritto pubblico, Università di Venezia.

Relazione a Convegno tenutosi presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione. International Society of Public Law - ICON-S Italia, Conferenza inaugurale, «Unità e frammentazione dentro e oltre lo Stato», Roma, 23-24 novembre 2018.

Le posizioni espresse nella relazione impegnano esclusivamente l'Autore.

Con particolare attenzione al tema dell'immigrazione clandestina in Europa, in massima parte peraltro costituita da veri e propri meri migranti economici, quindi di fatto in punto di diritto non destinatari del beneficio dell'asilo politico, si pone attenzione al tema del cd. blocco degli Stati anti-immigrazione ad oggi composto da almeno otto Paesi (i quattro di *Visegrád* - ossia Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia ed Ungheria - oltre Austria, Italia, Romania e Slovenia). E dunque evidenziare in che modo gli attori della società civile che assistono migranti e rifugiati nel corso della "crisi europea dei rifugiati", attiva ormai dall'anno 2014, hanno subito, e combattuto, aspetti dell'agenda anti-contrabbando dell'UE e dei suoi Stati membri in chiave denigratoria. Il riferimento è al fenomeno dei cd. "taxi del mare", neologismo giornalistico teso ad additare negativamente l'attività delle imbarcazioni di buona parte delle ONG operanti nel Mediterraneo impegnate a "recuperare" i migranti al limite delle acque territoriali libiche nel canale di Sicilia onde trasferirli sistematicamente in territorio italiano e così anche bypassando Malta quale primo "porto sicuro".

In questa sede s'intende analizzare la tensione esistente tra la logica comunitaria della deterrenza e dell'esclusione esposta dalle istituzioni dell'UE durante la crisi, da un lato, e la volontà di assistere ed includere i migranti in una parte significativa della società civile europea, dall'altro. Tale dicotomia può essere intesa come parte di una tensione fondamentale nella grande democrazia liberale a livello europeo.

In questo quadro s'inserisce la critica al malcelato "progetto" nordeuropeo di bloccare il flusso nei Paesi di prima accoglienza, sfruttando il regolamento di Dublino, col fine inconfessato di trasformare Grecia ed Italia in una sorta di "magazzino" d'anime. Il tutto dissimulando i principi di solidarietà intracomunitaria vieppiù a fronte del fallimento dei piani di *relocation* e *resettlement* stabiliti nel 2015 nonché della chiusura delle frontiere interne ai clandestini, come di fatto avviene ai confini italo-francesi, elvetici ed austriaci, con i pedissequi respingimenti anche in violazione delle regole di sovranità italiana come nei reiterati casi della polizia transalpina apparendo labili sia le risposte diplomatiche che le iniziative giudiziarie delle competenti Procure.

A sua volta, il nodo del rifiuto dei programmi di *relocation* e *resettlement* da Grecia ed Italia invita alla riflessione sulla particolare avversione alla questione degli immigrati particolarmente nei Paesi dell'Europa centrale e orientale con attenzione ai quattro del Gruppo di *Visegrád*.

Questa repulsione - indipendentemente dalle politiche interne dei singoli Paesi - appare derivare dal fatto che l'Europa orientale non ha partecipato alla colonizzazione e storicamente ha avuto meno contatti con l'"altro", il che rende la popolazione timorosa dello straniero, ricordando quindi il significato letterale di "xenofobia", come "paura della differenza".

Durante la guerra fredda e gli anni Novanta, l'Europa occidentale ha detenuto una vasta esperienza di migrazioni che non riguardavano l'altro lato della cortina di ferro, tra cui nordafricani in Francia, turchi in Germania, indo-pakistani in Inghilterra, nordafricani e sub-sahariani in Italia: nulla di tutto ciò è successo nell'Europa centro-orientale, intesa come i Paesi UE *ex socialisti*.

Infine, emerge l'aspetto sanzionatorio, poiché come dichiarato dalla Commissione UE, mentre buona parte degli Stati membri hanno, quantomeno in parte, ricollocato e preso impegni in tema di *relocation* e *resettlement*, circa i quattro di *Visegrád*: l'Ungheria non ha mai intrapreso alcuna azione; la Polonia non ha ricollocato alcuno e non ha preso impegni sin dal dicembre 2015; la Repubblica Ceca non ha redistribuito nessuno dall'agosto 2016 e non ha preso alcun impegno successivo.

Dal canto suo e, paradossalmente, a dimostrazione della scarsa capacità concreta di Bruxelles in materia, per la Slovacchia è stato sufficiente attivare l'accoglienza a titolo volontario di un limitatissimo numero di rifugiati provenienti dalle zone di conflitto in Siria ed Iraq, peraltro poi in buona parte rientrati nei loro Paesi trattandosi soprattutto di soggetti anziani.

La Commissione ha quindi avviato nei confronti dei tre ridetti Paesi una procedura di infrazione nel giugno 2016, procedura che è poi passata alla fase successiva del deferimento alla Corte di giustizia. Polonia, Repubblica Ceca ed Ungheria hanno infatti pacificamente violato i loro obblighi giuridici circa il meccanismo di ricollocazione dei migranti in base agli impegni assunti dall'UE nel luglio e settembre 2015, quando presa coscienza della crisi umanitaria nel Mediterraneo si è chiesto agli stati membri uno sforzo di solidarietà nei confronti di Grecia ed Italia.

Infine, come non rammentare che un tema strettamente connesso è la riforma di Dublino III e cioè il sistema d'asilo dell'UE, in via di aggiornamento per distribuire «in maniera più equa» il carico migratorio fra i vari Paesi UE.

Il «Dublino III» (Reg. 604/2013) è il regolamento europeo che disciplina l'accoglienza dei richiedenti asilo in Europa, figlio di un precedente testo, il «Dublino II», entrato in vigore nel 2003 ed sua volta ispirato dalla convenzione firmata a Dublino il 15 giugno 1990. Come noto, il regolamento stabilisce, fra le altre cose, che la richiesta di asilo debba essere gestita nel Paese di primo arrivo: un principio diventato insostenibile negli anni di picchi dei flussi migratori, soprattutto per i Paesi più esposti alle rotte del Mediterraneo come Grecia ed Italia, di fatto pacificamente discriminati in sede di equa distribuzione dei migranti. Da qui il tentativo di riforma verso un regolamento aggiornato, il «Dublino IV», presentato per la prima volta nel 2016.

Da allora sono passati tre anni e sei presidenze del Consiglio Ue, ma i negoziati non riescono a sbloccarsi. C'è stato il «sì» dell'Europarlamento ormai scaduto, ma il Consiglio UE è rimasto sempre troppo frammentato. La

proposta della Presidenza bulgara del I semestre 2018 ha tentato di offrire un compromesso aumentando il grado di responsabilità dei Paesi (obbligati a gestire un richiedente asilo per almeno otto anni), salvo alleggerire di molto la solidarietà (gli altri Paesi si dovrebbero prendere in carico i migranti solo quando altrove si è raggiunto un “sovraccarico” del 180%, pagando una penale di 30mila euro per ogni richiedente asilo respinto). Tuttavia, cinque Paesi mediterranei (Cipro, Grecia, Italia, Malta e Spagna) hanno risposto con un *paper* che contestava tale proposta, chiedendo ad esempio di abbreviare il periodo di responsabilità da otto a due anni. La bocciatura della proposta bulgara non ha poi avuto seguito nel corso delle successive presidenze austriaca e romena notoriamente contrarie.

Da ultimo, a giugno 2018 sette Paesi (Austria, Italia, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna ed Ungheria) hanno espressamente respinto la proposta. In tre (Estonia, Polonia, Regno Unito) si sono astenuti. I restanti diciotto hanno lasciato aperti spiragli di negoziazione, con qualche sorpresa: nell’elenco compaiono anche Cipro, Grecia e Malta, con una scelta di campo che rischia seriamente di spaccare il “fronte mediterraneo” di opposizione alle politiche migratorie UE. Al pari per Polonia e Repubblica Ceca del gruppo di *Visegrád* che non si sono accordati ai restanti due membri al fine di rigettare la proposta.

In origine si parlava di un muro contro muro fra Europa del Nord ed Europa del Sud. Da un lato Germania, Paesi Bassi e Paesi scandinavi, favorevoli alla riforma di Dublino e, in generale, alle politiche migratorie UE. Dall’altro Grecia, Italia e “colleghi” del Sud Europa, penalizzati da un sistema che pacificamente ne sovraccarica i confini.

Nel frattempo, però, l’ascesa dei populismi e del blocco dell’Est Europa ha rimescolato le carte in tavola, fino a provocare una divisione in due fazioni più articolate: *a*) un’asse dell’Europa centro-orientale che respinge in blocco il disegno di Dublino, capeggiata da Austria (Kurz), Ungheria (Orban) e Italia (Salvini), accanto ai *leaders* di Romania (Dăncilă), Slovacchia (Pellegrini) e Slovenia (Šarec); *b*) l’asse dei Paesi dell’Europa del Centro-nord, disponibile al negoziato, con l’adesione a sorpresa di Cipro, Grecia e Malta. In questo caso il timone avrebbe dovuto essere nelle mani della Germania, ma la posizione di Berlino è sfumata fino a diventare più titubante che aperta alla riforma. La decisione è da ultimo passata al presidente del Consiglio UE, ma è improbabile che le trattative portino in qualche direzione nel breve termine.

Appare evidente che mentre l’accademia, italiana ed europea, appare affaccendata a sostenere discutibili posizioni liberal-globaliste sia a “tutela” dell’immigrazione clandestina per mere finalità economiche e non certo per effettive persecuzioni politiche (salvo eritrei, somali e siriani) che dell’unione monetaria europea ed annessi trattati (*Fiscal Compact in primis*) che hanno

strangolato l'economia nazionale italiana per la "gioia" dell'*establishment* e delle élite filo-europeisti, già alla guida del governo italiano con il corollario degli interessi delle *lobbies* bancarie e cooperativistiche, gli altri ventisette Paesi UE hanno trasformato Grecia ed Italia nel classico "deposito" di clandestini sovente dediti ad attività criminali.

In termini di solidarietà europea circa rifugiati e migranti, risulta pacifico che l'Italia è stata lasciata sola dall'Europa. Rispetto agli enormi costi sostenuti, il nostro Paese (e per esso i tre Governi succeduti nella XVII legislatura (Letta, Renzi e Gentiloni) si è accontentato di ben poco: stando ai dati forniti dalla Commissione UE, tra il 2014 e il 2020 all'Italia sono stati destinati finora 847 milioni di euro, di cui 653 provengono dal Fondo per l'asilo e 193 come assistenza d'emergenza. Cifre comunque contenute rispetto a quanto il nostro Paese dichiara di spendere in questo settore tra accoglienza e assistenza: nel 2017, il Ministero dell'Economia ha certificato spese per 4,3 miliardi. Il contributo UE, secondo i calcoli dello stesso Ministero, ammonta a 77 milioni: si tratta di mere briciole.

In cambio i governi della sinistra italiana filo-immigrazione per interessi cooperativistici, hanno ottenuto la flessibilità sui conti. Ossia, hanno potuto non conteggiare i miliardi spesi per i migranti nel calcolo del deficit di bilancio, avendo così maggiori margini di manovra per altri investimenti senza venire meno alle regole del deleterio "Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance" quale "meglio" conosciuto con il nome di *Fiscal Compact*. La responsabilità della sinistra italiana risulta evidente nei confronti dell'abbandono europeo in punto di migrazioni ma del resto rima con la classica e notoria incapacità diplomatica ed internazionale della medesima parte politica. La "sostituzione di popoli" cui stiamo lentamente assistendo in Italia ha due evidenti colpevoli: l'*establishment* europeo guidato dai Paesi nordici e centro-orientali nonché l'oligarchia del Partito Democratico che ha guidato il Paese nei cinque lunghi maledetti anni che - a partire dall'operazione del 2013, tanto unilaterale quanto demagogica, *Mare Nostrum* - hanno trasformato i confini marini italiani in un autentico colabrodo perfetto per i cd. "taxi del mare" di supposte ONG ben sovente in assenza di trasparenza alcuna circa il loro finanziamento da parte d'imprecisate *lobbies* finanziarie ovvero riconducibili a Paesi che in tal modo supportano il trasferimento dei clandestini in Italia in luogo dei medesimi (*in primis* Malta ma anche Francia e Germania).

Combattere il cd. "inforestieramento" nei confronti dell'immigrazione clandestina per finalità economiche è un dovere per ogni Paese, a maggior ragione laddove siano azzerati gli obblighi di solidarietà europea (che appaiono valere solo per versare fondi di sviluppo agli illiberali Paesi dell'Europa centro-orientale, proprio quelli che per primi sono venuti meno ai doveri di *relocation*), ma non anche per l'*establishment* europeo e per il globalismo

buonista, italiano o internazionale che sia, che seguitano ad accusare in chiave razzista il governo italiano a matrice sovranista per la sua capacità di chiudere, e finalmente, i porti siciliani alle navi illegali.

Lungi dal voler essere apparso qui troppo irridente ovvero poco rispettoso delle posizioni altrui aventi carattere aperturista ovvero liberal-globalista, né assertivo al punto tale d'esprimere affermazioni nette - posti gli evidenti limiti degli approfondimenti che il presente lavoro ovviamente e legittimamente non può contenere - s'è inteso assicurare il "minimo sindacale" per un luogo che intende ospitare discussioni serene tra menti libere, *sine ira et studio*, a peculiare favore del populismo sovranista ed avverso il lento "sgocciolio" indiscriminato del Continente africano in Europa e particolarmente in Italia. Peraltro, ed al contrario, la letteratura dal forte stile assertivo, quasi mai argomentativo e problematico, e dunque tesa a dissimulare quella continua dialettica, dirimente requisito del dibattito accademico, si registra fra i sostenitori del diritto costituzionale indiscriminato all'accoglienza ed al conseguente asilo politico a prescindere dalla situazione di conflitto del Paese d'origine dei clandestini, agitando insussistenti spauracchi discriminatori e così pure artatamente falsando il dibattito sulla dicotomia migranti politici aventi diritto all'asilo *versus* migranti economici privi di alcun diritto alla permanenza sul territorio nazionale e legittimamente rimpatriati al Paese d'origine.

Bibliografia

ALLSOPP J., *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 3, 1-28.

BAKONYI A., FRANKOVÁ H., GÓRCZYŃSKA M., NABERGOJ M., VOYNOV G., *Pushed Back at the Door: Denial of Access to Asylum in Eastern EU Member States*, in <http://www.refworld.org/docid/5888b5234.html>, 25 gennaio 2017 (accesso 15 maggio 2019).

CAGGIANO G., *Are you Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, 2, 7-25.

CAGGIANO G., *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "Paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in *Gli stranieri*, 2011, 45 ss.

DI FILIPPO M., *The Strange Procedural Fate of The Actions for Annulment of the Eu Relocation Scheme*, in *EuroJus*, 4 marzo 2017.

MORGESE G., *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in CAGGIANO G. (cur.), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, 365 ss.

MORILLAS P. (cur.), *Illiberal Democracies in the EU: The Visegrad Group and the Risk of Disintegration*, Barcellona, 2018.

PRAUSER S., REES A. (cur.), *The Expulsion of 'German' Communities from Eastern Europe at the End of the Second World War*, EUI Working Paper HEC No. 2004/1.

THYM D., *The Refugee Crisis as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2016, 1545 ss.

VARJU M., *Veronika Czina Hitting where it hurts the most: Hungary's Legal Challenge Against the EU's Refugee Quota System*, in *VerfassungBlog*, 17 february 2016.

VIKARSKA Z., *The Slovak Challenge to the Asylum-Seekers' Relocation Decision: A Balancing Act Tuesday*, in *EU Law Analysis*, 29 december 2015.

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Soggetti pubblici operanti nell'economia

*Michele Gerardo**

SOMMARIO: 1. Soggetti operanti nell'economia: aspetti generali - 2. Pubblica amministrazione che esercita direttamente attività economica (cd. impresa di diritto pubblico o impresa-organo) - 3. Enti pubblici economici (cd. impresa pubblica di diritto comune) - 4. Enti privati partecipati da enti pubblici - 5. (segue) Enti privati partecipati da enti pubblici. In specie associazioni e fondazioni - 6. (segue) Enti privati partecipati da enti pubblici. In specie le società - 7. (segue) Enti privati partecipati da enti pubblici. In specie le società in house - 8. Imprese che agiscono in settori di rilevante interesse per la collettività (cd. public utilities) - 9. Enti "funzionalizzati": organismi di diritto pubblico - 10. Conclusioni.

1. Soggetti operanti nell'economia: aspetti generali.

Il mondo della produzione e scambio di beni o di servizi, con metodo economico, ha quale protagonista l'imprenditore, ossia quel soggetto che svolge attività economica rivolta al mercato.

La produzione e lo scambio di beni o di servizi, a seconda della disciplina positiva, può essere svolta con il modello dell'impresa, ma anche con modelli diversi dall'impresa, quali quelli a carattere sociale. Il servizio sanitario svolto da un ente pubblico, ad esempio, in Italia, non è modellato sull'impresa, atteso che viene garantita la prestazione di servizi sanitari gratuiti agli utenti. Vuol dirsi che è l'ordinamento positivo a connotare i caratteri di una determinata attività diretta alla produzione e scambio di beni o di servizi.

Imprenditore - avendo ad archetipo la definizione del Giudice dell'Unione Europea nell'applicazione della normativa europea sulla concorrenza - è qualsiasi entità, pubblica o privata, persona fisica o giuridica, che svolga un'attività economicamente rilevante (consistente, cioè, nell'offrire beni o servizi su un

(*) Avvocato dello Stato.

determinato mercato). L'attività economica può rivestire carattere industriale o commerciale o di prestazione di servizi; deve rispettare, quantomeno il principio di economicità, ossia di copertura dei costi con i ricavi. Non è imprenditore l'ente che gestisce un servizio pubblico di carattere sociale, la cui attività è svolta secondo principi estranei alle leggi di mercato o che agisce in veste di pubblica autorità, avvalendosi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi sui privati.

In particolare, nell'ambito dei servizi di interesse generale vanno distinti i servizi sociali ed i servizi di interesse economico generale.

I servizi sociali - quali i servizi sanitari, l'assistenza a lungo termine, i servizi previdenziali, i servizi per l'occupazione, i servizi scolastici - sono ispirati al principio di solidarietà e sono erogati senza il vincolo del principio di economicità. Vengono in rilievo servizi organizzati secondo il modello burocratico. Con l'adozione di tale modello, l'attività diviene un'articolazione di un apparato amministrativo, nel seno del quale non si differenzia se non per aspetti gestionali, come per esempio una qualche autonomia organizzativa o finanziaria. L'erogazione del servizio può procurare proventi (l'ente previdenziale, per esempio, impone e percepisce contributi per poter erogare assegni e pensioni; l'ente sanitario può percepire un ticket per la prestazione); tuttavia non opera il principio di economicità della gestione. Il dato caratterizzante è che l'organizzazione segue il tipo delle organizzazioni amministrative in senso stretto e ne segue le tecniche procedurali nei rapporti giuridici tra erogatore del servizio e fruitore del servizio (con esclusione di rapporti di natura contrattuale) (1).

I servizi di interesse economico generale sono erogati da un ente utilizzando il sistema di mercato; tale ente è da qualificare imprenditore - come confermato dall'art. 106, comma 2, T.F.U.E. di seguito esaminato - atteso che viene svolta una attività economica nel rispetto del principio di economicità (2).

Questo è un settore nel quale forte è l'influenza del diritto dell'Unione Europea. Il modello - declinato nei Trattati (T.U.E e T.F.U.E.) e nelle fonti derivate - è quello di un'economia liberale aperto alla libera concorrenza (3).

(1) Per tali rilievi: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, III edizione, Il Mulino, 1989, p. 142.

(2) Su tali aspetti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, 2012, pp. 630-637.

(3) Art. 3, comma 3, T.U.E.: "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico"; art. 119, comma 1, T.F.U.E.: "Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza"; art.

In tale modello vi sono regole della concorrenza applicabili alle imprese (artt. 101-105 T.F.U.E. e fonti derivate), ossia:

- il divieto di cartelli. Art. 101, comma 1, T.F.U.E.: *“Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”*; il secondo comma dell'articolo dispone: *“Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto”*. Norma omologa, per le intese restrittive della libertà di concorrenza di ambito nazionale, è l'art. 2 L. 10 ottobre 1990, n. 287;

- il divieto di abuso di posizione dominante. Art. 102 T.F.U.E.: *“È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”*. Norma omologa, per l'abuso di posizione dominante di ambito nazionale, è l'art. 3 L. n. 287/1990;

- il controllo sulle concentrazioni (Regolamento (CE) 20 gennaio 2004, n. 139 del Consiglio). Le concentrazioni tra imprese - a seguito di fusione, di controllo societario, mediante creazione di società comune - possono determinare una restrizione della concorrenza; sicché le operazioni di concentrazione vanno previamente valutate dalle Autorità. Norme omologhe, nell'ambito nazionale, sono gli artt. 4-7 L. n. 287/1990.

Vi sono altresì regole della concorrenza applicabili agli Stati (artt. 106-109 T.F.U.E. e fonti derivate), imponenti la neutralità della condotta dello Stato nell'attività di mercato:

- art. 106, commi 1 e 2, T.F.U.E.: *“1. 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 dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 [divieto di ogni discriminazione in base alla nazionalità] e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, 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 mi-*

120 T.F.U.E.: *“Gli Stati membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea e nel contesto degli indirizzi di massima di cui all'articolo 121, paragrafo 2. Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119”*.

sura contraria agli interessi dell'Unione". All'evidenza, l'ordinamento unionistico ha un atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese, sempre che siano assicurate condizioni di parità concorrenziale. Sicché la decisione se favorire o contrastare il fenomeno delle società in mano pubblica dipende da scelte esclusivamente nazionali;

- art. 107, comma 1, T.F.U.E.: *"Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza"*.

Anche la nostra Costituzione riconosce il principio della libera concorrenza, enunciando, all'art. 41, che *"L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"*, con la precisazione che *"A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale"* (art. 43 Cost.).

Alla stregua del delineato modello anche la pubblica amministrazione, oltre che intervenire come regolatore, può direttamente svolgere attività economica, quale operatore economico, purché siano rispettate le regole della concorrenza. Ovviamente lo svolgimento diretto di attività economica - imposto dalla legge o scaturente da autonoma decisione amministrativa - è possibile solo in quanto funzionale al perseguimento di finalità pubblicistiche.

Le modalità con le quali l'amministrazione pubblica agisce come imprenditore sono riconducibili a tre:

- a) esercizio diretto di attività economica rivolta al mercato;
- b) creazione di un ente *ad hoc*, distinto dall'ente di riferimento, che svolge in via esclusiva o prevalente attività economica (cd. ente pubblico economico);
- c) azionista in società di diritto privato o partecipante in altro ente di diritto privato (4).

(4) Sulla problematica, *ex plurimis*: S. D'ALBERGO, *Impresa pubblica*, in *Novissimo Digesto*, vol. VIII, UTET, 1962, pp. 378-382; V. OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, Giuffrè, 1970, pp. 669-691; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 125-173; G. COTTINO, *Ascesa e tramonto dello Stato imprenditore: morte e resurrezione?*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, 1998, pp. 299-336; F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Giappichelli, 2014, pp. 147-156.

2. *Pubblica amministrazione che esercita direttamente attività economica (cd. impresa di diritto pubblico o impresa-organo).*

Ricorre la figura dell'impresa di diritto pubblico o impresa-organo allorché l'ente pubblico adotta un modello imprenditoriale e svolge direttamente attività economica rivolta al mercato, mediante una data branca del proprio apparato amministrativo, dotato di forti autonomie organizzative (le amministrazioni autonome nell'ambito di un Ministero; le Aziende municipalizzate nell'ambito del Comune). Viene in rilievo l'impresa di diritto pubblico (5). In questi casi l'attività d'impresa è per definizione secondaria ed accessoria rispetto ai fini istituzionali dell'ente pubblico. Si parla perciò anche di impresa-organo (6).

L'autonomia organizzatoria dell'impresa-organo è molto ampia, poiché l'impresa ha, oltre che organi propri e personale proprio, proprie entrate che derivano direttamente dalla sua qualità di imprenditore (sono cioè corrispettivi dei contratti che conclude con gli utenti), proprio patrimonio, proprio bilancio.

L'impresa-organo ha un rapporto di subordinazione con l'ente di riferimento, con un contenuto di direzione e, in alcuni settori, gerarchico.

L'impresa-organo, e stesso discorso vale per l'ente pubblico economico, tuttavia difetta di un requisito fondamentale dell'impresa privata: quello del rischio d'impresa e delle sue conseguenze. Difatti, in essi è totalmente modificato l'elemento rischio, in quanto le responsabilità patrimoniali hanno, per legge, copertura da parte dell'ente pubblico di direzione, ed il rischio si trasforma in responsabilità amministrative e politiche degli amministratori dell'impresa e di quelli dell'ente di direzione. Inoltre l'esistenza dei poteri di direzione dell'ente di riferimento fa sì che una fascia, più o meno ampia, di scelte di indirizzo imprenditoriale, e di riflesso, di decisione contrattuale, passi dagli organi dirigenti dell'impresa a quelli dell'ente di direzione. In ogni caso, per queste imprese si ha una dissociazione fra il potere di indirizzo politico-amministrativo e potere di determinazione gestionale, il primo degli organi degli enti di direzione, il secondo degli organi imprenditoriali (7).

È questo il modello più antico di esercizio diretto di attività economica da parte di un ente pubblico, un tempo molto diffuso ed oggi recessivo. Di tale modalità vi è l'eco nel Codice Civile, il quale all'art. 2093 così dispone: *“Le disposizioni di questo libro si applicano agli enti pubblici [rectius: gli enti pubblici economici] inquadrati nelle associazioni professionali. Agli enti pubblici non inquadrati [rectius: il nostro caso] si applicano le disposizioni*

(5) Per tale qualificazione: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, XV edizione, Jovene, 1989, pp. 1146-1147.

(6) G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, UTET, V ed., 2006, p. 76.

(7) Per tali rilievi: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 144-145.

di questo libro, limitatamente alle imprese da essi esercitate. Sono salve le diverse disposizioni della legge”.

Gli enti pubblici titolari di imprese-organo, ossia gli enti che svolgono attività imprenditoriale in modo accessorio sono sottoposti - in virtù del citato art. 2093 c.c. - allo statuto generale dell'imprenditore (disciplina dell'azienda, della concorrenza, ecc.), nonché, ove l'attività è commerciale, a tutte le restanti norme previste per gli imprenditori commerciali e, fra l'altro, all'obbligo della tenuta delle scritture contabili (artt. 2214 e ss. c.c.), per il quale manca espressa norma di esonero. Tali enti, invece sono implicitamente esonerati dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, in quanto prevista solo per gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale (art. 2201 c.c.). Sono inoltre espressamente esonerati dalle procedure concorsuali (art. 2221 c.c.) (8).

Ciò evidenziato in via generale, si passa ora all'esame delle figure più importanti della categoria, ossia: amministrazioni autonome nell'ambito di un Ministero ed Aziende municipalizzate nell'ambito del Comune.

Nell'organizzazione di alcuni Ministeri sono incardinate organizzazioni differenziate denominate Aziende autonome dello Stato o amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo (9) (usa quest'ultimo termine l'art. 1, comma 2, D.L.vo 30 marzo 2001, n. 165). Le Aziende sono in genere adibite ad attività di tipo operativo-produttivo. Il modello dell'Azienda autonoma è in via di superamento (10). L'art. 1 del D.L. 5 dicembre 1991, n. 386, conv. L. 29 gennaio 1992, n. 35 dispone che, tra l'altro, le aziende autonome statali, possono essere trasformate in società per azioni.

Le Aziende autonome dello Stato sono parte dell'organizzazione complessiva dello Stato, pur separatamente connotate sul piano funzionale, rispetto ai Ministeri, con, più o meno ampia, autonomia decisionale e contabile. Le Aziende continuano ad essere organi del rispettivo ministero, atteso che sono prive di distinta soggettività; dispongono di capacità contrattuale e sono titolari di rapporti giuridici ed altresì godono di una legittimazione separata

(8) Per tali rilievi G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, cit., pp. 77-78.

(9) Su tali figure: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 143-145; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, VI ed., Giappichelli, 2017, pp. 104-105; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Giappichelli, 2017, p. 103; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVI ed., Giuffrè, 2014, pp. 242-243.

(10) Talune Amministrazioni autonome sono state soppresse (Amministrazione autonoma di monopoli dello Stato, incorporata nell'Agenzia delle Dogane; Azienda di Stato per le foreste demaniali; Azienda di Stato per i servizi telefonici; Azienda per gli interventi sul mercato agricolo-AIMA, in suo luogo è stata istituita l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura-AGEA), altre sono state trasformate (Amministrazione autonoma delle poste e delle telecomunicazioni, l'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato e l'Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo trasformate prima in enti pubblici economici e, poi, in società per azioni; l'Azienda nazionale autonoma delle strade-ANAS, trasformata in società per azioni; la Cassa depositi e prestiti trasformata in società per azioni).

in forza della quale stanno in giudizio in proprio; dispongono del patrimonio dello Stato per lo svolgimento delle attività. Svolgono - nel rapporto con i terzi - un'attività prevalentemente nelle forme del diritto privato dalla quale ricavano, in tutto o in parte, le risorse che servono per la loro attività, amministrando in modo autonomo le relative entrate. Sono amministrate in regime di diritto pubblico.

Prive di norma di personalità giuridica, esse sono di solito rette, con la qualità di presidente, dal Ministro che ne ha altresì la rappresentanza oppure da una persona nominata dal Consiglio dei Ministri; il Ministro è affiancato da un organo collegiale (consiglio di amministrazione) - da lui presieduto con compiti consultivi e talora deliberativi - e dal direttore generale.

Tale dato comporta che la composizione degli organi dell'Azienda autonoma costituisce diretta emanazione dell'Amministrazione statale, che il regime giuridico del personale da esse dipendenti è equiparato al personale statale, che la modalità di approvazione del bilancio è parte integrante del bilancio dello Stato.

Alcune Aziende restano in vita nel vigente ordinamento - ad esempio il Fondo edifici di culto (artt. 56 e ss. L. 20 maggio 1985, n. 222) (11) - ma ormai svolgono un ruolo del tutto marginale nel complesso dell'organizzazione dello Stato.

Gli enti locali oltre alle attività amministrative e negoziali gestiscono altresì servizi pubblici che hanno per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (art. 112 D.L.vo n. 267/2000).

Il modello storico di gestione dei servizi pubblici, ad inizio Novecento, è stato quello delle Aziende municipalizzate, aventi, a livello locale, lo stesso schema delle Aziende o Amministrazioni autonome statali, istituite dai Comuni per la gestione di uno o più servizi pubblici locali (trasporti urbani, raccolta e smaltimento rifiuti, distribuzione dell'acqua, del gas, ecc.) (12). Come nelle aziende o Amministrazioni autonome statali, i servizi municipali sono amministrati in regime di diritto pubblico e vengono resi ai terzi in regime di diritto civile.

Le Aziende municipalizzate sono organi del Comune, dotati di legittimazione separata. I dipendenti non sono dipendenti pubblici (ora dipendenti pubblici privatizzati), ma privati. L'autonomia organizzatoria è notevole, maggiore di quella delle corrispondenti aziende statali nel campo finanziario e contrattuale.

(11) Sul fondo per il culto: L.M. DE BERNARDIS, *Fondo per il culto*, in *Novissimo Digesto. Appendice*, Vol. III, UTET, 1982, p. 812.

(12) La disciplina è operata dal R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, recante l'approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province.

3. *Enti pubblici economici (cd. impresa pubblica di diritto comune)* ⁽¹³⁾

L'ente pubblico economico è un ente - dotato di una propria personalità giuridica (14) - che in via esclusiva o prevalente svolge un'attività economica, *rectius*: di impresa. Viene in rilievo l'impresa pubblica di diritto comune (15). L'attività economica implica la produzione di beni o servizi (attività industriale) o lo scambio dei beni (attività commerciale), con metodo economico, ossia coprendo almeno i costi con i ricavi. Non è necessario il fine di lucro, ossia la necessità che i ricavi superino le spese; per l'imprenditore - anche pubblico - è richiesto solo l'economicità della gestione.

La creazione dell'ente pubblico economico è motivata dalla necessità di svolgere una attività che richiede procedure snelle, necessità non conseguibile con le regole di condotte della amministrazione pubblica. Non diversamente dagli altri enti pubblici, anche quelli economici sono caratterizzati da una specifica finalità statutaria al servizio di obiettivi che l'interesse generale vuole siano perseguiti: la protezione di certe categorie produttrici, la calmierazione dei prodotti occorrenti alla soddisfazione di bisogni primari, la bonifica delle terre, la promozione di certi settori economici, l'incremento del credito in certi campi dell'economia, in certe regioni, in favore di certe categorie, ecc. (16).

L'ente pubblico economico ha la qualità di imprenditore, con i connotati di cui all'art. 2082 c.c. (17), ed è sottoposto, in via di principio - attesa la previsione del citato art. 2093 c.c. secondo cui "*Le disposizioni di questo libro si applicano agli enti pubblici inquadrati nelle associazioni professionali*" - e salve le deroghe di legge, allo statuto dell'imprenditore in generale (ditta, segni distintivi, tutela della concorrenza, ecc.) e allo statuto dell'imprenditore commerciale (iscrizione nel registro delle imprese, rappresentanza commerciale, scritture contabili, fallimento), se svolge attività commerciale. L'ente agisce tramite atti negoziali - con l'eccezione degli atti di autorganizzazione - ed è sottoposto, in via di principio e salve deroghe espresse, alle norme di diritto privato.

In ordine allo statuto dell'imprenditore commerciale, si evidenzia che:

- l'art. 2201 c.c. dispone che "*Gli enti pubblici che hanno per oggetto*

(13) Sull'ente pubblico economico: S. CASSESE, *Ente pubblico economico*, in *Novissimo Digesto*, vol. VI, UTET, 1960, pp. 573-575; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, II ed., Giuffrè, 1988, pp. 212-215; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Il Mulino, 2017, pp. 342-343; L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, IV ed., Monduzzi, 2005, pp. 464-467.

(14) Così: F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 148.

(15) Per tale qualificazione: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1147.

(16) Così: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1148.

(17) "*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*".

esclusivo o principale un'attività commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese" (18). Alla iscrizione nel registro delle imprese, in generale, sono tenute, per effetto di novelle legislative, anche le imprese che svolgono attività agricole;

- la portata generale delle disposizioni sulla rappresentanza commerciale (institori, procuratori, commessi) contenuta negli artt. 2203-2213 c.c., e sulle scritture contabili (artt. 2214-2220 c.c.) comporta che tali istituti si applicano anche all'ente pubblico economico;

- in continuità con il testo originario dell'art. 2221 c.c. - e in deroga alla regola per cui all'ente pubblico economico che svolge attività commerciale si applica lo statuto dell'imprenditore commerciale - l'art. 1 del D.L.vo 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dispone che le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, non si applicano allo Stato e agli enti pubblici;

- in virtù della più generale norma di richiamo di cui all'art. 2093 c.c. le norme relative alla gestione dell'impresa sono, in linea di principio e salvo eccezioni, estese agli enti economici, comprese quelle non collocate nel codice; ne restano invece al di fuori, le disposizioni sulle società, dato che gli enti pubblici economici sono dotati di una propria e diversa forma giuridica.

Svolgendo attività di impresa l'attività pubblicistica è marginale, limitata alla potestà di certificazione ed ai poteri di autorganizzazione interni, questi ultimi relativi all'individuazione del disegno organizzativo dell'ente (costituzione, modificazione e organizzazione degli uffici e nomina dei titolari degli uffici di vertice quale, ad esempio, il direttore generale) (19). Ciò anche perché il rapporto di lavoro con i dipendenti è sempre stato di diritto privato, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario e, in specie, quello del lavoro (art. 409 c.p.c.: "*Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a: [...] 4) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica*"). Gli atti di gestione del rapporto di lavoro non sono atti amministrativi, ma atti di diritto privato. Circostanza, questa, che, prima della privatizzazione del cd. pubblico impiego, differenziava considerevolmente il rapporto di lavoro con l'ente pubblico economico da quello con gli altri enti pubblici. Va precisato che il D.L.vo n. 165/2001 - contenente lo statuto del rapporto di lavoro "privatizzato" - non

(18) Le modalità operative dell'iscrizione dell'ente pubblico nel registro delle imprese sono fissate nell'art. 12 del D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581.

(19) *Ex plurimis*: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 256, il quale richiama altresì la prerogativa dell'autotutela.

si applica, giusta l'art. 1, comma 2, agli enti pubblici economici; ciò implica che il rapporto di lavoro con gli enti pubblici economici è sottoposto interamente - salve deroghe espresse - alle norme del diritto privato, mentre il rapporto di lavoro con gli enti pubblici non economici è sottoposto ad una disciplina speciale costituita dalle norme del diritto privato adattate alla qualità del datore di lavoro (ad es.: specialità della disciplina sullo *ius variandi*, del lavoro a termine, ecc.).

Come detto, lo svolgimento di attività economica da parte delle amministrazioni pubbliche a mezzo dell'ente pubblico economico è possibile solo in quanto funzionale al perseguimento di finalità pubblicistiche. Ciò comporta una relazione organizzativa di potestà-soggezione, e in specie di direzione, con lo Stato. Questa si articola nello stesso modo che in capo agli enti strumentali; difatti allo Stato spetta, di norma, la nomina dei titolari degli uffici di vertice degli enti e a volte la revoca degli stessi, i poteri di indirizzo e di controllo circa l'attività dell'ente, il potere di approvare gli atti più importanti dell'ente (i bilanci, i programmi di attività, ecc.) e così via: poteri che si esprimono nell'adozione di provvedimenti amministrativi. Il rapporto di strumentalità tra lo Stato e i singoli enti economici è un rapporto di diritto pubblico, come quello relativo agli altri enti (20).

L'impresa-ente pubblico è di regola modellata sulla corrispondente impresa privata; non avendo struttura societaria, non ha assemblea dei soci. Organi dell'ente pubblico economico sono il presidente; il consiglio di amministrazione; il collegio dei sindaci, con poteri analoghi a quelli dei sindaci delle società per azioni.

Gli enti pubblici economici - rientrando normalmente fra quelli a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria *ex* L. 21 marzo 1958, n. 259 - sono sottoposti al controllo successivo sul rendiconto ed i bilanci, *rectius*: sulla gestione finanziaria, della Corte dei Conti (21).

La qualità di ente pubblico - in assenza di deroghe espresse - comporta inoltre la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità a carico di amministratori, funzionari ed impiegati dell'ente, per atti connessi al rapporto di servizio o d'impiego e produttivi di un danno (22).

Agli enti pubblici economici si applica la disciplina relativa alla respon-

(20) Per tali aspetti: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. p. 214; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 124; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 342.

(21) Conf.: V. OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., pp. 687-689. Sulla problematica: S. D'ALBERGO, *Impresa pubblica*, cit., pp. 378-382.

(22) Conf. Cass. S.U. 22 dicembre 2003, n. 19667, secondo cui, a norma dell'art. 1, L. n. 20 del 1994 sussiste la responsabilità per danno erariale nei confronti di amministratori di enti pubblici economici, istituiti per il raggiungimento di interessi pubblici, anche se perseguano le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato.

sabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui al D.L.vo 8 giugno 2001, n. 231 (23).

Giusta l'art. 2-*bis* D.L.vo 14 marzo 2013, n. 33, la disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni si applica altresì agli enti pubblici economici.

Un tempo molto diffusi - soprattutto negli anni '60 e '70 del secolo scorso, ove la categoria annoverava: i grandi gestori di servizi pubblici nazionali; gran parte del sistema bancario; gli enti di gestione delle partecipazioni statali (24) - oggi sono in via di estinzione, con la ritrazione dello Stato dalla diretta presenza nell'economia, in conseguenza delle c.d. privatizzazioni operate all'inizio degli anni '90 del secolo passato, mediante le quali i più importanti enti pubblici economici sono stati o soppressi oppure trasformati in società per azioni o, in casi minori, in fondazioni. Tale vicenda ha riguardato:

- gli enti creditizi di diritto pubblico, ossia Banco di Napoli, Banco di Sicilia, Banco di Sardegna, Istituto S. Paolo di Torino, Monte dei Paschi di Siena, Banca Nazionale del Lavoro, le Casse di risparmio (D.L.vo 20 novembre 1990, n. 356). Le azioni delle società scaturenti dalla trasformazione sono state conferite a distinte Fondazioni di diritto privato, create *ex novo*;

- l'Istituto nazionale per la ricostruzione industriale - IRI, l'Ente nazionale idrocarburi ENI, l'Istituto nazionale assicurazioni - INA e l'Ente nazionale energia elettrica - ENEL, trasformati *ope legis* in società per azioni in virtù dell'art. 15 D.L. 11 luglio 1992, n. 333, conv. L. 8 agosto 1992, n. 359. Il terzo comma dell'art. 15 ha disposto che “*Le azioni delle società [...] [derivanti dalla trasformazione], sono attribuite al Ministero del tesoro. Il Ministro del tesoro esercita i diritti dell'azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro da lui delegato, con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato. [...]*”;

- l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, trasformato in società per azioni con l'art. 1 del D.L.vo 21 aprile 1999, n. 116;

- l'ENAV s.p.a., derivante dalla trasformazione dell'Ente nazionale di assistenza al volo disposta con l'art. 35 della L. 17 maggio 1999, n. 144;

- l'ANAS s.p.a., derivante dalla trasformazione dell'Ente nazionale per le

(23) Tale disciplina non si applica allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (art. 1, comma 3, D.L.vo n. 231/2001).

(24) Ossia IRI, ENI ed EFIM, con funzioni di *holding* finanziaria. Detti enti erano titolari in modo diretto o indiretto delle azioni delle società partecipate dallo Stato ed esercitavano l'influenza su queste ultime attraverso il diritto di voto nelle assemblee e la nomina degli amministratori. Tali enti erano sottoposti agli atti di indirizzo e alle direttive del Ministero delle partecipazioni statali creato nel 1956 e soppresso, in parallelo con le privatizzazioni, negli anni '90 del secolo scorso.

strade (art. 7, comma 1, D.L. 8 luglio 2002, n. 138, conv. L. 8 agosto 2002, n. 178);

- la SACE S.p.A. - Servizi Assicurativi del Commercio Estero, derivante dalla trasformazione dell'Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero (SACE), in virtù dell'art. 6, comma 1, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, conv. L. 24 novembre 2003, n. 326;

- la Cassa depositi e prestiti società per azioni (CDP S.p.A.), derivante dalla trasformazione della Cassa depositi e prestiti disposta con l'art. 5 del D.L. n. 269/2003;

- tutti gli ulteriori enti pubblici economici (art. 1 D.L. 5 dicembre 1991, n. 386, conv. L. 29 gennaio 1992, n. 35; art. 18 D.L. n. 333/1992). Sulla base dell'art. 18 citato si è proceduto a trasformare numerosi altri importanti enti. Sono così divenute società, tra gli altri, le Ferrovie dello Stato, le Poste Italiane nonché, in sede locale, alcune aziende municipalizzate.

Va distinta la privatizzazione "formale" o "fredda", consistente nel mero mutamento della forma giuridica - trasformazione in società per azioni, con l'attribuzione della titolarità delle azioni allo Stato - ed una "sostanziale" o "calda", che si realizza con la collocazione sul mercato della totalità o della maggior parte delle azioni. Fin quando il controllo è in mano allo Stato o all'ente pubblico di riferimento permane il controllo della Corte dei Conti sulle società derivate dalla trasformazione degli enti economici; ciò è stato statuito dalla Corte Costituzionale che, risolvendo un conflitto di attribuzioni sollevato dall'Organo contabile, ha ritenuto che fin quando sussista la composizione prevalentemente pubblica del capitale sociale - e cioè finché duri la privatizzazione (solo) formale - persiste il controllo della Corte dei Conti nelle medesime forme già esercitate nei confronti dell'originario ente pubblico economico (25).

Altra causa che ha concorso alla estinzione, o quanto meno alla perdita di interesse per la fruibilità del modello è da rinvenire nella cd. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego avviata a partire dal 1993.

Tra i pochi enti pubblici economici rimasti citiamo l'Agenzia del demanio ed i consorzi di bonifica (26).

4. *Enti privati partecipati da enti pubblici.*

L'ente pubblico sovente partecipa, quale componente di minoranza o di

(25) Corte Cost. 28 dicembre 1993, n. 466.

(26) Secondo Cass. civ. Sez. I, Ord., 29 maggio 2019, n. 14668 "Ai sensi della normativa statale (R.D. 13 febbraio 1933, n. 215, recante "Nuove norme per la bonifica integrale") i consorzi di bonifica, costituiti tra i proprietari degli immobili che traggono beneficio dalla bonifica, sono soggetti dotati di personalità giuridica di diritto pubblico, aventi natura di enti pubblici economici (Sez. L. n. 12242 del 17/07/2012, Rv. 623272 - 01; Sez. L. n. 10992 del 05/05/2008, Rv. 603009 - 01; nonché Cons. Stato, VI, 20/5/2011, n. 3020). Le funzioni amministrative in materia di bonifica sono state trasferite dallo Stato alle Regioni con il D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, che le hanno poi disciplinate con specifiche leggi dedicate ai compiti, alla costituzione degli organi e alle modalità di finanziamento dei consorzi".

maggioranza, ad un ente di diritto privato quale associazioni, fondazioni, comitati, società. Evidentemente la partecipazione è ritenuta funzionale alla tutela degli interessi pubblici in attribuzione.

In linea tendenziale l'ente partecipato, salvo deroghe normative, resta sottoposto alla disciplina propria. Se si partecipa ad una associazione riconosciuta si applicano, quindi, gli artt. 14-34 c.c.; se si partecipa ad una società a responsabilità limitata si applicano gli artt. 2462-2483 c.c. Il fatto della partecipazione dell'ente pubblico, la strumentalità dell'ente ad un pubblico interesse non intacca la disciplina detta.

Sicché, ad esempio, un ente pubblico partecipante ad una associazione non riconosciuta in liquidazione non può intervenire finanziariamente in fase di liquidazione qualora l'ammontare dei debiti ecceda la massa attiva. Ciò in quanto deve applicarsi in maniera inderogabile - stante il divieto di finanziamento da parte dell'ente pubblico di debito altrui in assenza di specifica previsione normativa - l'art. 38 c.c. che sancisce: *"Per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Delle obbligazioni stesse rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione"* (27).

Di regola, come detto, la partecipazione è ritenuta funzionale alla tutela degli interessi pubblici in attribuzione. Ad esempio: in vista della candidatura ad ospitare un evento sportivo (olimpiade, torneo sportivo internazionale, ecc.) in una data città, gli enti territoriali coinvolti - Comuni, Provincia, Regione - decidono di costituire un comitato promotore; per dare sostegno morale ad una associazione di beneficenza il comune nel cui territorio vi è la sede dell'associazione decide di aderire alla stessa nella qualità di socio promotore; per creare sinergie di azioni la Regione decide di partecipare ad una fondazione culturale.

Specifiche norme sono state dettate al fine di evitare che la partecipazione di un ente pubblico ad un ente privato possa dare luogo a favoritismi, condotte opache o conflitti di interesse. Tra queste ricordiamo:

a) l'art. 6, comma 2, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. L. 30 luglio 2010, n. 122, per il quale la partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti, che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche, nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica; essa può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute ove previsto dalla normativa vigente; qualora siano già previsti i gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta giornaliera. La violazione di quanto previsto determina responsabilità erariale e gli atti adottati dagli organi degli enti

(27) Conf. Corte dei Conti Lombardia Sez. contr., Delib., 24 settembre 2019, n. 355.

e degli organismi pubblici interessati sono nulli. Gli enti privati che non si adeguano a quanto disposto non possono ricevere, neanche indirettamente, contributi o utilità a carico delle pubbliche finanze (28).

b) giusta l'art. 2-bis, comma 2, D.L.vo 14 marzo 2013, n. 33, la disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni si applica altresì: a) alle società in controllo pubblico, ossia alle società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo (29); b) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni (30).

c) le disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni contenute nel D.L.vo 8 aprile 2013, n. 39 si applicano altresì agli incarichi presso gli enti privati in controllo pubblico (art. 2, comma 1), ossia le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi (giusta la definizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. c).

(28) La disposizione non si applica agli enti previsti nominativamente dal decreto legislativo n. 300 del 1999 e dal decreto legislativo n. 165 del 2001, e comunque alle università, enti e fondazioni di ricerca e organismi equiparati, alle camere di commercio, agli enti del Servizio sanitario nazionale, agli enti indicati nella tabella C della legge finanziaria ed agli enti previdenziali ed assistenziali nazionali, alle ONLUS, alle associazioni di promozione sociale, agli enti pubblici economici individuati con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze su proposta del Ministero vigilante, nonché alle società.

(29) Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.

(30) Il comma 3 dell'articolo precisa che *"La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni [...] si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici"*.

5. (segue) *Enti privati partecipati da enti pubblici. In specie associazioni e fondazioni.*

Numerose sono le associazioni e fondazioni partecipate da enti pubblici. Alcuni enti privati partecipati da enti pubblici derivano dalle privatizzazioni avviate a partire degli anni '90 del secolo scorso; in dati casi gli enti derivanti dalla trasformazione hanno mantenuto, in tutto o in parte, le funzioni pubblicistiche, esercitate a mezzo di concessione amministrativa o convenzioni con le autorità competenti (31). È il caso:

- delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB) trasformate in associazioni o fondazioni di diritto privato (oppure soppresse);

- delle banche pubbliche, dalle quali sono gemmate le società per azioni e le correlative fondazioni di diritto privato titolari dei pacchetti azionari. L'attività principale delle fondazioni consiste nel finanziare o gestire iniziative nel campo del *non profit* (cultura, sanità, assistenza sociale, ecc.);

- della Croce Rossa Italiana e degli enti lirici, enti pubblici non economici, trasformati in fondazioni (enti *non profit* di natura privata);

- degli enti autonomi lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, trasformati - con l'art. 1 D.L. 24 novembre 2000, n. 345, conv. L. 26 gennaio 2001, n. 6 (32) - in fondazione con persona giuridica di diritto privato;

- di vari enti pubblici operanti in gran parte nel settore della cultura - come ad esempio: La Biennale di Venezia (33), La Triennale di Milano (34) e l'Istituto nazionale per il dramma antico - trasformati in enti privati privi di scopo di lucro;

- di molti enti previdenziali alimentati da contribuzioni obbligatorie a carico degli appartenenti a categorie professionali (notai, commercialisti, avvocati, ecc.), trasformati in associazioni o in fondazioni di natura privata (35).

In linea tendenziale, mentre gli enti pubblici economici sono stati trasformati in società per azioni, gli enti pubblici non economici sono stati trasformati in associazioni e in fondazioni.

6. (segue) *Enti privati partecipati da enti pubblici. In specie le società.*

Il caso più diffuso e noto è quello della partecipazione di enti pubblici a

(31) Su tali aspetti: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 342-343.

(32) Il comma 3 dell'art. 1 precisa che la fondazione può continuare ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

(33) Secondo gli articoli 1 e 2 del D.L.vo 29 gennaio 1998, n. 19 l'ente autonomo "La Biennale di Venezia", è trasformato in "Fondazione La Biennale di Venezia", alla quale si riconosce preminente interesse nazionale, con personalità giuridica di diritto privato, disciplinata, per quanto non espressamente previsto dal D.L.vo n. 19, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del codice medesimo.

(34) Secondo l'art. 1 D.L.vo 20 luglio 1999, n. 273 l'ente autonomo "La Triennale di Milano", già ente pubblico, è trasformato in fondazione ed acquisisce la personalità giuridica di diritto privato.

(35) Sulla base del D.L.vo 30 giugno 1994, n. 509.

società di diritto privato già esistenti o create *ex novo* (36). Le motivazioni di tale partecipazione sono, ad una analisi del fenomeno, diverse:

- disporre di un modello agile e snello per esercitare determinate funzioni a fronte della complessità e lentezza dell'azione dell'ente pubblico (è il caso delle cd. società *in house*). Ricorre il caso delle partecipazioni pubbliche equivalenti di organizzazioni pubbliche;

- essere presenti operativamente in un determinato mercato a fronte dell'assenza di privati o perché quel determinato mercato è reputato strategico. In questa ultima evenienza la partecipazione è strumentale alla direzione pubblica di settori economici;

- scopo di conoscenza, allorché l'ente pubblico partecipa a società perché vuol sapere intorno a costi di produzione, fissazione prezzi, cicli economici;

- svolgere attività calmieratrice;

- intervenire in soccorso di società private in stato d'insolvenza, per lenire le conseguenze della crisi (es: tutelare i livelli occupazionali);

- gestione di società frutto di privatizzazione di enti pubblici;

- e anche, conseguenza di cattiva politica, per disporre di enti dove allocare, nei posti di comando ma anche nella manovalanza, persone da sistemare per affinità politica o semplicemente per amicizia o affetto (37).

Per la descritta convergenza delle indicate cause si è assistito negli ultimi decenni alla creazione di un numero immenso di società pubbliche - il numero esatto non è noto a nessuno (38) - per la maggior parte dei casi non necessarie, con lievitazione di spese improduttive. Tante società hanno più amministratori che dipendenti.

L'unico caso di società nelle quali è ragionevole la partecipazione dell'ente pubblico è quello delle cd. società *in house*. Difatti: la partecipazione a società in crisi in funzione di ammortizzazione sociale in via di principio è vietata dalla regola del divieto di aiuti di Stato; la presenza operativa in mercati particolari non è opportuna perché il socio ente pubblico non ha la capacità e mentalità del *management* privato; la privatizzazione formale è uno stato intermedio rispetto a quella sostanziale; ovviamente vietata è la partecipazione-*garçonnière* per distribuire poltrone e strapuntini a sodali, parenti ed amici.

Il modello della società per azioni a partecipazione pubblica si è esteso sino a coprire settori di azione pubblica, tradizionalmente organizzati nella forma dell'ente pubblico o della pubblica amministrazione.

(36) Sulle società a partecipazione pubblica *ex plurimus*: L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, 2009, Il Mulino, pp.34-38 e 202-207.

(37) Sulle possibili motivazioni: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. pp. 227-228.

(38) "Alla fine del 2014 venivano censite 8000 società pubbliche (dal Commissario alla spending review, Carlo Cottarelli), mentre il Ministero dell'Economia ne registrava 7.700": così G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 113.

Spesso le società pubbliche sono concessionarie di un pubblico servizio. È con l'occhio rivolto a tale aspetto che la legge contenente le norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti (L. n. 241/1990) dispone: “*Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative*” (art. 29, comma 1). La stessa legge dispone altresì che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla citata legge (art. 1, comma 1-ter). Nell'esercizio di tali funzioni le società adottano atti amministrativi, impugnabili dinanzi al giudice amministrativo.

Ciò rilevato in via generale, si osserva che la maggiore problematica sul tema riguarda, quindi, la partecipazione alle società *in house*. È *in house* la società che produce beni, servizi o lavori in favore del socio pubblico. Ricorre il fenomeno denominato *in house providing* con il quale la P.A. acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato.

Fin dall'entrata in vigore del codice civile - introducente, con gli articoli da 2458 a 2461, alcune disposizioni relative alle società commerciali partecipate dalla P.A. - è stato posto il problema della rilevanza dell'interesse pubblico di cui è portatore l'ente azionista, anche ad altri fini, ed in particolare se esso, venendo a contrastare con l'interesse sociale, debba oppure no prevalere nei confronti di questo, con riferimento soprattutto all'ipotesi in cui l'ente pubblico sia socio di maggioranza, ciò con inevitabili ricadute sulla disciplina e finanche sulla qualificazione della società (39).

Tutto ciò evidenziato, si osserva che la materia delle società a partecipazione pubblica è stata disciplinata, in modo parziale, con il D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175, con la finalità di limitare la proliferazione delle società con la partecipazione delle amministrazioni pubbliche (40) e di snellire, con ampie potature, il sistema delle società preesistenti.

Il D.L.vo citato introduce una normativa speciale nella materia, mante-

(39) Per una sintesi: A. GRAZIANI - G. MINERVINI - U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Morano editore, 1990, p. 208; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 75; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 100; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, cit., p. 202; P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Maggioli editore, V ed., 2012, p. 414; F. FIMMANÒ, *Il fallimento delle "società pubbliche"*, in *Gazzetta Forense*, 2013, novembre-dicembre 2013, p. 13.

(40) Ai fini del decreto in esame si intendono amministrazioni pubbliche “*le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale*” (art. 2, co. 1, lett. a).

nendo fermo il principio - diversamente la forma societaria varrebbe quanto una foglia di fico - secondo cui *“Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”* (art. 1, comma 3). Anche il consolidato orientamento giurisprudenziale è coerente con l'enunciato principio; il giudice di legittimità più volte ha affermato che *“la società a partecipazione pubblica ha autonoma soggettività, con autonomia giuridica e patrimoniale rispetto al socio pubblico, non perdendo la propria natura di ente privato per il solo fatto che il capitale sia alimentato (anche) da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, e conservando natura privata con organizzazione secondo il tipo societario di stampo civilistico, pubblico essendo soltanto il soggetto che partecipa ad esse, [...] (v. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978; Cass., Sez. Un., 15/5/2017, n. 11983; Cass., Sez. Un., 22/1/2015, n. 1159; Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806)”* (41).

Anche le società pubbliche, quindi, dovrebbero perseguire il fine di lucro giusta la connotazione civilistica di cui all'art. 2247 c.c. (*“esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili”*).

Preliminarmente vanno evidenziate le disposizioni del codice civile sulla specifica materia *de qua*, richiamate dall'art. 1 del D.L.vo n. 175/2016. Ossia:

- art. 2449 (rubricato *“Delle società con partecipazione dello Stato e degli enti pubblici”*): *“Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica. Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare*

(41) Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 11 settembre 2019, n. 22713.

categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti”;

- art. 2451 (rubricato “*Delle società di interesse nazionale*”) “*Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti*”. Tra le società di interesse nazionale ricordiamo la RAI-TV, concessionaria del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale; l'affidamento in concessione del detto servizio pubblico ha durata decennale (art. 49, comma 2, D.L.vo 31 luglio 2005, n. 177).

Ciò evidenziato, le fattispecie di società regolate - in modo specifico - dal decreto sono tre: società partecipate dall'ente pubblico, società controllate ex art. 2359 c.c. (42) da questo, società *in house*.

Restano fuori dalla disciplina specifica:

- le società quotate alle quali le disposizioni del D.L.vo n. 175/2016 si applicano, come precisa l'art. 1 comma 5, solo nei casi in cui esso le richiama espressamente (in specie: art. 18 (43)). Tanto al fine di non penalizzarle rispetto alle società quotate private;

- le società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse, per le quali restano ferme le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che le disciplinano (art. 1, comma 4). Questo è il caso della RAI e dell'Ente nazionale per l'assistenza al volo-ENAV, le cui disposizioni speciali continuano a trovare applicazione - per quanto non previsto nelle dette disposizioni - in aggiunta a quelle contenute nel D.L.vo n. 175/2016.

Il decreto si pone, quindi, come un complesso di deroghe alla disciplina delle società contenuta nel codice civile e nelle norme generali di diritto privato. Queste le principali deroghe o previsioni speciali:

a) “*Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società*

(42) Per l'art. 2, comma 1, lett. b), D.L.vo n. 175/2016 “*Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

(43) “*1. Le società controllate da una o più amministrazioni pubbliche possono quotare azioni o altri strumenti finanziari in mercati regolamentati, a seguito di deliberazione adottata ai sensi dell'articolo 5, comma 1, secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. L'atto deliberativo prevede uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata. 2. L'atto deliberativo avente ad oggetto la richiesta di ammissione alla quotazione è adottato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. [...]*”.

a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa” (art. 3, comma 1). Non vi è quindi la libertà di scelta nell’ambito dei tipi legali individuati nell’art. 2249 c.c.

b) L’oggetto sociale è intuitivamente limitato. Non può essere scelto dalle amministrazioni pubbliche in sede di costituzione della società, come per i privati, qualsivoglia oggetto sociale purché non illecito, e, quindi, anche un oggetto sociale futile.

L’attività che costituisce oggetto sociale *ex artt.* 2328 n. 3 e 2463 n. 3 c.c. individuata dalle amministrazioni pubbliche in sede di costituzione della società, può essere solo quella diretta alla produzione di beni e servizi strettamente necessaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4, comma 1). Il comma 2 precisa che “2. *Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un’opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell’articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; c) realizzazione e gestione di un’opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d’interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all’articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all’articolo 17, commi 1 e 2; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016”.*

I commi successivi prevedono, in aggiunta ai casi visti, altre attività possibili. Tra questi richiamiamo:

- il comma 3: “*Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l’utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato”;*

- il comma 7: “*Sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l’organizzazione di eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune*

per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili”;

- il comma 9-bis: *“Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'articolo 20, comma 2, lettera e). Resta fermo quanto previsto dall'articolo 16”.*

c) L'atto deliberativo, dell'amministrazione, di costituire una società a partecipazione diretta *“deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”* (art. 5, comma 1) (44). La disposizione specifica i contenuti della motivazione di cui all'art. 3 della L. n. 241/1990.

La deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società è adottata con: decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali; deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche (art. 7 comma 1).

Le regole ora enunciate in ordine all'onere della motivazione analitica e alla competenza ad adottare la deliberazione di partecipazione si applicano al-

(44) L'art. 5, commi 2 e 3, precisa che *“2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate. 3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287 [ossia: attivare i poteri di diffida e di impugnazione innanzi al giudice amministrativo, se sussistano profili di distorsione del mercato]”.*

trèsì nel caso delle vicende più significative della vita della società, ossia di modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; di trasformazione della società; di trasferimento della sede sociale all'estero; di revoca dello stato di liquidazione (art. 7, comma 7); di operazioni, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni, anche indirette, in società già esistenti (art. 8, comma 1).

Gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati con motivazione analitica, secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente, è fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto (art. 10, comma 1).

d) *“Le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività”* (art. 6, comma 1). La disposizione recepisce gli orientamenti unionistici - enunciati sulla materia degli aiuti di Stato - in ordine al principio di trasparenza allorché si tratta di valutare se le compensazioni finanziarie accordate dallo Stato ad imprese esercenti servizi di interesse economico generale siano proporzionate a quanto necessario allo svolgimento della missione di interesse generale affidata a dette imprese; a tal fine sono stati predisposti, con atti vincolanti unionistici appositi meccanismi di rilevazione contabile dei ricavi e dei costi riconducibili rispettivamente alle attività di servizio ed alle altre attività svolte in regime di libera concorrenza (45).

Inoltre, le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e valutano l'opportunità di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario con, tra l'altro, i seguenti: regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, nonché alle norme di tutela della

(45) Sul punto G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 820-824.

proprietà industriale o intellettuale; un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società (art. 6, commi 2 e 3).

e) Nelle società a controllo pubblico - tanto società per azioni, quanto società a responsabilità limitata - in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409 del codice civile, ciascuna amministrazione pubblica sociale, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale.

f) Circa la gestione delle partecipazioni pubbliche l'art. 9 dispone per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale; per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni; per le partecipazioni di enti locali i diritti del socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato; in tutti gli altri casi i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente. La violazione delle o delle disposizioni non determina l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato.

g) L'art. 11 detta regole peculiari in ordine agli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico, tra cui:

- l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico. Ciò al fine di efficienza e di risparmio di spesa. L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile. La delibera è trasmessa alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, e alla struttura competente per l'indirizzo, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del presente, individuata nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze, di cui all'articolo 15;

- nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico, le amministrazioni assicurano il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno;

- con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società a controllo pubblico sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per le società controllate dalle regioni o dagli enti locali, il decreto di cui al primo periodo è adottato previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico. Va rilevato che questo importante decreto, a tre anni dalla entrata in vigore del D.L.vo n. 175/2016 non è stato ancora emanato;

- gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti;

- coloro che hanno un rapporto di lavoro con società a controllo pubblico e che sono al tempo stesso componenti degli organi di amministrazione della società con cui è instaurato il rapporto di lavoro, sono collocati in aspettativa non retribuita e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza, salvo che rinuncino ai compensi dovuti a qualunque titolo agli amministratori;

- restano ferme le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39;

- agli organi di amministrazione e controllo delle società *in house* si applica il decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444 in tema di *prorogatio*.

h) La responsabilità dei componenti degli organi delle società partecipate è regolata dall'art. 12, il quale enuncia che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali. All'evidenza, la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta; da ciò consegue la responsabilità dei componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, pur quando di-

rettamente designati dal socio pubblico, nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, nei medesimi termini - contemplati dagli artt. 2392 c.c. e segg. - in cui tali diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsivoglia altra società privata (46).

Eccezione, prevista dall'art. 12, a tale regola è la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house* (47). Come si illustrerà di seguito, la società *in house*, è, nella sostanza, una articolazione interna alla P.A.; di conseguenza, l'attività dell'ente e dei suoi organi - i quali sono assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla P.A. - non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una autonomia soggettività ma resta sostanzialmente imputata alla P.A. medesima, sicché gli amministratori e i dipendenti della società sono legati alla P.A. da un vero e proprio rapporto di servizio, non diversamente da quanto accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico. Quindi, il danno dai medesimi arrecato rileva come danno al patrimonio dell'ente pubblico, seppure formalmente separato dallo schermo societario, il che radica la giurisdizione della Corte dei conti sulla relativa azione di responsabilità (48).

La suindicata ipotesi eccezionale in cui è configurabile la giurisdizione della Corte dei Conti ricorre, quindi, allorquando l'ente pubblico viene danneggiato dall'azione illecita non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente (49).

i) La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica è regolata dall'art. 14. Due in particolare sono gli aspetti significativi:

- ponendo fine ad un contrasto dottrinale e giurisprudenziale il primo

(46) Conf. Cass. n. 22713/2019 cit.

(47) Il comma 2 dell'art. 12 precisa che “*Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*”.

(48) Conf. Cass. n. 22713/2019 cit.

(49) Cass. n. 22713/2019 cit. evidenzia che la stessa situazione ricorre anche nel caso delle c.d. società legali: “*Quanto alle società legali, lo speciale Statuto di talune società partecipate che svolgono attività amministrativa in forma privatistica consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici, e giustifica pertanto la giurisdizione della Corte dei Conti. L'affermazione, ricorrente nelle pronunce relative alla società Rai s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 9/5/2011, n. 10063; Cass., Sez. Un., 22/12/2009, n. 27092), Enav s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 3/3/2010, n. 5032), Anas s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 9/7/2014 n. 15594), SCR Piemonte s.p.a. (v. Cass., Sez. Un., 5/12/2016, n. 24737) e società Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. (v. Cass., Sez. Un., 15/5/2017, n. 11983) poggia su plurimi e specifici indici (quali la designazione della società come concessionaria ex lege, la sottoposizione a penetranti poteri di vigilanza ad opera dell'apparato statale, la previsione di un canone con natura d'imposta per i servizi erogati all'utenza) dai quali si inferisce la peculiare natura dell'ente e la necessità di applicare un regime sui generis (v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978). In tali ipotesi si è in presenza di un cosiddetto danno erariale, in quanto il danno è provocato al patrimonio dell'ente pubblico*”.

comma consente di sottoporre le società pubbliche alle procedure concorsuale (*“Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39”*);

- viene posta una disciplina tendente ad evitare aiuti pubblici a società partecipate. Ciò per non alterare il meccanismo della libera concorrenza di mercato. Si dispone che qualora emergano, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento. Si precisa che non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato anche in deroga al comma 5. Il comma 5 dispone: *“Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (50), non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico*

(50) L'art. 1, commi 2 e 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 così dispongono: *“2. Ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono, per l'anno 2011, gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in data 24 luglio 2010, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 171, nonché a decorrere dall'anno 2012 gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dal predetto Istituto nell'elenco oggetto del comunicato del medesimo Istituto in data 30 settembre 2011, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 228, e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea, le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. 3. La ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre”*.

interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma”.

l) La gestione del personale delle società pubbliche è disciplinata dall'art.

19. Queste le disposizioni fondamentali:

- ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa e dai contratti collettivi, ossia quella ordinaria;

- le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del D.L.vo n. 165/2001 (51). In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del D.L.vo n. 165/2001. Salvo quanto previsto dall'articolo 2126 c.c., ai fini retributivi, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure ora descritte, sono nulli. Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale.

La disposizione impone, nella sostanza, il meccanismo concorsuale e all'evidenza, mira ad evitare elusioni del detto meccanismo, richiesto dall'art. 97 della Costituzione per le assunzioni nella Pubblica Amministrazione. Una

(51) Il quale così dispone: “Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali; [...] e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento, il possesso del titolo di dottore di ricerca, che deve comunque essere valutato, ove pertinente, tra i titoli rilevanti ai fini del concorso”.

P.A. che voglia assumere amici e sodali, non potendo provvedervi atteso il principio costituzionale, crea un distinto soggetto, da essa controllato, per procedere a tanto. Al fine di evitare tale abuso il meccanismo concorsuale si applica anche al caso che l'organizzazione pubblica assuma forme privatistiche, come nel caso in esame;

- le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le società a controllo pubblico garantiscono il concreto perseguimento degli obiettivi fissati dalle amministrazioni pubbliche socie tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello.

m) Onde evitare la proliferazione di enti inutili è disciplinata, all'art. 21, la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche. All'uopo le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente - entro il 31 dicembre - con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione. I piani di razionalizzazione, corredati di un'apposita relazione tecnica, con specifica indicazione di modalità e tempi di attuazione, sono adottati ove, in sede di analisi periodica, le amministrazioni pubbliche rilevino: a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4; b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.

La titolarità e la gestione delle partecipazioni azionarie dello Stato in tutte le società - con l'eccezione di quelle bancarie scaturenti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, nelle quali titolare delle azioni è la Fondazione - da questo partecipate spetta al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

In base all'entità della partecipazione del socio pubblico, le società vanno

distinte in società a partecipazione mista pubblico-privata e in società *in house*. Tali società, oltre alla disciplina specifica innanzi esposta, sono sottoposte ad ulteriori regole, in ragione dei loro connotati.

Le società a partecipazione mista pubblico-privata sono disciplinate all'art. 17 del decreto. Questa la disciplina fondamentale:

- nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista. Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione;

- la durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione;

- nelle società a partecipazione mista pubblico-privata : a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci; c) gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato; d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-*bis*, primo comma, del codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita;

- alle società in esame che non siano organismi di diritto pubblico, costi-

tuite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

7. (segue) *Enti privati partecipati da enti pubblici. In specie le società in house.*

Le società *in house* sono disciplinate, oltreché dalle disposizioni specifiche innanzi indicate, anche dall'art. 16 del decreto, che - nella sostanza - recepisce e sistematizza gli orientamenti giurisprudenziali, nazionali ed unionistici, sulla materia.

La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 - *Teckal*, che ha esaminato il problema dell'applicabilità delle regole della gara in materia di appalti nella evenienza che la committente sia una P.A. e che aggiudicatario sia una società partecipata dalla prima. All'uopo la Corte ha affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi ed il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi "terzo" rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture. Ciò in quanto nel caso di specie ricorre un rapporto organico (o di delegazione interorganica), venendo a mancare la qualità di terzo in capo al soggetto affidatario. La delega interorganica e il conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice rendono allora lo svolgimento della prestazione una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione.

Questa la disciplina fondamentale contenuta nel citato art. 16.

Connotati delle società *in house* sono due: a) l'oggetto sociale, per la quasi totalità, consiste nello svolgimento dei compiti ad esse affidati, mediante contratti pubblici, dall'azionista ente pubblico; b) l'azionista può essere solo

una o più amministrazioni pubbliche. L'ente pubblico esercita su di esse il controllo analogo (se più sono gli azionisti enti pubblici, questi esercitano su di esse il controllo analogo congiunto). È ammessa la partecipazione di capitali privati solo se prevista da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Ai fini della realizzazione del descritto assetto organizzativo: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-*bis*, primo comma, del codice civile.

Gli statuti delle società *in house* devono prevedere inoltre che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

L'art. 4, comma 4, D.Lvo n. 175/2016 dispone, poi, che le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2.

Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del decreto legislativo n. 50 del 2016 in ordine all'acquisto di lavori, beni e servizi.

L'art. 5 del D.L.vo n. 50/2016 dà rilevanza giuridica al dato sostanziale che la società *in house* è una articolazione dell'amministrazione controllante, una *longa manus*: nella sostanza non vi è una alterità giuridica. Sicché laddove l'amministrazione affida l'esecuzione di un'opera o un servizio alla propria partecipata non deve applicarsi la disciplina sugli affidamenti pubblici. Pertanto l'articolo citato enuncia che una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione

aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi (52); c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Il comma 2 del D.L.vo statuisce che *“Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”*.

L'eccezione alla regola dell'affidamento pubblico vale altresì nel caso di controllo congiunto, da parte di più amministrazioni aggiudicatrici o più enti aggiudicatori, sulla società *in house* in presenza delle condizioni indicate nel comma 5 dell'art. 5.

L'art. 192 del D.L.vo n. 50/2016 sottopone a precise condizioni l'affidamento diretto di commesse da parte dell'amministrazione partecipante alla società *in house*, onde evitare che il detto affidamento sia antieconomico. La disposizione, al comma 2, pertanto enuncia: *“Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”*. L'indicata disposizione ha altresì istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 5; l'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto.

Delineato il quadro normativo, cosa è dato desumere? La società *in house*

(52) Per determinare la percentuale delle attività *“si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione”* (art. 5, comma 7).

è una “vera e propria” società oppure è una articolazione nell’ambito di un ente pubblico (azionista di essa società) o è un ente pubblico distinto dall’azionista pubblico?

A grandi tratti, un primo orientamento ritiene che la scelta della P.A. di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta; sicché la scelta di gestire un servizio pubblico essenziale, utilizzando il modello della società di capitali, anziché l’azienda speciale o la concessione a terzi, comporta l’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale in pieno, qualsiasi sia l’attività economica svolta ed a prescindere dalla relativa collocazione in un mercato concorrenziale, e non solo i vantaggi derivanti dalla segregazione patrimoniale.

Altro orientamento, diversamente, esaltando gli aspetti sostanziali ed altresì l’attività di tali società ha riqualificato esse società come ente pubblico o le ha qualificate come mere articolazioni interne all’ente azionista, ossia mero patrimonio separato dell’ente pubblico e non distinto soggetto giuridico.

Dal delineato quadro normativo si evince che la società *in house* non è da qualificare, in via esclusiva, come soggetto di diritto privato e neppure come un autonomo ente pubblico. La società *in house* si immedesima con l’ente pubblico partecipante; vi è un rapporto di non alterità della società *in house* rispetto all’ente per il quale svolge funzioni ancillari, compatibilmente con il possesso della persona giuridica. Difatti:

- la società *in house*, non è un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico, atteso che quest’ultimo ne dispone come di una propria articolazione interna;

- la società non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l’affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo;

- l’ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa;

- l’uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; tuttavia di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è possibile parlare;

- non risultando possibile configurare un rapporto di alterità tra l’ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, la distinzione tra il patrimonio dell’ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità;

- l’ente pubblico esercita sulla società un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni.

All'evidenza, il dato insopprimibile nelle società *in house* è che queste curano interessi pubblici a mezzo di risorse della collettività. La forma societaria costituisce principalmente un mezzo per agire in modo snello, mezzo che deve essere, tuttavia, coerente con i dati sostanziali.

La personalità giuridica della società *in house* rileva ai fini della separazione patrimoniale, ai fini della reciproca insensibilità delle vicende patrimoniali interessanti la società ed il socio. Sicché nell'ipotesi del ricorso alla società per azioni "*per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*" (art. 2325, comma 1 c.c.); analoga regola vale per la società a responsabilità limitata (art. 2462 comma 1 c.c.). Delle obbligazioni della società *in house* non risponde la pubblica amministrazione, socio di riferimento, bensì soltanto la società con il suo patrimonio.

Ciò in coerenza con il *proprium* dell'acquisto della personalità giuridica ed in coerenza, altresì, con la tendenza del sistema normativo contemporaneo il quale, per favorire l'iniziativa economica, mette a disposizione degli operatori variegati strumenti per limitare la responsabilità patrimoniale. Valga per tutti l'esempio del patrimonio destinato ad uno specifico affare (artt. 2447-*bis* e ss. c.c.). In tale evenienza i creditori della società per azioni - a date condizioni, anche pubblicitarie - non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato (art. 2447-*quinquies*, comma 1, c.c.); inoltre per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato (art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c.).

La qualificazione della società *in house* quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico ha importanti ricadute sulla disciplina della stessa.

Nella evenienza che la società *in house* abbia come azionista una Amministrazione Statale saranno applicabili alla stessa - in coerenza con il presupposto - le norme caratterizzanti l'organizzazione dello Stato, a meno che non vi sia una espressa deroga legislativa; ciò in aggiunta alla disciplina codicistica del tipo di società prescelta, sul rilievo che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario.

Vuol dirsi che il principio generale in materia è quello che si applica alla società la normativa relativa alla organizzazione amministrativa dello Stato senza necessità di alcuna norma di richiamo; ove vi fosse una norma di richiamo o fosse presente una disposizione che dichiara applicabili alla società determinati istituti organizzativi dello Stato, saremmo in presenza di una norma ricognitiva, senza alcuna capacità di innovare l'ordinamento giuridico, introdotta solo al fine di specificazione, di chiarezza e di evitare equivoci. Viceversa per escludere l'applicazione alla società di un istituto o di una disposizione relativa alla detta organizzazione statale è necessaria una norma primaria di deroga.

In conseguenza di quanto detto, nella evenienza che la società *in house* abbia come azionista una Amministrazione Statale saranno applicabili le norme caratterizzanti l'organizzazione dello Stato. Tra queste, si richiama:

a) la normativa sulla contabilità di Stato. Il bilancio ha ad oggetto l'attività delle Amm.ni Statali, ivi comprese le società *in house*. In tal senso, ad esempio, l'art. 4, comma 14, D.L. 13 agosto 2011 n. 138, conv. L. 14 settembre 2011, n. 148 e succ. mod. - per il quale "*Le società cosiddette «in house» affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per gli Affari Regionali, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno*" - costituisce precetto confermativo e specificativo del principio generale sopracitato;

b) la normativa sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio (R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611). Anche per le società *in house* varrà quindi la regola fissata dall'art. 1 R.D. cit. relativa alla difesa in giudizio - in via organica ed esclusiva - dell'Avvocatura dello Stato. Sicché per tutte le società *in house* aventi quale azionista una Amministrazione Statale vale la regola, a prescindere da una puntuale previsione normativa, della rappresentanza e difesa in giudizio - in via organica ed esclusiva - dell'Avvocatura dello Stato. Difatti, costituendo le società *in house* mere articolazioni interne dell'Amministrazione Statale azionista, mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico vale il precetto posto dall'art. 1 R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 per il quale "*La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato*".

I rilievi ora fatti valgono, *mutatis mutandis*, anche nel caso che socio sia una pubblica amministrazione diversa dallo Stato. Molto rilevante è il settore delle società partecipate dalle regioni e dagli altri enti locali, a mezzo delle quali viene operata la gestione dei pubblici servizi locali.

Quanto ricostruito trova conferma nella evoluzione della normativa disciplinatrice delle società in esame.

Al fine di evitare equivoci o dubbi interpretativi - sul presupposto che le società *in house* gestiscono interessi pubblici con risorse della collettività - sono state introdotte varie disposizioni dirette ad estendere regole valevoli per la P.A. alle società da questa partecipate.

Oltre alle norme sopracitate alla lettera a) in tema di bilancio, particolarmente significativo è l'art. 19 D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175, già analizzato, prescrivente procedure trasparenti, pubbliche ed imparziali in tema di reclu-

tamento del personale delle società pubbliche. La ragione dei precetti è intuitiva. Circa il limite delle assunzioni, ad esempio, questo potrebbe essere eluso dalla P.A. a mezzo di una società partecipata (53).

8. *Imprese che agiscono in settori di rilevante interesse per la collettività (cd. public utilities).*

Vi è poi una disciplina speciale relativa alle imprese che agiscono in settori di rilevante interesse per la collettività (cd. *public utilities*), contenuta nel D.L. 15 marzo 2012, n. 21, conv. L. 11 maggio 2012, n. 56. I settori sono: a) difesa e sicurezza nazionale (art. 1), ivi comprese le reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G (art. 1-*bis*); b) attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2).

Tale disciplina si applica prescindendo dalla circostanza che l'impresa è partecipata dallo Stato. La disciplina si applica a tutte le imprese, individuali e collettive. Nella pratica le imprese più rilevanti sono partecipate dallo Stato ed hanno la forma della società. Ove la società sia partecipata da un ente pubblico si applicano, ovviamente, anche le disposizioni del D.L.vo n. 175/2016.

La legge attribuisce poteri speciali allo Stato. In specie:

a) per le imprese operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale è previsto che, ove vengano in rilievo attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, possono essere esercitati i seguenti poteri speciali in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale:

- imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale;

- veto all'adozione delle delibere più rilevanti nella vita della società dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa *de qua*, quali ad esempio: fusione o la scissione della società, trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego;

- opposizione all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un'im-

(53) Per gli evidenziati rilievi: M. GERARDO, *Corollari della società in house: esclusione dal fallimento ed applicazione della normativa organizzativa relativa al socio pubblico. In specie, ove l'ente ausiliato sia una P.A., patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2014, 1, pp. 32-41.

presa *de qua* da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale.

L'art.1-*bis* del D.L. n. 21/2012 precisa che costituiscono, ai fini dell'esercizio dei poteri di cui al comma 2, attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G. Il comma 2 precisa: *“La stipula di contratti o accordi aventi ad oggetto l'acquisto di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti inerenti i servizi de quibus, ovvero l'acquisizione di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti esterni all'Unione europea, sono sottoposti all'esercizio del potere di veto o dell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni [...]”*.

b) per le imprese operanti nei settori degli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni è previsto, ove vengano in rilievo reti ed impianti, beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, con riferimento a qualsiasi delibera, atto o operazione, adottato da una società che detiene uno o più degli attivi innanzi descritti,

- il potere di veto del governo all'adozione delle delibere più rilevanti nella vita della società dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa *de qua*, espresso con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, se le delibere, atti e operazioni diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti;

- nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, da parte di un soggetto esterno all'Unione europea di partecipazioni in società che detengono gli attivi individuati come strategici, di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto, ai sensi dell'articolo 2359 c.c. e del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, l'efficacia dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione da parte dell'acquirente di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi. In casi eccezionali di rischio per la tu-

tela dei predetti interessi, non eliminabili attraverso l'assunzione degli impegni di cui al primo periodo, il Governo può opporsi, sulla base della stessa procedura, all'acquisto.

9. Enti "funzionalizzati": organismi di diritto pubblico.

Uno dei casi più rilevanti dell'influsso del diritto unionistico nel nostro ordinamento è la categoria dell'organismo di diritto pubblico, soggetto recante peculiari connotati.

La categoria in esame è finalizzata esclusivamente all'applicazione della disciplina relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, di lavori, forniture e servizi.

Si intende per organismi di diritto pubblico, qualsiasi organismo, anche in forma societaria, "1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) 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" (art. 3, comma 1, lett. d, D.l.vo 18 aprile 2016, n. 50). Atteso il tenore della norma i tre requisiti debbono esistere in modo cumulativo.

Da un punto di vista formale l'organismo di diritto pubblico è un soggetto privato, tuttavia il collegamento "forte" - diretto o indiretto - con un ente pubblico di riferimento comporta che, limitatamente all'aggiudicazione dei contratti di appalto, esso è assimilato ad una pubblica amministrazione (54), sicché ove agisca quale committente va applicata la disciplina relativa all'aggiudicazione dei contratti pubblici, organismi di diritto pubblico.

Al di fuori di tale settore l'ente resta, in tutto e per tutto, una persona giuridica di diritto privato.

10. Conclusioni.

Dalla ricognizione innanzi operata si evincono le profonde trasformazioni, nel corso dell'ultimo trentennio, della diretta presenza degli enti pubblici nell'economia.

Causa l'influsso della disciplina comunitaria, della crisi economica, delle gestioni deficitarie delle imprese-organo e delle imprese-enti pubblici, della trasformazione complessiva della macchina amministrativa italiana, ormai il

(54) Difatti l'art. 3, comma 1, lett., D.L.vo n. 50/2016) enuncia che per "amministrazioni aggiudicatrici", si intende non solo le amministrazioni dello Stato, ma anche - tra gli altri - gli organismi di diritto pubblico.

modo normale della diretta presenza del pubblico nell'economia quale operatore è quello della partecipazione societaria.

Risulta ancora carente una disciplina organica sulle società partecipate dagli enti pubblici, atteso che - come sopra rilevato - quella contenuta nel D.l.vo n. 175/2016 è incompleta.

Recenti sviluppi dell'innovazione tecnologica nel mondo del diritto

*Gaetana Natale, Antonio Grumetto**

SOMMARIO: 1. Il processo di digitalizzazione e i suoi riflessi nel diritto - 2. Vantaggi e criticità delle nuove tecnologie - 3. Responsabilità amministrativa nei casi in cui le decisioni vengano adottate da un algoritmo - 4. Vantaggi della blockchain in materia di contratti pubblici.

1. Il processo di digitalizzazione e i suoi riflessi nel diritto.

L'innovazione tecnologica rappresenta oggi per il giurista l'indice di evoluzione sistematica sia del diritto civile sia del diritto amministrativo, ponendo *in primis* nella scienza ermeneutica un quesito di fondo: fino a che punto la tecnologia può influire e modificare le categorie giuridiche nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nella carte costituzionali nazionali (cd. *Grundnorm*) e sovranazionali? In altri termini, l'adeguamento interpretativo delle categorie giuridiche alle categorie informatiche o algoritmiche sta configurando un vero e proprio "diritto digitale" attraverso quella che da più parti viene definita la "tecnificazione dei principi" (1), immanenti in un ordinamento giuridico, in quanto fonti metagiuridiche con funzione normogenetica?

Per rispondere a questo quesito di fondo occorre descrivere sul piano normativo lo stato dell'arte in materia di digitalizzazione ed evidenziare le problematiche emerse dalla casistica giurisprudenziale.

Il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per lo svolgimento dell'attività amministrativa è al centro del dibattito mondiale ed europeo (2) da circa un ventennio.

Con la "terza rivoluzione industriale" (3) il mondo in cui viviamo è profondamente cambiato: i personal computer in pochi anni sono entrati nelle case

(*) Avvocati dello Stato.

Lo studio che si pubblica sviluppa la relazione tenuta in due Convegni, uno dell'11 settembre 2019 presso il Centro Alti Studi per la Difesa (CASD), l'altro presso la Confindustria alla presenza del Capo di Stato Maggiore della Difesa, in tema di Innovazione Digitale.

(1) L'espressione è presa da S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIO (a cura di) "La tecnificazione", 2016.

(2) Già nel maggio 2010 la Commissione Europea ha lanciato l'Agenda Digitale Europea che definisce gli obiettivi da perseguire per lo sviluppo dell'economia e della cultura digitale nell'ambito della Strategia Europea 2020.

(3) La terza rivoluzione industriale è spesso definita come "rivoluzione digitale" o "informatica" in quanto ha avuto scaturigine dalla creazione di semiconduttori negli anni Sessanta e ha visto lo sviluppo, negli anni Settanta e Ottanta, dei personal computer e, negli anni Novanta, della rete internet. Cfr. K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli Editore, Milano, 2016, pag. 20.

delle persone e hanno rivoluzionato le modalità di comunicazione tra i soggetti (4). Grazie all'impiego di questi strumenti, inoltre, la conoscenza è divenuta a "portata di mano" e chiunque, con il mero ausilio di una connessione internet, può accedere in pochi secondi alle informazioni di cui necessita.

L'avvento della nuova società tecnologica non poteva non incidere sull'operato della Pubblica Amministrazione.

È proprio grazie al repentino diffondersi delle ICT (*Information and Communications Technology*) che il Legislatore ha sentito l'esigenza di creare un'Amministrazione al passo con i tempi, così da poter trarre tutti i vantaggi derivanti dall'utilizzo della digitalizzazione.

La principale fonte normativa di tale processo di ammodernamento è rinvenibile nel Codice dell'Amministrazione Digitale (di seguito anche solo CAD), introdotto con il D.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, di recente modificato ad opera del D.lgs. 13 dicembre 2017 n. 217.

Tale Codice ha sancito espressamente il principio del "*Digital first*", introducendo all'art. 2 l'obbligo per le Amministrazioni di assicurare "*la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale*" (5).

La Corte Costituzionale dal canto suo ha ulteriormente avvalorato tale principio, stabilendo nella nota sentenza n. 251/2016 che le prestazioni e i servizi digitali debbano considerarsi *Lep*, ossia livelli essenziali delle prestazioni rientranti nella competenza esclusiva statale *ex art. 117, comma 2, lett. m)* della Costituzione.

La complessità delle situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo in tale delicata materia ha indotto il Legislatore a prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel caso in cui tale diritto fondamentale, scaturente dal principio del "*digital by default*", venga compreso (art. 1, comma 1-*ter* del CAD) (6).

Dunque, anche l'Amministrazione si è dovuta dotare di strumenti digitali per lo svolgimento della propria attività.

Il CAD ha richiesto l'introduzione di tecnologie quali la posta elettronica certificata, l'identità digitale, i pagamenti elettronici e, soprattutto, ha previsto il diritto dei cittadini di partecipare al procedimento amministrativo con modalità informatizzate.

(4) La relazione annuale dell'AGCM per l'anno 2017 ha evidenziato che in Italia il 90,7% delle famiglie nelle quali vi è almeno un minore ha a disposizione una connessione a banda larga fissa e mobile, mentre tale dato scende al 20,7% per le famiglie formate unicamente da infra-sessantacinquenni.

(5) Per un commento recente sul Codice dell'amministrazione digitale, aggiornato alle ultime modifiche, v. C. BOCCIA, C. CONTESSA, E. DE GIOVANNI, *Codice dell'Amministrazione Digitale*, La Tribuna, ed. 2018.

(6) V. C. BOCCIA, C. CONTESSA, E. DE GIOVANNI, *Codice dell'Amministrazione Digitale*, cit., pag. 50.

Tale diritto, previsto dall'art. 4 del codice, permette ai cittadini di accedere alle informazioni detenute dalla PA mediante strumenti informatici, nonché di inviare tutti i documenti necessari con modalità telematiche.

In alcuni casi, la modalità telematica non costituisce una mera modalità operativa o un formalismo giuridico, ma lo stesso elemento di configurabilità del provvedimento amministrativo. Si pensi alla SCIA (Segnalazione Certificata di Inizio di Attività) per la quale è richiesto l'invio della segnalazione al SUAP (Sportello Unico delle Attività Produttive) unicamente con modalità digitali (v. TAR Bari sentenza 16 ottobre 2015 n. 1330 (7)), pena l'impossibilità di ritenere sussistente un silenzio-assenso sull'attività intrapresa.

Il Codice dell'Amministrazione Digitale ha, quindi, segnato il primo passo verso la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e tale Codice, per quanto non sia stato ancora completamente attuato, rappresenta il livello minimo di informatizzazione richiesto oggi alle Amministrazioni.

Infatti, l'attuazione del D.lgs. n. 82 del 2005 ha trovato non poche resistenze nella mancanza di risorse economiche e nella scarsa formazione in materia di digitalizzazione dei funzionari e dei cittadini.

Secondo l'indice DESI (*Digital Economy and Society Index*) l'Italia si posiziona nella parte più alta della classifica degli Stati europei in relazione all'offerta di servizi pubblici digitali, mentre in riferimento all'utilizzo effettivo di tali strumenti da parte dei cittadini il nostro Paese è tra gli ultimi (8).

Al fine di perseguire gli obiettivi individuati dall'Agenda Digitale Europea, il Governo italiano ha adottato la strategia per la crescita digitale 2014-2020 e, nel 2017, il piano triennale per l'informatica nella PA. Quest'ultimo prevede una maggiore diffusione degli strumenti già disponibili nel nostro Paese quali il Sistema Pubblico di Identità Digitale, il Fascicolo Sanitario Elettronico, la fatturazione elettronica, il PagoPA, il Digital Security (CERT-PA) (9), *cloud computing*, gli *open data*, e l'SPC (Sistema Pubblico di connettività). Si pensi, nell'ambito delle previsioni del nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lgs. n. 50 del 2016 (10) all'*E-Procurement*, agli appalti elettronici *end-to-end*, al MEPA (Mercato Elettronico della Pubblica amministrazione), allo SDAPA (Sistema dinamico di acquisizione della Pubblica am-

(7) Per un commento approfondito alla decisione, v. M. DEODATI, *Il nuovo procedimento amministrativo digitale*, Maggioli, ed. 2017, pagg. 169 ss.

(8) Tale dato è confermato, altresì, dall'Eurostat dal quale emerge che, nonostante la maggioranza degli italiani richieda una maggiore snellezza nei rapporti con la pubblica amministrazione, i servizi pubblici digitali vengono utilizzati solo dal 13% dei cittadini a fronte di una media europea pari al 30%.

(9) Ossia una struttura che opera all'interno dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID) con l'obiettivo di fronteggiare e prevenire gli incidenti di sicurezza informatica.

(10) Modificato dal c.d. Decreto Sblocca Cantieri, decreto - legge n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019, su cui, in modo approfondito, si v. DE NICTOLIS, *Le novità del D.L. Sblocca cantieri*, in *Riv. Urbanistica e appalti*, n. 4 del 2019, pag. 443.

ministrazione), alle altre piattaforme telematiche di negoziazione, alle aste elettroniche, al catalogo elettronico.

Di recente, il c.d. Decreto Semplificazioni (11) ha, altresì, previsto un espresso riconoscimento giuridico delle tecnologie della *Blockchain* e degli *Smarts Contracts*.

Ciò detto, giova evidenziare che le novità in materia di digitalizzazione della Pubblica amministrazione sopradescritte debbono essere considerate ormai come un dato di fatto all'interno di un paese sviluppato e che il dibattito europeo e mondiale si è spostato verso nuovi orizzonti.

Negli ultimi anni si è passati a parlare di una “*quarta rivoluzione industriale*”, che realizza il passaggio dalla interconnessione degli esseri umani mediante l'impiego delle nuove tecnologie all'interconnessione di quest'ultime tra di loro (12). Se fino a pochi anni fa le ICT erano viste come uno strumento idoneo a rendere più rapido l'operato dell'uomo, i nuovi algoritmi tentano di riprodurre interamente il funzionamento della mente umana così da permettere la realizzazione automatizzata di numerose attività.

In ambito amministrativo sono molteplici gli studiosi che auspicano la realizzazione di procedimenti amministrativi quasi interamente automatizzati, nei quali sia ridotto al minimo l'intervento dell'uomo (13). Ciò soprattutto per permettere ai funzionari di concentrarsi esclusivamente sulle mansioni più complesse, che per loro natura richiedono l'intervento dell'essere umano; nonché di tralasciare quelle attività ripetitive e sequenziali che possono essere più efficientemente svolte da un elaboratore.

Sono molteplici i vantaggi che deriverebbero dall'impiego di dispositivi intelligenti all'interno del procedimento amministrativo. In particolare, oltre alla maggiore celerità dell'agire amministrativo, il corretto utilizzo di tali strumenti garantirebbe un passo in avanti nel perseguimento degli obiettivi di imparzialità, trasparenza, buon andamento, efficienza ed economicità.

Non mancano però aspetti di criticità dell'impiego delle nuove tecnologie di cui il giurista deve farsi carico per coordinare l'avvento dell'innovazione con la tradizione degli istituti giuridici del nostro ordinamento.

2. *Vantaggi e criticità delle nuove tecnologie.*

Le nuove tecnologie sono “neutre” e ragionano mediante l'utilizzo di schemi logici composti da molteplici passaggi senza lasciarsi influenzare dai pregiudizi tipici dell'essere umano.

Tuttavia, ciò non basta per escludere la presenza di *bias* nei risultati da

(11) V. art. 8 *ter* del D.L. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito nella legge n. 12/2019.

(12) Cfr. K. SCHWAB, cit., pag. 21.

(13) Per una trattazione generale dell'argomento, v. M.C. CAVALLARO e G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, Federalismi.it, fascicolo n. 16/2019.

esse prodotti: i dati elaborati dalle macchine (ossia gli *input*) sono forniti dagli esseri umani e, quindi, spesso possono essere influenzati da “pre-giudizi”.

Dunque, le predizioni degli algoritmi, per quanto neutre e razionali nella fase della formazione, rischiano di fondarsi su presupposti non imparziali.

Le decisioni automatizzate, quindi, potrebbero portare a un incremento della disuguaglianza e a una maggiore discriminazione (14).

Si profila come necessaria, pertanto, l’affermazione di un “*Accountable Algorithms*”, ossia di un meccanismo automatizzato capace di qualificarsi come “*trustworthy*”, ossia altamente affidabile.

Sotto questo profilo, il bilanciamento “*Ermessen*” tra il principio di trasparenza delle decisioni della Pubblica Amministrazione e le necessarie implicazioni della tutela del diritto di privacy legato al codice sorgente è stato di recente affrontato dal Consiglio di Stato con la **sentenza n. 2270 dell’8 aprile 2019**.

Nell’ambito di una controversia relativa all’impugnazione delle proposte di assunzioni conseguente al piano straordinario di mobilità dei docenti, il Consiglio di Stato ha per un verso ammesso che in alcuni casi, come quello relativo alla “buona scuola”, il ricorso a una procedura automatizzata deve ritenersi legittimo, anzi utile e vantaggioso, poiché in presenza di procedure seriali o standardizzate consente di addivenire a una decisione in tempi più celeri, a garanzia dell’interesse pubblico e dei principi di efficienza e di buon andamento ex art. 97 Cost. D’altra parte, il Supremo Consesso afferma che “*l’utilizzo di procedure robotizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell’attività amministrativa*”. Ciò significa che, se è vero che “*l’algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico*” che si fonda su una “*regola tecnica*”, è altrettanto vero che l’atto così generato e la regola tecnica che esso incorpora, devono essere soggetti ai principi fondamentali dell’azione amministrativa, tra cui la trasparenza e la conoscibilità, nonché il pieno sindacato del giudice amministrativo, il quale deve poter valutare “*la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione*”.

Il punto è che può accadere che l’algoritmo inteso come regola tecnica, assuma un ruolo che si spinge al di là del mero presupposto tecnico su cui si fonda la decisione, potendo giungere a costituire un sistema di formazione della stessa volontà procedimentale. In altri termini l’algoritmo potrebbe costituire non solo un “*mere tool*”, ossia un elemento di esecuzione di dati e in-

(14) v. M.C. CAVALLARO e G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit., pag. 7, sull’impiego in Inghilterra di un software, denominato “Hart” a fini predittivi in materia penale.

formazioni nella fase istruttoria del procedimento amministrativo, ma anche un elemento costitutivo del provvedimento amministrativo nella fase più propriamente decisoria.

Il tema evoca il rapporto tra tecnica e amministrazione e la soluzione potrebbe essere quella che individua nel sapere tecnico e scientifico, e dunque nell'algoritmo, il presupposto tecnico della decisione amministrativa. Ma per altro verso il *quid novi* dell'algoritmo consiste nella possibilità che esso, in quanto strumento di formazione della volontà dell'amministrazione, possa sostituirsi alla decisione finale. Pertanto, sulla scorta delle argomentazioni condotte dal giudice amministrativo, come pure dalle indicazioni contenute nel recente Regolamento UE 2016/679 sulla tutela dei dati personali, appare utile provare a cogliere nella "*sequenza di passaggi elementari, univoci e non contestabili in un tempo finito (if this, then that)*" che caratterizzano un algoritmo e che, dunque, costituiscono l'essenza della decisione automatizzata, i principi fondamentali dell'ordinamento che assicurano il corretto dispiegarsi del procedimento amministrativo.

Occorre, dunque, enucleare un complesso di regole e principi che definiscano "un giusto processo tecnologico" (*technological due process*) secondo un'espressione che riassume l'esigenza che gli algoritmi che ci governano riflettano i valori fondanti e condivisi della nostra società e siano soggetti al controllo democratico. Occorre considerare come fondante il rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali della persona alla luce degli artt. 13 e 14 del Regolamento UE 2016/679, secondo cui l'interessato deve essere informato dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato e dell'art. 22 del suddetto regolamento che esclude la possibilità che la decisione sia basata unicamente sul trattamento automatizzato.

Sull'onda di tali problematiche alcuni Stati europei hanno iniziato a regolamentare l'utilizzo degli algoritmi da parte della pubblica amministrazione.

Ad esempio la Francia, con una legge del 7 novembre 2016, ha introdotto nel "codice dei rapporti tra pubblico e amministrazione" due articoli relativi all'amministrazione algoritmica.

Il primo articolo, L. 331-3-1, prevede che, nel caso in cui le decisioni individuali vengano prese sulla base di una elaborazione algoritmica, il soggetto privato deve essere informato della natura automatizzata della decisione e, a sua richiesta, la PA deve fornire maggiori informazioni circa le modalità di adozione della stessa da parte del software.

Il secondo, R. 311-3-1-2 prevede che, in caso di richiesta di accesso, la PA debba fornire in forma intellegibile il grado e le modalità di contributo dell'elaborazione algoritmica al processo decisionale, i dati trattati e le loro fonti, i parametri di trattamento applicati alla situazione della persona interessata e, se applicabile, la loro ponderazione e, infine, le operazioni eseguite dall'algoritmo (15).

Il tema centrale nella decisione automatizzata diviene, così, quello della sua “spiegabilità” (*explainability*), attraverso l’individuazione di strumenti che consentano di interpretare il codice sorgente per ricostruire i passaggi logici che lo compongono e stabilire, per questa via, i passaggi e le procedure che hanno determinato i risultati. Sotto tale profilo la spiegabilità della procedura automatizzata, la cui necessità è stata sottolineata dal Consiglio di Stato, non si allontana molto dalla necessaria motivazione del provvedimento: l’amministrazione che assume una decisione attraverso il ricorso a un algoritmo deve essere in grado di spiegare l’*iter* logico-giuridico che conduce alla decisione finale.

Trasparenza e conoscenza, o spiegabilità, della procedura automatizzata assicurano, a loro volta, un’adeguata partecipazione del privato alla procedura algoritmica.

L’esigenza è quella di evitare che l’automatizzazione della procedura possa generare un processo di *spersonalizzazione* della decisione, con un duplice effetto distorsivo: per un verso, perché impedisce la virtuosa partecipazione del privato al procedimento, in quanto manca nelle procedure automatizzate un interlocutore al quale il privato possa rivolgersi; per altro verso, perché rischia di generare una *polverizzazione* della responsabilità conseguente alla decisione assunta.

D’altra parte, se l’algoritmo si proietta nella decisione finale, sino a sostituirla del tutto, ancora di più, i profili di interesse si concentrano sulle prospettive di tutela e sulle garanzie dei privati dinanzi a una decisione pubblica assunta attraverso procedure automatizzate. In tal caso, oltre ai menzionati principi di trasparenza e partecipazione, assume particolare rilievo il “principio di responsabilità”. Su tale principio si è elaborato il concetto di illegittimo esercizio del potere che legittima l’azione di risarcimento del danno nei confronti della Pubblica amministrazione di cui all’art. 30 c.p.a.

Ma molte altre sono le problematiche che il *digital first* pone nell’ambito del diritto amministrativo.

Ci si chiede, infatti, se l’utilizzo del digitale, che consente di svolgere operazioni in tempo reale, possa incidere sulla concezione fasica del procedimento amministrativo che si sviluppa tradizionalmente secondo una scansione temporale strutturata in fasi (fase dell’iniziativa, fase istruttoria, fase decisoria e fase integrativa dell’efficacia) o se la violazione delle norme sul procedimento telematico possa ingenerare illegittimità non invalidanti, ai sensi dell’art. 21-*octies* della L. n. 241/1990.

(15) J.B. AUBY, *Le droit administratif face aux défis du numérique*, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 23 aprile 2018, pag. 835.

3. Responsabilità amministrativa nei casi in cui le decisioni vengano adottate da un algoritmo.

Un'altra criticità dell'utilizzo degli algoritmi nell'azione della PA sta nella individuazione del soggetto responsabile delle "cattive decisioni" prese dai software.

Chi è il responsabile in caso di malfunzionamenti del sistema? Lo sviluppatore o il dipendente pubblico? Oppure il *software* stesso?

Il dibattito in materia è ancora aperto sia a livello europeo che nazionale.

L'Europa si è occupata di tale aspetto con la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)).

Quest'ultima, partendo dalla considerazione secondo la quale siamo all'alba di una nuova rivoluzione industriale, ritiene necessario che gli Stati membri inizino a predisporre norme di diritto civile sulla robotica e, in particolare, si occupino della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dei robot.

Attualmente il quadro giuridico dell'UE per la responsabilità extracontrattuale prevede la cd. *responsabilità da prodotto* (secondo la quale il produttore di un prodotto è responsabile dei malfunzionamenti dello stesso) e la *responsabilità per le azioni dannose* (in virtù della quale è l'utente responsabile per i danni scaturenti dai comportamenti posti in essere in modo non conforme alle caratteristiche del prodotto).

Tuttavia, questa bipartizione mal si concilia con le caratteristiche delle nuove intelligenze artificiali: quest'ultime hanno un grado di autonomia dall'uomo sempre maggiore e sono in grado di adottare decisioni proprie.

L'Europa, riconoscendo l'esigenza di creare diverse categorie di robot autonomi intelligenti sulla base della capacità della macchina a) di acquisire in autonomia i dati direttamente dall'ambiente mediante l'utilizzo di sensori, b) di apprendere mediante l'esperienza e l'interazione con altre macchine, c) della tipologia di supporto fisico del robot e d) della capacità di adeguare il suo comportamento e le sue azioni all'ambiente, ha ritenuto di dover mitigare la responsabilità del soggetto umano in relazione ai danni arrecati dalle macchine in base alla categoria di appartenenza delle stesse. Maggiore sarà l'intervento umano nella fase della formazione della macchina e maggiore sarà la responsabilità civile dello stesso.

Tuttavia, il Parlamento non ha sciolto il *nodo gordiano* relativo al tipo di responsabilità applicabile, ossia se applicare una forma di responsabilità oggettiva del soggetto "formatore" dell'AI ovvero un approccio legato alla possibilità di gestione dei rischi da parte dello stesso.

Dall'altro lato, per risolvere la questione relativa al risarcimento patrimoniale dei danni, il Parlamento ha ritenuto auspicabile introdurre un regime di assicurazione obbligatoria per le AI al pari di quello utilizzato per le automobili.

Infine, la risoluzione richiede, altresì, il riconoscimento di uno *status* giuridico per i robot più sofisticati che li veda assimilati a persone giuridiche responsabili patrimonialmente dei danni causati; mentre per le intelligenze artificiali più basilari, che si limitino ad adottare decisioni automatizzate, è previsto il riconoscimento di una forma di personalità elettronica. A livello giurisprudenziale in Italia sul punto si è pronunciato il TAR Trento, che con sentenza n. 149 del 15 aprile 2015 ha affermato *“Orbene, osserva il Collegio come l’informatica costituisca sicuramente, per la pubblica Amministrazione, uno strumento ormai doveroso e imprescindibile, puntualmente disciplinato dall’ordinamento (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e relative norme attuative) al fine di raggiungere crescenti obiettivi di efficienza e efficacia dell’azione amministrativa. Sarebbe nondimeno gravemente errato vedere nel procedimento informatico una sorta di amministrazione parallela, che opera in piena indipendenza dai mezzi e dagli uomini, e che i dipendenti si devono limitare a osservare con passiva rassegnazione (se non con il sollievo che può derivare dal discarico di responsabilità e decisioni): le risposte del sistema informatico sono invece oggettivamente imputabili all’Amministrazione, come plesso, e dunque alle persone che ne hanno la responsabilità. Così, se lo strumento informatico determina situazioni anomale, vi è anzitutto una responsabilità di chi ne ha predisposto il funzionamento senza considerare tali conseguenze; ma v’è altresì la responsabilità, almeno omissiva, del dipendente che, tempestivamente informato, non si è adoperato per svolgere, secondo i principi di legalità e imparzialità, tutte quelle attività che, in concreto, possano soddisfare le legittime pretese dell’istante, nel rispetto, comunque recessivo, delle procedure informatiche”*.

Da ultimo, è evidente che in un mondo in cui i robot sono in grado di stipulare contratti e di dare loro esecuzione autonomamente è necessario riscrivere, altresì, la normativa relativa alla responsabilità contrattuale.

Tuttavia, per ora tale aspetto non è stato trattato dall’Unione Europea in maniera approfondita.

Si segnala, a tal riguardo, nell’ambito del nostro ordinamento nazionale il *“Libro Bianco sull’Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino”*, curato dalla *task force* promossa dall’Agenzia per l’Italia digitale, al fine di studiare le opportunità offerte dall’Intelligenza artificiale nel miglioramento dei servizi pubblici e del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini.

Di recente, sono state, altresì, adottate, dal gruppo di esperti sull’intelligenza artificiale della Commissione Europea in materia di ICT, le *Linee Guida Etiche per una Intelligenza Artificiale Affidabile*, le quali prevedono una lista non esaustiva dei requisiti minimi dell’intelligenza artificiale. In particolare, gli sviluppatori devono garantire: la possibilità di controllo e di supervisione dell’attività del computer da parte dell’essere umano, il rispetto della privacy, la sicurezza e la robustezza tecnica e il perseguimento degli obiettivi di tra-

sparenza, non discriminazione, giustizia, massimizzazione del benessere sociale ed ambientale.

La problematica ambientale diventa centrale nell'analisi della quarta rivoluzione industriale definita rivoluzione 4.0.

Le nuove intelligenze artificiali, difatti, necessitano di ingenti quantità di energia per funzionare e, vista la velocità con la quale diventano obsolete, comportano la produzione di numerosi rifiuti.

È proprio per far fronte a tali problematiche che il Parlamento europeo, con la risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione Europea, ha ribadito la necessità di instaurare un regime di economia circolare dei rifiuti elettronici e di utilizzare fonti di energia rinnovabili per permettere il loro funzionamento.

È relativamente recente la notizia che in Sardegna è stata avviata una sperimentazione per il monitoraggio del territorio attraverso satelliti radar che tra i diversi obiettivi si propone anche quello di individuare manufatti ed edifici abusivi. In particolare, la NeMea Sistemi, che dal 2015 è socia del distretto aerospaziale della Sardegna, intende calcolare un algoritmo che consentirà di misurare se i fabbricati si innalzano oppure no, offrendo alla pubblica amministrazione uno strumento formidabile per individuare abusi edilizi a tutela delle aree protette.

Volendo ampliare l'angolo visuale di un'attenta analisi giuridica non può non considerarsi che il pensiero computazionale che consente di passare dall'algoritmo al *coding* non ha inciso solo sui concetti tradizionali di procedimento e provvedimento amministrativo, ma anche sul concetto privatistico di contratto.

Si sta, infatti, ponendo in essere un mutamento genetico dello strumento contrattuale sempre più espressione di eterodeterminazione e non di autodeterminazione delle parti.

Si pensi alla figura degli *smart-contracts*: pur non essendo dei contratti in senso giuridico possono integrare atti della vicenda contrattuale, laddove gli algoritmi che li costituiscono siano programmati per il compimento di atti che costituiscono fasi (o esauriscono) la conclusione o esecuzione del contratto. È così possibile che uno *smart-contract* o più *smart-contracts* siano programmati in maniera tale da individuare quando coincidono le richieste di due o più parti (ai fini della conclusione di un contratto) ovvero per trasferire un determinato bene digitale al verificarsi di certe condizioni, avendo intercettato un algoritmo che è programmato per il pagamento, al verificarsi della medesima condizione.

Ad esempio, un protocollo può essere istruito al fine di vendere/acquistare un certo tipo di bene (es. partecipazioni azionarie) una volta che il prezzo raggiunga una certa soglia o ulteriori condizioni vengano soddisfatte (secondo la sequenza informativa dell'*if-then*).

È, altresì, possibile che uno *smart-contract* svolga un ruolo nella sola fase di esecuzione del contratto, prevedendo il pagamento *on line* una volta che il bene sia consegnato al compratore, ovvero nei rapporti di durata.

Una delle più note manifestazioni di *smart-contract* sono quelle che applicano un registro decentralizzato ai rapporti di scambio costituite dalla *blockchain*, che è la tecnologia alla base del software-protocollo *bit-coin* per il trasferimento moneta/valore digitale.

La *Blockchain* è una piattaforma senza intermediari - e perciò decentralizzata, priva di sorveglianza o intervento di terzi sulle operazioni - per la conclusione, formalizzazione e gestione di rapporti di scambio digitali (ambiente informatico dematerializzato) di beni dematerializzati. Il controllo è decentralizzato grazie ad un *data base* pubblico e condiviso da tutti: i *minier* del *network* rappresentati da tutti gli utenti del *Bitcoin*.

Il sistema di registri decentralizzati opera come un sistema di contabilità: i blocchi di operazioni vengono man mano validati ed eseguiti con una tempistica serrata di 10 minuti, in maniera tale da non poter essere modificati dopo questo intervallo.

Oltre alla pseudonimia degli utenti, l'utilità di questo registro decentralizzato sta nel fatto che, tramite la piattaforma, qualsiasi bene virtuale o tangibile, ma rappresentato digitalmente, può essere trasferito mediante la stessa ed è registrato in maniera indelebile. Questa tecnologia veloce riduce i rischi di errori dell'intermediario.

Se si guarda al funzionamento della *blockchain* dalla prospettiva delle vicende giuridiche della fase esecutiva, appare evidente che l'automazione delle operazioni riduce il rischio di inadempimento implicito nella conclusione del contratto. L'esecuzione viene affidata ad una rete e non può essere influenzata una volta lanciato lo *smart-contract* nella *blockchain*.

L'automazione può inerire esclusivamente alla formazione di un contratto: ciò si realizza qualora un algoritmo sia impiegato nella definizione del contenuto contrattuale, ossia nella definizione delle obbligazioni delle parti prima o dopo la conclusione del contratto (cd. *gap filler*).

Si parla a tal proposito di *Self-driving contracts*, allorquando le parti individuano un obiettivo comune, lasciando all'algoritmo, che in questo caso è una forma di intelligenza artificiale (*analytics*), il compito di definire il contenuto del contratto.

Un esempio del genere è già chiaro in quelle assicurazioni in cui il premio varia a seconda dello stile di guida per come monitorato dall'applicazione per smartphone che permette di conoscere l'esatta posizione del veicolo, la sua velocità e la quantità dei chilometri percorsi. Allo stato attuale, la valutazione tramite *analytics*, tuttavia, non modifica automaticamente il contenuto/oggetto del contratto. Un punteggio elevato corrisponde ad una certificazione di basso profilo di rischio e se l'assicurazione decide di inserire la valutazione nel cal-

colo della tariffa, il cliente usufruisce di uno sconto al momento del rinnovo della polizza. Abbiamo, poi, i contratti cd. *High Frequency Trading* o *Dynamic Pricing*, come il servizio *Amazon's Dash Replenishment*. Quest'ultimo consente a dispositivi tra loro connessi tramite sensori di ordinare beni su Amazon, quando lo stesso si stia esaurendo presso l'utente del servizio.

Alla luce degli esempi sopradescritti, il giurista non può non chiedersi fino a che punto l'intelligenza artificiale possa riprodurre il processo decisionale dell'uomo, atteso che il contratto è la sede naturale dell'autonomia delle parti.

Ci si chiede se l'algoritmo possa costituire una dichiarazione contrattuale tacita, ovvero costituire un inizio di esecuzione valevole alla conclusione del contratto o al compimento di altro atto esecutivo.

Più critico è il problema del malfunzionamento del programma e del governo della responsabilità.

Tale tematica è presente anche nell'ambito del diritto amministrativo come sopra esposto, ma nell'ambito del diritto civile assume delle connotazioni particolari.

Il malfunzionamento dell'algoritmo va valutato nell'ambito della distribuzione del rischio contrattuale in un'accezione ampia che non si riduce alla gestione delle sopravvenienze, ma al rischio di inadempimento e diminuita soddisfazione economica dell'affare.

Il malfunzionamento dell'algoritmo rientrerebbe nel caso fortuito o nel generale concetto del rischio nell'attività di impresa che pone la responsabilità su una valutazione fondata sulla colpa, imprescindibile elemento soggettivo da valutare ai fini dell'inadempimento qualificato della prestazione.

Occorrerebbe *de iure condendo* distinguere in base al grado di autonomia dell'agente (*rectius*: algoritmo), *se mere tool* o dotato di *ability to learn and decide*.

Quest'ultima prospettiva è stata fatta propria dalla recente Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017 recante Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica che, come sopra esposto, pone non solo un problema di riconoscimento della personalità elettronica per i robot autonomi e decisionali, ma anche di responsabilità contrattuale delle macchine.

Ma il vero banco di prova del processo di digitalizzazione nella sua componente di interconnessione, interoperabilità e cooperazione applicativa è rappresentato dagli appalti pubblici.

Occorre, infatti, considerare che il rivoluzionario processo di digitalizzazione dell'Amministrazione non poteva non investire uno dei settori nevralgici dell'agire amministrativo: i contratti pubblici.

È proprio all'interno di tale settore che l'esigenza di digitalizzazione si fa sentire maggiormente: l'*E-Public Procurement* è visto a livello europeo come uno degli strumenti atti a risolvere le problematiche endemiche della

contrattazione pubblica, quali la corruzione, la scarsità dei controlli sull'utilizzo delle risorse da parte delle Amministrazioni e la limitata concorrenza tra le imprese nel mercato delle commesse pubbliche.

A conferma del ruolo centrale delle ICT nella riduzione dell'inefficienza delle procedure di affidamento troviamo la normativa europea e italiana degli ultimi venti anni.

Le numerose riforme in materia, che hanno più volte modificato la disciplina di settore negli ultimi anni sono connesse tra di loro da un filo conduttore comune: ossia, la spinta verso la "digitalizzazione" della procedura di aggiudicazione.

Lo Stato italiano è stato precursore nel settore delle gare elettroniche: già nel 2000 il Consiglio dei Ministri adottò il Piano Nazionale per l'*e-Government* che al punto n. 12 (Azione 12 con un richiamo alla legge finanziaria del 2000 L. n. 488/1999) pose le basi per la realizzazione di un sistema elettronico di approvvigionamento.

Il sistema si fondava su due pilastri importanti: la pubblicazione dei bandi di gara per via telematica, così da permettere a un maggior numero di privati di averne conoscenza, e l'attivazione di un'asta telematica permanente in cui domanda e offerta potessero incontrarsi in tempo reale, garantendo alla Pubblica Amministrazione le migliori condizioni contrattuali.

Successivamente intervennero le direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/CE (dette direttive di terza generazione) che, rispettivamente ai considerando nn. 13 e 21, evidenziavano la necessità di creare una procedura di affidamento elettronica al passo con lo sviluppo tecnologico dei Paesi europei, con l'obiettivo di gestire in maniera ottimale le risorse dell'Amministrazione.

Nello specifico, la Direttiva 2004/18/CE promuoveva l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione nell'ambito degli appalti, introducendo una serie di tecniche di acquisto elettronico quali il Sistema Dinamico di Acquisizione, le aste elettroniche e i cataloghi elettronici.

Tale direttive furono recepite in Italia con il primo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), il quale prevedeva, tra l'altro, la pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara in rete, nonché la trasmissione degli stessi mediante procedura elettronica alla Commissione Europea, il ricorso all'asta elettronica come strumento per l'aggiudicazione di contratti che non avessero ad oggetto prestazioni intellettuali e l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione.

Più di recente, nel 2014, sono state adottate dall'Unione Europea le direttive di c.d. "*quarta generazione*" (2014/23/UE sui contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari e 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali) che prevedono l'utilizzo dei mezzi telematici e informatici come strumenti ordinari del processo di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Queste direttive, oltre ad affinare ed estendere l'ambito di applicazione dei vecchi strumenti, quali aste elettroniche, i cataloghi elettronici e il Sistema Dinamico di Acquisizione, introducono nuovi elementi quali il Documento di gara Unico Europeo o il Registro Online dei Certificati (*e-certis*).

L'obbligo di gestire gli appalti mediante strumenti elettronici deve essere introdotto in maniera graduale nel nostro ordinamento e, segnatamente, le Direttive europee hanno previsto dei termini ultimi per la realizzazione degli obiettivi di medio termine.

In particolare, tutti gli Stati membri avrebbero dovuto garantire: entro marzo 2016 la notifica elettronica dei bandi e degli avvisi e l'accesso elettronico ai documenti del bando di gara; entro marzo 2017 la presentazione esclusivamente con mezzi elettronici delle offerte per le centrali di committenza ed entro settembre 2018 tale ultimo obbligo avrebbe dovuto essere esteso a tutte le amministrazioni aggiudicatrici.

Le direttive sono state recepite nel nostro Stato con il D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che rafforza l'utilizzo delle ICT in materia di appalti e all'art. 44 prevede la digitalizzazione delle procedure di affidamento. Tale articolo non è stato modificato dal Decreto Sblocca-Cantieri, ma, come sopra esposto, prevede la digitalizzazione della sola fase di affidamento dei contratti pubblici, escludendo, quindi, la fase di pianificazione, programmazione e progettazione e quella successiva all'aggiudicazione dell'esecuzione del contratto.

L'Agenzia per l'Italia Digitale ha dedicato il punto 6 del Piano Triennale per l'Informatica della Pubblica Amministrazione 2019-2021 all'*e-procurement* e ha disposto un piano di azione volto a realizzare un "*quadro complessivo delle procedure telematiche di acquisto e di negoziazione delle PA e delle banche dati necessarie al funzionamento dei processi di procurement*". A tal fine l'AGID ha, inoltre, istituito un gruppo di lavoro in tema di procedure telematiche di acquisto che ha prodotto un documento di supporto per la stesura del Decreto Ministeriale di cui all'art. 44 del predetto Codice dei Contratti Pubblici.

Dall'altro lato, la Commissione Europea con una serie di Comunicazioni destinate al Parlamento Europeo e al Consiglio (COM(2012)179 e COM(2017)572) ha più volte auspicato la realizzazione dei cd. "*appalti elettronici end to end*", ossia di una "*procedura per gli appalti elettronici interamente automatizzata, in cui tutte le fasi, dalla pubblicazione (e-notification) al pagamento (e-payment) sono effettuate per via elettronica*".

Se questo è l'auspicio della Commissione Europea, occorre comprendere il livello attuale dell'informatizzazione dei contratti pubblici, chiarendone i profili applicativi.

L'art. 56 del Codice dei Contratti pubblici disciplina l'asta elettronica.

Quest'ultima non rappresenta una vera e propria procedura di gara, bensì una modalità di aggiudicazione della gara stessa attuata con l'ausilio di un di-

positivo elettronico, alla quale la Pubblica amministrazione potrà ricorrere in presenza di determinati requisiti.

L'asta elettronica, in particolare, garantisce l'automatismo nella valutazione delle offerte, e, pertanto, è necessario che le specifiche tecniche richieste siano individuate in maniera rigorosa e che possano essere verificate in via automatica. Questa procedura è idonea a soddisfare i requisiti di trasparenza, economicità e rapidità delle gare ed è volta ad ampliare il novero dei soggetti partecipanti realizzando una maggiore concorrenza. Ad esempio, le Amministrazioni sono obbligate a rendere noto in qualsiasi momento a ciascun partecipante la propria classificazione. Inoltre, mediante la valutazione numerica ed interamente automatizzata vengono ridotti i tempi di attesa e gli oneri in capo all'Amministrazione. Come, altresì, evidenziato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3042/2014, le aste elettroniche, rispetto alle gare tradizionali, permettono una maggiore adesione delle imprese *“spazialmente distanti rispetto alla sede di svolgimento delle gare”*, soprattutto grazie all'abbattimento dei costi per la partecipazione.

Infine, devono essere annoverate le procedure di gara interamente gestite dai sistemi telematici di negoziazione: in questi casi i documenti di gara sono necessariamente documenti informatici sottoscritti con firma digitale. Tali procedure sono interamente gestite da una piattaforma telematica (ad esempio il MEPA), nel pieno rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità.

Il MEPA (Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione) consiste nel mercato digitale predisposto dalla Consip, nel quale le Amministrazioni possono approvvigionarsi dei beni, servizi, e lavori di cui abbisognano, purché si tratti di acquisti per importi sotto la soglia comunitaria *ex art. 35* del Codice dei contratti pubblici.

La Consip s.p.a. è la principale centrale di committenza italiana: è una società per azioni a capitale interamente pubblico, e in particolare è interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che opera nel solo interesse dello Stato.

Giova precisare che nel caso del MEPA, così come accade per lo SDAPA, a differenza delle Convenzioni e degli Accordi Quadro, la Consip non è parte contrattuale. Quest'ultima si limita esclusivamente a fornire le piattaforme telematiche. Il ricorso al MEPA è previsto espressamente dall'art. 36 del Codice dei Contratti Pubblici, anche se l'obbligo per le Pubbliche amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, ad esclusione di alcune categorie, di ricorrere a questa piattaforma di acquisto è stata introdotta fin dalla legge finanziaria del 2007. In questa piattaforma telematica di negoziazione le Amministrazioni possono scegliere tra un'ampia varietà di prodotti offerti da fornitori abilitati, mentre i fornitori potranno abilitarsi per i bandi per i quali soddisfano le condizioni generali e i requisiti. Una volta abilitati, spetta agli stessi pubblicare le loro offerte sulla piattaforma. Le PPAA che intendono acquistare beni e prodotti su

tale mercato dovranno accedere alla vetrina o visitare il catalogo prodotti ed effettuare gli ordini. Inoltre, è possibile instaurare negoziazioni dirette con il venditore per ottenere prezzi e condizioni di fornitura migliorativi. L'utilizzo di tale strumento comporta un notevole risparmio di tempo per le Amministrazioni e garantisce la trasparenza e la tracciabilità del processo di acquisto.

Il Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione, analogamente al MEPA, è un mercato digitale nel quale le Amministrazioni possono effettuare un processo di acquisizione interamente elettronico. A differenza di quanto avviene nel MEPA, in questa piattaforma possono essere aggiudicati appalti per importi superiori alla soglia europea. Anche in questo la Consip pubblica i bandi istitutivi per le varie categorie merceologiche ai quali i fornitori possono abilitarsi. Tuttavia, a differenza di quanto avviene nel MEPA, le Amministrazioni pubblicano e aggiudicano appalti specifici e non possono procedere ad effettuare ordini diretti. Dunque, l'ammissione al bando istitutivo della Consip permette alle imprese solo di poter partecipare alla procedura di appalto specifico indetta dall'Amministrazione.

Ma il vero elemento di innovatività è l'introduzione della tecnologia *Block Chain* nell'ambito delle procedure degli appalti pubblici.

L'idea di introdurre la *block-chain* nell'ambito della Pubblica Amministrazione deriva da una serie di Raccomandazioni adottate dal *World Economic Forum* e da una serie di sollecitazioni emerse dalla conferenza "*Anti-corruption & integrity forum*", organizzata dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico a marzo 2019.

Prima delle suddette raccomandazioni alcuni paesi si erano già dotati di piani anticorruzione utilizzando la tecnologia *block-chain*.

Il Messico, ad esempio, nel settembre 2017 ha introdotto un progetto chiamato "*Blockchian HACKMAX*", volto a dare avvio al processo di digitalizzazione dell'azione amministrativa, soprattutto mediante l'introduzione dello *blockchain* per risolvere il problema della dilagante corruzione nel settore dei contratti pubblici.

Successivamente nel marzo 2018 il Messico ha approvato la "*ley para regular las instituciones de tecnologia financiera*", con la quale, tra l'altro, ha riconosciuto alle criptovalute la qualifica di patrimonio digitale, in collaborazione con l'Unidad de Gobierno Digital, ossia l'Agenzia del Governo messicano che si occupa della promozione delle ICT nel settore della Pubblica Amministrazione.

Questo comprova che il problema della lotta alla corruzione di rilevanza internazionale può trovare nella tecnologia uno strumento di contrasto altamente efficace. Vediamo perché.

4. Vantaggi della *blockchain* in materia di contratti pubblici.

La *blockchain* è un registro distribuito (16) che può contenere varie in-

formazioni (ad esempio, in materia appalti potrebbe contenere tutte le transazioni e gli altri dati importanti relativi ad un'azienda).

La peculiarità di tale sistema sta nel fatto che tutte le informazioni contenute nel registro sono immutabili e, nel momento in cui un soggetto introduce un nuovo *input* o va a modificare quelli precedenti, rimane traccia di tali operazioni sul registro.

- Tracciabilità dell'intero ciclo della contrattazione pubblica: date le caratteristiche della *blockchain*, far sì che l'intera procedura di contrattazione pubblica venga eseguita mediante l'impiego di tale strumento andrebbe ad aumentare esponenzialmente la trasparenza dell'azione amministrativa. Chiunque, anche il semplice cittadino, potrebbe controllare la correttezza della procedura di affidamento ed esprimere, inoltre, un *feedback* sul tipo di contratto effettivamente stipulato.

Un ulteriore vantaggio della *blockchain* sta nel fatto che attaccare il suddetto sistema è quasi impossibile. Infatti, al di là dei costi eccessivi di tale operazione, ogni mutamento anomalo dei dati contenuti nel registro verrebbe immediatamente registrato, rendendo facilmente rintracciabili i colpevoli.

Ciò in quanto la *blockchain* è composta da blocchi di codici, scritti mediante un linguaggio criptografico, collegati tra loro e, qualora si decida di cambiare il precedente, si dovrebbero cambiare i successivi. Inoltre, tale modifica dovrebbe essere riportata in tutti i registri tra loro collegati.

- Riduzione delle asimmetrie informative nella fase antecedente all'offerta: grazie ai registri condivisi, le informazioni verrebbero condivise con tutti i partecipanti in tempo reale. Così facendo, da un lato, si garantirebbe una maggiore partecipazione delle PMI alla fase dell'affidamento dei contratti pubblici e, dall'altro, verrebbero tutelati gli interessi delle pubbliche amministrazioni. Quest'ultime, soprattutto se piccole amministrazioni, venendo a conoscenza dell'esigenze delle altre potrebbero unirsi nella richiesta di fornitura dei servizi e, di conseguenza, aumentare il loro potere contrattuale. Inoltre, sarebbero messe in grado di conoscere anche i prezzi fatti alle altre pubbliche amministrazioni per i medesimi servizi.

- Decentralizzazione della fase della valutazione dell'offerta: l'offerta potrebbe essere valutata da parte di soggetti esterni alla PA aventi determinati requisiti in termini di conoscenze tecniche (17) e i cui dati sensibili sarebbero sconosciuti alle imprese. Così si garantirebbe una maggiore trasparenza, imparzialità, efficienza con una consequenziale riduzione dei processi corruttivi.

Occorre, però, considerare che alla base di tali tecnologie deve essere configurata e sviluppata una vera e propria "**strategia digitale**", attraverso la

(16) Ossia i suoi contenuti sono condivisi in tempo reale con tutti i soggetti che hanno accesso al sistema.

(17) Si v. artt. 230 e 231 della legge n. 145/2018 (legge di bilancio 2019).

formazione ed il potenziamento della figura del *manager per l'innovazione tecnologica* che esalti il profilo della scienza dell'organizzazione nei processi produttivi sia per la Pubblica Amministrazione che per le imprese private.

Di tale necessità si è fatto interprete, di recente, il legislatore italiano che con l'art. 1, commi 228, 230 e 231 della legge 145/2018 (legge di bilancio 2019) ha, - con successivo decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 7 maggio 2019 e consequenziale decreto direttoriale del 29 luglio 2019 -, introdotto la figura del Manager per l'Innovazione, prevedendo, attraverso una tecnica premiale nell'ambito del Piano Nazionale Impresa 4.0., finanziamenti alle imprese che si avvalgono di qualificate figure professionali idonee ad attivare e supportare il processo di innovazione tecnologica. I settori volti a creare tale dinamismo economico sono i più vari: *big data, cloud, fog, e quantum computing, cyber security*, integrazione delle tecnologie della *Next Production Revolution* (NPR), prototipazione rapida, robotica avanzata e collaborativa, interfaccia uomo-macchina, integrazione e sviluppo digitale dei processi aziendali, programmi di *digital marketing* legati al cd. *Branding*, programmi di *open innovation*, strumenti di finanza alternativa e digitale come *equity crowdfunding* e *invoice financing*.

L'innovazione tecnologica richiede, dunque, formazione e strategia, affinché si possa valorizzare l'*expansion of capabilities*, lo sviluppo dei talenti, attraverso l'educazione al pensiero strategico volto a realizzare uno sviluppo sostenibile per il benessere dell'uomo e dell'ambiente.

Il diritto, insieme alla scienza dell'organizzazione, nella complessità del fenomeno in corso diviene uno degli strumenti essenziali per la realizzazione di un dinamismo evolutivo che veda l'uomo non sottomesso alla *Digital Domination*, ma protagonista attivo e consapevole delle proprie scelte future.

Prima Sezione Civile contro Prima Sezione Civile. Spunto per alcune considerazioni in tema di attività interpretativa del giudice ed in particolare di interpretazione costituzionalmente orientata

*Stefano Pizzorno**

SOMMARIO: 1. Il potere interpretativo del giudice. Due decisioni della prima sezione della Corte di Cassazione - 2. L'interpretazione costituzionalmente orientata e i suoi limiti - 3. Cenni storici sul conflitto tra legislatori e interpreti - 4. I rischi degli eccessi nell'attività interpretativa - 5. Conclusioni.

1. Il potere interpretativo del giudice. Due decisioni della prima sezione della Corte di Cassazione.

Recentemente è intervenuta un'interessante ordinanza della Corte di Cassazione (1) fortemente critica di altra decisione della stessa Suprema Corte, la sentenza 4890 del 2019 (2), in tema di protezione internazionale. Riassumiamo brevemente la vicenda, anche se, ai fini del presente scritto, non interessa tanto la questione di diritto sostanziale quanto quella dei limiti che dovrebbe incontrare l'attività interpretativa del giudice nell'adeguare la norma al dettato costituzionale. Il cosiddetto decreto sicurezza (decreto legge 4 ottobre 2018 n. 113) ha, tra le altre disposizioni, abrogato il permesso per motivi umanitari, che poteva essere rilasciato ai richiedenti asilo, sostituendolo con altre tipologie di permesso (3). È sorto però immediatamente il problema della disciplina da applicare ai casi di chi aveva già presentato domanda di protezione internazionale senza aver ottenuto risposta, se quella prevista dal decreto o quella antecedente. La giurisprudenza si è orientata nel ritenere applicabile la vecchia normativa, con il risultato sostanziale che, essendoci un arretrato notevole delle domande ancora da esaminare, la nuova disciplina potrà trovare applicazione effettiva solo tra diversi anni. Sul punto è intervenuta la Cassazione con la sentenza sopra ricordata, la 4890/2019, che ha in sostanza affermato che, per le situazioni pendenti all'entrata in vigore del decreto legge, l'autorità amministrativa deve applicare la vecchia normativa per quanto riguarda le

(*) Avvocato dello Stato.

Articolo già edito su *Forum di Quaderni Costituzionali, I Paper del Forum* - 23 luglio 2019.

(1) Corte di Cassazione, Sez. I civile - Ordinanza 3 maggio 2019, n. 11749.

(2) Corte di Cassazione, Sez. I civile - Sentenza 19 febbraio 2019, n. 4890.

(3) Sul punto v. PIZZORNO, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in forumcostituzionale.it, ottobre 2018; CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in federalismi.it, novembre 2018.

condizioni sostanziali di rilascio, mentre deve applicare la nuova quanto alla durata del permesso da rilasciare.

Questa decisione della Corte è duramente contestata dall'ordinanza 11749/2019. Questa accusa la prima di aver creato una norma nuova, avendo operato un *“intervento ortopedico sul testo della norma che incide sul delicato aspetto della vigenza (cioè della stessa esistenza e applicabilità) della legge, all'esito di un bilanciamento di valori e interessi costituzionali... che è riservato esclusivamente al legislatore ed è controllabile dal giudice della legge”*. In altri termini l'ordinanza sottolinea come la sentenza abbia invaso apertamente il campo del legislatore, realizzando essa stessa un bilanciamento tra diversi valori costituzionali, che non spetta al Giudice ma al Parlamento.

L'ordinanza osserva come l'attività interpretativa del Giudice debba fermarsi dinanzi alla *“lettera”* della norma. Se il significato e l'intento della legge è chiaro, non è infatti consentito all'interprete individuare significati diversi da quello che risulta dal testo.

Rimanendo sempre in tema dei limiti concessi all'attività interpretativa del Giudice, il Collegio critica del resto anche la giurisprudenza che aveva individuato i parametri per il rilascio del permesso per motivi umanitari, dichiarando apertamente di non condividere in particolare la sentenza della Cassazione 4445/2018, che pur aveva operato uno sforzo diretto al fine di rendere meno evanescenti i criteri per il rilascio del permesso stesso. Secondo la sentenza 4445/2018, quest'ultimo poteva essere concesso all'esito di una valutazione individuale, caso per caso, fondata sull'integrazione sociale in Italia del richiedente, comparata alla situazione personale che il medesimo aveva vissuto prima della partenza e cui si sarebbe trovato esposto in conseguenza del rimpatrio. L'ordinanza 11749 ha facile gioco nell'osservare, occorre dire, a ragione (4), che i parametri così individuati non solo restano estremamente vaghi, in modo tale da alimentare il contenzioso, ma lo stesso criterio dell'integrazione sociale sarebbe il frutto di un'attività sostanzialmente creatrice da parte del Giudice; esso infatti *“poggia su basi normative assai fragili, non ravvisandosi alcuna disposizione che la preveda come condizione per il rilascio del permesso umanitario”*.

Questo contrasto all'interno della Suprema Corte tra interpretazione letterale e volontà del legislatore da un lato e interpretazione conforme a Costituzione dall'altro, si ritrova anche, in maniera persino più evidente se vogliamo, a livello di Corti inferiori, ancora con riguardo a una disposizione del decreto legge 113/2018, quella che stabilisce che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica (5). Alcuni tribunali hanno optato per un'interpretazione costituzionalmente orientata

(4) rimando alle osservazioni svolte in PIZZORNO, *Considerazioni, anche di costituzionalità*, cit.

(5) art. 4, comma 1 bis del D.lgs. n. 142/2015, come modificato dall'art. 13 del D.L. 113/2018.

della norma, accogliendo i ricorsi dei richiedenti asilo a cui il Comune aveva rifiutato l'iscrizione nel registro anagrafico della popolazione residente (6); altri giudici hanno invece ritenuto che l'interpretazione costituzionalmente orientata presuppone che il testo normativo da applicare non sia del tutto stravolto nel suo significato palese, altrimenti si arriverebbe a espungere di fatto delle norme dall'ordinamento giuridico (7). Una posizione in linea con quanto espresso efficacemente da quella dottrina che ha sottolineato come *l'opera di "adeguamento"* della disposizione alla Costituzione *non può essere condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse* (8).

2. L'interpretazione costituzionalmente orientata e i suoi limiti.

La stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che l'interpretazione costituzionalmente orientata deve essere in ogni caso compatibile con il *portato semantico* della disposizione (9). Secondo la formula spesso usata dalla Corte, e richiamata anche dalla Cassazione nell'ordinanza 11749 sopraindicata, la lettera della disposizione costituisce "il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale". La Corte ha anche, negli ultimi anni, modificato il tradizionale orientamento secondo cui il giudice è tenuto a verificare l'esistenza di possibili interpretazioni conformi a Costituzione della disposizione, incorrendo altrimenti, qualora rimetta la questione alla Corte, in una pronuncia di inammissibilità. Secondo il nuovo orientamento il giudice è tenuto ad operare solo un'interpretazione; l'esistenza di possibili, alternative interpretazioni è questione che attiene non all'ammissibilità della questione ma al merito della medesima. In altri termini, qualora la Corte ritenga possibile un'interpretazione della disposizione diversa da quella indicata dal giudice *a quo* e tale da rendere la norma conforme a Costituzione, non dichiarerà inammissibile la questione ma la riterrà infondata nel merito (10). Questo orientamento della Corte (11)

(6) Trib. Firenze, ord. 18 marzo 2019; Trib. Bologna, ord. 2 maggio 2019.

(7) Trib. Trento, ord. 11 giugno 2019; Trib. Trento, ord. 15 giugno 2019.

(8) LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, 2007, in www.federalismi.it.

(9) Corte Cost. sentenza 42/2017. Sulla circostanza che, se il significato della norma è, in base alla sua formulazione letterale, univoco, non sono consentite operazioni ermeneutiche, v. anche Corte Cost. 231/2013, 91/2013 e 78 del 2012. Nel senso che l'interpretazione deve essere conforme al testo, v. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Giuffrè, 2016; AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

(10) Corte Cost. sentt. 144, 78 e 12 del 2019, 240, 40 e 15 del 2018, 254, 218, 213, 208, 194, 69, 53, 42 del 2017, 95/2016, 221/2015. In dottrina v. RUOTOLO, *Quando il giudice deve fare da sé*, in questionegiustizia.it.

(11) su cui v. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in www.giurcost.org, 25 luglio 2016.

è stato evidentemente adottato al fine di correggere gli effetti dell'orientamento precedente (12) che aveva finito con il mettere troppa pressione sul giudice *a quo*, spingendolo a ricercare ad ogni costo un'interpretazione conforme della norma, per timore di incorrere nella pronuncia di inammissibilità.

Il principio dell'obbligo del giudice di ricercare un'interpretazione conforme a Costituzione, del resto, come è stato da molti sottolineato, mette in crisi il sistema del sindacato di costituzionalità accentrato, sostituendolo con un sistema di sindacato diffuso (13) nel quale la rimessione alla Corte Costituzionale della questione si configura come l'*extrema ratio* (14). Non è inopportuno ricordare che, in sede di dibattito all'Assemblea Costituente, il sistema anglosassone di controllo di costituzionalità delle leggi fondato sul sindacato diffuso dei giudici era stato scartato pressoché all'unanimità, volendosi evitare quello che nell'esperienza americana era stato qualificato come *governo dei giudici*. Si potrebbe obiettare che ciò era inevitabile nel momento in cui si riconosceva al giudice il potere di disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto comunitario (15), ma è indiscutibile che i principi stabiliti dalla Costituzione, per la loro estensione, lasciano al giu-

(12) Che si sviluppa dalla metà degli anni Novanta, con il noto principio, ripreso da tutta la giurisprudenza successiva, affermato dalla sentenza 356 del 1996, secondo cui in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali. Questa affermazione è stata poi corretta nell'altra seconda cui se è improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione deve essere scrutinata nel merito, v. giurisprudenza citata alla nota 10. Aveva auspicato la correzione MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2008. In precedenza, prima dello sviluppo dell'interpretazione costituzionalmente orientata, la Corte Costituzionale viceversa affermava che uno dei principi basilari del nostro sistema costituzionale è quello per cui i giudici sono tenuti ad applicare le leggi, e, ove dubitino della loro legittimità costituzionale, devono adire questa Corte che sola può esercitare tale sindacato, pronunciandosi, ove la questione sia riconosciuta fondata, con sentenze aventi efficacia erga omnes. Questo principio non può soffrire eccezione alcuna, sent. 285 del 1990. La sentenza 356 del 1996 costituisce il punto di partenza dell'indirizzo che sanziona il giudice che non proceda a verificare se non esista un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione legislativa, ma al tempo stesso è il punto di arrivo di un processo che si sviluppa fin dalla sentenza 3 del 1956 in cui la Corte emette una sentenza interpretativa di rigetto, ponendo in essere un rapporto dinamico tra Corte e giudici comuni, passando attraverso lo scontro tra Corte e Cassazione con il rifiuto di quest'ultima, nel 1965, di seguire l'interpretazione proposta dalla prima in un'interpretativa di rigetto, costringendola ad emettere una sentenza manipolativa di accoglimento (sentt. 11 e 52 del 1965); v. AGRO, *Note storiche sui rapporti tra l'interpretazione del giudice comune e quella della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2004, 3341 ss.

(13) LUCIANI, D'ORAZIO et al. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Giappichelli, 2002. Ritengono invece che non si possa parlare di controllo diffuso di costituzionalità ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2018; LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Ed. scientifica, 2011.

(14) Cfr. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, 2003.

(15) RUOTOLO, *Quando il giudice deve fare da sé*, cit.

dice, anche al giudice che più che applicare la legge voglia fare *giustizia*, un campo d'azione vastissimo.

Comunque sia, anche i fautori dell'interpretazione costituzionalmente orientata sono d'accordo sul fatto che il significato univoco e chiaro della disposizione normativa dovrebbe costituire il limite invalicabile dell'interpretazione (16). Il giudice non può disapplicare la legge (17). Altrimenti vi è evidentemente un'invasione delle prerogative non solo della Corte Costituzionale, ma anche del legislatore (18).

3. Cenni storici sul conflitto tra legislatori e interpreti.

Al riguardo è vero che il conflitto tra lettera e interpretazione, potremmo dire tra il potere legislativo e gli interpreti, c'è sempre stato. Già Giustiniano aveva vietato l'interpretazione del Digesto, riservandola all'imperatore (19). Nella seconda metà del Settecento, contemporaneamente all'idea di rendere chiaro e semplice l'accesso al diritto attraverso il sistema delle codificazioni (20), ritorna, ad esempio in Austria e in Prussia, il principio già stabilito da Giustiniano. In Francia, i rivoluzionari accusarono le Corti di aver boicottato, richiamandosi ad antiche Costituzioni del Regno, le riforme di Luigi XVI, che avrebbero migliorato la situazione finanziaria del Paese ma intaccato i privilegi dei nobili (21), e vietarono l'interpretazione delle leggi. Anche Napoleone, dopo un primo momento in cui, con il codice del 1804, aveva consentito l'in-

(16) SCIARABBA, *L'interpretazione conforme tra Costituzione e Cedu: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, forumcostituzionale.it, 14 maggio 2019; RUOTOLO, *Quando il giudice deve fare da sé*, cit.; LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in federalismi.it, 17 settembre 2011. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, rivista-aic.it, 18 aprile 2014, ritiene che si verifichi una dilatazione dei poteri interpretativi del giudice - fino al punto da stravolgere il testo normativo di partenza - allorché questi sia guidato da un principio in precedenza fissato dalla giurisprudenza costituzionale.

(17) ZAGREBELSKY e MARCENO, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, 2018.

(18) Il quale non ha rimedi per difendersi, neppure sollevando conflitto di attribuzione, visto che la Corte afferma che *il conflitto di attribuzione non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici*, v. ordinanza 334 del 2008 sul caso Englaro; v. anche sentt. 252 del 2013, 81 e 72 del 2012, 150 del 2007, 326 e 276 del 2003.

(19) *cui soli concessum est et leges condere et interpretari*, *Constitutio Tanta*. Il divieto di allestire commentarii (*ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere*) è motivato sia in base alla competenza esclusiva del legislatore a interpretare in modo autentico le norme da esso poste (*ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari*), sia a causa dell'incertezza del diritto (*alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verboritas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus*), *Dig.*, praef. II, § 21.

(20) TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, 1976.

(21) MANNONI, *La tradizione costituzionale in Europa. Tre itinerari nazionali tra diritto e storia: Inghilterra, Germania e Francia*, goWare.

interpretazione delle Corti, ci ripensò, e al grido di altrimenti “mon Code est perdu” attribuì l’interpretazione al Consiglio di Stato che nel suo sistema era il redattore delle leggi (22).

Una campagna radicale contro l’interpretazione delle leggi fu condotta proprio in Italia. I maggiori rappresentanti dell’illuminismo italiano, Filangeri (23) Beccaria (24), Verri, si schierarono risolutamente contro l’interpretazione giudiziale delle disposizioni normative (25). In particolare Verri affermò che “*il giudice diviene legislatore se gli è permesso di interpretare le leggi*”.

4. I rischi degli eccessi nell’attività interpretativa.

Ora, è ovvio che oggi nessuno mette in discussione il fatto che le leggi possano e debbano essere interpretate. Però proprio quest’ultimo punto, colto tra gli altri da Verri, è importante perché mette in luce come, l’interpretazione troppo spinta, che va oltre il chiaro dettato normativo, mette in crisi il fondamentale principio della separazione dei poteri, che è uno dei fondamenti del liberalismo. La separazione dei poteri, che impedisce al potere politico, che si esprime nell’esecutivo e nel legislativo, di interferire nell’attività di chi rende giustizia, deve necessariamente funzionare anche in direzione opposta, evitando invasioni di campo del potere giudiziario nella sfera del legislatore (26). Non a caso il teorico del principio della separazione, Montesquieu, che tra l’altro era un giudice, è stato anche uno degli avversari dell’interpretazione giudiziale (27).

Con riferimento all’interpretazione costituzionalmente orientata, si è osservato che essa mette in crisi i principi di certezza del diritto e di affidamento del cittadino nella certezza delle situazioni giuridiche, nonché il principio di eguaglianza dinanzi alla legge. In prospettiva si può intravedere il passaggio dal diritto legislativo ad un diritto giurisprudenziale e casistico, nel quale avviene inevitabile il declino del tenore letterale della disposizione normativa (28); sviluppo che peraltro inevitabilmente è destinato ad alimentare il con-

(22) NIORT, *Homo Civilis: Contribution à l’histoire du Code Civil français*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2004. In particolare il capitolo III, Les premières interprétations du Code Napoléon.

(23) FILANGERI, *Riflessioni politiche sull’ultima legge del sovrano*, 1774.

(24) BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, 1764, in particolare il capitolo IV, Dell’Interpretazione delle leggi.

(25) V. DEL FRATE, *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*. A cura di MAFFEI e VARANINI, Reti Medievali E-Book, 19, Firenze University Press, Firenze, 2014.

(26) Cfr. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in ANZON - CARAVITA - LUCIANI - VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, 1993.

(27) *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*, MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1748.

(28) IANNUCILLI, *L’interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni*, 2009, in cortecostituzionale.it. Il quadro di un sistema in cui la disposizione di legge costituisce solo il punto di partenza dell’interprete, tra diritto comunitario, Convenzione dei Diritti dell’uomo, sen-

tenzioso. D'altro canto, mentre la decisione della Corte Costituzionale di accoglimento ha valore *erga omnes*, l'interpretazione operata dal giudice, oltre a valere solo nel singolo giudizio, è suscettibile di contestazione nei successivi gradi.

Si è anche affermato che dietro l'ampio spazio interpretativo lasciato al giudice, si cela una concezione aristocratica, frutto di un atteggiamento sospettoso nei confronti dell'esercizio democratico del potere normativo (29).

Del resto, se si fa fare alla Corte il suo lavoro, vi possono essere delle sorprese. Prendiamo il caso della disposizione (art. 18, comma 1 lett. b), ultimo periodo legge 240 del 2010) che ha escluso dalla partecipazione ai procedimenti di chiamata dei professori universitari *coloro che abbiano un grado di parentela o affinità fino al quarto grado compreso con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione*. Questa disposizione è stata interpretata da diversi Tribunali Amministrativi (30), nonché dallo stesso Consiglio di Stato (31), nel senso che anche il coniuge deve ritenersi escluso, pur non essendo espressamente contemplato. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ritenendo però di non poter accedere a quell'interpretazione, data la tassatività dei casi indicati, ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale, ritenendo la mancata previsione del coniuge incostituzionale. La Corte, dopo aver ribadito il più recente orientamento secondo cui la circostanza che il giudice remittente *abbia consapevolmente reputato che il tenore letterale della disposizione censurata imponga un'interpretazione e ne impedisca altre, eventualmente conformi a Costituzione, non è ragione di inammissibilità*, ha viceversa ritenuto la mancata inclusione del vincolo matrimoniale come motivo di incandidabilità alla procedura concorsuale del tutto conforme a Costituzione. Il diverso trattamento riservato al coniugio rispetto ad altri rapporti parentali non può infatti dirsi irragionevole in considerazione della necessità di bilanciare il principio dell'imparzialità con le ragioni dell'unità familiare, anch'esse costituzionalmente tutelate (sentenza 78/2019). La Corte non ha quindi dichiarato la norma incostituzionale, ritenendo che non vi fossero spazi per un'interpretazione conforme a Costituzione; non ha neppure emesso una decisione interpretativa di rigetto, interpretando la disposizione in modo da renderla conforme alla Carta. Ha invece ritenuto che la disposizione stessa,

tenze CGUE e CEDU, con il coronamento dell'interpretazione conforme a Costituzione, è un dato di fatto. Il sogno illuminista di un diritto facilmente accessibile anche ai non giuristi, che aveva ispirato le grandi codificazioni, è definitivamente tramontato.

(29) LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016.

(30) Tra gli altri, Tar Emilia-Romagna 22 novembre 2018 n. 887, Tar Campania 24 maggio 2013 n. 2748.

(31) Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2018 n. 4841, Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2018, n. 7216.

nel suo contenuto letterale, sia costituzionalmente legittima; considerando, quindi, che fosse, viceversa, l'interpretazione costituzionalmente orientata operata dai tribunali ad essere contraria alla Costituzione, introducendo nell'ordinamento una norma che non teneva conto dei valori costituzionali dell'unità della famiglia (32).

Questo è un rischio ineliminabile quando si eccede nella prassi dell'interpretazione costituzionalmente orientata; che il giudice, interpretando la Costituzione a suo modo, finisca per violarla (33).

Occorre inoltre osservare che il Giudice *a quo* dichiara espressamente di sollevare la questione perché l'orientamento volto a ritenere che i coniugi erano esclusi dalla procedura concorsuale non costituiva "diritto vivente" (34). Questo significa che se invece il Giudice avesse ritenuto il contrario, non avrebbe sollevato la questione e si sarebbe adeguato al diritto vivente, con il risultato di applicare una norma (secondo il giudizio della Corte) incostituzionale. Non avrebbe neppure optato per un'interpretazione diversa (35), coerente con il dato testuale, proprio perché riteneva quest'ultima in contrasto con la Costituzione. Uno dei paradossi a cui può condurre l'intreccio tra teoria del diritto vivente e interpretazione costituzionalmente orientata (36).

L'abitudine di far ricorso al canone dell'interpretazione conforme a Costituzione fa sì tra l'altro che talvolta esso venga utilizzato quando non ve ne sarebbe in alcun modo bisogno, trattandosi di normale attività interpretativa *tout court*, che non necessiterebbe di scomodare la Costituzione (37).

(32) con il risultato di sacrificare le posizioni dei soggetti esclusi con sentenze passate in giudicato dalle procedure concorsuali.

(33) Questo rischio era stato del resto indicato in dottrina, v. SCIARABBA, *L'interpretazione conforme tra Costituzione e Cedu*, cit., laddove si osserva che in nome dell'intento di tutelare un determinato principio costituzionale, il giudice comune potrebbe finire per violare altro principio, impropriamente sacrificato a favore del primo; v. anche PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Jovene, 2009.

(34) Il "diritto vivente" è «l'interpretazione del diritto scritto consolidatasi nella prassi applicativa», v. «Relazione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale», a cura del Servizio studi, 2011, pag. 46. In presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente condiviso, la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente vive nell'applicazione giudiziale, v. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale, Quaderno del Servizio studi della Corte costituzionale*, 2015. Tra i moltissimi contributi sul tema del diritto vivente per tutti ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, 47.

(35) La Corte ritiene che, pur in presenza di un diritto vivente, il Giudice *a quo* abbia sempre la facoltà di seguire una diversa interpretazione, v. sentenze 25 del 2019, 230 del 2012, 91 del 2004.

(36) Cfr. ANZON, DEMMIG, *Intervento. La problematica convivenza della dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione con la dottrina del diritto vivente*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Giuffrè, 2010.

(37) Ad esempio la recente sentenza del Tar Lazio 27 marzo 2019 n. 4086 sull'art. 6 della L. 410/1989 che ha istituito il Daspo, il provvedimento con cui si dispone il divieto di partecipare a mani-

5. Conclusioni.

Per concludere, occorre anche osservare che l'uso estensivo del potere interpretativo da parte del giudice, favorito dalla teoria dell'obbligo di ricercare un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione di legge, è suscettibile di creare tensioni con il potere politico (38), che esercita l'attività di produzione normativa. Al riguardo sarebbe importante che il limite che la Corte ha individuato, unitamente alla dottrina, del rispetto del tenore univoco della disposizione normativa, fosse rispettato. Non potendosi però questo pretendere dalla generalità dei giudici, il ruolo decisivo non può che essere svolto dalla Corte di Cassazione, a cui spetterebbe il ruolo principale, (vedremo cosa diranno le sezioni unite nel caso che ha costituito l'introduzione del presente articolo) e dalla Corte Costituzionale, che dovrebbe tentare di mettere un freno agli eccessi interpretativi (evitando in primo luogo essa stessa di ricercare a tutti i costi interpretazioni conformi a Costituzione, in luogo di ricorrere a pronunce di accoglimento). Un passo in questo senso può essere suggerito dalla stessa ordinanza 11749 laddove contesta che la sentenza 4890 abbia operato un bilanciamento di valori costituzionali che sarebbe riservato solo al legislatore. In definitiva, tutte le volte che entrano in gioco più principi che trovano fondamento nella Costituzione e che possono trovarsi in conflitto, non c'è più spazio per l'attività interpretativa del giudice, altrimenti costretto a cercare di conformare la disposizione a Costituzione, ma lo stesso deve necessariamente investire la Corte della questione di costituzionalità. In questo modo si riduce il rischio, sopra sottolineato, che il giudice possa impropriamente sacrificare un principio della Costituzione a scapito di un altro.

La stessa Suprema Corte del resto, che talvolta ha ritenuto di operare essa stessa questo bilanciamento, facendo prevalere un principio costituzionale su

festazioni sportive a chi si è reso autore di determinati comportamenti. Dal momento che la norma prevede che il Daspo possa essere inflitto a chi sia stato condannato o denunciato per determinati reati ovvero abbia preso parte ad episodi di violenza in occasione di manifestazioni sportive, è sorto il dubbio se il provvedimento possa essere disposto nei confronti di chi abbia commesso o sia stato denunciato per uno dei reati contemplati dalla norma senza che vi sia alcun collegamento con un evento sportivo. In questo caso, dal momento che il Daspo è finalizzato esclusivamente a non permettere la partecipazione a manifestazioni sportive, è evidentemente possibile un'interpretazione secondo cui il reato commesso necessita di un collegamento con quel tipo di eventi. Il Tar Lazio ha però ritenuto fosse più semplice, senza peraltro citare in concreto alcuna specifica norma della Costituzione, ritenere il provvedimento illegittimo alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 6, l. n. 401/1989.

(38) Sui problemi che da questo punto di vista pone la discrezionalità giudiziale nell'interpretazione costituzionale, con riferimento al *judicial review of legislation* nei sistemi di common law, v. CHessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, 2014. I problemi che si pongono sono infatti riferibili anche a un sistema in cui, pur esistendo una Corte incaricata di dichiarare incostituzionali le leggi in contrasto con la Costituzione, sia presente la pratica dell'interpretazione conforme con il rilevante ruolo che questa assegna ai giudici comuni, come giustamente osserva SORRENTI, *La (parziale) riconversione*, cit.

un altro (39), ha però allo stesso tempo anche affermato proprio che il bilanciamento tra diverse situazioni giuridiche tutte costituzionalmente tutelate può essere effettuato solo dal legislatore (40). È vero che la Cassazione ha enunciato questo principio per escludere che quel bilanciamento potesse essere effettuato nell'esercizio di un potere amministrativo (41); resta comunque il fatto che se esso è riservato al legislatore (con il controllo della Corte Costituzionale) e non può essere effettuato neppure dal giudice.

In questo modo si possono porre dei limiti effettivi all'attività interpretativa del giudice; è vero che questi limiti non sarebbero del tutto chiari e alcuni potrebbero obiettare che gli spazi per l'interpretazione conforme a Costituzione si ridurrebbero eccessivamente per l'indeterminatezza dei principi costituzionali, ma questa non sarebbe altro che la stessa obiezione mossa contro la teoria dell'interpretazione costituzionalmente orientata, che al momento consente al giudice una discrezionalità pressoché senza freni.

Come conclusione, vogliamo ricordare le parole di un grande giurista italiano: *“nessuno è autorizzato - e tanto meno lo è il giudice - a reperire germi di ingiustizia in ogni articolo di legge (...) allo specifico scopo di disapplicarlo o di applicarlo secondo il proprio capriccio (il che forse è peggio). (...) Se egli fa scempio di questa, non è più meritevole del nome di giudice, perché insegna ai concittadini a violare la legge secondo il proprio arbitrio: il che è seminare il caos, il disordine, la più ingiustificata anarchia, cioè seguire una linea di condotta del tutto opposta a quella che costituzionalmente gli incombe per il sacrosanto principio dell'art. 101 della Costituzione”* (42).

(39) Come avvenuto in occasione della sent. della Suprema Corte 9 ottobre 2008 n. 24883 che ha reinterpretato l'art. 37 c.p.c. (Secondo cui il difetto di giurisdizione è rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo) alla luce del principio della ragionevole durata del processo stabilendo che se contro la decisione che ha deciso nel merito non è stato proposto specifico motivo di appello riguardante la giurisdizione, quest'ultima non è più rilevabile; sul punto v. diffusamente LANEVE, *L'interpretazione conforme*, cit.

(40) Cass. Sez. Un., ordinanza 9 settembre 2009 n. 19393.

(41) La Suprema Corte, seguendo questo percorso argomentativo, ha attribuito la giurisdizione sulle controversie in tema di rilascio del permesso umanitario al giudice ordinario, affermando che *La situazione giuridica soggettiva dello straniero che richiede il permesso di soggiorno per motivi umanitari, pertanto, gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'articolo 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate... esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali.*

(42) BERRI, *Fede nella giustizia*, Giuffrè, 1984.

L'immigrazione clandestina nelle ipotesi di soccorso in mare: *quid iuris?*

*Maria Chiara Di Franco**

Il massiccio fenomeno migratorio che da qualche anno interessa la nostra penisola e monopolizza l'attuale dibattito mediatico, giuridico e politico-criminale, è suscettibile, quando si verifichi illegalmente e tramite le modalità individuate di seguito, di sollevare non pochi profili critici: il riferimento, nel corso del presente lavoro, è in particolare a quelle operazioni di soccorso in mare che, lungi dal rappresentare episodici interventi connotati da un carattere di eccezionalità, sono divenute tassello costante tramite il quale si realizzano gli ingressi nello Stato Italiano e, conseguentemente, rappresentano il prevedibile e atteso sviluppo del proprio disegno criminoso da parte dei trafficanti. Il problema, dunque, è se la condotta di chi sia entrato nel territorio dello Stato a seguito di tali interventi, rivestiti di un carattere di legittimità, possa dirsi allo stesso modo penalmente rilevante e se la condotta dei soccorritori sia suscettibile di integrare la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

SOMMARIO: 1. La rilevanza penale dell'immigrazione irregolare: tra crimmigration e tipo d'autore - 2. Il complesso intreccio delle cause di giustificazione nelle vicende di soccorso in mare: i confini delle scriminanti comuni - 3. La (persistente) rilevanza penale delle condotte: altre rotte possibili.

1. La rilevanza penale dell'immigrazione irregolare: tra crimmigration e tipo d'autore.

Il fenomeno della immigrazione irregolare rappresenta un tema che riveste crescente interesse, oltre che in ragione delle cospicue dimensioni che lo caratterizzano (1), in quanto sembra detenere il monopolio dell'attuale dibattito mediatico, giuridico e politico-criminale.

Meritevoli di attenzione, in particolare, risultano essere alcuni profili della configurazione giuridica del fenomeno migratorio nel nostro ordinamento, a

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, già praticante forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

(1) Secondo le stime dell'Istituto nazionale di statistica, nel nostro Paese, al 31 dicembre 2018, sono 5 milioni 255 mila gli stranieri residenti con un aumento del 2,2% (+111 mila) e rappresentano l'8,7% della popolazione. I cittadini divenuti italiani per acquisizione della cittadinanza nel 2018 sono meno di 113 mila, 22 ogni mille stranieri, il 23% in meno rispetto al 2017. Al 1° gennaio 2018 gli italiani per acquisizione di cittadinanza sono in totale oltre 1 milione e 340 mila nella popolazione residente; nel 56,3% dei casi si tratta di donne. Sommando questa popolazione a quella dei cittadini stranieri si ottiene un totale di quasi 6,5 milioni di cittadini stranieri o di origine straniera (ISTAT, Bilancio demografico nazionale 2018, 3 luglio 2019). Nel 2018 il numero di migranti sbarcati nelle coste italiane è stato pari a 23.370 persone, di cui quasi 13 mila provenienti dalla Libia. Comparati con i dati riferiti agli anni precedenti, si registra una diminuzione del 87,90% rispetto al 2017 e del 92,85 al 2016 (Ministero dell'interno, Cruscotto statistico giornaliero, 31 dicembre 2018). Nei primi 6 mesi del 2019 (dati aggiornati al 27 giugno 2019) le persone sbarcate sono state 2.544 di cui 326 minori (Ministero dell'interno, Cruscotto statistico giornaliero, 27 giugno 2019).

proposito della quale si è efficacemente parlato di *crimmigration* (2): il riferimento è quel processo osmotico, che pare registrarsi in diversi ordinamenti, europei e non, tra il diritto penale e il diritto dell'immigrazione, tale da condurre a una contaminazione reciproca delle due discipline e dei relativi strumenti (3).

La regolamentazione generale dell'immigrazione è stata affidata all'omonimo Testo Unico, il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero) (4), che consolida le linee generali delle politiche pubbliche in materia di immigrazione in Italia, fissate dalla legge 40/1998 (cosiddetta "legge Turco-Napolitano") e sul quale sono intervenute numerose modifiche - tra cui quelle apportate dalla legge 189/2002 (la cosiddetta "legge Bossi-Fini") e, da ultimo, quelle disposte dal decreto-legge n. 113 del 2018, senza che queste ne abbiano alterato l'impianto complessivo.

Con speciale riguardo alla risposta penale al predetto fenomeno, assumono rilevanza, ai fini della presente trattazione le fattispecie di favoreggiamento della immigrazione clandestina e quella dell'immigrazione irregolare.

(2) Con questa espressione si allude alla "sovrapposizione o intersezione" tra il diritto penale e il diritto dell'immigrazione, funzionale a tre direttrici che sembrano riassumere le rispettive e convergenti strategie politico-criminali: a) la previsione di conseguenze penalistiche (pene detentive e/o pecuniarie) per violazioni del diritto dell'immigrazione; b) la previsione di conseguenze amministrativistiche connesse a condanne penali (mancata ammissione nello Stato ed espulsione); c) il ricorso a misure privative o limitative della libertà personale di tipo penalistico (arresto e detenzione funzionale all'espulsione) nel contesto del diritto dell'immigrazione. Sul punto v. GATTA G.L. *La pena nell'era della crimmigration: tra Europa e Stati Uniti*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1 giugno 2018, pag. 675.

(3) Nell'ampia letteratura in materia, si segnalano in particolare CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, 17 s.; DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, 101 s.; MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, 1 s.; MASERA L., "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 27 s.; VIGANÒ F., *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. e cittad.*, 2010, 13.

(4) Il testo unico interviene su entrambi gli ambiti principali del diritto dell'immigrazione: il diritto dell'immigrazione in senso stretto, concernente la gestione del fenomeno migratorio nel suo complesso, vale a dire la definizione di regole di ingresso, di soggiorno, di controllo, di stabilizzazione dei migranti ed anche la repressione delle violazioni a tali regole; e il diritto dell'integrazione, che riguarda l'estensione, in misura più o meno ampia, ai migranti dei diritti propri dei cittadini (diritti civili, sociali, politici). I principi fondamentali che sono alla base del testo unico sono essenzialmente tre: la programmazione dei flussi migratori e il contrasto all'immigrazione clandestina (per quanto riguarda il diritto dell'immigrazione); la concessione di una ampia serie di diritti volti all'integrazione degli stranieri regolari (diritto dell'integrazione). In Italia l'immigrazione dei cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea è regolata secondo il principio della programmazione dei flussi. Ogni anno il Governo, sulla base della necessità di manodopera interna, stabilisce il numero di stranieri che possono entrare nel nostro Paese per motivi di lavoro. In particolare, la gestione dei flussi di immigrazione è realizzata attraverso una serie di strumenti, quali il documento programmatico triennale e il decreto annuale sui flussi.

La prima, che si caratterizza per la sua esatta individuazione anche “in negativo”, rispetto a quella distinta, ma ad essa affine, della tratta (5), presenta la peculiarità di non richiedere, ai fini della sua integrazione, né che l’ingresso nel territorio dello Stato abbia effettivamente luogo (6), né che a sorreggerlo sia una finalità lucrativa (7), che, se presente, darebbe luogo al più a una circostanza aggravante, con la conseguenza di una compatibilità della figura del favoreggiamento con le condotte guidate da una finalità umanitaria (8).

La fattispecie di immigrazione irregolare, che rinviene la sua disciplina all’art. 10-*bis* T.U., non ha mancato, dal canto suo, di sollevare critiche, essenzialmente impennate su una ritenuta inadeguatezza dello strumento penale a reprimerla (9), nonché sull’assunto che, lungi dall’incriminare una condotta, in tale fattispecie si darebbe rilievo ad un mero *status* soggettivo, tale da far parlare - nonostante le contrarie conclusioni cui è pervenuta la

(5) Il distinguo tra il *trafficking* e lo *smuggling* è stato essenzialmente realizzato ponendo mente a tre elementi, che il più delle volte sono suscettibili di essere considerati congiuntamente “ai fini di un’*actio finium regundorum* indubbiamente complessa e che attengono, rispettivamente, alla direzione finalistica dell’attività posta in essere dai trafficanti o dagli sfruttatori, al ruolo svolto dal migrante e al bene giuridico tutelato” Così MASSARO A. *L’immigrazione irregolare via mare e la triade soggettiva “soccorritori-trafficanti-migranti”*, in *Giustizia Insieme*, 11 aprile 2019 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-penale/625-l-immigrazione-irregolare-via-mare-e-la-triade-soggettiva-soccorritori-trafficanti-migranti>) cui si rinvia per una chiara e completa analisi sul tema in oggetto).

(6) Cfr. *ex multis*, Cass. S.U. n. 40982/2018, Cass. n. 28819/2014; ma anche MASSARO A., *L’immigrazione irregolare via mare*, cit. e BERNARDI S., *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 1/2018.

(7) “It is crucial to note that Art. 12 does not require that financial gain or profit arises for it to be a punishable offence. Pursuant to Art. 12 par. 3 ter let. b), profit simply constitutes an aggravating circumstance for the offence: in such a case, the length of detention is raised and a fine of € 25.000 for each third-country national assisted”. Sul punto, v. TREVISAN S. e MOELLER U. *Punishing the facilitation of irregular migration. A comparative criminal law analysis of Germany and Italy*, su *Giurisprudenza Penale*, http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/07/Trevisan_gp_2019_7_8.pdf

(8) “The legal framework and case law show that the Italian legal system fails to sufficiently distinguish between criminal facilitation and humanitarian assistance. Art. 12 par. 2 of the law n. 286/1998 fails to provide any robust definition and is seldom accepted by the Courts. Such a wide margin of interpretation left to prosecutors to criminalise various acts without criminal intent is detrimental to the protection of civil society organizations who uphold the rights of refugees and other vulnerable groups”, così TREVISAN S., MOELLER U. *Punishing*, cit. Come evidenziato nell’analisi citata, tale costruzione della fattispecie di favoreggiamento non rappresenta un *novum* nel contesto europeo, nel quale l’affine esperienza giuridica tedesca mostra anch’essa di non connotare il reato con una finalità di trarne profitto.

(9) Queste sono essenzialmente da ricondurre alla scelta della sanzione pecuniaria, la cui efficacia deterrente è piuttosto debole, prevista in risposta alla contravvenzione *de qua*. Occorre in ogni caso sottolineare che l’Unione Europea non preclude, così come non impone, il ricorso al diritto penale per porre un freno alla immigrazione irregolare, e prova ne è che diversi stati europei (Francia, Germania, Regno Unito; non così la Spagna, nella quale integra un illecito amministrativo) hanno espresso un’opzione in tal senso; tuttavia, occorre che venga rispettato il principio che informa le prerogative europee in materia, ossia la priorità dell’espulsione, che non dovrebbe essere incisa dal processo penale. L’espulsione è il vero obiettivo di tutta la disciplina in tema di immigrazione: in questo senso è anche la pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *El Dridi*, nella quale si era sottolineato come una pena detentiva impedisse alla espulsione di fare il suo corso, e quindi che fosse invece ammessa solo laddove consentisse di realizzarla.

stessa Corte Costituzionale (10) - di una reviviscenza del tipo d'autore (11).

Nelle vicende che in particolare saranno oggetto della presente indagine, queste due fattispecie rivestono particolare importanza in considerazione del loro mutato atteggiarsi: nelle condotte riconducibili al *modus operandi* dello sbarco "frazionato" (12), invero, emergono incertezze a proposito della rile-

(10) Sentenza n. 250 del 2010, nel cui contesto la Corte ha cura di precisare che non si può ritenere che l'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 penalizzi una mera «condizione personale e sociale» - quella, cioè, di straniero «clandestino» (o, più propriamente, «irregolare») - della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. Oggetto dell'incriminazione non è infatti un «modo di essere» della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza). Deve concludersi quindi che la condizione di cosiddetta "clandestinità" non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'aver commesso i reati stessi).

(11) "A crime of illegal immigration, in fact, - at least in the European legal systems - refers to poor migrants coming from Africa, near East, some Asian regions (e.g., Sri Lanka, Philippines), and, in part, eastern Europe as its specific type of author (Ta^ttertyp). The fact that it is formally built upon the commission, or omission, of a certain type of action does not save it from ending up being a criminal ban on (certain) types of persons because of their poverty and geographical provenance. While, on the one hand, the crime's formal structure revolves around a specific type of conduct (illegally entering, or staying on, the state's territory), the state's regulation on legal/illegal migration, on the other hand, is constructed in such a way as to make the illegality of such conduct - and thus its being a crime - a function of the personal and social conditions of those who commit it, of their being nationals of certain countries and of their lacking sufficient means of support", sul punto v. SPENA A., *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 3 maggio 2013; "nessuna situazione concreta è richiesta, diversa dalla violazione del dovere, del divieto di ingresso o di permanenza per il clandestino extracomunitario. (...) Tipo d'autore e disobbedienza (...) fondano l'illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi, in vista di interessi-scopo di sicurezza pubblica e ordine pubblico. La sola disobbedienza, come tale, non giustifica nessun reato: è solo il collegamento col dovere, con l'obbligo o il precetto violati che struttura una legittimazione penalistica. E qui, ancora una volta, è essenziale alla scelta punitiva che si tratti di clandestini extracomunitari. Siamo nel solco classico di un diritto penale di polizia, di prevenzione e di sicurezza, dove però - questo il dato caratterizzante e nuovo - l'attenzione al tipo d'autore prevale sul significato offensivo del fatto", così M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 1, 2009, 126.

(12) "Il dato più significativo, da un punto di vista non solo "politico" ma anche più strettamente "giuridico", è quello relativo alle differenti modalità del trasporto di migranti irregolari e al conseguente sbarco degli stessi sulle coste italiane. (...) Più di recente, invece, i trafficanti ricorrono a modalità di trasporto basate su una deliberata segmentazione dell'*iter* che, dal Paese di partenza (nei casi più recenti, i Paesi nordafricani) conduce fino alle coste italiane: il tutto minimizzando il rischio per i trafficanti e aumentando quello per i migranti. Solitamente, infatti, il "viaggio" si divide in due parti. Nella prima parte i migranti sono trasportati a bordo di navi robuste e capienti, mentre nella seconda parte gli stessi sono trasferiti su imbarcazioni più piccole, inadeguate a raggiungere la riva perché prive di carburante, viveri e strumenti di sicurezza, spesso affidate alla guida di uno dei migranti che abbia competenze minime relative alla conduzione di un'imbarcazione. L'obiettivo è quello di provocare "ad arte" le condi-

vanza penale delle condotte dei soccorritori nonché dei trafficanti e dei migranti stessi.

Con riguardo alle condotte dei primi, è stato acutamente osservato che la inconfigurabilità del favoreggiamento a carico dei soccorritori deriverebbe dalla stessa descrizione della relativa fattispecie, che si compone di una clausola di illiceità speciale duplice, la quale consentirebbe l'integrazione del reato solo ove le condotte di soccorso fossero state illegittime (13). In questo modo, come è evidente, la risoluzione del problema viene affidata alla valutazione circa la liceità o meno delle condotte di soccorso.

Nonostante fosse sufficiente la stessa struttura del favoreggiamento ad impedire che potessero sussumersi sotto la sua descrizione le condotte (lecite) di soccorso in mare, la giurisprudenza ha preferito ricorrere, per sancire caso per caso l'esclusione della responsabilità penale in capo ai soccorritori, agli strumenti offerti dalle cause di giustificazione, dando luogo ad esiti non sempre coerenti con le premesse.

2. Il complesso intreccio delle cause di giustificazione nelle vicende di soccorso in mare: i confini delle scriminanti comuni.

Il tema della possibile rilevanza penale delle condotte di soccorso in mare e di trasferimento in Italia dei migranti soccorsi è attualmente quanto mai controverso e una guida stabile e sicura per interpretare queste vicende non sembra provenire dalle soluzioni offerte nei recenti procedimenti che le hanno ad oggetto, incasellando le condotte dei soccorritori nell'alveo di differenti cause di giustificazione ed omettendo di fare lo stesso con riferimento ai pubblici ufficiali che, nell'essersi attenuti alle indicazioni impartite dalla catena di comando, avessero adempiuto a un dovere giuridicamente sancito.

Pur nella consapevolezza delle infinite sfumature che sono suscettibili di assumere le singole situazioni concrete, appare quindi utile ripercorrere i recentissimi casi giudiziari sui quali sono intervenute dottrina e giurisprudenza, al fine di verificare se possano trarsene conclusioni di carattere generale utili ad una migliore comprensione e ad un futuro, più preciso inquadramento delle fattispecie in oggetto.

zioni che legittimano (e, anzi, rendono doveroso) l'intervento da parte dei soccorritori, in conseguenza del quale i migranti raggiungono infine il nostro Paese. Nella complessa vicenda che si viene a determinare si intravede dunque una triade soggettiva, costituita dai soccorritori, dai trafficanti e dai migranti trasportati, che diviene il crocevia di una serie di questioni problematiche, a mezza via tra diritto e processo penale", così MASSARO A., *L'immigrazione irregolare*, cit.

(13) "È pertanto fuori di dubbio che la condotta di salvataggio in mare, realizzata in adempimento dei numerosi obblighi ora illustrati, debba necessariamente ritenersi condotta legittima, e dunque non punibile ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 286/1998. Può tuttavia essere interessante approfondire come il connotato di legittimità della condotta possa acquisire rilevanza già all'interno della fattispecie di c.d. favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che si caratterizza per la presenza di una duplice clausola di illiceità speciale" così BERNARDI S., *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit.

Se si ritiene che tutte le cause di giustificazione introducano un bilanciamento con interessi ulteriori e diversi rispetto ai beni giuridici a favore dei quali sia stata predisposta una tutela penale, nella materia della immigrazione irregolare la particolare delicatezza della questione deriva dal fatto che sono in gioco molteplici e rilevanti interessi pubblici, il cui equilibrato contemperamento non sembra ancora raggiunto. Sono infatti coinvolti, da un lato, l'interesse al controllo dei flussi migratori da parte dello Stato e, dall'altro, l'esigenza di rispetto dei valori universali della dignità e solidarietà umane.

Sotto quest'ultimo aspetto, non può prescindersi dal fare applicazione delle norme internazionali relative alla salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS), la Convenzione SAR (Search and Rescue), la Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare; ma, d'altro canto, non si può nascondere l'esigenza di evitare la frequente strumentalizzazione degli obblighi internazionali sanciti nelle stesse norme pattizie e la metodica violazione delle norme nazionali ed europee in materia di sorveglianza delle frontiere marittime e di contrasto all'immigrazione illegale (14).

Il primo caso dal quale si ritiene opportuno avviare l'esame dell'uso che viene fatto delle cause di giustificazione, è quello, noto alle cronache, della nave *Vos Thalassa*, non solo per la sua collocazione temporale, anteriore agli altri episodi di cui si dirà in seguito, ma anche perché alcune delle considerazioni espresse riguardo a questa fattispecie concreta sono state recuperate dalle elaborazioni giurisprudenziali che si sono appuntate sulle vicende ad essa immediatamente successive.

Occorre, allora, ripercorrere preliminarmente i dati salienti del cd. Caso *Vos-Thalassa* (15).

L'8 luglio 2018 il rimorchiatore omonimo, battente bandiera italiana, soccorre 67 migranti che viaggiano su un natante in procinto di affondare; nel darne comunicazione al Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso Marittimo, riceve da questo, inizialmente, l'invito a dirigersi verso Lampedusa. A breve distanza da questa prima indicazione, interviene quella della Guardia Costiera Libica, che ordina al comandante di condurre la nave verso le coste africane. Mentre il rimorchiatore è in viaggio verso la rotta stabilita, i migranti a bordo, con contegni aggressivi, minacciano l'equipaggio dei soccorritori di ricorrere all'uso della forza se avessero proseguito in quella direzione.

In questo episodio, risoltosi poi con l'invio da parte del MRCC di una

(14) Come si legge anche nella Direttiva del Ministro dell'Interno per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale, n. 14100/141.

(15) Sul quale v. MASERA L., *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 giugno 2019, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6754-la-legittima-difesa-dei-migranti-e-lillegitimita-dei-respingimenti-verso-la-libia-caso-vos-thalassa>.

nave della Guardia Costiera che ha condotto i migranti in Italia e con l'imputazione di alcuni migranti per gli artt. 336, 337, 339 c.p. e per l'art. 12 co. 3 d.lgs. 286/1998, la fattispecie principale, quindi, è quella del *rinvio al porto di partenza*, la cui fonte può essere rintracciata nel Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale, per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria (16), adottati a Palermo nel 2000 e nel 2001, e ratificati con legge 16 marzo 2006, n. 146 (17).

Le "misure opportune" che fonderebbero la legittimità della procedura, richiamate dall'art. 8, e che lo Stato può adottare nel caso vi sia il sospetto che una nave senza nazionalità si proponga di realizzare il traffico di migranti via mare, sarebbero inoltre specificate dal decreto del Ministro dell'Interno del 14 luglio 2003, in particolare dall'art. 7 ai commi 1, 2, e 5 (18).

(16) Per una ricostruzione dell'istituto v. PALAZZO F. *Scriminanti e immigrazioni clandestina (a proposito dei c.d. "respingimenti" in alto mare)*, Riv. it. dir. e proc. pen., fasc. 2, 2011, pag. 458.

(17) Art. 8 *Misure contro il traffico di migranti via mare*. (1) Uno Stato Parte che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave che batte la sua bandiera o che vanta l'iscrizione sul suo registro, senza nazionalità, o avendo in realtà la nazionalità dello Stato Parte in questione, sebbene batta bandiera straniera o rifiuti di esibire bandiera, sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, può richiedere ad altri Stati Parte assistenza per porre fine all'utilizzo della nave utilizzata a tal fine. Gli Stati Parte che hanno ricevuto tale richiesta forniscono detta assistenza nei limiti dei mezzi di cui dispongono. (2) Uno Stato Parte che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave, che esercita la libertà di navigazione in conformità al diritto internazionale e che batte bandiera o che esibisce i segni di iscrizione al registro di un altro Stato Parte, sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, può informare di ciò lo Stato di bandiera, chiedere conferma dell'iscrizione sul registro e, se confermata, chiedere l'autorizzazione a detto Stato a prendere misure opportune in relazione a tale nave. Lo Stato di bandiera può autorizzare lo Stato richiedente, tra le altre misure, a: a) fermare la nave; b) ispezionare la nave; e c) se vengono rinvenute prove che la nave è coinvolta nel traffico di migranti via mare, prendere le misure opportune in relazione alla nave, alle persone e al carico a bordo, come da autorizzazione da parte dello Stato di bandiera. (3) Uno Stato Parte che ha preso una delle misure ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo informa immediatamente lo Stato di bandiera interessato dei risultati della misura. (4) Uno Stato Parte risponde senza ritardo alla richiesta di un altro Stato Parte per stabilire se una nave che vanta l'iscrizione al suo registro o che batte la sua bandiera è legittimata a fare ciò, nonché ad una richiesta di autorizzazione in applicazione del paragrafo 2 del presente articolo. (5) Uno Stato di bandiera può, compatibilmente con l'articolo 7 del presente Protocollo, subordinare la sua autorizzazione alle condizioni da stabilire di comune accordo tra detto Stato e lo Stato richiedente, incluse le condizioni concernenti la responsabilità e la portata delle misure efficaci da prendere. Uno Stato Parte non prende nessuna misura aggiuntiva senza l'espressa autorizzazione dello Stato di bandiera, ad eccezione delle misure necessarie per allontanare un pericolo imminente per la vita delle persone, o di quelle che derivano da relativi accordi bilaterali o multilaterali. (6) Ogni Stato Parte designa un'autorità o, laddove necessario, più autorità per ricevere e rispondere a richieste di assistenza, di conferma di iscrizione sul registro o del diritto per una nave di battere la sua bandiera, nonché richieste di autorizzazione per prendere misure opportune. Tale designazione deve essere notificata, tramite il Segretario Generale, a tutti gli Stati Parte entro un mese dalla designazione. (7) Uno Stato Parte che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave è coinvolta nel traffico di migranti via mare e che questa è senza nazionalità, o può essere assimilata ad una nave senza nazionalità, può fermare e ispezionare la nave. Se il sospetto è confermato da prove, detto Stato Parte prende misure opportune, conformemente al relativo diritto interno ed internazionale.

(18) Art. 7. *Norme di comportamento*. 1. Nell'assolvimento del compito assegnato l'azione di contrasto è sempre improntata alla salvaguardia della vita umana ed al rispetto della dignità della persona. 2. Su conformi direttive della Direzione centrale le unità navali di cui al presente decreto procedono,

Ancora, la possibilità di ricorrere allo strumento del rinvio coatto ai porti di partenza, che potrebbe farsi rientrare nel più ampio fenomeno di una *deteritorializzazione del controllo dei confini* (19), risulta anche dalla decisione del Consiglio dell'Unione Europea del 26 aprile 2010 (2010/252 UE), che integra il codice frontiere Schengen, per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne.

Il contrattare a queste previsioni viene tradizionalmente individuato nel principio di diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, del *non refoulement*, riconosciuto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra (20), che statuisce come nessuno Stato possa respingere un rifugiato verso luoghi in cui la sua libertà possa essere messa a rischio da condotte discriminatorie, il quale starebbe altresì assurgendo al rango di *jus cogens*.

In questo contesto, mentre la soluzione della questione giuridica offerta dal Giudice delle Indagini Preliminari di Trapani (21) è stata affidata alla scriminante della legittima difesa - scelta, come si vedrà fra breve, inconsueta ed inattesa in situazioni simili a quella di cui si discorre - un ruolo secondario, soprattutto in quanto si è ritenuto non ne ricorressero i presupposti, è stato assegnato alla scriminante dell'adempimento del dovere.

In particolare, si è ammesso che fosse indiscutibile che le azioni delittuose

ove ne ricorrano i presupposti, all'effettuazione dell'inchiesta di bandiera, alla visita a bordo, qualora sussista un'adeguata cornice di sicurezza, ed al fermo delle navi sospettate di essere utilizzate nel trasporto di migranti clandestini, anche al fine di un loro possibile rinvio nei porti di provenienza. 3. In acque internazionali, qualora a seguito dell'inchiesta di bandiera se ne verificchino i presupposti, può essere esercitato il diritto di visita. Nell'ipotesi di navi battenti bandiera straniera, l'eventuale esercizio di tale diritto sarà richiesto formalmente dal Ministro dell'interno una volta acquisito, tramite Ministero degli affari esteri, l'autorizzazione del Paese di bandiera. Parimenti, l'esercizio del diritto di visita può essere richiesto formalmente dal Ministro dell'interno anche nell'ipotesi di interventi da effettuarsi su natanti privi di bandiera e dei quali non si conosce il porto di partenza. 4. La visita a bordo di mercantili sospettati di essere coinvolti nel traffico di migranti deve avvenire in una cornice di massima sicurezza, onde salvaguardare l'incolumità del team ispettivo e dei migranti stessi. 5. Fermo restando quanto previsto dal comma 1 del presente articolo, ove si renda necessario l'uso della forza, l'intensità, la durata e l'estensione della risposta devono essere proporzionate all'intensità dell'offesa, all'attualità e all'effettività della minaccia. 6. Qualora le notizie fornite dalle navi mercantili, a seguito di interrogazione da parte dei mezzi aeronavali in pattugliamento, appaiano ragionevolmente sospette sulla natura del carico, porto di partenza o di arrivo, la Direzione centrale, immediatamente informata dalle amministrazioni di appartenenza, intraprende le opportune iniziative per verificare l'attendibilità di tali notizie e per l'adozione di conseguenti misure.

(19) Per la cui espressione v. ANDERSON M., *The Transformation of Border Controls*, in P. ANDREAS, T. SNYDER (eds), *The Wall around The West: State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*, Lanham Md., Rowman and Littlefield, 24, cit. in WALTERS W. *Welcome to Schengenland* in MEZZADRA S., (a cura di), *Il confine della libertà, Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, Deriveapprodi, Roma 2004, p. 51.

(20) Art. 33. "Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche".

(21) GIP Trapani, sent. 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019).

fossero state effettivamente poste in essere dagli imputati, ma si è ritenuto che le loro condotte dovessero considerarsi scriminate in quanto rivolte verso l'aggressore.

Ripercorrendo analiticamente gli snodi argomentativi della pronuncia in esame, deve evidenziarsi come la ricostruzione della vicenda come fattispecie di legittima difesa non appaia troppo solida e immune da censure.

In primo luogo, viene detto che i migranti soccorsi in mare sarebbero titolari di un diritto soggettivo al ricovero in un *Place of Safety*; da ciò deriva che l'offesa cui si sono opposti fosse ingiusta. Il pericolo della sua realizzazione, si aggiunge, non sarebbe stato da loro volontariamente determinato e la reazione messa in atto per sventarlo sarebbe stata proporzionata, in quanto, nel bilanciamento tra il diritto alla vita e quello alla autodeterminazione dell'equipaggio, quest'ultimo appare sicuramente come sacrificabile.

Il mutamento di prospettiva adottato in sentenza trova il suo momento più peculiare proprio nell'individuare, nel contegno del Pubblico Ufficiale che si fosse determinato ad eseguire gli ordini impartiti, l'autore di una aggressione ingiusta, con ciò preferendo questa ricostruzione a quella riconducibile allo stato di necessità, cui sarebbe bastato, per la sua integrazione, riscontrare nel fatto concreto un pericolo attuale di danno grave alla persona.

Il nodo problematico che non pare sia stato adeguatamente sciolto dalla sentenza, pur dopo aver attentamente illustrato il quadro normativo di riferimento, è quindi proprio quello che si può riassumere nella ingiustizia della offesa e nella speculare reazione legittima, vale a dire i due poli opposti e speculari attorno ai quali ruota la descrizione della fattispecie.

Soltanto una volta che si sia acquisita una prospettiva equidistante e sincretica delle disposizioni in materia, potrà dirsi di una "offesa", individuata nel rinvio coatto al porto di partenza, che sia ingiusta. Altrimenti il rischio è di dare per dimostrato ciò che occorre puntualmente dimostrare. Ed il presupposto imprescindibile per poter parlare di una offesa ingiusta, in questa circostanza, è l'affermazione *de plano* che non vi fosse un dovere giuridico discendente da un ordine legittimo (22).

Dunque, benché con riferimento ad alcuni profili dell'episodio che qui occupa possa indubbiamente dirsi meritevole di interesse il riferimento alla fattispecie della legittima difesa, ve ne sono altri per i quali la sussunzione sotto lo schema di questa scriminante sembra poter avvenire solo forzatamente.

Come è noto, l'introduzione dell'art. 52 (23) nel Codice Penale risponde

(22) GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Giapichelli, Torino, 2001, p. 211.

(23) Su cui v. ANGELINI M., *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Indice Penale*, 2001, 191; BOCHELMANN P., *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht*, in *Fest English*, 1969, 456; FIERRO CENDERELLI P., *Legittima difesa e provocazione, Rilievi comparatistici*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.* 1978, 1394; GROSSO C.P., *Difesa legittima e stato di necessità*, Giuffrè, 1964; ROXIN C., *An-*

al principio di autotutela, irrinunciabile anche nel più centralizzato tra gli ordinamenti, per tale intendendosi quello che, come il nostro, rimetta l'intero meccanismo sanzionatorio ad organi a ciò specificamente preposti (24): il suo fondamento è dato da una esigenza insopprimibile dell'uomo di difendere se stesso e i propri beni, dal momento che si ammette l'intervento difensivo a protezione sia dei diritti della persona, propri o altrui, che dei diritti reali.

Oltre a ciò, a questa causa di giustificazione viene riconosciuta anche una funzione di stabilizzazione dell'ordinamento, in considerazione del fatto che, nel contrastare l'aggressione di un terzo, il privato procederebbe a riaffermare la validità e il primato del diritto (25). Volendo dunque ridurre l'essenza di questa causa di giustificazione ad un binomio concettuale, questo potrebbe individuarsi nella contrapposizione tra Diritto e Non-diritto, con quest'ultima espressione intendendosi ciò che al diritto sfugga - non facendone oggetto di un'autorizzazione o di un dovere - o ciò di cui questo escluda la liceità.

Senonché, uno dei profili critici dell'argomentazione sembra essere proprio questo: non pare che, riconoscendo una legittima difesa nel caso di reazioni scomposte o violente all'esecuzione di ordini, la cui illegittimità - come, d'altronde, la loro legittimità - non possa affermarsi pacificamente, l'ordinamento possa trarne l'auspicata stabilizzazione; anzi, come si vedrà, risultando dalla frammentata e contraddittoria risposta normativa uno scenario giuridico arduo da ricomporre.

Mettendo sul piatto della bilancia, in questa specifica ipotesi, il diritto alla vita e quello alla autodeterminazione dell'equipaggio, seguendo la linea interpretativa prescelta dal GIP, è naturale e auspicabile farne discendere una indiscussa prevalenza dei primi, tale da giungere a giustificare il comportamento tenuto dai ribelli una volta a bordo. Di conseguenza, l'operazione "aritmetica" di bilanciamento degli interessi coinvolti, realizzata valutando il peso specifico di questi e ammettendo il sacrificio di quello riconducibile all'aggressore, risulta linearmente realizzata e coerente con le premesse assunte. Semmai, vi è da chiedersi se non vengano piuttosto in rilievo - e quindi siano in questo modo direttamente tutelate, anche se solo mediamente considerate - differenti situazioni giuridiche soggettive non compiutamente riconosciute come tali e che diversamente non avrebbero potuto trovare spazi di tutela: si

tigiuridicità e cause di giustificazione, a cura di MOCCIA, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996; VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.

(24) GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 211 ss. Tipico anche nell'ordinamento internazionale, nel quale financo la rappresaglia - vale a dire la reazione ad un comportamento antiggiuridico già posto in essere, assolutamente esclusa nel diritto penale interno, perché verrebbe meno l'incombenza dell'offesa - rappresenta una forma di reazione consentita, perché manca una autorità centrale cui sia rimesso il potere coattivo sanzionatorio.

(25) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 52, Giuffrè, Milano, 2012, p. 554.

fa riferimento ad un diritto soggettivo allo sbarco, pacificamente ritenuto non esistente.

Dubbi potrebbero sorgere anche a proposito del requisito dell'attualità del pericolo, che si ritiene realizzato quando sia già presente la situazione dal cui sviluppo la lesione "è rilevantemente possibile che si verifichi". Sia esso, infatti, un elemento positivo della fattispecie o, come in questo caso, un connotato di un elemento negativo, pone sempre un problema di causalità ipotetica, di "causabilità" (26) rispetto a un evento. Naturalmente, il criterio di accertamento selezionato per verificare la ricorrenza del requisito del pericolo condiziona il risultato dell'analisi svolta; così, ricorrendo a quello della prognosi postuma, valutando *ex ante*, al momento della azione, la sussistenza delle condizioni per ritenere probabile l'evento dannoso, si farà riferimento solo alle circostanze conoscibili e a quelle ulteriori eventualmente conosciute dal soggetto; diversamente nel caso in cui il pericolo sia una conseguenza dell'azione, nella quale ipotesi la base di giudizio si amplierebbe fino a ricomprendere tutti gli elementi effettivamente presenti al momento della sua verifica. Quando è requisito della esimente, come in questo caso, l'esistenza del pericolo si dovrà ammettere quando al momento del giudizio appaiono essersi realizzate quelle circostanze che avevano dato luogo alla rilevante possibilità di danno (27).

Tale rilevante possibilità, in sentenza, viene sostenuta sulla base di un parere reso dall' UNHCR (28) sulla situazione dei campi di detenzione in Libia, tale da lasciare pochi dubbi sulla probabilità che i fatti temuti avrebbero potuto trovare effettivamente conferma di lì a poco.

Ciò detto, le vere perplessità sorgono a proposito della "ingiustizia della offesa", dal momento che questa pone in risalto che chi realizza per reazione la condotta offensiva, sia in procinto di subire una lesione che l'ordinamento non impone o autorizza; solo a questa condizione sarebbe legittimato a difendersi. È ingiusta infatti l'offesa che costituisce un reato e anche quella che si verifica *non iure*, o *sine iure* (29). Ed in questa ipotesi, in cui, oltre al - controverso - Memorandum di Intesa con la Libia, diverse disposizioni normative regolamentano e ammettono il rinvio coatto e la competenza delle autorità della zona SAR interessata ad indicare il porto cui dirigere l'imbarcazione, si potrebbe esitare a qualificare palmarmente come tale la condotta del comandante che abbia eseguito l'ordine. Soffermandosi anche solo sull'uso lingu-

(26) GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 212.

(27) GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 214.

(28) MASERA L., *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, cit.

(29) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 52, cit. p. 556.

stico delle dizioni ricorrenti con riguardo alla ricostruzione della legittima difesa, ci si deve chiedere se in questo caso possa davvero fondatamente parlarsi di “aggressione” e “aggressore”, prima ancora di stabilire se si trattasse di “aggressione ingiusta”.

Sotto questo aspetto, dovrebbe forse ammettersi che si è dimostrata infelice la scelta del giudice di non sollevare la domanda pregiudiziale - avanzata dal pubblico ministero - alla Corte di Giustizia UE per verificare se la disciplina della Convenzione di Amburgo (recepita con la legge 3 aprile 1989, n. 147), nella parte in cui consente che le autorità libiche responsabili della zona SAR possano impartire direttive che comportino il rimpatrio in Libia di migranti provenienti da tale Paese, si ponga in contrasto con il principio di protezione dal respingimento di cui all’art. 21 della direttiva 2011/95/UE, nonché con la disciplina della direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

Nell’ipotesi in commento deve quindi riconoscersi che sia stata la sola circostanza che il luogo di destinazione fosse la Libia, e quindi non un vero *Place of Safety*, come invece richiesto dalla normativa internazionale, a permettere di connotare come “ingiusta” l’offesa. Diversamente si dovrebbe ritenere, quindi, con riguardo a generiche operazioni di respingimento coatto, da ammettere in quanto (come anticipato *supra*) legalmente previste e ammesse.

Vale la pena precisare, quindi, che, se anche effettivamente in simili situazioni dovessero riconoscersi margini per una operatività della legittima difesa, ciò varrebbe solo in considerazione delle peculiarità del caso concreto.

Detto altrimenti, si tratta di verificare se realmente - come è stato riconosciuto in questo caso - si possa dire integrata quella impedibilità della azione del comandante cui si reagisce, caratteristica non altrimenti ascrivibile al rinvio ai porti di partenza; e ciò non può prescindere da una previa ed esatta determinazione del dovere gravante su di esso.

La sentenza del GIP di Trapani, nell’escludere la responsabilità dei migranti che avevano aggredito l’equipaggio che li aveva messi in salvo, riconosce come la scriminante *de qua* fosse venuta in rilievo solo putativamente: il comandante che aveva fatto rotta verso la Libia è andato esente da pena non perché avesse, quindi, realmente adempiuto ad un dovere, ma perché si era, in ragione di una falsa rappresentazione del fatto, figurato di farlo.

Al fine di dichiararne la irresponsabilità penale, si è ritenuto dunque sussistente in capo al comandante un errore di fatto.

Come anticipato, il dovere che è posto al centro della richiamata fattispecie generale di cui all’art. 51 c.p. (30) è un dovere giuridico, che trae il suo

(30) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 51, cit., p. 540 ss. V. altresì BETTIOL G., *L’ordine dell’autorità nel diritto penale*, Milano 1934, CARACCIOLI I., *L’esercizio del*

fondamento o da una previsione normativa o da un ordine legittimo dell'autorità. Di questa causa di giustificazione potrebbe dirsi che essa assuma una duplice configurazione - grazie alla suddetta poliedricità del dovere giuridico stesso, suscettibile di trarre origine da una norma giuridica o da un ordine legittimo della autorità - a tenere unite le quali c'è, pur sempre, l'ovvia e ineluttabile derivazione da una norma giuridica a fondare lo stesso ordine della autorità (31).

La legittimità che viene in essa in rilievo, in quanto predicato dell'ordine, viene pacificamente intesa in dottrina in senso formale e sostanziale; a proposito di quest'ultimo aspetto si deve invero osservare che si attergerebbe pur sempre come "sostanzialmente formale", dal momento che la verifica da realizzare avrebbe sempre come unico riferimento la sola integrazione dei presupposti stabiliti dalla legge.

La distinzione tra aspetti sostanziali e formali della legittimità, non essendo "ontologicamente" percepibile, ha tuttavia una sua ragion d'essere quando si comprenda come rappresenti il discrimine nel tipo di sindacato che può essere realizzato dal soggetto che, nel suo rapporto con la pubblica autorità, sia in una posizione di inferiorità (32).

Invero, una diversa disciplina connota, in quest'ambito, la situazione del militare rispetto a quella del non militare (33), quando venga in rilievo l'ordine illegittimo della autorità, con ovvie ripercussioni nel caso sia il primo a vedersi ingiunto un ordine nel corso delle operazioni di soccorso.

In questo caso infatti solo un ordine manifestamente criminoso può - o meglio, deve - essere disatteso.

Nel caso che qui occupa, la peculiarità della situazione sembra risiedere nel fatto che il dovere giuridico gravante sul comandante del rimorchiatore si fondi su una pluralità di disposizioni (34) - quelle legittimanti le operazioni

diritto, Milano, 1965, DELITALA G. *Adempimento di un dovere*, Milano, Giuffrè, 1960, MANTOVANI F., *Esercizio del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, 1966, 627.

(31) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 51, cit., p. 548.

(32) GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 205.

(33) Benché, come è stato osservato, anche in quest'ambito vada affermandosi una sostanziale omogeneizzazione di disciplina che investe anche altre cause di giustificazione (in special modo la legittima difesa e lo stato di necessità). Nel diritto penale militare, così come nel diritto penale comune e nel diritto penale internazionale, si fa strada il principio secondo cui l'esecuzione dell'ordine può scusare se l'esecutore non era a conoscenza della sua illegittimità e qualora l'ordine non fosse manifestamente illegale. Così FIANDACA G., *Quale specialità per il diritto penale militare?* In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2008, pag. 1059. Cfr. altresì, di recente, AMATI E., *L'ordine del superiore*, in E. AMATI e altri, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 213 ss.; BRUNELLI D. - MAZZI G., *Diritto penale militare*, IV ed., Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 79.

(34) L'ipotesi non è nuova, e al riguardo non si è mancato di osservare come possano di frequente darsi casi di conflitti di leggi e conflitti di doveri, così GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 206.

anzidette - e altresì su un ordine, legittimamente impartito e con riferimento al quale - non essendo manifestamente criminoso - il sindacato non si sarebbe potuto estendere ad investirne il contenuto. Dalla prospettiva adottata, secondo la quale l'ordine di cui si discute fosse legittimo - in quanto alla legittimità sostanziale basterebbe la sola integrazione in concreto dei presupposti legislativamente previsti - deriva che cadrebbe il presupposto per parlare di offesa ingiusta e quindi di configurare una legittima difesa; ben più opportuno, probabilmente, sarebbe stato, in questo caso, il ricorso alla scriminante dello stato di necessità, pur facendo salve le inevitabili incertezze sulla provocazione del pericolo.

A ciò deve aggiungersi che i pericoli cui espone la ritenuta esclusione della responsabilità penale del comandante per errore di fatto non sono di poco momento: procedendo in questo modo, si finisce per assolvere - secondo la stessa controversa previsione dell'art. 51 c.p. - solo il pubblico ufficiale che avesse omesso di cogliere la vicenda fattuale in tutti i suoi aspetti e non quello che fosse incorso in errore sulla legittimità dell'ordine ricevuto, situazione che pare maggiormente attagliarsi al caso in esame: nel caso in questione l'errore del comandante sulla legittimità dell'ordine non può che essere un errore di diritto (35) (36).

Non vi è dubbio che si tratti di una situazione difficile da gestire (37): i pubblici ufficiali chiamati a dare esecuzione alle politiche governative e agli ordini delle autorità, come si vedrà fra breve anche a proposito del caso *Rackete*, sono esposti al rischio che i destinatari degli ordini impartiti non li riconoscano come legittimi e, in ipotesi di questo genere, i pubblici ufficiali potrebbero non vedersi tutelati dalle garanzie che l'ordinamento predispone a tutela del loro operato (come l'art. 337 c.p.) e che richiedono, quale loro presupposto, l'agire legittimo delle autorità (38).

(35) Vero tutto ciò, se ne dovrebbe dedurre che il giudice abbia in realtà fatto applicazione non già dell'art. 51.3 c.p. bensì dell'art. 59.4 c.p., cioè della disposizione sull'erronea supposizione dell'esistenza di una causa di giustificazione, in quanto l'errore di cui parla l'art. 59.4 c.p. può essere tanto un errore di fatto, di percezione, quanto un errore di diritto, che concerne comunque un elemento costitutivo della fattispecie scriminante, a somiglianza di quanto dispone l'art. 47 c.p. a proposito dell'errore sul fatto costitutivo di reato. Sul punto v. PALAZZO F., *Le scriminanti*, cit.

(36) Il differente regime di responsabilità del superiore (che va esente da responsabilità, *ex art.* 51 c.p., anche nel caso di errore su legge extrapenale) da quella dell'inferiore non ha mancato di suscitare dubbi di illegittimità costituzionale, configurando una chiara ipotesi di disparità di trattamento. Così GALLO M. *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 206.

(37) "In uno Stato democratico, in cui sia efficace il controllo giurisdizionale, lasciare nell'incertezza o peggio creare normativamente situazioni ambigue di falsa apparenza, può esporre il funzionario chiamato ad esercitare quei poteri a responsabilità penale non calcolate e non facilmente prevedibili, né più né meno dell'ipotesi in cui indeterminata sia la norma incriminatrice. Tanto più questo vincolo dovrebbe essere stringente per il "legislatore" per quanto concerne la necessità di assicurare il rispetto dei principi relativi alle fonti e la chiarezza del quadro normativo di riferimento. Altrimenti si potrebbe avere il sospetto di una legiferazione strumentalmente destinata a creare situazioni di ambiguità e fatalmente foriera di tensioni istituzionali con la giurisdizione", così PALAZZO F., *Le scriminanti*, cit.

Il nucleo problematico, allora, non è - solo - penalistico, ma costituzionalistico, finendo con il riguardare la morfologia dei pubblici poteri, nonché le condizioni del loro esercizio.

La richiamata scriminante, disciplinata all'art. 51 c.p., viene in considerazione anche in un'altra, recentissima vicenda di soccorso in mare: è il caso dell'operazione realizzata dalla Sea Watch 3 (39), in occasione della quale è stata riconosciuta dal GIP (40) l'operatività dell'adempimento del dovere, per escludere la responsabilità penale per le fattispecie di cui all'art. 1100 del Codice della Navigazione (resistenza o violenza contro nave da guerra) e art. 337 c.p. (resistenza a pubblico ufficiale) (41).

Il riferimento alla scriminante *de qua* per giustificare le condotte degli operatori che avessero prestato soccorso in mare non è certo nuovo: già nel Caso Cap Anamur il Tribunale di Agrigento (42) aveva riconosciuto l'operatività di questa causa di giustificazione a favore dell'equipaggio della ONG che, dopo aver abbordato in acque internazionali una nave pericolante che ospitava 37 persone, aveva fatto ingresso nelle acque italiane ed era approdata a Porto Empedocle.

Quello che emergeva già dalla lettura del caso Vos Thalassa è che, per parlare di adempimento del dovere giuridico, si dovrebbe aver logicamente superato una qualunque potenziale antinomia esistente tra norme giuridiche che facciano riferimento a situazioni giuridiche differenti: le une impositive, le altre incriminatrici; cosa che pare non sia, oltre che nel caso poco sopra

(38) Così anche MASERA L. *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, Nota Trib. Agrigento, 2 luglio 2019, su *Giustizia Insieme*.

(39) L'equipaggio dell'ONG Sea Watch, il 12 giugno scorso, prestava aiuto - in acque internazionali, nella zona SAR libica - ad un natante con a bordo una cinquantina di migranti provenienti dalla Libia. Nonostante le indicazioni della Guardia costiera libica, la nave non si dirigeva verso Tripoli, ma faceva rotta verso Lampedusa, chiedendo all'Italia un *place of safety*.

Il 15 giugno, mentre la Sea Watch si trovava ancora in acque internazionali, il Ministro dell'Interno, conformemente a quanto previsto dal recente decreto *sicurezza-bis*, firmava il primo provvedimento diretto a vietare o limitare l'ingresso di imbarcazioni nelle acque territoriali per finalità di contrasto all'immigrazione irregolare (art. 1, che ha modificato l'art. 11 T.U. imm. inserendo il comma 1-ter) nei confronti dell'equipaggio della Sea Watch. Le autorità italiane provvedevano a far sbarcare i migranti che versavano in situazioni di vulnerabilità, mentre i restanti migranti e l'equipaggio Sea Watch sostavano in acque internazionali.

Frattanto, avverso il predetto provvedimento veniva esperito ricorso al TAR del Lazio, chiedendo di sospenderne in via cautelare l'efficacia. Tuttavia, il 19 giugno, in considerazione del fatto che era stata prestata assistenza ai soggetti in condizioni vulnerabili, la richiesta di sospensiva veniva rigettata.

Ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte EDU, si faceva richiesta delle *interim measures*, anch'essa respinta.

(40) Tribunale di Agrigento, Uff. GIP, ord. 2 luglio 2019.

(41) Sulla vicenda v. *amplius* ZIRULIA S., CANCELLARO F., *Caso Sea-Watch: Cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie su Diritto Penale Contemporaneo*, 26 giugno 2019; NATALE A. *Caso Sea Watch 3, la "scandalosa" ordinanza di rigetto del gip di Agrigento*, in *Questione Giustizia*.

(42) Sentenza del Tribunale di Agrigento, 7 ottobre 2009, n. 954.

esposto, anche in quello che ha visto come protagonista la comandante Rackete, essendo, in questa ipotesi come anche nella prima, lo stesso intrico di norme di varia fonte e natura a determinare difficoltà di interpretazione delle vicende di soccorso. Ne consegue che l'operazione di bilanciamento di interessi, non ricevendo indicazioni univoche a livello normativo, risulta essere stata interamente demandata all'organo giurisdizionale.

Val la pena sottolineare come l'ordine - implicito nel divieto (43), rivolto all'equipaggio, di entrare in territorio italiano - fosse anch'esso legittimamente fonte di un dovere giuridico; il sindacato che è possibile per chi lo riceve deve limitarsi a considerazioni puramente formali, che in questo caso appaiono puntualmente rispettate, attenendo al solo profilo della esecutorietà (44) dell'ordine.

Soprattutto - benché necessiti indubbiamente di approfondimenti ulteriori, volti a chiarire eventuali profili di illegittimità costituzionale - non appare esatto giustificare in partenza la mancata osservanza del provvedimento del Ministro dell'Interno sulla base di una ritenuta incostituzionalità del Decreto Sicurezza *bis ex art. 77 Cost.*, per il mancato rispetto dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza che soli dovrebbero indurre all'approvazione di un decreto legge e per l'integrazione dei quali, si dice, non sarebbe bastata una generica riconducibilità delle materie oggetto dell'intervento alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (45).

Invero, anche nel caso limite di una norma della quale si sospetti l'incostituzionalità, deve riconoscersi che, fino alla dichiarazione in tal senso della Corte Costituzionale, questa è (e va osservata in quanto) pienamente vincolante (46).

Ben più frequente, benché non preso in considerazione nei due casi sin qui esposti, è il ricorso alla causa di giustificazione dello stato di necessità, della quale una delle molteplici applicazioni si rinviene nella vicenda della nave Open Arms (47).

(43) Tale misura è stata di recente introdotta dal Decreto Sicurezza-*bis*, che conferisce al Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti, il potere di emanare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso, il transito o la permanenza nelle acque territoriali di navi, allorché ricorrano due ordini di presupposti alternativi: i) "motivi di ordine e sicurezza pubblica"; ii) concretizzazione delle condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay, che a sua volta individua, quale ipotesi di passaggio non inoffensivo di nave straniera nelle acque territoriali, il caso in cui tale nave effettui "il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero".

(44) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 51, cit., p. 550 ss.

(45) In questo senso si veda ZIRULIA S. *Decreto Sicurezza-bis: novità e profili critici*, su *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2019, nonché MASERA L. *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in *Giustizia Insieme*, 6 luglio 2019.

(46) GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 205.

(47) La vicenda riguarda la nave Open Arms, che svolge attività di soccorso in mare per conto

La principale questione controversa in questa vicenda è la configurabilità o meno dello stato di necessità, la cui applicazione veniva invocata da parte delle difese degli indagati, per il fatto che il rientro dei migranti in Libia significava per gli stessi l'andare incontro a gravi ripercussioni e quindi non, come di solito avviene, per lo stato in cui versava il natante soccorso, evidentemente non tanto pericoloso da non poter attendere l'intervento delle autorità libiche.

Il GIP catanese, chiamato a pronunciarsi sul sequestro della nave, ne disponeva la convalida (48), argomentando che l'interesse dei migranti è temperato a livello normativo con le esigenze statali al controllo dei flussi migratori. I soccorsi in mare in particolare devono avvenire secondo una precisa sequenza e con modalità illustrate anche dal Codice di Condotta, le cui previsioni l'ONG spagnola ha nell'occasione infranto. Tale inosservanza avrebbe comportato, secondo il Giudice, il superamento della soglia entro cui il trasferimento in Italia di stranieri irregolari può considerarsi legittimo: «non può essere consentito alle ONG di creare autonomi corridoi umanitari al di fuori del controllo *statuale ed internazionale*».

Il GIP escludeva inoltre la sussistenza dello stato di necessità, dal momento che la presenza della nave libica pronta a prestare soccorso avrebbe escluso l'inevitabilità del pericolo.

Sulla stessa questione, il GIP presso il Tribunale di Ragusa rigettava (49)

della ONG spagnola omonima. Lo specifico episodio oggetto del procedimento giudiziario risale al 15 marzo 2018, data in cui la Open Arms riceve una comunicazione da parte della Guardia costiera italiana, che le indica la presenza di un gommone con a bordo diversi migranti a circa 40 miglia da Tripoli e le richiede di recarsi sul posto per valutare la situazione, in quanto nave più vicina. Nel frattempo, la Guardia costiera libica comunica a quella italiana di poter intervenire, così le autorità italiane ingiungono alla nave prima contattata di sospendere l'operazione. L'equipaggio della ONG decide ugualmente di recarsi sul luogo, e constatata la precarietà del mezzo utilizzato, nonostante le reiterate indicazioni delle autorità italiane di lasciare che le attività di soccorso fossero prestate dai libici (in ottemperanza alle disposizioni del Codice di condotta sottoscritto dalla ONG spagnola), dà inizio al trasbordo dei migranti. Frattanto le navi della guardia costiera libica arrivano sul posto, e richiedono la consegna dei migranti soccorsi; ciononostante, non viene dato seguito alle loro richieste. La nave Open Arms chiede allora indicazioni alle autorità italiane sulle operazioni successive, anche in considerazione della situazione di serio pericolo per la presenza a bordo di un neonato e della madre; le autorità italiane replicano che competente in tal senso sarebbe stata l'autorità della bandiera (e cioè la guardia costiera spagnola) dal momento che l'effettuazione del soccorso era avvenuta al di fuori del loro coordinamento; in ogni caso, indicano alla nave spagnola di rivolgersi alle autorità maltesi, distanti dalla sua posizione sole quattro miglia. La nave, dopo avere affidato ai maltesi i due soggetti in imminente pericolo di vita, senza dare seguito alle indicazioni delle autorità italiane e spagnole di chiedere ai maltesi stessi di poter sbarcare tutti i migranti, prosegue di propria esclusiva iniziativa la navigazione verso l'Italia, sino a quando giunge l'autorizzazione del Ministero dell'interno ad attraccare nel porto di Pozzallo. La Procura distrettuale della Repubblica di Catania - considerata originariamente competente in quanto si era ritenuta configurabile la fattispecie di cui all'art. 416 co. 6 c.p., in concorso con gli artt. 12 co. 3 e 3 *bis* TU - ottiene il 27 marzo dal GIP etneo la convalida del sequestro preventivo della Open Arms disposto pochi giorni prima.

(48) Con provvedimento del 27 marzo 2018.

(49) Con decreto depositato in data 16 aprile 2018.

invece la richiesta di conferma del decreto di sequestro avanzata dalla Procura ragusana (50).

Ad indurre il Giudice ragusano a conclusioni antitetiche rispetto a quelle raggiunte dal Giudice catanese è la diversa interpretazione che viene data della norma sullo stato di necessità. Il GIP di Ragusa rievoca gli obblighi di soccorso in mare come delineati dalle convenzioni internazionali, i quali non si «esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi con lo sbarco in un luogo sicuro (POS, *place of safety*)» e tale non potrebbe considerarsi un luogo come la Libia, ove i migranti sono esposti a rischi di trattamenti inumani e degradanti, in ragione dei quali prenderebbe vita nella fattispecie concreta il pericolo attuale che avrebbe fatto propendere il Giudice per la sussistenza dello stato di necessità (51).

In altri arresti giurisprudenziali il ricorso all'alternativa offerta dal terzo comma dell'art. 54 c.p. è stato determinato dalla necessità di sancire la giurisdizione italiana per le condotte dei trafficanti che si fossero realizzate fuori dalle acque italiane e che fossero state seguite da quelle di soccorso: si assiste ad un "rispolvero" (52) della figura dell'autore mediato, che suona come forzatura interpretativa sia per la sussunzione delle condotte dei trafficanti nella "minaccia" (53) di cui al comma tre, sia per la sostanziale inadeguatezza della trasposizione di questa elaborazione teorica nel nostro ordinamento.

Semmai, come è stato osservato (54) nel caso di condotte dei soccorritori collusi la cui illiceità sia fuor di dubbio, dunque quelle che darebbero luogo alle c.d. consegne concordate, potrebbe residuare uno spazio per il riconoscimento di uno stato di necessità (nella declinazione del soccorso di necessità)

(50) Cfr. la nota di PATARNELLO M., *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Quest. Giust.*, 19.4.2018; nonché NATALE A. *Open Arms: l'avviso di conclusione indagini. Se la disobbedienza diventa violenza...* in *Quest. Giust.* 18 dicembre 2018; PERELLI S., *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?*, in *Quest. Giust.*, 31 marzo 2018.

(51) La decisione della Open Arms di non consegnare i migranti ai libici può dunque considerarsi giustificata, secondo il giudice ragusano, ai sensi dell'art. 54 c.p. In ordine poi alla decisione del capitano della Open Arms di non chiedere a Malta la possibilità di sbarcare i migranti soccorsi, in aperta violazione delle indicazioni ricevute dalle autorità italiane e di bandiera, il giudice ritiene che essa non valga ad escludere la sussistenza dello stato di necessità, non disponendosi al momento di alcuna prova che le autorità maltesi fossero concretamente disponibili a prestare l'accoglienza eventualmente richiesta. «Entrambe le condotte contestate sia in zona SAR libica, sia in zona SAR Malta, si risolvono in una disobbedienza alle direttive impartite dalle autorità preposte al coordinamento dei soccorsi, che però non vale ad impedire la configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità».

(52) Così MASSARO A. *L'immigrazione irregolare via mare*, cit.

(53) Così BERNARDI S., *I (possibili) profili*, cit.: "(...) difettando qui quella prospettazione da parte dell'agente di un danno ingiusto, futuro e dipendente dalla volontà del minacciante che costituisce lo *specificum* della condotta minatoria. I trafficanti non prospettano affatto di infliggere, in futuro, essi stessi un male ai migranti, conservando - come d'ordinario nei casi di minaccia - anche la possibilità di non infliggerlo; ma li espongono direttamente - "lanciandoli" in alto mare - a pericoli che deriveranno dal corso naturale degli eventi, e sui quali essi non avranno più alcun controllo".

(54) BERNARDI S. *I (possibili) profili*, cit.

in loro favore, valorizzando l'elemento della finalità umanitaria che li avrebbe guidati pur nello scendere a patto con i trafficanti.

Tale scusante, si è detto, dovrebbe sussistere, ai fini di escludere la loro responsabilità *ex art. 12 d.lgs. 286/98*, nel momento dell'accordo con i trafficanti; potendosi quindi certamente escludere nelle vicende in cui sia antecedente al viaggio in mare dei migranti: in tali situazioni, infatti, verrebbero meno sia il requisito dell'attualità del pericolo che quello della non volontaria causazione dello stesso.

Ne consegue che qualche margine di applicabilità della scriminante dello stato di necessità potrebbe pertanto teoricamente ammettersi solo nel caso in cui l'accordo con i trafficanti intervenga quando i migranti si trovino già in alto mare, sempre ammesso che la sussistenza degli elementi costitutivi della scriminante regga alla prova dei fatti (55).

Al riguardo, altra osservazione osterebbe all'uso disinvolto della scriminante in questa materia: non può trascurarsi di ricordare l'insegnamento della dottrina (56), stando alla quale, per evitarne usi impropri, lo stato di necessità non potrebbe trovare applicazione in quelle attività già giuridicamente disciplinate nei loro presupposti, dal momento che eventuali conflitti di interessi avrebbero già trovato una loro composizione a livello normativo.

Invero è proprio questa la strada che si dovrebbe seguire: emerge la necessità di una precisa identificazione degli interessi - e del relativo peso - concretamente e immediatamente coinvolti, nonché del termine di relazione del giudizio di pericolo, dal momento che quella dei diritti umani potrebbe rischiare di suonare come una valvola di sicurezza, *bonne a tout faire*, al fine di affermare tacitamente la rilevanza di distinti interessi e destinata a prevalere inevitabilmente e sistematicamente su quelli statali al controllo dei flussi migratori.

Ne deriva che dovrebbero delinearci più nettamente i confini e gli ambiti di operatività delle cause di giustificazione in questa complessa materia, dal

(55) "In tali condizioni, invero, potrebbe non essere del tutto peregrino sostenere che i soccorritori, scendendo a patti con i trafficanti, siano stati indotti ad agire nel caso concreto dall'esistenza di un imminente pericolo di un grave danno alla persona corso dai migranti, pericolo che potrebbe ritenersi quantomeno minacciato dai trafficanti, i quali, nel richiedere la collaborazione della O.N.G., implicitamente prospetterebbero loro quale alternativa negativa l'abbandono dei migranti in alto mare. In questa ottica, la scelta da parte degli operatori di collaborare nel perfezionamento di un'attività sicuramente delittuosa potrebbe forse considerarsi scusata ai sensi dell'art. 54 c. 3 c.p., che in una situazione simile potrebbe concretamente svolgere un ruolo effettivo, diverso da quello richiamato dalla già citata Cassazione del 2014. Senonché, prima di abbracciare siffatta soluzione, i giudici di merito dovrebbero vagliare attentamente anche gli ulteriori requisiti (essenziali ai fini del riconoscimento dello stato di necessità) della necessità della condotta - e quindi dell'assenza di qualsiasi altra alternativa esigibile - e della costrizione, elemento che riveste una pregnante rilevanza autonoma all'interno dell'art. 54 c.p., almeno secondo quella parte della dottrina che vi rintraccia una circostanza scusante soggettiva, piuttosto che una causa di giustificazione" Così BERNARDI S., *I (possibili) profili*, cit.

(56) MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 260.

momento che esse, disegnando nuovi spazi di protezione, intaccano fortemente le aree di tutela penale.

La differenza tra il riconoscere esistente, in una data situazione, l'adempimento del dovere o lo stato di necessità non è di poco momento: nel secondo caso, il giudizio di residua illiceità del fatto porterebbe con sé la corresponsione di un equo indennizzo (57).

Con particolare riguardo alla situazione di coloro che realizzino le operazioni di respingimento al porto di partenza, una soluzione per rendere l'applicazione della misura certa ed efficace, nonché per garantire al contempo una adeguata ponderazione con altri interessi coinvolti, potrebbe essere quella di "proceduralizzare" il ricorso alle scriminanti (58), ma non è da escludersi che la medesima operazione possa rivelarsi di proficua applicazione anche con riguardo alle stesse condotte dei soccorritori.

3. *La (persistente) rilevanza penale delle condotte: altre rotte possibili.*

Una volta che si sia ammesso (v. *supra*, par. 1) che, quando le attività di soccorso in mare sono state svolte entro le cornici di liceità stabilite dall'ordinamento giuridico, le condotte dei soccorritori vadano esenti da pena - e ciò non in virtù del riconoscimento di una causa di giustificazione, ma grazie alla stessa struttura della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che si compone di una clausola di illiceità speciale - resta da stabilire quale sia la sorte di chi si sia introdotto volontariamente nel territorio italiano secondo queste modalità e ciò perché, invece, per il riconoscimento di una responsabilità penale in capo ai trafficanti che si siano avvalsi di un simile *iter* criminoso basta la formulazione dell'art. 12 T.U. imm., che configura un reato di pericolo a consumazione anticipata (quindi punibile anche se l'ingresso non

(57) MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 259.

(58) "È ben possibile che l'armonizzazione tra gli interessi sottesi al rinvio e le esigenze di tutela umanitaria e internazionale avvenga mediante la previsione normativa di condizioni e requisiti procedurali concernenti l'esecuzione del provvedimento di rinvio (come, tra parentesi, è dimostrato dalla dettagliata disciplina oggi prevista dalla decisione del Consiglio UE già ricordata). Così, per ipotesi esemplificativa, la disciplina normativa potrebbe prevedere la condizione di un preliminare e sommario esame medico o addirittura la presenza sul luogo delle operazioni di un sanitario, medico o infermiere; così come potrebbe essere prevista la necessità di un interprete o solamente l'utilizzazione di personale di polizia che conosca le principali lingue, e così via esemplificando. D'altronde, la "proceduralizzazione" delle scriminanti non è più un fenomeno raro nell'ordinamento: soprattutto quando si tratta di scriminanti consistenti in poteri conferiti all'autorità pubblica e in specie di polizia, non è affatto raro che le esigenze di delimitazione e in qualche modo di formalizzazione dell'esercizio legittimo di quei poteri sia realizzato attraverso l'apposizione di una serie di condizioni che, proprio in quanto "formali", presentano un grado di rigidità estraneo al bilanciamento sostanziale tra gli interessi in conflitto. Si pensi, ad esempio, alla disciplina delle varie ipotesi di c.d. operazioni sotto copertura o addirittura di agente provocatore, dove non raramente l'articolata disciplina della fattispecie impone anche obblighi comunicativi od informativi che sembrano più funzionali ad esigenze di controllo interno preventivo o successivo che all'individuazione del punto di equilibrio tra gli interessi sostanziali in conflitto". Così PALAZZO F., *Scriminanti ed immigrazione*, cit.

si verifica o se le condotte dei trafficanti si arrestino fuori dalle acque italiane).

Si ritiene che una soluzione praticabile, che ha incontrato - sia pure implicitamente (59) - il favore della giurisprudenza, sia quella di ricorrere alla struttura del reato aberrante, nello specifico alla figura dell'*aberratio causae* (60), che rappresenta una ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato (61) che interessa il solo percorso causale realizzatosi, "a parità di evento"; per dirla con le locuzioni invalse in dottrina: non errore nell'ideazione, ma un errore nella esecuzione del reato.

L'ammissibilità di tale figura criminosa è stata riconosciuta sulla base di un avallo normativo rinvenuto nel codice all'art. 82, ma predisposto dal legislatore a disciplinare la - parzialmente - diversa ipotesi della *aberratio ictus*, con la quale ha in comune gli elementi che si illustreranno a breve, nonché l'atteggiarsi della condotta che costituisce l'azione come viziata da un errore di inabilità (62) e che con l'*aberratio causae* è in un rapporto di *species ad genus*.

In prima battuta, è bene precisare che tale elaborazione dottrinale investe essenzialmente i reati a forma libera (63), per tali intendendosi quelli nella cui fattispecie la condotta sia stata descritta dal legislatore solo in quanto protesa ad un certo evento e non, come accade, invece, nei reati a forma vincolata, tramite la prescrizione di particolari note che oggettivizzano il disvalore nell'azione.

In queste ultime ipotesi, infatti, al divergere del fatto realizzato dal più stringente modello normativo descritto, corrisponderebbe una irrilevanza penale della condotta, spiegabile in ragione della circostanza che farebbe difetto lo stesso fatto oggettivo di reato: il soggetto agente avrebbe quindi realizzato un fatto atipico.

Nel caso delle fattispecie a forma libera, diversamente, la descrizione a maglie larghe della condotta impone di interrogarsi se la deviazione causale verificatasi - pur nell'identità del risultato - possa egualmente ascrivere ad essa, essendo sufficiente che il soggetto agente si prefiguri il risultato come conseguenza normale della propria azione.

Innanzitutto, la premessa necessaria per poter avviare una analisi - sia con riferimento alla stessa fattispecie generale che a quella concreta - sulla riconducibilità al dolo della alterazione dell'*iter* causale, è quella di poter riconoscere l'imputazione oggettiva del fatto all'agente, ossia che il nesso causale

(59) Tribunale di Trapani 29.11.2016.

(60) Sulla figura in oggetto s.v. anche CORNACCHIA L. *Reato aberrante*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XI, Utet, 1996, pp. 174 ss., DE FRANCESCO G.A., *Sul reato aberrante*, in *Studium iuris* 2000, p. 256.

(61) Per un'efficace e completa analisi su tutte le possibili declinazioni del fenomeno della divergenza, il rinvio è a TRAPANI M., *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Torino, Giappichelli, 2006.

(62) Così ROMANO M., *Commentario sistematico*, Voll. I e II, cit. p. 736.

(63) TRAPANI M., *La divergenza*, cit. p. 16.

non possa dirsi interrotto da cause sopravvenute, da sole sufficienti a determinare l'evento, *ex art. 41 c.p.* In applicazione del citato disposto - che richiederebbe la regola della interruzione del nesso causale solo nel caso di intervento, successivo alla condotta dell'agente, di fattori assolutamente imprevedibili, "non ragionevolmente calcolabili neppure da un uomo della migliore scienza ed esperienza del suo momento storico" (64) - dovrebbe escludersi che le operazioni di soccorso - che siano realmente tali, cioè intervenute dopo l'inizio del viaggio intrapreso - siano considerate la sola e sufficiente causa dell'ingresso nel territorio dello Stato, così permanendo la possibilità di una imputazione oggettiva dei fatti di favoreggiamento della immigrazione clandestina e di immigrazione irregolare.

Presupposto implicito dell'imputazione di un fatto con riguardo al quale si sia registrata una aberrazione è quindi l'esistenza di un rapporto causale giuridicamente rilevante; il problema reale sotteso al fenomeno dell'*aberratio causae* è, quindi, quello della colpevolezza, se cioè il dolo del fatto voluto basti a coprire anche il fatto realizzato, che, sia pure identico al primo quanto all'esito, sia stato cagionato nel suo concreto atteggiarsi attraverso una anomalia causale.

I tentativi che sono stati fatti, da parte della dottrina tedesca, di surrogare il dolo con una "prevedibilità" della deviazione causale e con un esame condotto sulle motivazioni alla base dell'azione, non possono essere condivisi.

Nel primo caso, si finirebbe per ridurre il dolo ad un elemento psicologico meramente ipotetico; nel secondo, si assisterebbe ad una valorizzazione del processo formativo della volontà che non è confortata dall'ordinamento positivo.

La conclusione cui arriva l'analisi dottrinale sul tema è che l'*aberratio causae* costituisce un fenomeno di divergenza, tra il voluto e il realizzato, penalmente irrilevante: se infatti, in ipotesi quali quelle di *aberratio ictus*, in cui la deviazione del decorso causale abbia comportato una modifica del soggetto passivo, comunque non preclude una imputazione a titolo di dolo (l'agente risponde infatti "come se avesse offeso la vittima designata"), *a maiori ad minus* non potrà escludersi il dolo quando la deviazione causale sia stata senza conseguenze.

Il processo causale nel suo concreto atteggiarsi non è, quindi, oggetto del dolo; lo è nella sola parte che trova riscontro nel modello astratto di reato, essendo sufficiente che l'agente si rappresenti la propria condotta come idonea a realizzare un risultato normativamente equivalente a quello previsto dalla fattispecie (65).

Tornando alla specificità delle ipotesi che qui occupano, la contravvenzione di cui al citato art. 10 *bis* T.U. imm. incrimina, tra l'altro, la condotta

(64) Così TRAPANI M., *La divergenza*, cit. p. 19.

(65) TRAPANI M., *La divergenza*, cit., p. 21.

dello straniero che faccia ingresso nel territorio dello Stato in violazione della legge, a prescindere dunque da come detto ingresso sia avvenuto. Oramai, che l'ingresso in Europa grazie alle operazioni di salvataggio e soccorso in mare sia il modo normale per varcare le frontiere del nostro continente, viene pacificamente riconosciuto anche in diversi arresti giurisprudenziali (66).

Lo sbarco dei migranti, apparentemente conseguenza dello stato di necessità che ha determinato l'intervento dei soccorritori, si atterrebbe concretamente quale ultimo segmento di una attività pianificata *ab initio*, nel suo intero svolgimento, al punto da rappresentare lo stesso obiettivo perseguito dall'associazione criminale con la propria condotta, consistente nella provocazione e nello sfruttamento di uno stato di necessità (67).

Il nesso di causalità non potrebbe quindi dirsi interrotto dall'intervento dei soccorritori, quale fattore sopravvenuto e inatteso inseritosi nel processo causale produttivo dell'evento, dal momento che non si tratterebbe di evento anomalo, imprevedibile o eccezionale, ma anzi fattore preso in considerazione dai trafficanti e dai migranti al fine di sfruttarlo a proprio favore e da essi provocato (68).

Non da ultimo, un'altra direttrice lungo la cui traiettoria potrebbero svilupparsi analisi successive, potrebbe delinearci a partire dalla considerazione che, allorché venga in rilievo - come è prassi - la corresponsione di un prezzo alle organizzazioni criminali volte a favorire l'immigrazione irregolare, potrebbero emergere profili di responsabilità secondo lo schema del concorso

(66) Così risulta in quelle sentenze della Corte di Cassazione che affermano la giurisdizione italiana per il reato di cui all'art. 12, comma 3, D.Lgs. n. 286/1998 (cfr., tra le altre, Cass., 22 dicembre 2015, n. 11165, Almagasbi, GEO 266430, ove si precisa che, «in tema di immigrazione clandestina, la giurisdizione nazionale è configurabile anche nel caso in cui il trasporto dei migranti - avvenuto in violazione dell'art. 12 del D.Lgs. n. 286 del 1998 a bordo di una imbarcazione priva di bandiera e, quindi, non appartenente ad alcuno Stato, secondo la previsione dell'art. 110 della Convenzione di Montego Bay delle Nazioni Unite sul diritto del mare - sia stato accertato in acque extraterritoriali, ma, successivamente, nelle acque interne e sul territorio nazionale si siano verificati, quale evento del reato, l'ingresso e lo sbarco dei cittadini extracomunitari per l'intervento dei soccorritori, quale esito causalmente collegato all'azione e previsto in considerazione delle condizioni del natante». In motivazione, si argomenta che costituisce «un dato acquisito come la richiesta di soccorso in mare, in ragione dello stato del natante o delle condizioni del mare, sia uno strumento previsto e voluto per conseguire il risultato prefisso dello sbarco sulle coste italiane. Attività di soccorso cui ogni Stato è tenuto in forza di convenzioni internazionali (convenzione di Londra del 1° novembre 1974, ratificata con legge 313 del 1980; convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979, ratificata con legge 3 aprile 89 numero 147; convenzione di Montego Bay)».

(67) Così nella citata sent. Trib. Tapani del 29.11.2016, nella quale si precisa che la volontà di operare in tale senso anima i trafficanti fin dal momento in cui vengono abbandonate le coste africane in vista dell'approdo in terra siciliana, senza soluzione di continuità, ancorché l'ultimo tratto del viaggio sia apparentemente riportabile all'operazione di soccorso, di fatto artatamente stimolato a seguito della messa in condizione di grave pericolo dei soggetti, strumentalmente sfruttata al fine di realizzare quel risultato (ingresso di clandestini nel nostro paese) che la previsione del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 12 intende scongiurare.

(68) Nello stesso senso: Cass., 11 marzo 2014, n. 18354.

esterno nel reato associativo: una volta che si sia esclusa, come in origine si riteneva, la sussistenza del concorso eventuale *de quo* solo in situazioni di fibrillazione (69) dell'associazione criminosa, la si potrebbe invece riconoscere quando - come, appunto, nel caso di un finanziamento economico spesso ingente - si sia fiancheggiata l'attività criminale perpetrata dalla associazione, avendo coscienza del dolo degli associati, nonché della finalità da questa perseguita e volendo il proprio contributo materiale alla stessa, causalmente rilevante, che sia consistito nel foraggiarla.

Dalle osservazioni sin qui svolte emerge, quindi, come la scarsa compattezza del tessuto normativo produca come effetto ricostruzioni giurisprudenziali rapsodiche e poco coerenti.

Probabilmente, una auspicata proceduralizzazione delle scriminanti in materia, istituto cui i giudici di merito hanno mostrato di attingere a piene mani, consentirebbe al diritto - almeno in queste questioni - di non essere più, così vistosamente, il terreno "del pressappoco e del perlopiù" (70).

(69) Cass. S.U., sentenza 28 dicembre 1994.

(70) BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, pag. 13.

RECENSIONI

FAUSTO CAPELLI* (*), *Per salvare la democrazia in Italia. Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia.

(RUBETTINO EDITORE, 2019, PP. XXII - 408)

PRESENTAZIONE - INTRODUZIONE

Una delle autentiche soddisfazioni della vita deriva da un progetto concepito in gioventù e realizzato in età matura.

Quando si decide di conseguire un obiettivo, bisogna perseguirlo ad ogni costo. La soddisfazione di aver adempiuto ad un impegno complesso e difficile è immensa.

Arthur Helps

L'interesse per le tematiche trattate in questo libro è sorto in epoca lontana, ma l'occasione per studiarle e cominciare a scriverne si è presentata molto recentemente in conseguenza dell'invito ad un Convegno, nel quale avrei dovuto parlare di «*Etica e legalità nell'attività economica*» (1).

Essendo l'oggetto del Convegno circoscritto all'attività delle imprese ed occupandosi gli altri relatori essenzialmente dell'etica nella gestione delle imprese e del rispetto dell'equità all'interno delle organizzazioni aziendali, ho pensato di impiegare le ricerche necessarie alla preparazione della mia rela-

(*) Professore di diritto dell'Unione europea al Collegio europeo/Università di Parma; avvocato in Milano, specializzato in diritto dell'Unione europea e in diritto internazionale.

(1) Il Convegno è stato organizzato per il 17 febbraio 2016 a Milano da ESTE (Edizioni Scientifiche Tecniche Europee) ed aveva come titolo: «*Merito ed equità nelle organizzazioni*».

zione, per ampliare l'indagine al di là del tema concernente la missione dell'impresa e quella dell'imprenditore, estendendola anche agli aspetti che sempre mi avevano interessato ma che in passato non avevo mai avuto modo di studiare e di approfondire.

Si trattava in particolare di approfondire la tematica dei rapporti tra etica e legalità con l'economia, da un lato, e con la politica, dall'altro lato, per poter comprendere fino a che punto, con il rispetto dell'etica e della legalità, si arrivasse ad incidere sul buon funzionamento delle organizzazioni pubbliche e private nonché su quello delle istituzioni e della stessa democrazia.

L'interesse per queste tematiche si era sviluppato, sotto il profilo teorico, con il trascorrere del tempo e si era accentuato, sotto quello pratico, con le esperienze accumulate nel corso degli anni. Sia l'attività professionale (2) sia quella accademica (3), svolte nel corso di molti anni e concentrate nel valutare tanto le implicazioni teoriche, quanto le conseguenze pratiche dell'applicazione della normativa delle Comunità europee (ora Unione europea), che aveva cominciato ad imporsi negli anni sessanta del secolo scorso all'interno degli ordinamenti dei Paesi europei divenendo, in seguito, di decisiva rilevanza in tutti i settori legati all'economia, mi avevano consentito di seguire da vicino l'attività delle imprese e delle loro associazioni nonché quella delle amministrazioni pubbliche (nazionali ed europee) come pure, di riflesso, la stessa attività politica (come risulta attestato dalla lettera scritta quasi cinquant'anni fa al *Corriere della Sera* e riportata alla fine di questo libro nell'Appendice, pp. 369-374).

A partire dagli anni settanta del secolo scorso, essendosi affermato in Italia, grazie ad una sentenza della nostra Corte costituzionale (4) il principio della prevalenza del diritto comunitario (europeo) sul diritto nazionale degli Stati membri, è stato possibile avvalersi delle ordinarie procedure giudiziarie, portate davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea di Lussemburgo, per ottenere la soppressione delle disposizioni nazionali in vigore nel nostro Stato quando risultavano contrastanti con le norme comunitarie e pregiudizievoli per gli interessi delle imprese italiane (5).

(2) L'attività professionale, come avvocato del Foro di Milano, è iniziata negli anni sessanta del secolo scorso in collaborazione con lo studio dell'Avv. Prof. Giovanni Maria Ubertazzi.

(3) L'attività accademica in diritto europeo è iniziata negli anni settanta del secolo scorso all'Università di Parma, come assistente del Prof. Giovanni Maria Ubertazzi in precedenza menzionato e proseguita negli anni ottanta e novanta anche come Direttore del Collegio europeo di Parma (e come responsabile della Rivista *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*).

(4) Cfr. sentenza della Corte Costituzionale italiana del 27 dicembre 1973 n. 183 (*Frontini*).

(5) Con l'art. 8 del *Protocollo* n. 2 al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sull'applicazione dei principi di *sussidiarietà* e di *proporzionalità*, è ora consentito agli Stati membri ricorrere alla Corte di giustizia dell'Unione europea per contestare la legittimità degli atti dell'Unione europea non conformi al principio di sussidiarietà; cfr. E. PERILLO, *La justice européenne: au nom de qui?*, in *Liber Amicorum en l'honneur du juge Antonio Tizzano*, texte présenté le 29 juin 2018 à l'Université de Naples.

Le indagini che si rendevano necessarie per l'espletamento di tali procedure, solitamente consentivano di individuare le vere motivazioni sulle quali le disposizioni da sopprimere risultavano fondate (6).

Ma le scoperte più sorprendenti dalle quali è stato possibile trarre il convincimento che in Italia sia l'attività politica sia quella economica venivano generalmente gestite senza curarsi né dell'etica né della legalità, hanno preso avvio nella seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso quando sono entrato a far parte del Comitato istituito presso la Commissione europea che aveva lo scopo di studiare le riforme da introdurre in Europa nel settore degli appalti pubblici (7). Le ricerche sull'applicazione in Italia delle regole in materia di appalti pubblici hanno messo in evidenza una situazione sconcertante.

In altra sede sono state narrate le vicende riguardanti tale situazione (8), i cui risvolti più significativi vengono anche descritti in questo libro con riferimento agli aspetti che maggiormente interessano (cfr. pp. 211-212, note 1 e 2).

Confortato da queste conoscenze e stimolato da nuove prospettive, ho quindi accettato l'invito a presentare la relazione richiesta dagli organizzatori del Convegno di Milano.

È nata così l'idea di scrivere questo libro. Non poche sono state però le perplessità sul modo di redigerlo e strutturarlo.

Senza dubbio occorreva in primo luogo prendere in considerazione le problematiche sotto il profilo teorico, per mettere in evidenza come gli studiosi del passato avessero, nel corso dei secoli, affrontato e approfondito i rapporti tra etica e legalità con la politica e con l'economia.

A questa indagine è stata dedicata la prima delle cinque parti del libro, nella quale vengono esaminate e discusse le opere dei classici, a partire da quelle dei filosofi greci fino a quelle degli autori più recenti, passando attraverso le opere di Machiavelli, degli illuministi e degli economisti del 1700.

Nella seconda parte è apparso necessario descrivere, in concreto, il funzionamento di uno Stato nel quale il rispetto dell'etica e della legalità, in rapporto alla politica e all'economia, fosse stato reso possibile, in pratica, dall'applicazione del sistema democratico rappresentativo.

Questo Stato non poteva che essere la Federazione degli Stati Uniti d'America, il primo esempio di Stato democratico che la storia ricordi (9), al

(6) Si trattava di motivazioni frequentemente contrarie all'etica e, a volte, anche alla stessa legalità. Molte delle norme contestate risalivano d'altronde al periodo anteguerra e perseguivano obiettivi illiberali o protezionistici. Cfr. le sentenze della Corte di giustizia europea di Lussemburgo elencate nel sito www.capellilex.it, nella sezione: "casi trattati".

(7) Cfr. Decisione della Commissione europea del 26 maggio 1987 (GUCE n. L 152 del 12 luglio 1987).

(8) Cfr. F. CAPELLI, *Ambiente e Democrazia: un'integrazione al dibattito*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2011, p. 41 ss.

(9) Cfr. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Utet, Torino, 1968, p. 592: «Il grande

quale la seconda parte del libro è stata dedicata, seguendo le orme dello straordinario capolavoro di *Alexis de Tocqueville*, "La democrazia in America", oggi più che mai di impatto impressionante per la profondità e l'attualità delle riflessioni in esso contenute e per la precisione e la validità dei messaggi da esso diffusi.

Nella terza parte del libro l'indagine viene estesa all'Italia. In questa parte la situazione italiana, così come condizionata dal sistema democratico rappresentativo di volta in volta praticato nel nostro Paese, è stata esaminata ponendola a confronto con quella americana, così da far emergere i rapporti rispettivamente esistenti nei due Paesi tra etica e legalità con la politica e l'economia. La terza parte è stata divisa in due sezioni per consentire di concentrare le indagini sui due periodi che si riferiscono all'Italia democratica: quello anteriore alla dittatura e quello successivo al secondo conflitto mondiale.

La funzione della quarta parte che contiene anche le valutazioni critiche degli argomenti discussi nelle parti precedenti è, per così dire, propedeutica alla quinta ed ultima parte, nella quale vengono presentate le proposte di modifica del sistema democratico rappresentativo attualmente applicato in Italia.

Nella quinta parte del libro, anch'essa divisa in due Sezioni (10), vengono in particolare analizzate e discusse le riforme, sotto il profilo istituzionale, nonché le modifiche, sotto il profilo socio-politico-culturale, che si vorrebbe proporre. Oltre alle riforme e alle modifiche, appena menzionate, vengono proposti, nella quinta parte, nuovi metodi di controllo da attuare in ambito politico-amministrativo per migliorare il funzionamento di quelli esistenti e per adattare il sistema democratico rappresentativo praticato in Italia, con l'intento di prevenirne il degrado.

Per formulare le proposte di cambiamenti della parte quinta, è stato necessario sia ripercorrere quanto è emerso nelle quattro parti precedenti del presente lavoro, sia ripensare il tutto alla luce delle esperienze che l'Italia sta vivendo in questi tempi, sotto il profilo politico e sotto quello economico (11).

In effetti, mai come in questi tempi si è manifestata con così grande evidenza la profonda verità contenuta nella massima di *Max Weber* (12) più volte citata in questo libro: «*Chi fa politica aspira al potere: potere come mezzo al*

vantaggio degli americani è di essere arrivati alla democrazia senza aver dovuto passare attraverso una rivoluzione democratica e di essere nati uguali invece di diventarlo».

(10) La Prima Sezione è dedicata alle proposte di riforma da apportare, mentre la Seconda contiene essenzialmente le valutazioni critiche di tali proposte e fornisce indicazioni sui problemi concreti che devono essere affrontati.

(11) Dopo la Parte Quinta è stata inserita un'*Appendice* nella quale vengono brevemente esaminati i problemi che l'Italia deve affrontare sul piano nazionale e su quello europeo e internazionale. Ogni problema viene trattato in modo separato e per ognuno di essi viene fornita un'adeguata scheda bibliografica. Le pagine finali dell'*Appendice* riguardano tematiche originali, frutto di scavi dedicati al passato, al futuro, al presente ed alla storia.

(12) M. WEBER, *La politica come professione*, Roma, Ed. Armando, 1997, p. 33.

servizio di altri obiettivi, ideali o egoistici, o potere "in senso stretto", cioè per godere del senso di prestigio che esso conferisce».

Negli anni passati, anche quando le ideologie non godevano più di grande prestigio e rispetto, era pur sempre ancora possibile, per chi entrava in politica, giustificare l'aspirazione al potere con le proprie convinzioni ideologiche. Ma oggi, con il crollo di tutte le ideologie, l'aspirazione al potere non può più ammantarsi né ricoprirsi di veli ideologici: è rimasta nuda.

Oggi gli elettori dovrebbero quindi sapere, senza inganno, a chi sia destinato il loro mandato.

Il mandato sarà purtroppo oggi conferito a chi, semplicemente e senza infingimenti, aspira al potere, in contrasto con il monito di *Platone* che (cfr. VII Libro della Repubblica) consigliava di attribuire il potere soltanto a coloro che non l'amavano.

È notorio che il desiderio di potere eccita la vanità, stimola l'orgoglio, esalta i difetti umani ed accentua le debolezze delle persone che lo gestiscono, attenuando la capacità di autocontrollo che solo la saggezza è in grado di assicurare e di imporre (13).

Ed è proprio la saggezza la dote che solitamente manca in chi ama il potere e possiede le altre per conquistarlo.

Le verifiche e le ricerche effettuate per redigere questo libro, hanno aiutato a comprendere che chi riesce a conquistare il potere, se intende esercitarlo in modo corretto per governare bene, deve avvalersi soprattutto del requisito della saggezza, intesa come un'equilibrata capacità di gestione e di controllo delle proprie doti politiche, costituite da intuito, intelligenza, solidità di carattere, conoscenza dell'animo umano e, principalmente, dal rispetto dell'etica e della legalità in politica e in economia (14).

E poiché la necessità di governare bene costituisce un valore che prevale su ogni altro valore (15), compreso quello della scelta di chi deve andare al potere per governare (16), si è cercato in questo libro di individuare in qual

(13) Cfr. J. ALTHUSIUS, *La politica (elaborata organicamente come metodo e illustrata con esempi sacri e profani)*, Torino, Claudiana, 2009, Tomo I, p. 517: «L'esperienza testimonia che il potere genera presunzione, la presunzione indolenzia, l'indolenzia disprezzo, il disprezzo diminuzione dell'autorevolezza».

(14) Riteniamo straordinarie, al riguardo, le considerazioni espresse da ANTONIO GENOVESI nelle sue *"Lezioni di economia civile"*, del 1765: «Quando in una nazione vacillano i fondamenti della fede etica, neppure quelli dell'economia e della politica possono stare saldi».

(15) Cfr. I. KANT, *Per la pace perpetua*, Milano, Rusconi, 1997, p. 77-78, «Per il popolo, però, è incomparabilmente più importante il modo di governare che la forma dello Stato (sebbene dipenda in gran parte anche da quest'ultima la maggiore o minore adeguatezza del modo di governare al fine)».

(16) A questo proposito appaiono illuminanti le conclusioni alle quali giunge ALEXIS DE TOCQUEVILLE, nel suo capolavoro *La democrazia in America*, cit. supra in nota 8, p. 815: «E, in effetti, difficile capire come uomini, che hanno interamente rinunciato all'abitudine di dirigersi da soli, potrebbero riuscire a scegliere bene quelli che debbono guidarli; e nessuno riuscirà mai a far credere che un governo libero, energico e saggio, possa mai uscire dai suffragi di un popolo di servi».

modo sia possibile rendere il nostro sistema democratico rappresentativo più aperto e funzionale per garantire ed assicurare un'effettiva tutela degli interessi della generalità dei cittadini che dovrebbe costituire sia il primario obiettivo perseguito da ogni Stato fondamentalmente democratico, sia l'obiettivo principale di ogni governante veramente democratico che, come tale, desidera essere ricordato (17).

F. C.

(17) E l'obiettivo che sicuramente ha perseguito ALEXIS DE TOCQUEVILLE durante il corso della sua vita politica. Quando Tocqueville è stato chiamato a far parte dell'Accademia di Francia nel 1842, il Direttore dell'Accademia Conte Molé, lo ha presentato con queste parole: *«Voi mettete la verità al di sopra del successo; avete quella specie di ritegno che danno le idee quando sono attinte alla sorgente di una convinzione profonda. Da qui la fermezza, la sobrietà, la semplicità dell'espressione, l'assenza di declamazione (...) la moralità pura ed elevata che si respira nei vostri scritti».*

GUGLIELMO BERNABEI, GIACOMO MONTANARI (*) (a cura di) “Regionalismo differenziato e coordinamento della finanza pubblica”

(CLEUP EDITORE - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA - 2019)

La prospettiva volta all’attuazione del Regionalismo differenziato va vista nella sua rilevante portata autonomistica, in un rafforzato rapporto di responsabilità diretta tra cittadini e governanti che trova, nella autonomia, la sua tipica espressione. Tale processo non può rimanere disgiunto ed isolato rispetto ad una più ampia esigenza di valorizzazione del principio costituzionale di cui all’art. 5 della Costituzione e delle norme del Titolo V, al fine di giungere, in maniera organica e nel rispetto dell’unità e indivisibilità del Paese, alla realizzazione della Repubblica delle autonomie, in cui i diversi attori del governo locale e regionale, nella specificità delle reciproche posizioni istituzionali e dei ruoli, possano assumere la valenza che è loro propria, coniugando autonomia e responsabilità per ciascun livello di governo.

Il presente studio cerca di affrontare i temi principali in tema di regionalismo differenziato e coordinamento della finanza pubblica. L’incerto equilibrio del regionalismo differenziato sul piano finanziario, la crisi dell’autonomia finanziaria e l’espansione della funzione statale di coordinamento della finanza pubblica, e i rapporti tra regionalismo differenziato e la finanza locale costituiscono le tre linee guida secondo le quali è stato suddiviso il lavoro di ricerca.

La presenza di contributi dei più qualificati studiosi e protagonisti delle tematiche riportate consente di offrire una valida base di riflessione e di analisi, secondo una impostazione giuridico-economica, funzionale ad orientarsi in un ambito così complesso e cruciale per lo sviluppo delle autonomie territoriali in Italia. In questo senso, non mancano, fin dall’Introduzione al volume, i contributi di profilo comparatistico che arricchiscono le argomentazioni esposte anche in un contesto sovranazionale.

Il regionalismo differenziato pone questioni ineludibili sospese tra crescita economica e coesione territoriale, sulla base di modalità nuove di utilizzo e di reperimento delle risorse da parte delle autonomie regionali e locali.

(*) Guglielmo Bernabei è Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto costituzionale; Giacomo Montanari è Avvocato specializzato in Diritto tributario, politiche fiscali e finanza locale.

Entrambi i curatori collaborano con le principali riviste giuridiche del settore. Tra le loro precedenti monografie si ricordano “Tributi propri e autonomie locali”, prima e seconda edizione 2015-2016, Primiceri Editore; “Fiscalità locale. Ricerca di un difficile equilibrio”, Aracne Editore, 2016; “Autonomie e finanza locale”, CLEUP Editore - Università di Padova, 2017.

INDICE

Premessa

- GUGLIELMO BERNABEI, GIACOMO MONTANARI *“Regionalismo differenziato e coordinamento della finanza pubblica: alcune questioni preliminari”*

Parte Introduttiva

- ANDREA FERRI *“Regionalismo differenziato e profili finanziari: modi e contesti di attuazione. Una introduzione”*
- JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES *“Il riparto di competenze in materia giuslavoristica tra lo Stato e le Comunità autonome: il modello spagnolo”*
- LUCIO ALESSIO D’UBALDO *“La forza dell’autonomia locale alla base del rinnovamento dello Stato”*

PARTE PRIMA

Incerto equilibrio del regionalismo differenziato sul piano finanziario

- GIORGIO MACCIOTTA *“Quale autonomia? Tra ricentralizzazione e partecipazione”*
- ALBERTO ZANARDI *“Il finanziamento del regionalismo differenziato: osservazioni sulle bozze di intesa”*
- GIOVAMBATTISTA PALUMBO *“Autonomia finanziaria delle Regioni a Statuto speciale e Voluntary disclosure”*
- GIANCARLO POLA *“Il distacco dall’uniformità e la ricerca di autonomie territoriali differenziate: un caso non solo italiano”*

PARTE SECONDA

Crisi dell’autonomia finanziaria e l’espansione della funzione statale di coordinamento della finanza pubblica

- GUGLIELMO BERNABEI *“Esigenze di autonomia differenziata e questioni di finanza locale”*
- CLAUDIO DE VINCENTI *“Regionalismo differenziato e comune cittadinanza italiana: la questione delle risorse e quella delle competenze”*
- ALESSANDRO PETRETTO *“Federalismo differenziato e finanza delle Regioni a Statuto ordinario: due riforme necessariamente concomitanti”*
- ENZO BALBONI *“Regionalismo differenziato ed attuazione dell’art. 116 della Costituzione”*

PARTE TERZA

Regionalismo differenziato e questioni di finanza locale. Alcuni casi specifici

- GIACOMO MONTANARI *“Local Tax: obiettivo archiviato?”*
- GIUSEPPE DEBENEDETTO *“Regionalismo differenziato e riscossione coattiva dei tributi locali”*
- CRISTINA CARPENEDO *“Le criticità dell’imposta di soggiorno in una prospettiva di autonomia differenziata”*
- LORIS TOSI *“Natura e limiti dell’imposta di scopo in un contesto di autonomia locale in continua ed instabile evoluzione”*

- PASQUALE MIRTO *“Incerte risorse per l’autonomia differenziata. La tariffa rifiuti corrispettiva tra caos normativo e applicazioni personalizzate”*
- NICOLA CONDEMI *“Le Autonomie speciali tra riserve di gettito fiscale ed accantonamenti a valere sulle quote di compartecipazione ai tributi erariali”*
- VITTORIO FERRI *“L’imposta di soggiorno, la finanza dei Comuni e il ruolo delle Regioni”*

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma