

ANNO LXXI - N. 3

LUGLIO - SETTEMBRE 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 - 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: *Anna Lidia Caputi Iambrenghi, Giuseppe Conte, Isabella Corsini, Gabriella D'Avanzo, Enrico De Giovanni, Gesualdo d'Elia, Maurizio Fiorilli, Sandra Gatti, Michele Gerardo, Andrea Giorgi, Marco La Greca, Gaetana Natale, Giustina Noviello, Roberto Palasciano, Giovanni Palatiello, Gabriella Palmieri Sandulli, Carmela Pluchino, Maria Polimeni, Diana Ranucci, Marco Stigliano Messuti, Francesca Subrani, Paola Maria Zerman.*

Email

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it

maurizio.borgo@avvocaturastato.it

danilodelgaizo@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

Carlo Salimei, un giurista che sapeva vedere in avanti

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Cerimonia di insediamento dell'Avvocato Generale Gabriella Palmieri Sandulli - Sala Vanvitelli, Avvocatura Generale dello Stato, 22 novembre 2019</i>		
<i>Intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte</i>	pag.	1
<i>Discorso di insediamento dell'Avvocato Generale</i>	»	6
<i>Michele Gerardo, I soggetti patrocinati dall'Avvocatura dello Stato. Regime giuridico e ricognizione degli enti patrocinati</i>	»	15
<i>Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro La Fenice e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia, Circolare A.G. prot. 693183 del 16 dicembre 2019 n. 48</i>	»	57
<i>Protocollo d'intesa tra la Cassa depositi e prestiti S.p.A. e l'Avvocatura Generale dello Stato, Circolare A.G. prot. 709206 del 23 dicembre 2019 n. 49</i>	»	61
<i>Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Regio di Torino e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino, Circolare A.G. prot. 13172 del 10 gennaio 2020 n. 3</i>	»	64
<i>Protocollo d'intesa tra l'Università di Roma Unitelma Sapienza e l'Avvocatura dello Stato, Circolare A.G. prot. 35730 del 21 gennaio 2020 n. 5.</i>	»	67

CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Andrea Giorgi, Sulla legittimazione dell'Autorità antitrust quale giudice a quo: fu vero giudice? Riflessioni a margine della (non troppo) ardua sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale</i>	»	71
<i>Le Sezioni Unite fanno chiarezza sulla rappresentanza e difesa in giudizio dell'Agenzia delle Entrate - Riscossione (Cass. civ., Sez. Un., sent. 19 novembre 2019 n. 30008).</i>	»	123
<i>Maria Polimeni, Daziabilità delle royalties: l'interpretazione delle clausole sintomatiche del controllo del licenziante sul produttore ai fini della determinazione del valore in dogana (Cass. civ., Sez. V, ord. 10 maggio 2019 n. 12458)</i>	»	137
<i>Marco La Greca, Qualche precisazione sui registri validi ai fini delle comunicazioni e notificazioni a mezzo PEC alla Avvocatura dello Stato (Cass. civ., Sez. III, ord. 18 novembre 2019).</i>	»	149
<i>Gabriella D'Avanzo, Diritto dell'Unione e disciplina interna sulla ricostruzione della carriera pre ruolo del personale docente della scuola (Cass. civ., Sez. lav., sent. 28 novembre 2019 n. 31149)</i>	»	155

Giustina Noviello, <i>Sindacato giuscontabile sulle transazioni pubbliche</i> (C. conti, Sez. giurisd. Lombardia, sent. 19 luglio 2019 n. 196)	pag.	167
Wally Ferrante, <i>Sulla legittimazione ad impugnare la proroga dello scioglimento del consiglio comunale ed inoltre sulla “eccezionalità” della proroga</i> (Cons. St., Sez. III, sent. 12 novembre 2019 n. 7762)	»	186
Carmela Pluchino, <i>Incarichi legali. Applicazione disciplina appalti? In riferimento alla sentenza T.a.r. Campania - Salerno Sezione prima 11 luglio 2019, n. 1271</i>	»	197

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Maria Vittoria Lumetti, <i>Profili di illegittimità di atti degli enti locali. L’istituto del c.d. annullamento straordinario governativo (art. 138, d.lgs. n. 267/2000)</i>	»	211
Giovanni Palatiello, <i>Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare. L’eventuale esperimento dell’actio nullitatis</i>	»	217
Anna Lidia Caputi Iambrenghi, <i>Procedimenti di volontaria giurisdizione a seguito di rifiuto ovvero di esecuzione con riserva delle formalità ipotecarie</i>	»	227
Francesca Subrani, Paola Maria Zerman, <i>Successione dell’Agenzia Nazionale all’Agenzia del demanio nell’amministrazione, destinazione e gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata: sui giudizi pendenti</i>	»	235
Diana Ranucci, <i>Spese di viaggio ammesse a rimborso (comprehensive anche delle spese di vitto e alloggio?): interpretazione art. 6, comma 3, l. 23 ottobre 2003, n. 286</i>	»	241
Gaetana Natale, <i>Profili risarcitori in materia di danno alla salute a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto; misura degli interessi legali da applicare ai fini della liquidazione delle sentenze di condanna</i>	»	246
Anna Lidia Caputi Iambrenghi, <i>Articolo 303, comma 1, D.P.R. n. 43/1973 (T.U.L.D.): applicabilità alle irregolarità in materia di origine riscontrate all’esportazione</i>	»	250
Anna Lidia Caputi Iambrenghi, <i>Regime sanzionatorio previsto dall’art. 303 del T.U.L.D. ed in particolare sulla determinazione del quantum della sanzione doganale</i>	»	252
Roberto Palasciano, <i>Il limite di durata massima delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative</i>	»	256
Carmela Pluchino, <i>Possibilità per la P.A. di addivenire ad una transazione con imprese attinte da interdittive antimafia e di procedere alla alienazione straordinaria dei veicoli ai sensi del co. 446, l. 147/13 (legge di stabilità 2014)</i>	»	265
Gesualdo d’Elia, <i>Arresto delle procedure di avanzamento dei militari sottoposti a giudizio penale: la ratio dell’art. 1051, D.Lgs. 66/2010 (Codice dell’ordinamento militare)</i>	»	272

Diana Ranucci, *La disciplina degli incarichi extraistituzionali nell'im-
piego pubblico* pag. 274

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO IN TEMA DI RIMBORSO SPESE LEGALI AI
SENSI DELL'ART. 18 D.L. N. 67/1997, CONV. IN L. 135/1997

Marco Stigliano Messuti, *Spese processuali superiori a quelle liquidate
dal giudice contabile in sentenza: l'eventuale rimborso a carico della P.A.* » 282

Isabella Corsini, *Non rimborso in caso di condotte che inficiano il corretto
adempimento del servizio istituzionale anche se non rilevano nel giudizio
penale* » 288

Enrico De Giovanni, *Le spese sostenute per remunerare l'attività proces-
suale del consulente tecnico di parte vanno ricondotte tra quelle rimbor-
sabili* » 291

Enrico De Giovanni, *Non rimborso in caso di assoluzione dal reato di
peculato per fatto estraneo all'espletamento del servizio e al persegu-
imento dei fini istituzionali* » 294

Enrico De Giovanni, *Rimborso a carico della P.A. in caso di insolvenza
della parte soccombente* » 295

RECENSIONI

Maurizio Fiorilli, Sandra Gatti, *Beni culturali. Fiscalità mecenatismo cir-
colazione*, Editoriale Scientifica, 2019 » 299

COMUNICATO DELL'AVVOCATO GENERALE (*)

Con enorme tristezza e profondo dolore comunico che questa notte è deceduto il Collega e Amico Avvocato Carlo Salimei Avvocato Generale dello Stato onorario.

Nell'esprimere le più sentite condoglianze alla Famiglia, anche a nome dei Colleghi e di tutto il Personale dell'Avvocatura, desidero ricordare la nobile ed eminente figura di Avvocato dello Stato e di Uomo che, nel corso della sua esemplare carriera, ha dato sempre lustro all'Istituto.

Gabriella Palmieri Sandulli

Un giurista che sapeva vedere in avanti

Mi aggiungo a quanti hanno scritto finora. La simpatia, direi semplicità, di Carlo Salimei derivavano dalla sua intelligenza superiore. Intelligenza come capacità, proprio, di "intus legere", di vedere nelle cose.

A parte l'amicizia personale di tre decenni, il mio maggiore ricordo professionale di Carlo risale ai primissimi anni '90, quando lo avvicinai nel trattare le prime cause sul trattamento fiscale dei "disavanzi di fusione", espressione che all'epoca in quasi tutto l'ambiente giuridico (me compreso) suonava esoterica. Carlo mi diceva che il futuro del diritto tributario, date le tendenze evolutive dell'economia, sarebbe stata proprio la fiscalità delle operazioni societarie, e che il futuro dell'Avvocatura si sarebbe giocato (se non tutto) molto sulla nostra capacità di inserirci in modo protagonista in queste nuove frontiere del diritto tributario. Previsione, come vediamo, del tutto avveratasi, e che a noi spetta avverare ogni giorno.

Un giurista, dico a quanti forse solo oggi hanno appreso della sua esistenza, formatosi "all'antica", e che proprio per questo sapeva vedere in avanti.

Paolo Gentili

(*) E-mail Segreteria Particolare - giovedì 28 novembre 2019.

TEMI ISTITUZIONALI

Cerimonia di insediamento dell'Avvocato Generale dello Stato Gabriella Palmieri Sandulli

*Intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri
Prof. Avv. Giuseppe Conte*

Signor Presidente della Repubblica, Signora Presidente del Senato, autorità, Signori Ministri, autorità tutte e gentili ospiti,

sono lieto, particolarmente lieto di porgere il mio saluto e quello di tutto il Governo al nuovo Avvocato Generale dello Stato Gabriella Palmieri Sandulli.

Illustre Avvocato Generale, nel corso del Suo percorso professionale, al servizio delle Istituzioni, Lei ha avuto modo di evidenziare elevate qualità professionali e organizzative, non disgiunte anche da tratti di non comune umanità. Mi consenta di dirLe che in Lei prestigio e semplicità, tratti essenziali nell'esercizio di una funzione così rilevante, si coniugano e si esprimono armonicamente.

Ella - in Avvocatura dal 1982, inizialmente come Procuratore poi come Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Generale - aveva già raggiunto, prima di assurgere al vertice, traguardi che, purtroppo ancora in un recente passato, era arduo, e forse anche impossibile, considerare a portata di una donna.

Mi piace ricordare, infatti, che Lei, oltre ad essere la prima donna che assume il delicato e complesso incarico di Avvocato Generale dello Stato, è stata anche la prima donna, nella storia dell'Istituto, a ricoprire altri importanti ruoli, come quelli di Segretario Generale, di Componente del Comitato Consultivo, di Vice Avvocato Generale, di Presidente della Commissione del concorso per Avvocato dello Stato.

Nel difendere lo Stato dinanzi a tutte le giurisdizioni, ha conseguito sempre risultati di assoluto rilievo per la parte pubblica.

Desidero anche sottolineare, avvocato Palmieri Sandulli, il Suo impegno nella difesa dello Stato dinanzi alle giurisdizioni sovranazionali, in particolare rimarco il patrocinio in complesse controversie, dinanzi alla Corte di Giustizia e al Tribunale dell'Unione europea, dove da molti anni Lei ricopre l'incarico di Agente del Governo, così come nella difesa delle ragioni dello Stato italiano innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in questioni di particolare rilievo, di complessa e delicata consistenza, come pure nel ricoprire il ruolo di Agente del Governo innanzi al Tribunale Internazionale del Diritto del Mare. Nel tempo ha assunto poi sempre più rilievo la Sua attività di coordinamento del Collegio di difesa del Governo italiano nel settore degli arbitrati internazionali di investimento.

Quindi il Suo profilo lo ritengo particolarmente significativo anche in vista dell'interpretazione dell'evoluzione che, soprattutto negli ultimi anni, ha caratterizzato il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nella sua funzione di difensore non già della sola pubblica amministrazione, quanto piuttosto dello Stato nel suo complesso e nelle sue varie articolazioni, dello Stato-ordinamento.

È stata protagonista, in questi anni, della nuova dimensione, ulteriore a quella tradizionalmente assunta dall'Avvocatura dello Stato nella difesa dello Stato come potere esecutivo, di difesa dello Stato-ordinamento.

Ciò è avvenuto, in primo luogo, attraverso l'efficace difesa della norma statale dinanzi alla Corte Costituzionale, in un assetto reso complesso dall'esigenza di interpretare una legislazione spesso lacunosa e contraddittoria alla luce dei principi generali della Costituzione, tanto più in un sistema giuridico nel quale ha assunto una crescente importanza l'incidenza delle norme europee ed internazionali sulle fonti del diritto.

L'Avvocatura non è solo difensore dello Stato dinanzi alle varie giurisdizioni ma anche - dimensione diversa e più squisitamente pubblicistica - nei giudizi tanto di costituzionalità, nei quali opera come *amicus curiae*, tanto dinanzi alle corti sovranazionali ed internazionali, nei quali rappresenta non lo Stato-amministrazione, bensì lo Stato come personificazione, anche esterna, dell'intera Comunità nazionale.

Tanto più significativo è che l'Avvocatura eserciti questi ruoli in un quadro reso ancora più complesso, nel tempo presente, dallo stesso arretrare della concezione della sovranità quale connotato dello Stato nazionale, in ragione dell'affermarsi di principi comuni di diritto di ordine pubblico processuale europeo interpretati da Corti Supreme al di fuori dei singoli Stati. Siete oggi chiamati a collaborare, voi tutti avvocati pubblici istituzionali, non solo alla verifica di congruenza tra normativa ordinaria e Costituzione, ma anche fra la normativa interna ed il diritto sovranazionale.

Anche se la maggior parte della Sua carriera si è svolta all'interno dell'Avvocatura dello Stato, Ella non ha fatto mancare il proprio diretto contributo ad un efficace svolgimento delle attività dello Stato, ricoprendo incarichi im-

portanti, come quelli di Capo di Gabinetto, di Capo ufficio legislativo e di Consigliere giuridico, mettendo così le Sue competenze giuridiche ed organizzative direttamente a beneficio dell'attività di diverse Amministrazioni statali.

Penso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministro degli Esteri, del Tesoro, delle Finanze e del Bilancio, oltre che a quello dei Lavori Pubblici, della Difesa, dell'Istruzione e dei Beni culturali.

E in questi passaggi istituzionali Ella ha saputo rivestire, con competenza e equilibrio, i ruoli via via diversi e sfidanti che nel tempo sono stati affidati all'Avvocatura dello Stato. Sono passaggi questi che hanno evidenziato anche un altro tratto essenziale: la lealtà verso le Istituzioni e la tutela dell'interesse pubblico, nel convincimento che un Avvocato dello Stato è, innanzitutto, un difensore della legalità e anche nella nuova veste di Avvocato Generale Ella potrà continuare a svolgere la Sua preziosa funzione di "consigliere" del Governo, nel senso etimologico della parola, sulle questioni più rilevanti per la vita dello Stato.

La esorto vivamente ad esercitare il più possibile la preziosa e propulsiva funzione a Lei demandata, in qualità di Avvocato Generale, riferendomi sulle attività svolte dall'istituto, segnalandomi, nelle Sue relazioni, ogni criticità o antinomia normativa e i conseguenti dubbi interpretativi che ne potrebbero derivare.

Sono certo che con la Sua guida sarà assicurato il raccordo tra l'Avvocatura e le Amministrazioni interessate non solo per ottimizzare i risultati processuali, ma anche - e soprattutto - per assicurare l'unitarietà e la coerenza dell'azione amministrativa, esprimendo l'indirizzo unitario dell'Avvocatura, della quale è chiamata a coordinare e a dirigere l'attività istituzionale.

Sono altrettanto certo che Ella, nel presiedere il Consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato, sarà anche fedele e gelosa custode dell'autonomia riconosciuta al Vostro Istituto.

Sono altresì convinto che, con le Sue competenze, non disgiunte da una naturale attitudine al confronto, saprà tutelare al meglio la collegialità sul piano tecnico-istituzionale dell'Avvocatura, soprattutto in qualità di Presidente del Comitato consultivo, organo che assicura il coordinamento tra unitarietà di indirizzo dell'Istituto ed autonomia professionale dei singoli Avvocati dello Stato.

Nel ringraziarLa, Signor Avvocato Generale, per il Suo prezioso ausilio, colgo l'occasione per estendere il sincero apprezzamento del Governo e mio personale per l'intera Avvocatura dello Stato, che assicura, in sede sia giurisdizionale sia in sede consultiva, un'imprescindibile funzione di supporto giuridico alle pubbliche Amministrazioni.

L'Avvocatura dello Stato - ho il dovere di sottolinearlo - dipende solo sul piano strutturale dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, essendo indiscusse l'indipendenza e l'autonomia funzionale tanto dell'Istituto quanto di

ciascun Avvocato nella propria attività di ordine tecnico-professionale. Quindi mi rivolgo a voi tutti, avvocati procuratori dello Stato, per ringraziarvi per la vostra fondamentale funzione, anzitutto nella difesa delle Amministrazioni dello Stato, che non può essere assunta solo su un piano meramente giurisdizionale. In considerazione della natura dei soggetti tutelati, della pluralità dei giudizi nei quali si svolge, della natura pubblica del medesimo istituto e della sua indipendenza tecnica, è in realtà un'attività - lo dico tra virgolette - "giustiziale".

Altrettanto essenziale - consentitemi di sottolinearlo - è la consulenza che prestate alle Pubbliche amministrazioni, consulenza spesso volta a prevenire potenziali contenziosi. È una funzione necessaria a un corretto svolgimento dell'azione amministrativa, non a favore dell'interesse contingente e parziale della singola amministrazione, ma a tutela degli interessi pubblici generali, anche in questo caso nel rispetto del principio di legalità.

Con il passare degli anni, l'Avvocatura dello Stato è divenuta, come dicevo, anche un essenziale elemento di collegamento, di mediazione delle molteplici istanze pubbliche che travalicano, ormai, - l'ho già detto - i confini dello Stato-amministrazione per estendersi alle Regioni, agli enti locali, a tutte le Istituzioni garanti degli interessi dello Stato-comunità. Nell'esercizio di questa precipua funzione - coordinandosi quotidianamente con tutte le varie articolazioni degli apparati amministrativi della Repubblica, grazie anche alla propria struttura ramificata sul territorio - l'Avvocatura dello Stato è in grado di assicurare l'unitarietà del sistema e l'uniformità giuridica dell'attività amministrativa, che di per sé costituisce strumento di garanzia per i cittadini.

Per tutte queste ragioni, mi sento di condividere l'opinione di quanti, pur in mancanza di un'espressa previsione in tal senso nella Costituzione, considerano l'Avvocatura dello Stato, a tutti gli effetti, organo ausiliare del Governo. Tale è il ruolo di primaria importanza svolto dall'Istituto nel disegno complessivo dell'apparato amministrativo dello Stato.

Sono consapevole della conseguente, crescente difficoltà nello svolgimento dei Vostri compiti, non più limitati alla funzione originaria di mediazione tra amministrazione e giurisdizione nell'ambito di un modello di ispirazione ottocentesca.

La necessità di una vostra attiva presenza in tutti gli ambiti nei quali si realizza il confronto di entità titolari di pubbliche potestà o laddove sia necessaria la tutela legale del pubblico interesse amplia lo spettro delle vostre attività e, conseguentemente, il carico di lavoro al quale siete sottoposti.

Ecco, lo dico anche da giurista, vi invidio molto perché voi tutti avvocati procuratori dello stato siete giuristi a tutto tondo, riuscite a spaziare dal civile all'amministrativo, al costituzionale, al tributario, al penale, complimenti davvero. Signor Presidente della Repubblica, la storia dell'Avvocatura dello Stato conferma che questa Istituzione ha sia le capacità tecniche sia l'attività pro-

fessionale per assolvere, con equilibrio e correttezza istituzionale, alle sue tradizionali funzioni e per svolgere i nuovi compiti imposti dall'evoluzione dei tempi, soprattutto dalla partecipazione del nostro Paese all'Unione europea.

Sotto la sapiente guida dell'avvocato Palmieri Sandulli, l'Istituto - sono assolutamente confidente - saprà rispondere, al meglio, alle esigenze che nasceranno dal continuo divenire del nostro ordinamento giuridico.

A Lei, Signor Avvocato Generale, a tutti gli Avvocati e Procuratori dello Stato, e al Personale dell'Avvocatura, che svolge, non dobbiamo dimenticarlo, un importantissimo ruolo, i più fervidi auguri di buon lavoro.

Grazie.

Roma, 22 novembre 2019

Sala Vanvitelli

Avvocatura Generale dello Stato

***Discorso di insediamento dell'Avvocato Generale dello Stato
Avv. Gabriella Palmieri Sandulli***

SOMMARIO: 1 - Saluti e ringraziamenti - 2. Funzioni e prospettive dell'Avvocatura - 3. Conclusioni.

I. Saluti e ringraziamenti.

Signor Presidente della Repubblica,
a nome di tutta l'Avvocatura dello Stato e mio personale, desidero esprimere i sensi della più viva gratitudine per aver voluto, con la Sua partecipazione, conferire una particolare solennità a questa cerimonia di insediamento.

Un sentito ringraziamento a S.E. il Cardinale Vicario Generale di Sua Santità per la Diocesi di Roma e alla Presidente del Senato.

Un sentimento di sincera e particolare gratitudine, desidero esprimere a Lei Signor Presidente del Consiglio dei Ministri e al Governo per la fiducia accordatami con la nomina a questa prestigiosa carica e per le lusinghiere parole che ha voluto rivolgere all'Istituto, e a me personalmente, che costituiscono un riconoscimento del nostro impegno professionale ed uno sprone per la nostra attività futura.

Un vivo ringraziamento al Presidente della Corte Costituzionale, alla Vice Presidente della Camera dei Deputati, ai Giudici del Tribunale dell'Unione europea, ai Presidenti emeriti della Corte Costituzionale, ai Ministri, ai Giudici costituzionali, al Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, al Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, ai Presidenti Aggiunti del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti e al Procuratore Generale della Corte di Cassazione, al Prefetto di Roma, alla Sindaca di Roma e alle Autorità civili e militari tutte.

Un cordiale saluto al Presidente del Consiglio Nazionale Forense e ai Colleghi del libero foro, cui ci lega la comune esperienza forense.

Un grato saluto, infine, a tutti coloro che hanno voluto, con la loro presenza, onorare questo Istituto.

Un omaggio di stima e di amicizia vorrei indirizzare agli Avvocati Generali che mi hanno preceduto nella carica, e che, con saggezza e prestigio, hanno in questi anni guidato l'Istituto: Luigi Mazzella, Oscar Fiumara, Ignazio Francesco Caramazza, Michele Dipace e Massimo Massella Ducci Teri che da ultimo ha retto il nostro Istituto, con i quali ho avuto il privilegio di lavorare come Segretario Generale e nello staff di diretta collaborazione.

Ringrazio la mia Famiglia per avermi trasmesso l'amore per lo studio anche delle lingue straniere e il senso del dovere; e mio marito e mia figlia che sono la mia forza e il mio sostegno.

Il 22 novembre del 1915 nasceva Aldo Mazzini Sandulli e desidero ricordarlo cogliendo l'occasione di questa coincidenza di date con affetto fami-

liare e con gratitudine per avermi insegnato il rigore scientifico, la capacità di approfondimento delle questioni giuridiche e il senso dello Stato nella sua più elevata accezione.

2. Funzioni e prospettive dell'Avvocatura dello Stato.

La Cerimonia di insediamento del nuovo Avvocato Generale ha tradizionalmente costituito anche un'occasione per offrire una rappresentazione, alla presenza delle massime Autorità, della storia e delle funzioni, del nostro Istituto con una relazione sull'attività dell'Avvocatura, sulla evoluzione dell'organizzazione e, soprattutto, su ciò che si ritiene necessario nel futuro per rendere il servizio legale sempre più efficiente e tempestivo a tutela dell'interesse pubblico.

L'Avvocatura dello Stato è una delle più antiche istituzioni dello Stato unitario. La conformazione dell'Istituto ha la sua matrice storica nel sistema del granducato di Toscana, dove Leopoldo di Lorena aveva istituito l'avvocato regio per la rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio, che portò nel 1876 alla costituzione della Regia avvocatura erariale sul modello dell'avvocato regio di Toscana.

Preferisco, però, limitarmi a questo breve accenno - mettendo da parte il legittimo orgoglio per la storia plurisecolare dell'Istituto - poiché credo che oggi sia più importante una riflessione sulla perdurante opportunità della scelta del legislatore di dotare lo Stato di un suo proprio corpo di avvocati, la cui unica vocazione sia la cura in giudizio degli interessi pubblici e, fuori dal giudizio, il supporto e la guida delle Amministrazioni patrocinate nella soluzione delle questioni giuridiche.

Queste sono le funzioni dell'Avvocato dello Stato, che valgono a farne una figura unica nel panorama istituzionale: difensore in giudizio di una parte, come ogni Avvocato, ma sempre con uno sguardo all'interesse generale e una spiccata propensione a prevenire e risolvere fuori dal giudizio le liti attraverso quella che è l'attività particolarmente qualificante dell'Avvocatura dello Stato, vale a dire quella consultiva.

Non posso, quindi, non esprimere la mia soddisfazione per la sempre maggiore frequenza con cui l'Avvocatura viene consultata non solo riguardo agli ordinari ambiti dell'attività amministrativa, ma anche in relazione alle più delicate e rilevanti questioni con cui i soggetti pubblici da noi patrocinati sono chiamati a confrontarsi.

Il ruolo dell'Istituto è divenuto nel tempo più ricco e complesso e gli ambiti nei quali è richiesta la sua attività sempre più vari.

La quotidiana attività di difesa dinanzi a tutte le giurisdizioni nazionali, delle Amministrazioni statali rappresenta certamente la parte preponderante del nostro lavoro.

Nel disegno del Legislatore, l'Avvocatura dello Stato, peraltro, non è solo il difensore delle Amministrazioni che fanno capo al Governo, ma lo è di tutto

lo Stato-apparato: sono patrocinati dall'Avvocatura tutti gli Organi costituzionali e a rilevanza costituzionale, così come le Autorità amministrative indipendenti.

Compete inoltre all'Avvocatura dello Stato anche l'assistenza dinanzi alle giurisdizioni nazionali di Amministrazioni estere o sovranazionali, tra cui mi piace ricordare tutte le Istituzioni dell'Unione europea e tra queste, ultima in ordine di tempo a richiedere il nostro patrocinio, anche la Banca Centrale Europea (1).

La scelta dell'ordinamento italiano di individuare un corpo di giuristi specializzati offre innegabili vantaggi che la rendono attuale ancora oggi: considerazione unitaria degli interessi dello Stato, che possono trascendere l'esito della singola causa; unità di indirizzo nell'attività defensionale; visione complessiva delle problematiche della funzione amministrativa; costante integrazione tra attività consultiva e contenziosa; notevole riduzione degli oneri di assistenza legale.

L'Avvocatura dello Stato costituisce, quindi, un osservatorio privilegiato, a tutto campo, delle problematiche - sotto ogni angolazione e sotto ogni sfaccettatura - attraverso una visione completa della giurisprudenza di tutti gli organi giurisdizionali di fronte ai quali sono sollevate, in un'ottica di trattazione integrale e interdisciplinare.

Anche il ruolo di difesa degli interessi dello Stato dinanzi alla Corti internazionali negli ultimi anni si è esponenzialmente intensificato.

Alla funzione - ormai tradizionale - di patrocinio dinanzi alla Corte di Giustizia e al Tribunale dell'Unione europea, dove per volontà del legislatore (2) un Avvocato dello Stato riveste anche il ruolo di Agente del Governo, si sono nel corso del tempo aggiunti altri compiti rilevanti e impegnativi.

È stato, infatti, attribuito all'Avvocato Generale dello Stato anche il ruolo di Agente del Governo presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (3), dove già Avvocati dello Stato hanno svolto l'attività di difesa della Repubblica italiana in cause di particolare rilevanza e importanza.

(1) Patrocinio concesso con DPCM in data 7 dicembre 2018.

(2) L'art. 42, comma 3, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 prevede che *"Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei e il Ministro degli affari esteri nominano, quale agente del Governo italiano previsto dall'articolo 19 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, un avvocato dello Stato, sentito l'Avvocato generale dello Stato"*.

(3) L'art. 15, rubricato *"Disposizioni in materia di giustizia"*, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, contenente le *"Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"*, convertito con modificazioni con la legge 1° dicembre 2018, n. 132, prevede che *"le funzioni di agente del Governo a difesa dello Stato italiano dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono svolte dall'Avvocato generale dello Stato, che può delegare un avvocato dello Stato"*.

Un contesto nuovo con il quale siamo stati chiamati a confrontarci dal 2014 è poi quello degli arbitrati internazionali in materia di tutela degli investimenti esteri, nell'ambito dell'ICSID, dell'UNCITRAL e delle altre Camere arbitrali internazionali. Si tratta di controversie che, oltre ad avere un rilevantissimo valore economico, sono anche suscettibili di incidere sull'immagine del Paese, quale mercato idoneo a offrire agli investitori stranieri un contesto giuridico ed economico caratterizzato da stabilità. In queste cause ci troviamo a competere con attrezzatissimi studi legali esteri specializzati in questo campo, sulla base di regole procedurali complesse e per noi inedite. Un compito importante, che siamo fieri di svolgere e nel quale, come ci è stato in più sedi riconosciuto, abbiamo dato buona prova, anche grazie alla capacità di adeguamento alla visione d'insieme.

Ne sono dimostrazione i diversi incontri che, su questo tema, ci hanno richiesto le delegazioni di Stati esteri, che hanno individuato nell'Avvocatura dello Stato un modello per organizzare i loro sistemi di difesa negli analoghi giudizi arbitrali.

Anche in questo tipo di controversie ha assunto rilievo determinante la proficua collaborazione con le Amministrazioni interessate al fine di assicurare una puntuale e, quindi, più efficace difesa delle ragioni dello Stato.

Il valore aggiunto che ci dà questa proiezione internazionale credo sia anche quello di avere l'occasione di formare, sin dal loro ingresso nell'Istituto, un corpo di giuristi versati nel diritto dell'Unione europea e nel settore della tutela internazionale dei diritti fondamentali, che contribuisce alla diffusione della conoscenza di tali materie a livello nazionale, attraverso la propria attività quotidiana nelle aule di giustizia e nelle altre sedi istituzionali dove Avvocati e Procuratori dello Stato prestano la loro opera.

Costante e intenso, quindi, il nostro impegno quotidiano nell'attuale sistema giuridico multilivello: l'ampiezza e l'importanza delle materie di competenza dell'Unione europea, sempre maggiori soprattutto dopo il Trattato di Lisbona, il progressivo aumento dello spettro dei diritti riconosciuti dalla Corte EDU e la complessità delle questioni oggetto degli arbitrati internazionali hanno richiesto una forte specializzazione e una visione dell'attività dell'Istituto che vada oltre le sue tradizionali caratteristiche. Ma ciò costituisce anche il nostro punto di forza.

Il patrocinio dinnanzi alle giurisdizioni nazionali e sovranazionali consente all'Avvocatura dello Stato di essere testimone privilegiato di quel dialogo tra le Alte Corti che costituisce strumento fondamentale affinché l'integrazione tra l'ordinamento interno e quelli sovranazionali avvenga senza pregiudizio per le nostre tradizioni costituzionali e per i principi supremi che ne sono alla base.

È un dialogo al quale anche l'Avvocatura dello Stato contribuisce nell'ottica di assicurare l'interesse pubblico generale e non solo quello della parte coinvolta nel giudizio. Basti ricordare, per limitarsi ai procedimenti già con-

clusi, il caso c.d. Taricco *bis*, nel quale l'Avvocatura dello Stato ha difeso le ragioni del Governo dinnanzi alla Corte costituzionale e, poi, della Repubblica italiana dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

I giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale sono il terminale fondamentale nel quale, nella sostanza, si riassume tutta l'esperienza professionale di un Avvocato dello Stato.

Il contributo che l'Avvocatura dello Stato vi apporta rappresenta la felice sintesi del profilo attinente alla difesa tecnica e di quello relativo alle valutazioni politiche e, pur essendo necessariamente legato all'interesse della parte difesa - anche al fine di assicurare quella piena dialettica processuale che è funzionale al migliore approfondimento delle questioni da parte del Giudice - non perde mai di vista la considerazione di quell'interesse pubblico generale al quale prima mi riferivo e le nuove sensibilità che l'evoluzione della società impone di considerare nella perimetrazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, come in tema di rilevanti questioni ordinamentali, ad esempio in materia penale, o attinenti alla bioetica e al biodiritto.

Questi brevi accenni mi pare confermino che in nessun luogo al di fuori dell'Avvocatura dello Stato è possibile avere quella visione d'insieme delle questioni giuridiche che caratterizzano un determinato momento storico: la presenza costante davanti al giudice ordinario, contabile e amministrativo, davanti alla Corte costituzionale e alle Corti sovranazionali, consente all'Avvocatura dello Stato di affrontare le tematiche su cui i Giudici sono chiamati a pronunciarsi in ogni sua sfaccettatura, garantendo l'indispensabile coerenza delle posizioni sostenute e la comprensione delle ricadute di quelle posizioni in ogni ambito.

Ciò fa dell'Avvocatura anche un'essenziale palestra di formazione di giovani leve di giuristi, in grado di affrontare con profitto tutti i settori della professione forense e di ben meritare in ogni sede.

La presenza femminile all'interno dell'Avvocatura è stata sempre significativa come impegno e qualità professionale e trova oggi un importante riconoscimento proprio con la mia nomina ad Avvocato Generale.

Basti pensare che su 25 Avvocati Distrettuali 9 sono donne; 2 Colleghe fanno parte poi del Comitato Consultivo, composto da sei Avvocati dello Stato e presieduto dall'Avvocato Generale, e altre ricoprono importanti ruoli di responsabilità e coordinamento.

Tale tendenza si registra anche nel ruolo del Personale Amministrativo, dove la maggior parte dei Capi servizio sono donne.

Tratto comune è la capacità di coniugare il rilevante impegno professionale con l'altrettanto rilevante impegno familiare, senza che l'uno arrechi pregiudizio all'altro in un sapiente equilibrio di ruoli.

Sono consapevole che occorre lavorare alacremente per realizzare i mi-

glioramenti necessari all'organizzazione, anche dei servizi amministrativi, e a ciò mi dedicherò per corrispondere alla fiducia di chi mi ha fatto l'onore di chiamarmi a questo prestigiosissimo incarico.

So di ricevere un'eredità importante da parte di chi mi ha preceduto e sarà mia cura fare in modo che non si disperda e dia tutti i frutti insiti nelle sue potenzialità.

Continuerò il lavoro dei miei Predecessori con lo sguardo rivolto al futuro per rendere, con la collaborazione di Tutti, l'Istituto sempre più forte, efficiente e capace di affrontare le sfide sempre nuove che si presenteranno.

Uno strumento duttile ed efficace per raggiungere questi obiettivi è sicuramente l'informatizzazione dei processi di lavoro.

Sul fronte esterno l'Avvocatura è stata e continua ad essere presente nei tavoli tecnici che hanno portato allo sviluppo e al perfezionamento del processo telematico, sia civile che amministrativo, forte anche dell'esperienza acquisita nell'utilizzo del sistema *e-curia* attraverso il quale, fin dal 2012, si provvede al deposito degli atti dinanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale dell'Unione europea.

Sul fronte dell'organizzazione interna è stato da tempo avviato un ambizioso programma strutturale di interventi denominato "*Avvocatura 2020*", volto principalmente a reingegnerizzare il sistema informativo e i processi di lavoro al fine di semplificare e accelerare il dialogo e il flusso di informazioni con le Amministrazioni patrocinate; e creare le basi di una nuova cultura organizzativa, supportata da adeguati strumenti tecnologici pensati, scelti e configurati in base alle esigenze di coloro che sono chiamati a utilizzarli, corroborata dall'intelligenza artificiale, in grado di valorizzare al massimo l'elevata capacità professionale di cui l'Istituto dispone e di condividere il suo prezioso patrimonio di conoscenza, al proprio interno e con le Amministrazioni assistite, nell'ottica di una costruttiva sinergia istituzionale.

I cambiamenti tecnologici sono profondi e credo debbano essere strumentali al miglioramento dei processi lavorativi e organizzativi, nella consapevolezza che la tradizione è un patrimonio che è possibile preservare solo avendo il coraggio di cambiare ed evolversi.

Lo scopo da perseguire è non solo quello di rendere la qualità del nostro servizio sempre più elevata, ma di migliorare il benessere e la qualità della vita di chi quotidianamente impiega le proprie energie al servizio dell'Istituto.

Perché l'Avvocatura dello Stato non è un'entità impersonale, un programma, ma è costituita da persone, Avvocati e Procuratori dello Stato e Personale amministrativo che, con dedizione e sacrificio, spesso superando difficoltà che appaiono insormontabili, affrontano ogni giorno l'enorme mole di lavoro che l'Avvocatura è chiamata ad affrontare.

Mi limito solo a un accenno: ogni anno in Avvocatura registriamo un flusso di più di 140.000 affari legali nuovi, che riguardano i più variegati settori

del diritto: dai giudizi di responsabilità civile dinnanzi ai giudici di pace, alle numerose controversie per eccessiva durata dei processi o in materia di immigrazione o di concessione della cittadinanza (segnalo, in questo ambito, la proficua collaborazione realizzata con il Giudice amministrativo e con la Cassazione, che potrebbe servire da modello per altri Tribunali o per altri settori del contenzioso). Fino ad arrivare a procedimenti di complessità indubbiamente maggiore, quali quelli che riguardano le materie della concorrenza; della regolazione dei settori della comunicazione e delle *utilities*; le controversie in materia di opere pubbliche; il corposissimo contenzioso tributario di legittimità, a difesa delle ragioni del Fisco. Si tratta di un ingente contenzioso (oltre 10.000 cause all'anno), specialistico, spesso di notevole complessità, ma di assoluta rilevanza per lo Stato, considerati i notevoli riflessi sulla finanza pubblica che possono derivare dalle interpretazioni della normativa fiscale da parte della Suprema Corte, sottolineando l'importanza della collaborazione tra l'Avvocatura e la Corte di Cassazione nella gestione di queste controversie anche a fini deflattivi del contenzioso.

In passato la Cerimonia di insediamento dell'Avvocato Generale è stata anche l'occasione per presentare alle alte Autorità intervenute pure dal punto di vista numerico il lavoro istituzionale, ma è mia intenzione dedicare a ciò una sede specifica, rivitalizzando la consuetudine della Relazione periodica (4) - che in passato aveva cadenza quinquennale e che vorrei, invece, far diventare annuale, per dare conto dei risultati del nostro lavoro e metterlo a disposizione dei Colleghi, delle Amministrazioni interessate e degli operatori del diritto.

Vorrei, però, solo accennare a un settore del contenzioso nel quale i risultati conseguiti hanno, per noi, costituito una grande gratificazione anche quali cittadini del Paese che, come noto, è depositario della maggiore parte del patrimonio artistico e culturale mondiale.

Mi riferisco, appunto, all'opera svolta dagli Avvocati dello Stato nel recupero dei beni culturali illecitamente esportati e ricettati all'estero. Si tratta di un'attività che - grazie ancora una volta a una felice sinergia con il Ministero dei beni culturali, con il Nucleo di tutela del patrimonio culturale dell'Arma dei Carabinieri e con i *pool* specializzati costituiti presso le Procure della Repubblica - ha dato negli anni scorsi risultati molto lusinghieri: cito solo, fra gli altri, il rientro in Italia del Vaso di Eufronio, esposto in Italia per la prima volta proprio in questa sala e della Dea di Morgantina.

È poi mio intendimento rendere disponibile, attraverso la pubblicazione *online*, la Rassegna dell'Avvocatura dello Stato affinché sia un supporto alla

(4) L'art. 15 del Regio Decreto 30 ottobre 1933 n. 1611, prevede che l'Avvocato Generale dello Stato riferisca periodicamente al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta dall'Avvocatura dello Stato, presentando apposite relazioni, e segnala anche prontamente le eventuali carenze legislative ed i problemi interpretativi che emergono nel corso dell'attività di istituto.

redazione della Relazione annuale e diventi un agile e aggiornato strumento di consultazione e di approfondimento, oltre che un'occasione per l'intervento dell'Istituto nei temi più attuali del dibattito scientifico.

Il confronto e la condivisione, sia sui temi giuridici che su quelli che attingono alla vita dell'Istituto, costituiscono modalità essenziali per poter esprimere al massimo le potenzialità professionali espresse dagli Avvocati e Procuratori dello Stato.

Accanto agli strumenti informatici e tecnologici e informativi attraverso cui si può migliorare lo scambio e il dibattito sulle questioni che siamo chiamati ad affrontare, un ruolo fondamentale hanno nella direzione che ho indicato gli Organi collegiali.

Il Comitato Consultivo, composto da Avvocati esperti appartenenti alla Avvocatura Generale e alle Avvocature Distrettuali, è chiamato a pronunciarsi sui pareri di maggiore rilievo sia giuridico che economico ed è mio intendimento individuare modalità di funzionamento che rendano più agile ed efficace la sua attività.

Il Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato, costituito da una rappresentanza elettiva e da componenti sia dell'Avvocatura Generale sia delle Avvocature Distrettuali, svolge un essenziale ruolo non solo consultivo, ma in alcuni casi anche deliberativo sugli aspetti che riguardano l'organizzazione dell'Istituto.

È mio proposito valorizzare al massimo questi organismi interni, perché sono fermamente convinta che nessuna buona decisione possa essere presa se non all'esito di una dialettica piena e leale, nello spirito di servizio e collaborazione cui tutti dobbiamo ispirare la nostra condotta professionale.

Sarebbe, poi, auspicabile adeguare anche le nostre procedure selettive alle esigenze che i nuovi compiti dell'Avvocatura impongono.

L'intensificarsi dell'impegno innanzi alle Corti internazionali rende imprescindibile, tra l'altro, inserire tra le materie di concorso, come già fanno diverse altre Istituzioni, la conoscenza di almeno una lingua straniera, che è, d'altronde, strumento ormai fondamentale anche per lo svolgimento della professione forense all'interno dei confini nazionali.

Negli ultimi anni, grazie all'attenzione delle Autorità di Governo e del Legislatore, i ruoli del personale togato e non hanno registrato un primo sostanziale adeguamento.

Il sempre maggiore impegno richiesto all'Avvocatura mi legittima, tuttavia, a ritenere ancora non pienamente sufficienti le risorse a disposizione dell'Istituto per farvi fronte.

Ciò, soprattutto, con riferimento agli impiegati amministrativi, tenuto anche conto dell'inevitabile innalzamento della loro età media conseguente ai c.d. blocchi del *turn over* che si sono succeduti nel tempo.

5. Conclusioni.

Il principale obiettivo che mi sono proposta, nello svolgimento della funzione di Avvocato Generale, è quello di rendere più efficiente, efficace e di qualità il servizio contenzioso e consultivo che l'Avvocatura dello Stato svolge per gli Organi costituzionali, le Amministrazioni statali e per gli altri organismi pubblici patrocinati, senza perdere di vista la natura legalitaria insita nella figura dell'Avvocato dello Stato, confermando il prestigio che l'Istituto ha sempre avuto, coniugando l'orgoglio dell'appartenenza con la certezza di rappresentare il futuro nel rispetto delle tradizioni più nobili del nostro amato Istituto.

Desidero salutare e ringraziare in particolare l'Avvocato Generale Aggiunto e i Vice Avvocati Generali per la loro preziosissima e insostituibile collaborazione nell'attività dell'Istituto; il Segretario Generale per la costante e fondamentale assistenza in tale attività; gli Avvocati Distrettuali che, con impegno e abnegazione, assicurano su tutto il territorio nazionale l'unitarietà dell'azione dell'Istituto; e le Colleghe e i Colleghi che, con dedizione e professionalità, svolgono quotidianamente il nostro lavoro e, in particolare, i più giovani che rappresentano il futuro dell'Avvocatura.

Un caldo saluto desidero anche rivolgere al Personale amministrativo dell'Avvocatura, supporto indispensabile nello svolgimento della nostra attività e del quale, anche come Segretario Generale, ho avuto modo di apprezzare le qualità professionali, lo spirito di dedizione e l'affezione istituzionale.

Saluto, inoltre, le Organizzazioni Sindacali del Personale togato e non togato, interlocutori fondamentali per un percorso condiviso di miglioramenti e di razionalizzazione organizzativa dell'Avvocatura dello Stato.

Con la consapevolezza che, nell'attuale congiuntura storica ed economica, occorrono impegni non formali, ma concreti, realismo ed equilibrio nello svolgimento delle funzioni, doti che credo siano nelle corde dell'Istituto.

Credo anche di poter assicurare a Lei, Signor Presidente della Repubblica e a Lei, Signor Presidente del Consiglio dei Ministri, che l'Avvocatura dello Stato continuerà a svolgere con l'assoluto impegno e con lo spirito di servizio che esprime, per tradizione plurisecolare di generazioni di servitori dello Stato, che sono la migliore garanzia della sua affidabilità, i propri compiti istituzionali nell'interesse del Paese.

Grazie Signor Presidente della Repubblica, grazie Signor Presidente del Consiglio dei Ministri per l'attenzione e la fiducia verso l'Istituto che ho l'alto onore di dirigere, grazie a tutte le Autorità e a tutti i Presenti per avermi ascoltato.

Roma, 22 novembre 2019

Sala Vanvitelli

Avvocatura Generale dello Stato

I soggetti patrocinati dall'Avvocatura dello Stato. Regime giuridico e ricognizione degli enti patrocinati

*Michele Gerardo**

SOMMARIO: 1. Caratteri essenziali, tra cui la natura giuridica, dell'Avvocatura dello Stato - 2. Patrocinio in via istituzionale - 3. (segue) Patrocinio in via istituzionale delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo - 4. (segue) Patrocinio in via istituzionale delle Regioni - 5. (segue) Patrocinio in via istituzionale di altri enti - 6. (segue) Patrocinio delle società in house partecipate da enti beneficiari del patrocinio in via istituzionale - 7. Patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 - 8. Ricostruzione sistematica in tema di tipologia di patrocinio degli enti diversi dallo Stato: specialità del patrocinio istituzionale e facoltativo; generalità del patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 - 9. Enti attributari del patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. n. 1611/1933 - 10. Patrocinio facoltativo - 11. (segue) Patrocinio facoltativo delle regioni - 12. (segue) Patrocinio facoltativo di enti diversi dalle regioni - 13. Patrocinio amministrato - 14. Patrocinio dei pubblici dipendenti - 15. Conclusioni.

1. Caratteri essenziali, tra cui la natura giuridica, dell'Avvocatura dello Stato.

L'Avvocatura dello Stato - disciplinata dal R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 - è un ente ausiliario dello Stato e di determinati enti, nei cui confronti esercita la funzione di consulenza e difesa in giudizio.

Giusta l'art. 17, R.D. n. 1611/1933 *“Gli uffici dipendono dal Capo del Governo Primo Ministro Segretario di Stato e sono posti sotto l'immediata direzione dell'Avvocato Generale”*. Siffatta dipendenza dal vertice del governo inerisce all'organizzazione e alla rispondenza dell'attività dell'Istituto ai compiti affidatigli.

L'Avvocatura dello Stato si articola in un ufficio centrale (Avvocatura Generale, con sede in Roma e competenza estesa all'ambito nazionale per quanto non riservato alla competenza degli uffici distrettuali) ed uffici periferici (Avvocature Distrettuali, aventi sede in ciascun distretto di Corte d'Appello e quindi, di massima, in ciascun capoluogo di regione), con a capo, rispettivamente l'Avvocato Generale e l'Avvocato Distrettuale. Il criterio di riparto delle competenze è quello territoriale della localizzazione del giudice competente o dell'ufficio richiedente il parere. L'Avvocatura Generale è inoltre competente funzionalmente dinanzi a tutte le Supreme giurisdizioni, dinanzi ai collegi internazionali o comunitari e, in materia consultiva, per i pareri che involgono questioni di massima.

L'Avvocatura dello Stato è stata innanzi qualificata come ente ausiliario. Tale qualificazione non è pacifica in dottrina, atteso il suo incardinamento

(*) Avvocato dello Stato.

presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri; sicché si preferisce qualificarla mero organo.

Dal complessivo quadro sistematico deve confermarsi la qualificazione dell'Avvocatura dello Stato come ente ausiliario. Difatti viene in rilievo una struttura dotata di notevole autonomia, anche normativa (1), con distinta imputazione di atti ed effetti rispetto allo Stato. L'incardinamento strutturale presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri implica piuttosto che l'Istituto è un soggetto di diritto privo della personalità giuridica, con le note conseguenze circa la responsabilità patrimoniale.

L'Avvocatura dello Stato ha i connotati caratterizzanti l'ente ausiliario. Questo è un distinto soggetto di diritto, il quale è di aiuto - sotto un profilo tecnico - ad un altro ente pubblico, di solito un ente politico, a finalità generale. L'ente ausiliario, quindi, svolge un'attività consultiva, di informazione, di supporto agli organi di amministrazione attiva, in una dimensione collaborativa. Gli enti ausiliari sono diversi dall'ente strumentale. Questi ultimi svolgono direttamente attività rivolta alla cura di interessi pubblici dei quali sono attributari, in luogo di enti territoriali. Se non ci fossero gli enti strumentali, l'interesse da questi curato o passerebbe all'ente territoriale di riferimento o verrebbe degradato ad interesse privato. Se non ci fosse l'ente ausiliario, nessun riflesso vi sarebbe sui connotati pubblici degli interessi coinvolti; solamente l'ente ausiliato dovrebbe provvedere diversamente nello svolgimento di una data attività. Ad esempio se non ci fosse l'Avvocatura dello Stato, i Ministeri per farsi difendere in giudizio dovrebbero ricorrere all'ausilio di altri legali, come gli avvocati del libero foro.

Oltre all'Avvocatura dello Stato, vanno individuati altri tre enti ausiliari dello Stato, previsti *expressis verbis* nella nostra Costituzione: il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (art. 99 Cost.), il Consiglio di Stato nello svolgimento delle funzioni consultive (art. 100, comma 1, Cost.) e la Corte dei Conti nello svolgimento delle funzioni di controllo (art. 100, comma 2, Cost.). Tali enti vengono qualificati come organi ausiliari del Governo. Tuttavia i loro connotati strutturali depongono per la qualificazione di autonomo soggetto di diritto, di distinto ente pubblico che - per le necessarie strutture di funzionamento - si collega, storicamente, al Governo. Sia il Consiglio di Stato che la Corte dei Conti sono incardinati dal punto di vista organizzativo nella Presidenza del Consiglio dei Ministri.

(1) L'Avvocatura dello Stato è dotata di potestà regolamentare in materia di a) criteri di riparto delle somme conseguenti al recupero delle spese legali a carico delle controparti; b) criteri di assegnazione degli affari consultivi e contenziosi (art. 9, commi 5 e 9, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. L. 11 agosto 2014, n. 114). In attuazione di tali previsioni è stato adottato, con Decreto del 28 ottobre 2014 dell'Avvocato Generale, il regolamento relativo ai "Criteri di determinazione del rendimento individuale ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114", pubblicato nella G.U. 12 novembre 2014, n. 263.

L'Avvocatura dello Stato nasce come Erariale, difendendo solo le Amministrazioni statali.

Con il tempo l'ambito dei soggetti patrocinati si è via via esteso. All'attualità difende oltretutto lo Stato, svariati enti, finanche di diritto privato con una disciplina del regime del patrocinio variabile a seconda dei caratteri impressi dalla normativa. All'uopo è individuabile il:

- patrocinio istituzionale;
- patrocinio autorizzato;
- patrocinio facoltativo;
- patrocinio amministrato;
- patrocinio dei pubblici dipendenti.

La difesa viene svolta dinanzi agli organi giurisdizionali - sia ordinari che speciali, anche dell'Unione Europea (Corte di Giustizia e Tribunale dell'Unione europea) ed internazionali (quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) - ed ai collegi arbitrali.

Il presente studio ha ad oggetto la ricostruzione essenziale del detto regime giuridico ed altresì la ricognizione degli enti patrocinati (2).

2. *Patrocinio in via istituzionale.*

La fattispecie più importante del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato è quella del cd. patrocinio istituzionale.

Il patrocinio istituzionale comporta l'applicazione delle disposizioni contenute nel testo unico e nel regolamento approvati, rispettivamente, con regi decreti 30 ottobre 1933, numeri 1611 e 1612, nonché degli articoli 25 (sul foro erariale) e 144 (sul luogo delle notifiche) del codice di procedura civile. Ossia un regime processuale speciale di assistenza legale e di patrocinio, con norme imperative ed inderogabili, connotato fondamentalmente da:

- mandato *ex lege*;
- regole speciali sulla competenza territoriale (cd. foro erariale; artt. 6-10 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 e art. 25 c.p.c. (3));

(2) Ricognizioni sugli enti patrocinati dall'Avvocatura dello Stato si possono rinvenire, tra l'altro, in Appendice al libro di M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, Giuffrè, 2012, pp. 251-261; in Appendice al libro di P. PAVONE "Lo Stato in giudizio", Giuffrè, 2002, pp. 397-423; nel "Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa" a cura di A. ROMANO, Cedam, 2001 pp. 1260-1266; nella *Rassegna Avvocatura dello Stato*, anno 2002 n. 2, pp. 26-49 (a cura di V. RAGO) e anno 2003 n. 4, pp. 1-21 (a cura di V. RAGO); nell'articolo di A. MEZZOTERO, M.V. LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato*, in *Rass. Adv. Stato*, 2009, 2, pp. 1-68; nella sezione "Chi difende" del sito Internet istituzionale dell'Avvocatura dello Stato.

(3) Art. 25 c.p.c.: "Per le cause nelle quali è parte un'amministrazione dello Stato è competente, a norma delle leggi speciali sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio e nei casi ivi previsti, il giudice del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Quando l'amministrazione è convenuta, tale di-

- regole speciali sulla notificazione degli atti processuali (presso l'Avvocatura dello Stato: art. 11 R.D. n. 1611/1933 e art. 144 c.p.c. (4));

- previsione per cui la costituzione di parte civile dello Stato nei procedimenti penali deve essere autorizzata dal Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 1, comma 4, L. 3 gennaio 1991, n. 3);

- prenotazione a debito delle spese di giudizio (5). Viene in rilievo l'annotazione a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è il pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero. Si tratta in genere di imposte, tasse e tributi vari, ma non solo, che nei casi espressamente previsti dalla legge, lo Stato non percepisce immediatamente, ma si limita ad annotare (non avendo senso un'anticipazione in favore di sé stesso) ai fini dell'eventuale successivo recupero (6). Ossia: se nella controversia lo Stato risulterà vincitore, si procederà al recupero nei confronti della controparte; se nella controversia lo Stato risulterà soccombente, si procederà al definitivo annullamento.

La fattispecie *de qua* viene variamente denominata: patrocinio sistematico; patrocinio obbligatorio; patrocinio istituzionale; di seguito si utilizzerà quest'ultima espressione.

Le amministrazioni dello Stato devono ricorrere necessariamente alla difesa in giudizio dell'Avvocatura dello Stato, pena la nullità radicale degli atti compiuti dal libero professionista per difetto di *jus postulandi* ed altresì la responsabilità erariale dell'ente per le spese legali sostenute.

Lo *jus postulandi* dell'Avvocatura dello Stato - oltre che per l'ipotesi in esame, anche per il patrocinio autorizzato - è:

- organico. Lo stesso deriva direttamente dalla legge. L'organicità dello *jus*

stretto si determina con riguardo al giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trova la cosa mobile o immobile oggetto della domanda".

(4) Art. 144, comma 1, c.p.c.: "*Per le amministrazioni dello Stato si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'avvocatura dello Stato".*

(5) Art. 158 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115: "*1. Nel processo in cui è parte l'amministrazione pubblica, sono prenotati a debito, se a carico dell'amministrazione: a) il contributo unificato nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo tributario; b) l'imposta di bollo nel processo contabile; c) l'imposta di registro ai sensi dell'articolo 59, comma 1, lettere a) e b), del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, nel processo civile e amministrativo; d) l'imposta ipotecaria e catastale ai sensi dell'articolo 16, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347; e) le spese forfettizzate per le notificazioni a richiesta d'ufficio nel processo civile. 2. Sono anticipate dall'erario le indennità di trasferta o le spese di spedizione degli ufficiali giudiziari per le notificazioni e gli atti di esecuzione a richiesta dell'amministrazione. 3. Le spese prenotate a debito e anticipate dall'erario sono recuperate dall'amministrazione, insieme alle altre spese anticipate, in caso di condanna dell'altra parte alla rifusione delle spese in proprio favore". Art. 12, comma 5, D.L. 2 marzo 2012, n. 16, conv. L. 26 aprile 2012, n. 44: "*Le disposizioni di cui all'articolo 158 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, si applicano alle Agenzie fiscali delle entrate, delle dogane, del territorio e del demanio".**

(6) Così: A. BRUNI, G. PALATIELLO, *La difesa dello Stato nel processo*, UTET Giuridica, 2011, p. 194.

postulandi comporta che gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono quello speciale (art. 1, comma 2, R.D. n. 1611/1933) e non sono onerati della produzione del provvedimento, del competente organo, di autorizzazione ad agire o resistere in giudizio, essendo sufficiente soltanto che risulti la loro qualità. Il rapporto tra amministrazione difesa e l'Avvocatura è un rapporto interno, di immedesimazione organica, con una duplice conseguenza: da un lato, è inibita al giudice ogni indagine sull'esistenza o meno dell'incarico attribuito dall'Amministrazione all'Avvocatura dello Stato; dall'altro la deliberazione dell'organo statale competente a promuovere la lite (o resistere alla lite da altri promossa) resta un mero atto interno, privo di rilevanza processuale e la violazione da parte dell'Avvocatura delle direttive impartite dall'organo statale titolare della *legittimità ad processum* potrà dar luogo a responsabilità disciplinare e/o amministrativa dell'Avvocato dello Stato "infedele" per i danni erariali eventualmente cagionati, ma non produrrà mai alcun effetto invalidante sul processo (7);

- obbligatorio. Non ammette deroghe, se non in casi tassativi;
- esclusivo. L'Amministrazione non può affidare, *arg. ex artt.* 5, comma 1 (8) e 43, comma 4, R.D. n. 1611/1933, la difesa legale, congiuntamente o alternativamente, a patrocinatore diverso dalla difesa erariale.

3. (segue) *Patrocinio in via istituzionale delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo.*

L'Avvocatura dello Stato patrocina in via istituzionale le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo.

Tale patrocinio si ha in virtù di mandato *ex lege* ai sensi dell'art. 1, comma 1, del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 secondo cui "*La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato*".

Il concetto di "*Amministrazioni dello Stato*", abbraccia i soggetti riconducibili allo Stato-amministrazione. Nell'esercizio dell'attività amministrativa lo Stato non viene in rilievo nella sua globalità, ossia come potere legislativo,

(7) Per tali rilievi: A. BRUNI, G. PALATIELLO, *La difesa dello Stato nel processo*, cit., pp. 53-54.

(8) "*Nessuna Amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato e secondo norme che saranno stabilite dal Consiglio dei ministri*". Deroga questa che non risulta aver avuto concreta applicazione: così V. CESARONI, *Avvocatura dello Stato*, in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, II, 2007, p. 310.

esecutivo e giurisdizionale, ma solo come potere esecutivo: *rectius*, come uffici che esercitano l'attività di cura degli interessi pubblici statali.

Gli uffici che esercitano l'attività di cura degli interessi pubblici statali, non sono espressione di un unico soggetto di diritto, di un'unica entità, ma - per ragioni storiche e consuetudinarie - sono riconducibili a vari soggetti di diritto, i Ministeri. Difatti lo Stato ha una organizzazione disaggregata, ossia consta - al suo interno - di una pluralità di organizzazioni formalmente intese; sicché lo stesso è un coacervo di soggetti di diritto, un ente complesso, un ente di secondo grado. Le Amministrazioni dello Stato non costituiscono una sola pubblica amministrazione, ma una pluralità di pubbliche amministrazioni, tuttavia non dotate di personalità giuridica (salvo alcune eccezioni, come il caso del Fondo per il culto, al quale la legge riconosce la personalità giuridica) ma tutte accomunate nella unicità formale della persona giuridica dello Stato.

Ciascun Ministero è dotato di autonoma capacità di imputazione giuridica, operante sia nel campo sostanziale - ponendo in essere atti amministrativi o negozi giuridici od operazioni materiali - che processuale. L'organizzazione dello Stato è peculiare, *sui generis*: ente disaggregato sì, ma in determinate circostanze riemerge il carattere unitario dell'ente. All'uopo significative sono due vicende: nella evenienza che un Ministero vanti un credito verso altro Ministero e quest'ultimo non adempia spontaneamente, il Ministero creditore non potrà agire in giudizio per assenza di alterità: non si può agire contro sé stessi, atteso che i Ministeri sono riconducibili alla superiore entità unitaria statale. Il contrasto andrà risolto con rimedi interni, ossia dal Consiglio dei Ministri il quale, giusta l'art. 2, comma 1, L. 23 agosto 1988, n. 400, "*dirime i conflitti di attribuzione tra i ministri*"; un debito di Tizio con una amministrazione dello Stato (ad es. il Ministero della Difesa) si compensa con un credito dello stesso Tizio con un'altra amministrazione dello Stato (ad es. il Ministero della Pubblica Istruzione). Ciò sul presupposto che lo Stato è una entità unitaria, che non viene eliminata dall'autonomia amministrativa e contabile dei vari rami dell'amministrazione (9).

Con riferimento ai soggetti riconducibili allo Stato-amministrazione, il patrocinio *de quo* spetta a:

I. Presidenza Consiglio dei Ministri e organi alla stessa riconducibili, come gli organi delegati dell'Amministrazione centrale dello Stato (10) quali

(9) In termini: Cass. 1974 n. 4035.

(10) Conf. Cass. 12 dicembre 2003, n. 19025 secondo cui la necessità del patrocinio e della rappresentanza delle amministrazioni dello Stato da parte dell'Avvocatura dello Stato, applicabile anche agli organi delegati dell'Amministrazione centrale dello Stato, vale anche per il (sindaco e il) presidente della Giunta regionale come commissario di Governo ai sensi di legge 14 maggio 1981, n. 219, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 19 marzo 1981, n. 75, in materia di interventi di ricostruzione seguiti al terremoto del 1980 nell'area campana. Ne consegue che per le citazioni in giudizio di detto com-

i Commissari delegati in materia di protezione civile ex art. 25, comma 7, D.L.vo 2 gennaio 2018 n. 1 (11) ed i Commissari Straordinari del Governo ex art. 11 l. 23 agosto 1988, n. 400 (12);

II. Ministeri.

Trattasi delle articolazioni - costituiti da complessi di uffici - che provvedono alla cura concreta degli interessi pubblici statali. Il loro carattere, l'essere anche autonomi soggetti di diritto, contribuisce a definire lo Stato come un aggregato disarticolato.

I Ministeri svolgono, per mezzo della propria organizzazione, le funzioni di spettanza statale nelle materie e secondo le aree funzionali indicate per ciascuna amministrazione dal D.L.vo 30 luglio 1999, n. 300, nel rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea ed intrattengono, nelle materie di rispettiva competenza, i rapporti con l'Unione europea e con le organizzazioni e le agenzie internazionali di settore, fatte salve le competenze del ministero degli affari esteri (art. 2, commi 2 e 4, D.L.vo n. 300/1999).

I Ministeri, all'attualità, sono i seguenti: 1) Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale; 2) Ministero dell'interno; 3) Ministero della giustizia; 4) Ministero della difesa; 5) Ministero dell'economia e delle finanze; 6) Ministero dello sviluppo economico; 7) Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali; 8) Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; 9) Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; 10) Ministero del lavoro e delle politiche sociali; 11) Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca; 12) Ministero per i beni e le attività culturali e

missario (o per gli atti introduttivi di giudizi che si svolgono innanzi agli arbitri nei confronti di esso) è applicabile l'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, in tema di notifica presso l'Avvocatura dello Stato.

(11) Disponibile: *“Per coordinare l'attuazione delle ordinanze di protezione civile, con i medesimi provvedimenti possono essere nominati commissari delegati che operano in regime straordinario fino alla scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, successivamente alla quale curano, fino alla chiusura della contabilità speciale di cui all'articolo 27, la prosecuzione delle attività in regime ordinario. Qualora il Capo del Dipartimento si avvalga di commissari delegati, il relativo provvedimento di nomina deve specificare il contenuto dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio. I commissari delegati sono scelti, tranne motivate eccezioni, tra i soggetti per cui la legge non prevede alcun compenso per lo svolgimento dell'incarico”*. Su tale figura e le implicazioni in tema di patrocinio: A. MEZZOTERO, D. ROMEL, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, CSA Editrice, 2016, pp. 63-67.

(12) *“1. Al fine di realizzare specifici obiettivi determinati in relazione a programmi o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri o per particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali, può procedersi alla nomina di commissari straordinari del Governo, ferme restando le attribuzioni dei Ministeri, fissate per legge. 2. La nomina è disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Con il medesimo decreto sono determinati i compiti del commissario e le dotazioni di mezzi e di personale. L'incarico è conferito per il tempo indicato nel decreto di nomina, salvo proroga o revoca. Del conferimento dell'incarico è data immediata comunicazione al Parlamento e notizia nella Gazzetta Ufficiale. 3. Sull'attività del commissario straordinario riferisce al Parlamento il Presidente del Consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato”*.

per il turismo; 13) Ministero della salute (art. 2, comma 1, D.L.vo n. 300/1999).

A capo del Ministero vi è il Ministro che ha la rappresentanza sostanziale e processuale del Ministero, *rectius*: agisce quale organo del Ministero sia nel campo sostanziale che processuale.

La rappresentanza sostanziale è limitata agli atti in diretta attribuzione del Ministro. Sicché alla stipula di un contratto, rientrante nelle competenze di un dirigente di uffici dirigenziali generali provvederà direttamente il dirigente, quale organo del Ministero.

La rappresentanza processuale ex art. 75 c.p.c., ancorché involgente la gestione amministrativa, *ope legis* spetta in via generale al Ministro. Tanto è statuito dall'art. 11, comma 1, R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 secondo cui: *“Tutte le citazioni, i ricorsi e qualsiasi altro atto di opposizione giudiziale, nonché le opposizioni ad ingiunzione e gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o speciali, od innanzi agli arbitri, devono essere notificati alle Amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa, nella persona del Ministro competente”*. Aspetto diverso dal soggetto che sta in giudizio è quello relativo alla decisione di promuovere o resistere alle liti, che, in quanto attinente alla gestione amministrativa, spetta alla dirigenza (13).

Tra le problematiche relative alla legittimazione va evidenziata quella del sindaco che esercita, nella qualità di ufficiale di governo, competenze statali. In questa evenienza vi è il dubbio se gli atti si imputino all'amministrazione statale, con tutti i corollari in tema di responsabilità e di patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato ex R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, o al Comune.

Secondo un consistente indirizzo della giurisprudenza amministrativa l'atto adottato dal sindaco in qualità di ufficiale del governo si imputa al comune, in quanto ente designato dall'ordinamento a porre la propria organizzazione al servizio del sindaco stesso quando agisce come organo periferico dell'amministrazione statale. Per altro orientamento il potere di ordinanza attribuito al sindaco quale ufficiale del Governo, pur richiedendo eccezionalmente l'intervento di organi incardinati presso enti diversi dallo Stato, mantiene la propria natura statale, così comportando l'attrazione funzionale dell'organo dell'Ente locale nell'organizzazione dello Stato; con la conseguenza che il ricorso contro l'ordinanza contingibile e urgente emessa dal sindaco va notificato

(13) I dirigenti di uffici dirigenziali generali - ai sensi dell'art. 16, comma 1, lett. f, D.L.vo 30 marzo 2001 n. 165 *“promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e di transigere, fermo restando quanto disposto dall'articolo 12, comma 1, della legge 3 aprile 1979, n. 103”*. Quest'ultima disposizione recita: *“Le divergenze che insorgono tra il competente ufficio dell'Avvocatura dello Stato e le amministrazioni interessate, circa la instaurazione di un giudizio o la resistenza nel medesimo, sono risolte dal Ministro competente con determinazione non delegabile”*.

al sindaco stesso - in veste di ufficiale del Governo - e all'Amministrazione statale di settore di volta in volta interessata alla cura dell'interesse pubblico in evidenza; ne consegue, per l'effetto, che è lo Stato, non già il Comune, a rispondere dei danni derivanti dall'esercizio (o dal mancato esercizio) di tale potere da parte del sindaco, anche con riguardo all'operato di organi comunali che gli sono di supporto (14). L'orientamento da ultimo indicato è quello più coerente con i principi sulla imputazione giuridica. Ciò comporta che laddove il sindaco agisca quale ufficiale di governo va qualificato come amministrazione dello Stato.

III. Amministrazioni dello Stato organizzate con ordinamento autonomo (15).

Nell'organizzazione di alcuni Ministeri sono incardinate organizzazioni differenziate denominate Aziende autonome dello Stato o amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo (16) (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 (17). 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 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

(14) Tale quadro è riassunto in Cons. Stato 13 agosto 2007, n. 4448. In materia altresì: A. MEZZOTERO, D. ROMEI, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 83-86.

(15) Sul tema, V. RAGO, *Il patrocinio delle Amministrazioni statali da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2005, 3, pp. 1-2.

(16) Su tali figure: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, III edizione, Il Mulino, 1989, 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. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVI ed., Giuffrè, 2014, pp. 242-243.

(17) 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 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 nell'attuale momento storico - ad esempio il Fondo edifici di culto (artt. 56 e ss. L. 20 maggio 1985, n. 222 (18)) - ma ormai svolgono un ruolo del tutto marginale nel complesso dell'organizzazione dello Stato.

Tra le Amministrazioni dello Stato organizzate con ordinamento autonomo, rilevanti sono quelle di seguito indicate.

Innanzitutto le Istituzioni scolastiche (Istituti e Scuole Statali). A tali enti è stata attribuita, in virtù dell'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, l'autonomia e la personalità giuridica (19). Tali enti, tuttavia costituiscono altresì organi dello Stato, sono compenetrati nell'Amministrazione dello Stato, sicché si applica la disciplina del patrocinio istituzionale (20). Sul punto confermativo è l'art. 14 comma 7-*bis* del D.P.R. 8 marzo 1999 n. 275 (introdotto dal D.P.R. 4 agosto 2001 n. 352) secondo cui: *“l'Avvocatura dello Stato con-*

(18) Sul fondo per il culto: L.M. DE BERNARDIS, *Fondo per il culto*, in *Novissimo Digesto*. Appendice, Vol. III, UTET, 1982, p. 812.

(19) I commi 1 e 2 dell'articolo citato così dispongono: *“1. L'autonomia delle istituzioni scolastiche e degli istituti educativi si inserisce nel processo di realizzazione della autonomia e della riorganizzazione dell'intero sistema formativo. Ai fini della realizzazione della autonomia delle istituzioni scolastiche le funzioni dell'Amministrazione centrale e periferica della pubblica istruzione in materia di gestione del servizio di istruzione, [...], sono progressivamente attribuite alle istituzioni scolastiche, attuando a tal fine anche l'estensione ai circoli didattici, alle scuole medie, alle scuole e agli istituti di istruzione secondaria, della personalità giuridica degli istituti tecnici e professionali e degli istituti d'arte ed ampliando l'autonomia per tutte le tipologie degli istituti di istruzione, anche in deroga alle norme vigenti in materia di contabilità dello Stato. [...]. 2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1, si provvede con uno o più regolamenti da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, nel termine di nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base dei criteri generali e principi direttivi contenuti nei commi 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 e 11 del presente articolo. [...].”* Il regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche è stato adottato con D.P.R. 8 marzo 1999, n. 275.

(20) Conf. Cass., ord., 13 luglio 2004, n. 12977. Sulla materia: P.M. ZERMAN, *La natura giuridica dell'Ente Scuola in relazione al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Rass. Adv. Stato*, 2000, 1-4, II, pp. 32-39; A. MEZZOTERO, M.V. LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato*, cit., pp. 24-29.

tinua ad assumere la rappresentanza e la difesa... di tutte le Istituzioni scolastiche... ” (21).

La complessiva disciplina contenuta nell’art. 21 della L. n. 59/1997 e nel regolamento di cui al D.P.R. n. 275/1999 ha condotto alla omogeneizzazione della disciplina di tutte le Istituzioni scolastiche, sia di quelle beneficiarie della personalità giuridica in virtù della legge n. 59, che di quelle già dotate di personalità giuridica. Queste ultime, alla data di entrata in vigore della innanzi descritta complessiva disciplina, godevano del patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. n. 1611/1933; all’uopo si riportano le indicate Istituzioni, con gli estremi dell’atto attributivo del patrocinio:

- Istituti di Istruzione industriale (Articolo unico, punto 21, R.D. 8 giugno 1940, n. 779);

- Istituti professionali per l’industria e l’artigianato, per le attività marinare, per l’agricoltura, per il commercio, alberghieri e femminili (d.P.R. 26 novembre 1975 n. 1027, pubblicato in G.U. 20 settembre 1976, n. 250 e successiva rettifica con d.P.R. 22 aprile 1977, n. 445, pubblicato in G.U. 29 luglio 1977, n. 207);

- Istituti tecnici statali (Articolo unico, punto 22, R.D. n. 779/1940; d.P.R. 22 aprile 1977, n. 446, pubblicato in G.U. 29 giugno 1977, n. 207, avente ad oggetto il conferimento all’Avvocatura dello Stato della rappresentanza in giudizio degli istituti tecnici dotati di personalità giuridica, non compresi nel R.D. 8 giugno 1940, n. 779);

- Scuole Industriali e Commerciali (articolo unico, punto 22, R.D. n. 779/1940);

- Istituto di Belle Arti delle Marche in Urbino (R.D. 8 giugno 1940, n. 779).

In virtù della rivisitazione della materia conseguente alla innanzi descritta complessiva disciplina, specie tenendo conto del precetto di cui all’art. 14 comma 7-*bis* del D.P.R. n. 275/1999, deve ritenersi che per le Istituzioni già dotate della personalità giuridica il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato è divenuto istituzionale, superandosi la previgente disciplina in tema di patrocinio autorizzato.

Rilevano altresì i Conservatori di musica. Questi a seguito della L. 21 dicembre 1999, n. 508 hanno acquistato personalità giuridica. Tuttavia, tali enti, sottoposti ai poteri di indirizzo e coordinamento del Ministero dell’Istruzione, Università e Ricerca continuano a costituire articolazione del medesimo e non

(21) In modo ormai tralaticio, Cons. Stato, 27 novembre 2019, n. 8081 enuncia che *“le istituzioni scolastiche statali, alle quali è stata attribuita l’autonomia e la personalità giuridica a norma dell’art. 21 della L. n. 59 del 1997, sono compenstrate nell’amministrazione dello Stato, in cui sono incardinate, e che ad esse è stato conservato il patrocinio legale dell’Avvocatura dello Stato, come risulta dalla espressa previsione dell’art. 1, lettera b), del D.P.R. n. 352 del 2001”*.

esulano, pertanto, dal novero delle amministrazioni statali patrocinate in via istituzionale dall'Avvocatura dello Stato (22).

Ciò evidenziato, si rileva altresì che il concetto di “*Amministrazioni dello Stato*”, abbraccia non solo i soggetti riconducibili allo Stato-amministrazione, ma anche i soggetti riconducibili allo Stato-ordinamento. Sempreché, in quest'ultimo caso, i soggetti “*esplichino un'attività sostanzialmente amministrativa e siano soggetti di procedura giudiziaria (per esempio Camera dei deputati e Senato per i contratti da essi stipulati)*” (23).

Con riferimento ai soggetti riconducibili allo Stato-ordinamento, il patrocinio *de quo* spetta a:

I) Organi costituzionali. Ossia: Presidenza della Repubblica, Camera dei Deputati e Senato della Repubblica, Governo, Corte Costituzionale, Consiglio di Stato, Corte dei Conti, Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, Consiglio Superiore della Magistratura.

II) Autorità Indipendenti.

Le Autorità indipendenti sono enti pubblici dotati di autonomia ed indipendenza, al vertice di ordinamenti sezionali, specie nel campo economico, con compiti regolatori e di garanzia in posizione di equidistanza tra i soggetti, pubblici e privati, in gioco. Le varie leggi istitutive enunciano che le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione.

L'autonomia, come di consueto, implica la capacità di autodeterminarsi in determinati ambiti. L'indipendenza deve sussistere rispetto a un particolare soggetto in gioco, ossia con il Governo. Si reputa che la particolarità degli interessi richiede che gli stessi vengano gestiti in modo neutro, in mera applicazione della legge, senza posizioni di parte quale potrebbe essere l'influenza esercitata dall'indirizzo politico del governo. L'indipendenza viene garantita dalla assenza di interferenze del Governo sui vertici dell'Autorità conseguibile a mezzo di nomine dei detti vertici da parte di soggetti non governativi, a mezzo di autonome e sufficienti risorse umane, materiali e strumentali; circostanze che non sempre ricorrono.

Concettualmente le Autorità Indipendenti costituiscono delle amministrazioni dello Stato, diverse dai Ministeri (24). Corollario di tale dato è che la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Autorità spettano *ex lege* all'Avvocatura dello Stato in virtù dell'art. 1 R.D. n. 1611/1933, salva legge formale di deroga al citato art. 1 (25).

(22) Conf. T.A.R. Piemonte, 6 luglio 2005, n. 2450.

(23) Così: G. BELLÌ, *Avvocatura dello Stato*, in *Enc. del Diritto*, IV, 1959, Giuffrè, p. 671.

(24) Spesso, al momento della istituzione delle Authority, la legge dispone che le attribuzioni in un dato settore fino ad allora spettanti al Ministero sono trasferite all'Autorità.

Vengono, tra l'altro, ricondotti a tale categoria i seguenti enti:

- l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (cd. Antitrust);
- l'Autorità per la Garanzia delle Comunicazioni (cd. Agcom);
- l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (cd. ARERA);
- l'Autorità di regolazione dei trasporti (cd. ART);
- l'Autorità nazionale anticorruzione (cd. ANAC);
- Garante per la protezione dei dati personali (cd. Garante della Privacy).

L'art. 154-ter, commi 2 e 3, D.L.vo 30 giugno 2003, n. 196 dispone: “2. Il Garante è rappresentato in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 1 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611. 3. Nei casi di conflitto di interesse, il Garante, sentito l'Avvocato generale dello Stato, può stare in giudizio tramite propri funzionari iscritti nell'elenco speciale degli avvocati dipendenti di enti pubblici ovvero avvocati del libero foro”. La disposizione è ricognitiva - significativo il richiamo dell'art. 1 - del patrocinio istituzionale;

- la Banca d'Italia;

- la Commissione nazionale per la Società e la Borsa (CONSOB). L'art. 1, comma 10, D.L. 8 aprile 1974, conv. L. 7 giugno 1974, n. 216 recita “Per la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti l'autorità giurisdizionale, le giurisdizioni amministrative e speciali ed i collegi arbitrali, la Commissione può avvalersi anche dell'Avvocatura dello Stato”. Il patrocinio *de qua* è facoltativo, per testuale previsione di legge;

- l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (cd. IVASS). L'art. 13 dello Statuto del detto ente, approvato con D.P.R. 12 dicembre 2012, pubblicato nella G.U. 31 dicembre 2012, n. 303, dispone: “1. L'attività consultiva in materia legale e la rappresentanza e difesa dinanzi a qualsiasi giurisdizione sono attribuite all'avvocatura interna, nel rispetto dei principi della legge professionale. 2. L'IVASS può avvalersi, previa delibera del Consiglio, del patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato”. Lo statuto è stato adottato sulla base della previsione dell'art. 13, comma 25, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, conv. L. 7 agosto 2012, n. 135 secondo cui: “Lo Statuto detta disposizioni in ordine all'assetto organizzativo dell'IVASS e in particolare: [...] - definisce norme relative alla consulenza e rappresentanza in giudizio dell'Istituto”. Tuttavia è da dubitare della regolarità della sopracitata previsione statutaria - introducente un patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato - atteso che, venendo in rilievo una autorità amministrativa indipendente vale, per quanto detto sopra, la regola del patrocinio istituzionale.

(25) In tal senso anche P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, II edizione, Giuffrè, 2002, pp. 44-45 e A. MEZZOTERO, D. ROMELI, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 56.

Una legge formale di deroga vi è, come di seguito indicato, per la CONSOB.

In A. BRUNI, G. PALATIello, *La difesa dello Stato nel processo*, cit., pp. 259-261 vi è un esame della problematica della natura giuridica delle Authority - non pacifica in dottrina ed in giurisprudenza - ed i conseguenti corollari sul patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Una mera previsione statutaria non può, all'evidenza, derogare all'art. 1 R.D. n. 1611/1933;

- l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle Pubbliche Amministrazioni (ARAN). Il D.P.C.M. 22 giugno 1995, pubblicato in G.U. 24 luglio 1995, n. 171 - richiamante, tra l'altro, nelle premesse l'art. 43 R.D. n. 1611/1933 relativo al patrocinio autorizzato - così dispone "*L'Avvocatura dello Stato è autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa dell'A.R.A.N. - Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, con sede in Roma, nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali*". Quest'ultima previsione, letteralmente condurrebbe a qualificare il patrocinio *de quo* come autorizzato. Tuttavia la natura del soggetto conduce - come ricostruito innanzi anche con riguardo ai caratteri del patrocinio dell'IVASS - alla qualificazione del patrocinio come istituzionale;

- la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge 12 giugno 1990 n. 146 sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

III) Organi giudiziari (Corte di Cassazione, Corti di Appello, ecc.).

4. (segue) *Patrocinio in via istituzionale delle Regioni.*

Analogo patrocinio istituzionale si ha in favore della Regione Sicilia, giusta l'art. 1 D.L.vo 2 marzo 1948 n. 142 secondo cui: "*Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato nei riguardi delle Amministrazioni statali sono estese all'Amministrazione regionale siciliana. Nei confronti dell'Amministrazione regionale siciliana si applicano le disposizioni del testo unico e del regolamento, approvati rispettivamente con rr.dd. 30 ottobre 1933, nn. 1611 e 1612, e successive modificazioni, nonché gli artt. 25 e 144 del codice di procedura civile*".

Per le regioni a statuto ordinario il patrocinio istituzionale sussiste ove queste decidano di avvalersene con deliberazione del Consiglio regionale ex art. 10 L. 3 aprile 1979, n. 103. Quest'ultima disposizione così statuisce: "*Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato nei riguardi dell'amministrazione statale sono estese alle regioni a statuto ordinario che decidano di avvalersene con deliberazione del consiglio regionale da pubblicarsi per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Bollettino ufficiale della regione. Dal quindicesimo giorno successivo all'ultima delle due pubblicazioni, si applicano nei confronti dell'amministrazione regionale, che ha adottato la deliberazione di cui al precedente comma, le disposizioni del testo unico e del regolamento approvati, rispettivamente, con regi decreti 30 ottobre 1933, numeri 1611 e 1612, e successive modificazioni, nonché gli articoli 25 e 144 del codice di procedura civile*" (26). Nell'attuale momento storico risulta avere adottato tale delibera la Regione Molise (Deliberazione Giunta regionale 17

novembre 1999 n. 368 pubblicata su G.U. S.G. 30 gennaio 2000 n. 24).
5. (segue) *Patrocinio in via istituzionale di altri enti.*

Nei casi espressamente previsti dalla legge determinati enti pubblici possono fruire del patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato. Questo è il caso:

- dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, per la quale l'art. 114, comma 2, D.L.vo 6 settembre 2011, n. 159 dispone: "*All'Agenzia si applica l'articolo 1 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611*" (27);

- della Commissione per le adozioni internazionali (art. 18 d.P.R. 8 giugno 2007 n. 108, pubblicato in G.U. 25 luglio 2007, n. 171, secondo cui "*La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio della Commissione spettano all'Avvocatura dello Stato ai sensi del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni*");

- dell'Ente delle Ville Venete. All'uopo l'art. 32, l. 6 marzo 1958, n. 243 dispone: "*Per tutti gli atti e le controversie l'Ente delle Ville Venete è equiparato alle Amministrazioni dello Stato e può avvalersi, per la sua rappresentanza e difesa, dell'Avvocatura dello Stato*";

- dell'Agenzia per l'Italia Digitale. L'art. 22, comma 9, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. L. 7 agosto 2012, n. 134 dispone: "*All'Agenzia si applicano le disposizioni sul patrocinio e sull'assistenza in giudizio di cui all'articolo 1 del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611*";

- della Scuola per l'Europa di Parma, giusta art. 1, comma 344, L. 28 dicembre 2015, n. 208 secondo cui "*La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio della Scuola per l'Europa di Parma spettano all'Avvocatura dello Stato, ai sensi del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611*";

- dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. L'art. 9 D.L.vo 14 settembre 2015, n. 149 recita: "*1. Fatto salvo quanto previsto dal comma 2, all'Ispettorato si applica l'articolo 1 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611. 2.*

(26) I successivi commi quarto e quinto e sesto recitano: "*Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano nei giudizi in cui sono parte l'Amministrazione dello Stato e l'amministrazione regionale, accettato il caso di litisconsorzio attivo. In caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto di interessi tra Stato e regione, questa può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. Le regioni che abbiano adottato la deliberazione di cui al primo comma, possono tuttavia, in particolari casi e con provvedimento motivato, avvalersi di avvocati del libero Foro*".

(27) Conf. A. MEZZOTERO, D. ROMEL, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 88.

L'Ispettorato può farsi rappresentare e difendere, nel primo e secondo grado di giudizio, da propri funzionari nei giudizi di opposizione ad ordinanza ingiunzione, nei giudizi di opposizione a cartella esattoriale nelle materie di cui all'articolo 6, comma 4, lettera a), del decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150, nonché negli altri casi in cui la legislazione vigente consente alle amministrazioni pubbliche di stare in giudizio avvalendosi di propri dipendenti. Nel secondo grado di giudizio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, è fatta salva la possibilità per l'Avvocatura dello Stato di assumere direttamente la trattazione della causa secondo le modalità stabilite al fine dai decreti di cui all'articolo 5, comma 1. [...]” (28).

6. (segue) *Patrocinio delle società in house partecipate da enti beneficiari del patrocinio in via istituzionale.*

Il patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato opera anche con riferimento alle società *in house* aventi quale azionista una Amministrazione Statale.

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. Secondo la disciplina contenuta nell'art. 16 D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175 i connotati delle società *in house* sono due: a) l'oggetto sociale, che 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 sulla società *in house* 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.

La società *in house*, dal quadro normativo delineato nel citato art. 16, 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. 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

(28) Su tale patrocinio: A. MUTARELLI, *L'Avvocatura dello Stato e il patrocinio dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro*, in *Rass. Adv. Stato*, 2017, 3, pp. 1-11 il quale osserva: “L'espresso rinvio all'art. 1 r.d. 1611/1933 determina l'affidamento all'Avvocatura dello Stato dello jus postulandi dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro negli stessi termini e perimetro garantito alle Amministrazioni dello Stato e, quindi, con la conseguente applicabilità del particolare regime processuale ivi previsto” (p. 1).

agire in modo snello, mezzo che deve essere, tuttavia, coerente con i dati sostanziali.

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 ed a quella contenuta nel D.L.vo n. 175/2016, 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 a quest'ultima; 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 (29), tra cui la normativa sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio (R.D. n. 1611/1933). 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, vale il precetto posto dall'art. 1 R.D. n. 1611/1933 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*” (30).

(29) 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.

(30) Su tali aspetti: M. GERARDO, *Soggetti pubblici operanti nell'economia* in *Rass. Avv. Stato* 2019, 2, pp. 224-230.

7. *Patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611.*

L'Avvocatura dello Stato può patrocinare ulteriori enti, pubblici e privati, ove previsto da puntuali disposizioni in applicazione dell'art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, il quale così recita:

“L'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le Autorità giudiziarie, i Collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali, di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto (31).

Le disposizioni e i provvedimenti anzidetti debbono essere promossi di concerto coi Ministri per la grazia e giustizia e per le finanze.

Qualora sia intervenuta l'autorizzazione, di cui al primo comma, la rappresentanza e la difesa nei giudizi indicati nello stesso comma sono assunte dalla Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le regioni.

Salve le ipotesi di conflitto, ove tali amministrazioni ed enti intendano in casi speciali non avvalersi della Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza.

Le disposizioni di cui ai precedenti commi sono estese agli enti regionali, previa deliberazione degli organi competenti”.

L'art. 45 R.D. n. 1611/1933 precisa che *“Per l'esercizio delle funzioni di cui ai due precedenti articoli, si applica il secondo comma dell'art. 1 del presente testo unico”* sul cosiddetto mandato *ex lege*. Operano peraltro quelle normative proprie del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato; si estendono quindi agli enti le norme dell'art. 2 R.D. n. 1611/1933 sulla rappresentanza dei funzionari e dell'art. 3 R.D. n. 1611/1933 (32) sulla diretta difesa dell'amministrazione indirizzata dall'Avvocatura dello Stato (33).

Inoltre l'art. 47 R.D. n. 1611/1933 dispone che *“L'Avvocatura dello Stato dà i pareri che le siano richiesti dagli enti dei quali assume la rappresentanza e la difesa a norma del titolo III”* (ossia quelli di cui al patrocinio autorizzato *de quo*).

(31) A termini dell'art. 2 L. 12 gennaio 1991, n. 13: *“1. Gli atti amministrativi, diversi da quelli previsti dall'articolo 1, per i quali è adottata alla data di entrata in vigore della presente legge la forma del decreto del Presidente della Repubblica, sono emanati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o con decreto ministeriale, a seconda della competenza a formulare la proposta sulla base della normativa vigente alla data di cui sopra. 2. Gli atti amministrativi di cui al comma 1, ove proposti da più Ministri sono emanati nella forma del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri”.*

(32) *“Innanzi alle Preture ed agli Uffici di conciliazione [ora Giudici di pace] le Amministrazioni dello Stato possono, intesa l'Avvocatura dello Stato, essere rappresentate dai propri funzionari che siano per tali riconosciuti”.*

(33) P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, cit., p. 255.

I motivi per i quali il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato viene esteso ad enti diversi dallo Stato sono molteplici: lo stretto collegamento, l'interdipendenza tra i fini dello Stato e dell'ente in questione; l'utilità che le esigenze di tali enti siano soddisfatte, nel contemperamento con altre esigenze pubbliche, da un organo legale che tuteli lo Stato nell'unitarietà dei suoi fini; l'opportunità di fornire un diretto sostegno economico; la convenienza di evitare liti, frenate dall'esistenza di un unico organo legale (34).

Viene in rilievo il cd. patrocinio autorizzato (35), così caratterizzato:

- l'Avvocatura dello Stato difende in giudizio e rende i pareri richiesti all'ente;

- in giudizio non occorre esibire il mandato né la delibera di incarico, bastando solo che consti la qualità di avvocato dello Stato;

- non si applica il restante speciale regime processuale relativo al patrocinio istituzionale (fondamentalmente le regole sul foro erariale, sulla notificazione degli atti processuali all'Avvocatura dello Stato, sulla necessità della autorizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri per la costituzione di parte civile nel processo penale e sulle norme tributarie di favore).

Una volta intervenuta l'autorizzazione l'assunzione della rappresentanza e difesa in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato assume connotazioni analoghe a quella prevista per le amministrazioni statali. Essa è, come testualmente dice l'art. 43 *"organica ed esclusiva"*. Questo significa, sotto un duplice profilo: a) che l'amministrazione non statale è tenuta in via generale ed ordinaria ad avvalersi dell'Avvocatura dello Stato; b) che l'Avvocatura dello Stato deve simmetricamente dare il proprio patrocinio (36). L'organicità ed esclusività significa altresì, come già osservato sopra in tema di patrocinio istituzionale, che è insuscettibile qualsiasi coesistenza della difesa erariale con il patrocinio privato, con l'affiancamento di un legale del libero foro (37).

Spesso gli atti autorizzatori - adottati dallo Stato: legge, regolamento, d.P.R., D.P.C.M. - contengono l'espressione che il dato ente *"può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato"* (38). Il "può" utilizzato dal legislatore non indica una mera facoltà, *"ma solo possibilità di avvalersi e di dare un patrocinio legale che senza la norma autorizzativa non sarebbe stato possibile né chiedere né prestare. In altri termini quando il patrocinio è autorizzato come all'Avvocatura dello Stato non è consentito rifiutarlo, così*

(34) In tal senso P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, cit., pp. 240-241.

(35) Sul tema: L. MAZZELLA, *Il patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 1999, 3-4, II, pp. 98-99; A. MEZZOTERO, M.V. LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato*, cit., pp. 1-68.

(36) Per tali rilievi: L. MAZZELLA, *Il patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato*, cit., p. 98.

(37) In tal senso: A. MEZZOTERO, M.V. LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato*, cit., p. 2.

(38) Ad esempio: *"Il consiglio di aiuto sociale [...] può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato"*: art. 74, comma 2, L. 26 luglio 1975, n. 354.

all'Amministrazione non statale non è dato di non richiederlo (v. Cass. S.U. 24 febbraio 1975, n. 700, id. 5 luglio 1983, n. 4512)" (39).

In conclusione, anche il patrocinio autorizzato si connota - analogamente a quello istituzionale - come organico, obbligatorio ed esclusivo. Tale regime può essere derogato solo

- nel caso di conflitto di interesse
- o di delibera motivata dell'ente sottoposta agli organi di vigilanza.

Per quest'ultima fattispecie si rileva che la deroga può essere disposta sia per ogni singola lite, singolo affare, sia per una serie, una categoria di affari. Ciò in quanto la disposizione dell'art. 43 è generica e quindi faculta anche un provvedimento motivato che escluda intere categorie di liti, di affari, dall'affidamento all'Avvocatura dello Stato, sempre che l'esclusione non capovolga il criterio della legge che vuole che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sia la regola ed il ricorso a liberi professionisti l'eccezione. Tanto consegue anche dall'interpretazione sistematica delle disposizioni, ossia del confronto con il comma 2 dell'art. 5 R.D. n. 1611/1933 relativo al patrocinio istituzionale: questo infatti specifica che l'incarico a liberi professionisti deve essere dato nei "singoli" casi, cioè per caso, affare per affare, mentre tale limitazione non è presente nell'art. 43 *de quo* (40).

Per meglio regolare il patrocinio tra l'Avvocatura dello Stato e l'ente autorizzato può essere stipulata una convenzione, sul modello dell'art. 15 L. 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui: "*1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. 2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3*" (41).

(39) Così L. MAZZELLA, *Il patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato*, cit., pp. 98-99.

(40) In tal senso anche P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, cit., p. 253.

(41) Il citato art. 11 così recita:

1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. [...]

2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3.

3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento".

In tal modo si rende efficiente e sinergico il rapporto *inter partes*. Tale convenzione può anche prevedere *ex ante* le categorie di contenzioso che, quale eccezione e con deroga limitata, sono escluse dal patrocinio generale ed esclusivo dell'Avvocatura dello Stato (ad esempio: una serie predeterminata di controversie in ragione della loro natura seriale e/o modesta rilevanza, le quali potrebbero essere affidate ad avvocati del libero foro e/o di uffici legali interni). Tanto con puntuale motivazione sul punto, come peraltro richiesto dal comma 2 dell'art. 11, L. n. 241/1990.

La strada della convenzione è già operativa nella prassi con riguardo al patrocinio delle Agenzie fiscali (42), delle fondazioni culturali (43), della CONSIP (44).

8. Ricostruzione sistematica in tema di tipologia di patrocinio degli enti diversi dallo Stato: specialità del patrocinio istituzionale e facoltativo; generalità del patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611.

La disposizione di cui al sopracitato art. 43 ha una notevole rilevanza sistematica, atteso che costituisce il modello residuale e generale regolatore del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato degli enti diversi dallo Stato. In presenza di una legge, regolamento, D.P.C.M. dal seguente tenore: "*L'Ente xxxx può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*" oppure "*L'Ente xxxx si avvale del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*" si applica la disciplina generale contenuta nell'art. 43.

Ossia: ogni qual volta una disposizione abilitata (legge ordinaria, regolamento o D.P.C.M.) preveda - con riguardo ad un dato ente - il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato con o senza espresso richiamo dell'art. 43, si applica la disciplina contenuta nel citato art. 43, in quanto disposizione generale in materia (45).

(42) Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia del Demanio del 21 giugno 2006, in *Rass. Adv. Stato*, 2006, 2, pp. 301-305; Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia delle Entrate del 20 giugno 2007, in *Rass. Adv. Stato*, 2007, 4, pp. 11-16; Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia delle Entrate del 13 maggio 2010, in *Rass. Adv. Stato*, 2010, 2, pp. 1-6; Protocollo d'intesa tra l'Agenzia del Territorio e l'Avvocatura dello Stato del 19 dicembre 2011, in *Rass. Adv. Stato*, 2012, 1, pp. 39-43; Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia del Demanio del 10 aprile 2012, in *Rass. Adv. Stato*, 2012, 2, pp. 16-20; Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia delle Entrate del 10 settembre 2013, in *Rass. Adv. Stato*, 2013, 2, pp. 1-9; Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli del 30 gennaio 2014, in *Rass. Adv. Stato*, 2013, 4, pp. 14-20.

(43) Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Carlo Felice di Genova e l'avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova del 27 giugno 2019, in *Rass. Adv. Stato*, 2019, 2, pp. 7-10; Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Massimo di Palermo e l'avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo del 18 luglio 2019, in *Rass. Adv. Stato*, 2019, 2, pp. 11-13; Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Comunale di Bologna e l'avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna del 19 luglio 2019, in *Rass. Adv. Stato*, 2019, 2, pp. 14-15; Protocollo d'intesa tra Fondazione Teatro La Fenice e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia del 5 dicembre 2019 (Circolare n. 48/2019 dell'Avvocato generale dello Stato e in questa *Rass.*, parte istituzionale).

(44) Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e CONSIP dell'11 aprile 2019.

Costituisce eccezione al patrocinio autorizzato la fattispecie del patrocinio istituzionale, patrocinio sussistente in presenza di disposizioni che estendano ad un dato ente la speciale disciplina processuale prevista per le Amministrazioni dello Stato contenuta, *in primis*, nel R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 e nelle altre disposizioni sopraindicate. Estensione conseguibile anche con il semplice richiamo all'art. 1 R.D. n. 1611/1933.

Costituisce ulteriore eccezione al patrocinio autorizzato la fattispecie del patrocinio facoltativo, sussistente in presenza di disposizioni che espressamente consentano il patrocinio dell'Avvocatura in aggiunta al ricorso agli avvocati dipendenti dell'ente o ad avvocati del libero foro. In questa evenienza la disposizione deve essere di livello legislativo, ossia dello stesso livello dell'art. 43 rispetto al quale apportano una eccezione. Il patrocinio facoltativo opera solo nei casi regolati da atti con forza di legge; atti amministrativi non possono derogare all'art. 43, sicché gli enti autorizzati con provvedimento amministrativo al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sono sottoposti al regime del patrocinio autorizzato secondo la complessiva disciplina dell'art. 43, e ciò indipendentemente dalla formula utilizzata nell'atto (46). Nel caso in cui sussista il patrocinio facoltativo vi è piena discrezionalità dell'ente patrocinato nella scelta tra l'Avvocatura dello Stato e libero professionista, o uffici legali interni, senza possibilità che tale scelta venga sindacata in giudizio, e salvi eventuali controlli politici o giuridici di altra natura.

9. Enti tributari del patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. n. 1611/1933.

Numerosi sono gli enti che godono del patrocinio autorizzato.

La stragrande maggioranza degli enti patrocinati sono enti pubblici. Tuttavia godono del patrocinio anche enti di diritto privato (specie fondazioni, società e, marginalmente, associazioni).

Gli enti di diritto privato patrocinati dall'Avvocatura sono sovente partecipati, quale componente di minoranza o di maggioranza, da un ente pubblico. Evidentemente la partecipazione è ritenuta funzionale alla tutela degli interessi pubblici in attribuzione dell'ente pubblico partecipante (47).

La fonte del patrocinio è un atto dello Stato: legge oppure un regolamento o un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.).

(45) Nel caso del patrocinio della regione Trentino Alto Adige, la disposizione autorizzativa (art. 41 D.P.R. n. 49/1973) sembrerebbe rientrare in tale modello. Tuttavia essa disposizione, avente natura di norma di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, è una legge rinforzata, gerarchicamente superiore alla legge ordinaria, sicché non vale quanto ricostruito in ordine ai caratteri dell'art. 43.

(46) Così anche P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, cit., p. 251-252.

(47) Ad esempio: 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; per disporre di un modello agile e snello, a fronte della complessità e lentezza dell'azione dell'ente pubblico, viene creata una società *in house*.

Laddove la fonte è un D.P.C.M. il contenuto dispositivo è, di solito, il seguente: *“L’Avvocatura dello Stato è autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa di..... nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali”*; mentre nelle premesse, di solito, si riporta: *“Visti l’art. 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull’ordinamento dell’Avvocatura dello Stato, approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, nonché l’art. 1 della legge 16 novembre 1939, n. 1889, e l’art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103”*.

Ad una sommaria ricognizione gli enti attributari del detto patrocinio risulterebbero essere i seguenti (48):

- Accademia della Crusca (D.P.C.M. 26 settembre 2016, pubblicato in G.U. 15 novembre 2016, n. 267);
- Accademia dei Georgofili di Firenze (D.P.C.M. 25 agosto 1995, pubblicato in G.U. 27 settembre 1995, n. 226);
- Accademia d'Italia (R.D. 8 giugno 1940, n. 779 (49));
- Accademie di belle arti, Accademia nazionale di danza, Accademia nazionale di arte drammatica, Istituti superiori per le industrie artistiche (ISIA), già Accademie e Istituti di cultura scientifica, letteraria ed artistica e fondazioni dipendenti in quanto riformate con legge 21 dicembre 1999 n. 508 (articolo unico, punto 19, R.D. 8 giugno 1940, n. 779);
- Aero Club d'Italia (d.P.R. 25 settembre 1986 n. 754, pubblicato in G.U. 14 novembre 1986, n. 265);
- Agenzia industrie difesa -A.I.D. (D.P.C.M. 9 febbraio 2004, pubblicato in G.U. 14 aprile 2004, n. 87);
- Agenzia internazionale dell'energia atomica - A.I.E.A. (D.P.C.M. 15 dicembre 1994, pubblicato in G.U. 25 gennaio 1995, n. 2);
- Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ri-

(48) Accanto al nominativo dell’ente si riporta la fonte autorizzativa. In presenza di peculiarità si trascriverà altresì il contenuto normativo rilevante.

La ricostruzione del quadro degli enti patrocinati è quanto mai indaginosa: notevole è il numero degli enti beneficiari - nel corso di un secolo - del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, in uno poi alle evoluzioni dei detti enti (particolarmente intensa nell’ultimo trentennio con trasformazioni, accorpamenti ed estinzioni). Sicché qualsiasi ricerca non può che valere allo stato degli atti.

In dati casi l’atto concessivo del beneficio indica quale patrocinatore l’Avvocatura generale dello Stato, in luogo dell’Avvocatura dello Stato (ad esempio, per il C.N.R. si enuncia che questo *“si avvale del patrocinio dell’Avvocatura generale dello Stato”*). L’indicazione è impropria: l’Avvocatura generale dello Stato e le Avvocature distrettuali dello Stato sono mere articolazioni interne dell’Avvocatura dello Stato. Il difensore non può essere che l’Avvocatura dello Stato.

(49) *“Articolo unico. - Le autorizzazioni in precedenza concesse per l’assunzione da parte dell’Avvocatura dello Stato della rappresentanza e difesa di Amministrazioni non statali sono tenute ferme nei confronti delle Amministrazioni e degli enti seguenti, sottoposti alla tutela o vigilanza dei Ministeri per ciascuno indicati...”*.

- cerca (D.P.C.M. 6 dicembre 2012, pubblicato in G.U. 11 marzo 2013, n. 59);
- Agenzia nazionale per i giovani (art. 14 dello Statuto (50) emanato con d.P.R. 27 luglio 2007, n. 156, pubblicato in G.U. 19 settembre 2007, n. 218);
 - Agenzia nazionale per la sicurezza del volo (art. 14, comma 2, D.L.vo 25 febbraio 1999, n. 66 (51));
 - Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (D.P.C.M. 28 febbraio 2014, pubblicato in G.U. 10 aprile 2014, n. 84);
 - Agenzia per il fiume Po - A.I.P.O. (D.P.C.M. 18 aprile 2003, pubblicato in G.U. 23 giugno 2003, n. 143);
 - Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione (art.1, comma 3, dello Statuto (52) approvato con D.P.C.M. 23 marzo 2011, pubblicato in G.U. 11 giugno 2011, n. 134);
 - Agenzia per la promozione all'estero e per l'internazionalizzazione delle imprese italiane - ICE (art. 14, comma 26 *novies*, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv. 1. 15 luglio 2011, n. 111 (53));
 - Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici (D.P.C.M. 5 aprile 2007, pubblicato in G.U. 2 luglio 2007, n. 151);
 - Agenzia per le erogazioni in agricoltura - AGEA (art. 1, comma 7, D.L.vo 21 maggio 2018, n. 74 (54));
 - Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile - ENEA (art. 82 del Regolamento di amministrazione finanza e contabilità (55), adottato ai sensi dell'art. 37, comma 7, L. 23 luglio 2009, n. 99);
 - Agenzia regionale conservatoria delle coste della Sardegna (D.P.C.M. 14 ottobre 2015, pubblicato in G.U. 9 dicembre 2015, n. 286);
 - Agenzia regionale per i rifiuti e le acque (regione Sicilia) (D.P.C.M. 5 aprile 2007, pubblicato in G.U. 2 luglio 2007, n. 151);
 - Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente (D.P.C.M. 2 luglio 2012, pubblicato in G.U. 26 luglio 2012, n. 173);

(50) "L'Agenzia si avvale del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611".

(51) "L'Agenzia può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato".

(52) "L'Agenzia è sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato, di seguito denominata «Autorità vigilante», è soggetta al controllo della Corte dei conti e si avvale del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi della normativa vigente".

(53) "L'Agenzia si avvale del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611".

(54) "L'Agenzia può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611".

(55) "L'Agenzia promuove e resiste alle liti avvalendosi dell'Avvocatura dello Stato o, nei casi previsti, di propri Avvocati iscritti all'Albo Speciale o, con motivata determina del presidente, di avvocati del libero foro.

Resta ferma la facoltà dell'Agenzia di essere rappresentato e difeso da propri funzionari all'uopo incaricati nei casi in cui l'ordinamento ne prevede la semplice rappresentanza in giudizio".

- Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente della Basilicata - A.R.P.A.B. (D.P.C.M. 27 agosto 2015, pubblicato in G.U. 17 ottobre 2015, n. 242);
- Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente della Sardegna - A.R.P.A.S. (D.P.C.M. 25 settembre 2015, pubblicato in G.U. 14 novembre 2015, n. 266);
- Azienda Regionale per la Ricerca in Agricoltura - A.G.R.I.S. (D.P.C.M. 19 maggio 2011, pubblicato in G.U. 6 settembre 2011, n. 207);
- ARAN Sicilia (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni) (D.P.C.M. 16 luglio 2010, pubblicato in G.U. 11 settembre 2010, n. 213);
- Agenzia Spaziale Italiana - A.S.I (art. 13, comma 7, D.L.vo 4 giugno 2003, n. 128 (56));
- Agenzie fiscali, ossia: Agenzia delle Entrate; Agenzia delle Dogane e dei Monopoli; Agenzia del Demanio (57). Le Agenzie fiscali sono enti pubblici strumentali dello Stato (58). I loro caratteri - fissati dall'art. 61 L. 30 luglio 1999, n. 300 - sono i seguenti: hanno personalità giuridica di diritto pubblico, ad eccezione dell'Agenzia del demanio che è un ente pubblico economico; hanno autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria; operano nell'esercizio delle funzioni pubbliche ad esse affidate in base ai principi di legalità, imparzialità e trasparenza, con criteri di efficienza, economicità ed efficacia nel perseguimento delle rispettive missioni. In tema di patrocinio, l'art. 72, D.L.vo 30 luglio 1999, n. 300 dispone quanto segue: *“Le agenzie fiscali possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni”*.
- ANAS Società per azioni (art. 7, comma 11, D.L. 8 luglio 2002, n. 138, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 8 agosto 2002, n. 178 (59);

(56) *“L'A.S.I. si avvale del patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato”*.

(57) A. PALATIello (Dossier a cura di), *Le Agenzie fiscali: natura e patrocinio*, in *Rass. Avv. Stato*, 2007, 4, pp. 1-63. A. MEZZOTERO, M.V. LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato*, cit., pp. 36-43; M. FEGATELLI, D. BORGNI, *Le Agenzie fiscali in giudizio ed il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2010, 2, pp. 7-33.

(58) Invero, si discute - in dottrina e giurisprudenza - sulla natura giuridica delle Agenzie fiscali, con conseguenti ricadute sulla natura del patrocinio. Ad un orientamento che le qualifica organo dello Stato con persona giuridica (con conseguente patrocinio istituzionale) si contrappone altro orientamento che le qualifica autonomi soggetti di diritto (con conseguente patrocinio autorizzato). Quest'ultimo orientamento è quello più coerente con i dati normativi. In quest'ultimo senso anche Cass. S.U., 14 febbraio 2006, n. 3116 che qualifica le Agenzie fiscali (il caso di specie riguardava l'Agenzia delle entrate) come autonome persone giuridiche di diritto pubblico.

(59) *“L'ANAS Spa può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni”*.

- Autorità Centrale ex Convenzione Aja sul rimpatrio dei minori (art. 3, comma 2, L. 15 gennaio 1994, n. 64 (60));
- Azienda delle foreste demaniali della Regione siciliana (art. 13, comma 2, L.R. Sicilia 11 marzo 1950, n. 18 (61));
- Autorità di bacino della Puglia (D.P.C.M. 22 settembre 2006, pubblicato in G.U. 29 novembre 2006, n. 278);
- Aziende Ospedaliere Universitarie - A.O.U. Ciò sulla base del rilievo che i principi enunciati in tema di patrocinio delle Università debbono trovare applicazione anche nei confronti delle aziende universitarie (attesa la piena osmosi e sostanziale cogestione tra le Università e le A.O.U.) (62).
- Banca Centrale Europea (D.P.C.M. 7 dicembre 2018);
- Biblioteca di documentazione pedagogica (d.P.R. 19 luglio 1984, n. 513);
- Canali demaniali di irrigazione (Canali Cavour) (art. 50, R.D. 29 marzo 1906, n. 121 (63));
- Cassa depositi e prestiti società per azioni - CDP S.p.A. (art. 5, comma 15, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 24 novembre 2003, n. 326, per *"La gestione separata di cui al comma 8"* (64));

(60) *"Per lo svolgimento dei suoi compiti l'autorità centrale si avvale, ove necessario, della rappresentanza ed assistenza dell'Avvocatura dello Stato, nonché dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia"*.

(61) *"Nei giudizi attivi e passivi avanti l'autorità giudiziaria, i collegi arbitrali e le giurisdizioni speciali è rappresentata o difesa dall'Avvocatura dello Stato"*. Tecnicamente è improprio il ricorso ad una legge regionale per regolare il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. Tuttavia, atteso il patrocinio istituzionale della Regione Sicilia, da parte dell'Avvocatura dello Stato, questo può estendersi agli enti strumentali della regione. Sicché la legge regionale *de qua* si limita a modalizzare una fattispecie già normata.

(62) Conf. Cass. 5 ottobre 2018, n. 24545. Sul punto Circolare n. 22/2019 dell'Avvocato Generale dello Stato, in *Rass. Adv. Stato*, 2019, 2, pp. 1-2.

(63) *"Il patrocinio delle cause, sia attive che passive, è affidato alla regia avvocatura erariale di Torino, alla quale l'amministratore generale invierà gli atti giudiziari che a lui vengono intimati, procurandole, in tutte le fasi dei vertenti giudizi, le nozioni di fatto necessarie in linea tecnica ed economica per la difesa degli interessi dell'amministrazione"*.

(64) Il comma 15 dispone: *"La gestione separata di cui al comma 8 può avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni"*; il citato comma 8 recita: *"La CDP S.p.A. assume partecipazioni e svolge le attività, strumentali, connesse e accessorie; per l'attuazione di quanto previsto al comma 7, lettera a), la CDP S.p.A. istituisce un sistema separato ai soli fini contabili ed organizzativi, la cui gestione è uniformata a criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico. Sono assegnate alla gestione separata le partecipazioni e le attività ad essa strumentali, connesse e accessorie, e le attività di assistenza e di consulenza in favore dei soggetti di cui al comma 7, lettera a) [...]"*. La lettera a) del comma 7, poi, dispone: *"La CDP S.p.A. finanzia, sotto qualsiasi forma: a) lo Stato, le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici e gli organismi di diritto pubblico, utilizzando fondi rimborsabili sotto forma di libretti di risparmio postale e di buoni fruttiferi postali, assistiti dalla garanzia dello Stato e distribuiti attraverso Poste italiane S.p.A. o società da essa controllate, e*

- Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto (art. 73, comma 2, L. 26 luglio 1975, n. 354 (65));
- Casse o fondi di conguaglio, di rischi o di compensazione, e in genere delle casse o dei fondi comunque denominati, istituiti o da istituire per la gestione dei sovrapprezzi, di quote di prezzi o di contribuzioni imposte dalle competenti autorità per la disciplina dei prezzi, come - a titolo di esempio - la Cassa Conguaglio per il settore elettrico (d.P.R. 14 febbraio 1957, n. 179, pubblicato in G.U. 9 aprile 1957, n. 9);
- Centro europeo dell'educazione (d.P.R. 19 luglio 1984, n. 513);
- Centro internazionale per la scienza e l'alta tecnologia dell'U.N.I.D.O. (United Nations Industrial Development Organization) (D.P.C.M. 16 gennaio 1995, pubblicato in G.U. 3 febbraio 1995, n. 28);
- Club alpino italiano - C.A.I. (d.P.R. 22 marzo 1985, n. 200, pubblicato in G.U. del 21 maggio 1985, n. 118);
- Commissione di vigilanza sui Fondi pensione (D.P.C.M. 27 marzo 1998, pubblicato in G.U. 8 giugno 1998, n. 131);
- Consigli di aiuto sociale (art. 74, comma 2, L. 26 luglio 1975, n. 354 (66));
- Consiglio nazionale delle ricerche - CNR (art. 15, comma 7, D.L.vo 4 giugno 2003, n. 127 (67));
- Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura - C.R.A. (D.P.C.M. 23 dicembre 2003, pubblicato in G.U. 10 marzo 2004, n. 58);
- Consip Spa (art. 1, comma 771, L. 30 dicembre 2018, n. 145 (68));
- Consorzio del Parco geominerario storico e ambientale della Sardegna (D.P.C.M. 27 giugno 2008, pubblicato in G.U. 19 agosto 2008, n. 193);
- Consorzio di Bonifica della Sardegna Meridionale (D.P.C.M. 31 luglio 2009, pubblicato in G.U. 1 ottobre 2009, n. 228);
- Consorzio obbligatorio per l'impianto, la gestione e lo sviluppo della ri-

fondi provenienti dall'emissione di titoli, dall'assunzione di finanziamenti e da altre operazioni finanziarie, che possono essere assistiti dalla garanzia dello Stato. L'utilizzo dei fondi di cui alla presente lettera è consentito anche per il compimento di ogni altra operazione di interesse pubblico prevista dallo statuto sociale della CDP S.p.A. effettuata nei confronti dei medesimi soggetti di cui al primo periodo, o dai medesimi promossa, nonché nei confronti di soggetti privati per il compimento di operazioni nei settori di interesse generale individuati ai sensi del successivo comma 11, lettera e), tenuto conto della sostenibilità economico-finanziaria di ciascuna operazione. [...]

(65) *“La cassa ha personalità giuridica, è amministrata con le norme della contabilità di Stato e può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato”.*

(66) *“Il consiglio di aiuto sociale ha personalità giuridica, è sottoposto alla vigilanza del Ministero di grazia e giustizia e può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato”.*

(67) *“Il C.N.R. si avvale del patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato”.*

(68) *“La Consip Spa si avvale del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, per la rappresentanza e difesa nei giudizi in cui sia attrice e convenuta, relativi alle attività svolte nell'ambito del Programma di razionalizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione”.*

cerca scientifica e tecnologica nella provincia di Trieste (d.P.R. 11 dicembre 1990 (69), pubblicato in G.U. 9 marzo 1991, n. 58);

- CONI Servizi spa (art. 8, comma 10, D.L. 8 luglio 2002, n. 138, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 8 agosto 2002, n. 178 (70));

- Convitti nazionali (art. 203, comma 8, D.L.vo 16 aprile 1994, n. 297 (71));

- CSTP - Azienda della mobilità S.p.a. in amministrazione straordinaria (D.P.C.M. 25 settembre 2015, pubblicato in G.U. 13 novembre 2015, n. 265);

- Educandati femminili dello Stato ed istituti pubblici di educazione femminile (tra cui Educandati «delle fanciulle» di Milano, «Angeli» di Verona, «S. Benedetto» di Montagnana, «Uccelli» di Udine, «della SS. Annunziata» di Firenze, «M. Adelaide» di Palermo) (art. 204, comma 9, D.L.vo 16 aprile 1994, n. 297 (72));

- Ente Acque Sardegna (D.P.C.M. 25 gennaio 2008, pubblicato in G.U. 1 marzo 2008, n. 6);

- Ente acquedotti siciliani - E.A.S. in liquidazione di Palermo (D.P.C.M. 18 giugno 2018, pubblicato in G.U. 11 agosto 2018, n. 186);

- Ente di Governo dell'ambito della Sardegna (D.P.C.M. 25 settembre 2015, pubblicato in G.U. 14 novembre 2015, n. 266);

- Ente di sviluppo agricolo, già Ente per la riforma agraria in Sicilia - E.R.A. S. ed altresì già Ente Colonizzazione latifondo siciliano (D.L.vo Luogotenenziale 12 aprile 1946, n. 300);

- Ente nazionale italiano per il turismo - E.N.I.T. (d.P.R. 31 maggio 1983, n. 475, pubblicato in G.U. 14 settembre 1983, n. 252);

- Ente nazionale per l'aviazione civile - E.N.A.C. (art. 5, comma 2, D.L.vo 25 luglio 1997, n. 250 (73));

- Ente parco nazionale arcipelago toscano (D.P.C.M. 29 agosto 2001, pubblicato in G.U. 5 dicembre 2001, n. 283);

(69) Articolo unico: *“L’Avvocatura generale dello Stato è autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa del Consorzio obbligatorio per l’impianto, la gestione e lo sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica nella provincia di Trieste”*.

(70) *“La CONI Servizi spa può avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, ai sensi dell’articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull’ordinamento dell’Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni”*.

(71) *“I convitti possono richiedere, per la tutela dei loro interessi, e quando non trattisi di contestazioni con lo Stato, l’assistenza dell’Avvocatura dello Stato”*.

(72) *“Per l’assistenza da parte dell’Avvocatura dello Stato, si applica agli educandati femminili dello Stato quanto previsto per i convitti nazionali”*.

(73) *“L’E.N.A.C. può avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, ai sensi dell’articolo 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni ed integrazioni”*. L’art. 5, comma 2, lettera k), dello Statuto dell’Ente, approvato con D.M. 19 gennaio 2015, n. 13, pubblicato nel sito internet del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, stabilisce, tra l’altro, che il Consiglio di Amministrazione *“delibera sulle liti e sulle transazioni decidendo motivatamente se avvalersi o meno del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato”*.

- Ente regionale di sviluppo e assistenza tecnica in agricoltura - ERSAT (regione Sardegna) (d.P.R. 19 luglio 1984, n. 512, pubblicato in G.U. 28 agosto 1984, n. 236);

- Ente regionale parco naturale di Veio (D.P.C.M. 28 maggio 1999, pubblicato in G.U. 22 giugno 1999, n. 144);

- Ente strumentale alla Croce Rossa italiana. In virtù dell'art. 10, comma 7-bis D.L. 30 dicembre 2015, n. 210, conv. L. 25 febbraio 2016, n. 21 *“La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio dell'Ente strumentale alla Croce Rossa italiana, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 28 settembre 2012, n. 178, continuano a essere assicurati dall'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611. La disposizione del precedente periodo è richiamata nello statuto dell'Ente, adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della difesa, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze”*;

- Ente tabacchi italiani (art. 1, comma 4, D.L.vo 9 luglio 1998, n. 283 (74));

- Enti Parco Nazionale (D.P.C.M. 29 agosto 2001, pubblicato in G.U. 5 dicembre 2001, n. 283);

- Enti Parco Regionali - Regione Lazio (D.P.C.M. 27 luglio 2007, pubblicato in G.U. 24 settembre 2007, n. 222);

- Enti per il diritto allo studio universitario: A.CO.STUD. (Azienda comunale per il diritto allo studio universitario) di Bologna (D.P.C.M. 17 ottobre 1995, pubblicato in G.U. 16 novembre 1995, n. 268); Azienda regionale per il diritto agli studi superiori (ex A.R.STUD.) di Bologna (D.P.C.M. 28 dicembre 2007, pubblicato in G.U. 15 marzo 2008, n. 64); Ente per il diritto allo studio universitario di Campobasso (D.P.C.M. 6 agosto 1998, pubblicato in G.U. 9 ottobre 1998, n. 236); E.Di.S.U. (Ente regionale per il diritto allo studio universitario) di Caserta (D.P.C.M. 2 maggio 1996, pubblicato in G.U. 22 giugno 1996, n. 145); Ente regionale per il diritto allo studio universitario (ERSU) di Cagliari (D.P.C.M. 21 maggio 1991, pubblicato in G.U. 6 luglio 1991, n. 157); Ente per il diritto allo studio universitario di Lecce (D.P.C.M. 9 aprile 1994, pubblicato in G.U. 29 luglio 1994, n. 176); E.R.S.U. - Ente per il diritto allo studio universitario di Messina (D.P.C.M. 7 settembre 2005, pubblicato in G.U. 21 ottobre 2005, n. 246); E. Di. S. U. (Ente regionale per il diritto allo studio universitario), con sede in Napoli (D.P.C.M. 27 marzo 1995, pubblicato in G.U. 14 aprile 1995, n. 88); Istituto per il diritto allo studio universitario di Roma «La Sapienza» - I.DI.S.U. e I.S.E.F (d.P.R. 5 agosto 1986, n. 644, pubblicato in G.U. 8 ottobre 1986, n. 234); Istituto per il diritto allo studio universitario I.D.I.S.U. Università degli studi di Roma "TorVergata" (d.P.R. 28 ottobre 1993, pubblicato in G.U. 29 dicembre 1993); Ente per il diritto allo

(74) *“L'Ente può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611”*.

studio universitario (E.Di.S.U.) di Salerno (D.P.C.M. 27 maggio 1994, pubblicato in G.U. 16 giugno 1994, n. 139);

- Enti vigilati dal Ministero della Salute (art. 1, comma 8-*bis*, D.L. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. L. 1 dicembre 2016, n. 225 (75));

- Fondazione centro sperimentale di cinematografia (art. 3, comma 3, D.L.vo 18 novembre 1997, n. 426 (76));

- Fondazioni lirico-sinfoniche (art. 1, comma 3, D.L. 24 novembre 2000 n. 345, conv. L. 26 gennaio 2001, n. 6 (77)). Ossia: Teatro Comunale di Bologna, il Teatro Comunale di Firenze, il Teatro Comunale dell'Opera di Genova, il Teatro alla Scala di Milano, il Teatro San Carlo di Napoli, il Teatro Massimo di Palermo, il Teatro dell'Opera di Roma, il Teatro Regio di Torino, il Teatro Comunale Giuseppe Verdi di Trieste, il Teatro La Fenice di Venezia, l'Arena di Verona, l'Accademia nazionale di Santa Cecilia di Roma, Teatro lirico Giovanni Pierluigi da Palestrina di Cagliari, Teatro Petruzzelli di Bari;

- Fondazione Italia in Giappone (D.P.C.M. 10 aprile 2001, in G.U. 20 settembre 2001, n. 219);

- Fondo centrale di garanzia per le autostrade e per le ferrovie metropolitane (d.P.R. 18 aprile 1979, n. 391, pubblicato in G.U. 22 agosto 1979, n. 229);

- Fondo di assistenza per i finanziari, della Cassa ufficiali e del Fondo di previdenza per sottufficiali, appuntati e finanziari della guardia di finanza (d.P.R. 16 febbraio 1979, n. 120, pubblicato in G.U. 13 aprile 1979, n. 104);

- Fondo pensioni Sicilia (D.P.C.M. 25 ottobre 2011, pubblicato in G.U. 11 febbraio 2012, n. 35);

- FORMEZ PA (D.P.C.M. 15 ottobre 2018);

- International Development Law Institute - IDLI (Istituto internazionale per lo sviluppo) (D.P.C.M. 11 settembre 1998, pubblicato in G.U. 9 ottobre 1998, n. 236);

- International Labour Office (ILO) e del suo centro di perfezionamento professionale e tecnico di Torino (d.P.R. 7 febbraio 1990, pubblicato in G.U. 19 febbraio 1990, n. 41);

(75) “Gli enti vigilati dal Ministero della salute sono autorizzati ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611”.

(76) “La Fondazione può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato”.

(77) “1. Gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, già disciplinati dal titolo II, della legge 14 agosto 1967, n. 800, sono trasformati in fondazione ed acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato a decorrere dal 23 maggio 1998. 2. La fondazione subentra nei diritti, negli obblighi e nei rapporti attivi e passivi dell'ente, in essere alla data della trasformazione. Essa è disciplinata, per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, dal decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, di seguito definito «decreto legislativo», dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo. 3. La fondazione è dotata di uno statuto che ne specifica le finalità, con riferimento a quanto previsto dagli articoli 3 e 10 del decreto legislativo, in quanto compatibili. Essa può continuare ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato [...]”.

- Istituti regionali per la ricerca, la sperimentazione e l'aggiornamento educativi (d.P.R. 19 luglio 1984, n. 513);
- Istituto Centrale per la Ricerca Scientifica applicata al Mare (I. C.R.A.M.) (D.P.C.M. 28 giugno 2007, pubblicato in G.U. 14 agosto 2007, n. 188);
- Istituto di credito per la gestione dei finanziamenti statali (art. 6, comma 3, L. 4 febbraio 1956 n. 54 (78));
- Istituto italiano di medicina sociale (D.P.C.M. 6 ottobre 2000, pubblicato in G.U. n. 6 dicembre 2000, n. 285);
- Istituto nazionale di alta matematica «Francesco Severi» (INDAM) (D.P.C.M. 3 dicembre 1993, pubblicato in G.U. 21 gennaio 1994, n. 16);
- Istituto Nazionale di Astrofisica - INAF (D.P.C.M. 29 agosto 2011, pubblicato in G.U. 22 novembre 2011, n. 272);
- Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (d.P.R. 15 ottobre 1990, pubblicato in G.U. 10 dicembre 1990, n. 287);
- Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT) (art. 15, comma 5, D.L.vo 6 settembre 1989, n. 322 (79));
- Istituto Nazionale per il Commercio Estero - ICE (art. 4, comma 5 *bis*, D.L. 29 agosto 1994, n. 522, conv. L. 28 ottobre 1994, n. 600 (80));
- Istituto Superiore per la protezione e ricerca ambientale - ISPRA (art. 28, comma 6-*bis*, D.L. 25 giugno 2008 n. 112, conv. L. 6 agosto 2008, n. 133 (81));
- Istituto Nazionale per la valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione - INVALSI (art. 15, comma 2, dello Statuto (82) ai sensi del D.L.vo 25 novembre 2016, n. 218, artt. 3, 4 e 19;
- Istituto universitario di scienze motorie (art. 4, comma 1, d.lgs. 8 maggio 1998 n. 178 (83));

(78) *“L’Istituto Mobiliare Italiano e gli altri Istituti di credito, ai quali restano affidati i compiti di gestione ad essi attribuiti in base alle vigenti disposizioni, possono valersi, per il recupero dei crediti relativi ai finanziamenti effettuati ai sensi dei provvedimenti legislativi considerati nella presente legge, del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato e della procedura speciale di cui all’art. 9, secondo comma, del decreto legislativo 1° novembre 1944, n. 367”.*

(79) *“L’ISTAT si avvale del patrocinio e della consulenza dell’Avvocatura dello Stato”.*

(80) *“L’Istituto nazionale per il commercio estero si avvale del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato ai sensi dell’articolo 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni”.*

(81) *“L’Avvocatura dello Stato continua ad assumere la rappresentanza e la difesa dell’ISPRA nei giudizi attivi e passivi avanti le Autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali”.*

(82) *“L’Istituto si avvale del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, ai sensi dell’articolo 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni e integrazioni. Nell’ipotesi in cui non sia possibile ottenere il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato l’Istituto, sulla base di una motivata deliberazione a stare in giudizio, adottata dal Consiglio di amministrazione, può conferire specifico mandato di rappresentanza e difesa anche ad avvocati del libero foro e ad altri professionisti abilitati”.*

- Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Sicilia (D.P.C.M. 28 ottobre 2010, pubblicato in G.U. 31 gennaio 2011, n. 24);
- Istituto zooprofilattico sperimentale delle regioni Lazio e Toscana (D.P.C.M. 7 luglio 2009, pubblicato in G.U. 18 settembre 2009, n. 217);
- Lega navale italiana (d.P.R. 17 ottobre 1986, n. 892, pubblicato in G.U. 24 dicembre 1986, n. 298);
- Opera nazionale di assistenza per il personale del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco (D.P.C.M. 18 aprile 2014, pubblicato in G.U. 17 giugno 2014, n. 138);
- Ordine dei santi Maurizio e Lazzaro (Articolo unico, punto 2, R.D. 8 giugno 1940, n. 779. Costituzione, disposizione transitoria XIV);
- Organismi comunitari (d.P.R. 17 febbraio 1981 n. 173, pubblicato in G.U. 4 maggio 1981, n. 120). Ossia: Unione europea, Banca europea per gli investimenti;
- Organizzazione europea dei brevetti (D.P.C.M. 25 gennaio 2008, pubblicato in G.U. 12 marzo 2008, n. 61);
- Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (Food and Agriculture Organization - F.A.O.), con sede in Roma (d.P.R. 10 giugno 1989, pubblicato in G.U. 23 aprile 1990, n. 94);
- Programma Alimentare Mondiale ONU/FAO (P.A.M.) (D.P.C.M. 25 giugno 2004, pubblicato in G.U. 14 settembre 2004, n. 216);
- Province, limitatamente alla materia dei servizi di accasermamento dei Corpi di polizia e dei carabinieri (Articolo unico, punto 7, R.D. n. 779/1940);
- Registro aeronautico italiano (art. 21 dello Statuto approvato con d.P.R. 2 marzo 1971 n. 285, pubblicato in G.U. 31 maggio 1971, n. 136);
- Registro italiano dighe - R.I.D. (D.P.C.M. 25 settembre 2003, pubblicato in G.U. 17 ottobre 2003, n. 242);
- SACE S.p.A. - Servizi Assicurativi del Commercio Estero (art. 6, comma 15, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, conv. L. 24 novembre 2003, n. 326 (84));
- Scuola archeologica italiana in Atene (art. 16, l.16 marzo 1987, n. 118 (85));

(83) *“L'ISEF di Roma è trasformato in istituto universitario statale e assume la denominazione di Istituto universitario di scienze motorie. Allo stesso si applicano le disposizioni vigenti per le università e per gli istituti di istruzione universitaria statali. Il corso di laurea in scienze motorie è attivato a decorrere dall'anno accademico 1999-2000. Per il passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento si applicano le disposizioni di cui all'articolo 8”*.

(84) *“Per le attività che beneficiano della garanzia dello Stato, la SACE S.p.A. può avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni e integrazioni”*.

(85) *“La Scuola si avvale del patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato nei giudizi attivi e passivi davanti l'autorità giudiziaria, le giurisdizioni amministrative e speciali ed i collegi arbitrali”*.

- Unione nazionale incremento razze equine - U.N.I.R.E. (D.P.C.M. 18 aprile 2003, in G.U. 18 giugno 2003 n. 139);

- United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute U.N.I.C.R.I (D.P.C.M. 25 febbraio 1994, pubblicato in G.U. 7 aprile 1994, n. 80);

- Università degli Studi e Istituti Superiori Statali. All'uopo l'art. 56, comma 1, T.U. 31 agosto 1933, n. 1592, così dispone: *“Le Università e gli Istituti superiori possono essere rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato nei giudizi attivi e passivi avanti l'autorità giudiziaria, i collegi arbitrali e le giurisdizioni amministrative speciali, sempreché non trattisi di contestazioni contro lo Stato”* (86).

10. Patrocinio facoltativo.

Con tale termine si vuole indicare che un ente è libero, nella difesa e consultazione legale, di avvalersi o meno dell'Avvocatura dello Stato, in alternativa a propri dipendenti difensori o ad avvocati del libero foro. Vi è piena discrezionalità dell'ente patrocinato nella scelta tra l'Avvocatura dello Stato e libero professionista, o uffici legali interni, senza possibilità che tale scelta venga sindacata in giudizio, e salvi eventuali controlli politici o giuridici di altra natura.

L'eventuale ricorso ad un libero professionista soggiace alle ordinarie norme di procedura, ossia il rilascio di procura alle liti (ex art. 83 c.p.c. nel processo civile e norme omologhe per altri tipi i giudizi). Non richiede, quindi, il “provvedimento motivato” di cui all'art. 43 R.D. n. 1611/1933.

In tutti i casi in cui il patrocinio viene svolto dall'Avvocatura dello Stato non è ammissibile una difesa congiunta con un libero professionista, considerando il connaturato carattere di esclusività del patrocinio dell'Avvocatura

(86) Questi, prima della riforma operata con la L. 2 maggio 1989, n. 168 (che all'art. 6 ha riconosciuto autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria, contabile ed autorganizzazione degli atenei statali) erano qualificati, essendo inseriti nell'organizzazione statale, organi dello Stato muniti della personalità giuridica, con conseguente regime di patrocinio istituzionale (Conf. Cass. 10 settembre 1997, n. 8877; Cass. 2 marzo 1994, n. 2061). Dopo la riforma introdotta dalla L. n. 168/1989, si ritiene che alle Università non può più essere riconosciuta la qualità di organi dello Stato, ma quella di ente pubblico autonomo, con la conseguenza che, ai fini della rappresentanza e difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato, non opera il patrocinio istituzionale disciplinato dal R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, artt. da 1 a 11, bensì, in virtù del R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, art. 56, non abrogato dalla L. n. 168 del 1989, il patrocinio autorizzato disciplinato dal R.D. n. 1611 del 1933, art. 43 e art. 45, con i limitati effetti previsti per tale forma di rappresentanza: esclusione della necessità del mandato e facoltà, salvo i casi di conflitto, di non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato con apposita e motivata delibera (in tal senso: Cass. S.U., 10 maggio 2006, n. 10700; Cass., 29 luglio 2008, n. 20582). Sulla problematica: V. RAGO, *Università degli Studi: giudice amministrativo e ordinario concordano sul patrocinio esclusivo dell'Avvocatura dello Stato*, in *Rass. Adv. Stato*, 2004, 3, pp. 769-771; A. MEZZOTERO, M.V. LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato*, cit., pp. 20-33.

dello Stato e le specifiche modalità con cui questo si svolge; ovviamente - ove la difesa sia conferita all'Avvocatura dello Stato - è consentita la delega da parte dell'Avvocatura ex art. 2, comma 1, R.D. n. 1611/1933 (87) a libero professionista per lo svolgimento di attività procuratorie fuori sede (88).

Nel patrocinio facoltativo:

- l'Avvocatura dello Stato difende in giudizio e rende i pareri richiesti all'ente;

- non si applica lo speciale regime processuale tipico del patrocinio istituzionale (fondamentalmente le regole sul foro erariale, sulla notificazione degli atti processuali all'Avvocatura dello Stato, sulla necessità della autorizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri per la costituzione di parte civile nel processo penale e sulle norme tributarie di favore).

È opinione diffusa, argomentata principalmente con riguardo al patrocinio delle Regioni ordinarie ex D.P.R. n. 24 luglio 1977 n. 616, che al patrocinio *de quo* è applicabile la regola espressa dall'art. 1, comma 2, R.D. n. 1611/1933 - ossia: in giudizio non occorre esibire il mandato né la delibera di incarico, bastando solo che consti la qualità di avvocato dello Stato - alla luce del principio secondo cui *“allorquando l'Avvocatura dello Stato assuma una iniziativa giudiziaria, in ordine alla stessa deve ritenersi che non manchi il consenso dell'Amministrazione interessata sicché detto consenso comunque si sia formato (in via tacita o informale ovvero mediante espressa determinazione; ed anche allorquando sia relativo ad una ipotesi di litisconsorzio passivo ex art. 107 del D.P.R. n. 616 del 1977) non necessita di essere portato a conoscenza della controparte perché le eventuali divergenze tra gli organi pubblici interessati, sull'opportunità o meno di promuovere un giudizio o di resistere ad una lite da altri proposta, non acquistano rilevanza esterna e sono risolte ai sensi dell'art. 12 della L. n. 103 del 1979 dall'autorità individuata dalla stessa disposizione”*; con la ulteriore precisazione che *“nell'ipotesi di rappresentanza e difesa facoltativa non solo delle Regioni - ma anche degli altri enti pubblici non statali - da parte dell'Avvocatura dello Stato non è necessario che nei singoli giudizi, le Regioni o gli enti suddetti producano - stante il disposto dell'art. 12 della L. n. 103 del 1979 - il provvedimento del competente organo recante l'autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio; ed invero la stessa assunzione di iniziativa giudiziaria da parte della Avvocatura dello Stato comporta la presunzione “juris et de jure” di esistenza di un valido consenso e di piena validità dell'atto processuale compiuto, lasciando nel-*

(87) *“Per la rappresentanza delle Amministrazioni dello Stato nei giudizi che si svolgono fuori della sede degli uffici dell'Avvocatura dello Stato, questa ha facoltà di delegare funzionari dell'Amministrazione interessata, esclusi i magistrati dell'Ordine giudiziario, ed in casi eccezionali anche procuratori legali, esercenti nel circondario dove si svolge il giudizio”*.

(88) Così anche P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, cit., p. 254.

l'ambito del rapporto interno le questioni provenienti dalla inosservanza di regole di formazione del consenso stesso” (89).

11. (segue) *Patrocinio facoltativo delle regioni.*

L'art. 107, comma 3, D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 - riferito, giusta la legge delega, alle regioni a Statuto ordinario, dispone che *“Le regioni possono avvalersi del patrocinio legale e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato. Tale disposizione non si applica nei giudizi in cui sono parti l'amministrazione dello Stato e le regioni, eccettuato il caso di litisconsorzio attivo. Nel caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto d'interessi tra Stato e regione, quest'ultima può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato”*.

In virtù di tale disposizione le Regioni, per tutte le loro cause - salva la fattispecie delineata nell'art. 10 L. n. 103/1979 - o per specifiche cause possono affidare il patrocinio all'Avvocatura dello Stato (90).

Nella fattispecie in esame vi è un “vero” patrocinio facoltativo. Ossia la Regione è libera di decidere se avvalersi o meno, per tutto o parte del contenzioso, dell'Avvocatura dello Stato, senza necessità - ove intenda non avvalersi della Avvocatura dello Stato - di specifica delibera motivata da sottoporre agli organi di vigilanza (delibera motivata prevista, invece, nel caso di patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611). Ossia in virtù dell'art.

(89) Così Cass. S.U. 29 aprile 2004, n. 8211, enunciante altresì che *“l'impossibilità di una richiesta di mandato all'Avvocatura dello Stato è una mera conseguenza del carattere organizzativo della Pubblica Amministrazione che, come ogni ente, si struttura, si dimensiona ed articola secondo la fisionomia conferitagli dalla legge, sicché al giudice compete unicamente un controllo formale-estrinseco (esatta individuazione della portata delle norme attributive della difesa e verificaazione dei presupposti di fatto richiesti per l'applicabilità delle disposizioni stesse), essendogli inibito, di contro, ogni controllo sull'esistenza del mandato alle liti. Da qui l'inconfigurabilità del rapporto tra Stato e difesa tecnica come "incarico-mandato", perché - come pure è stato puntualmente messo in luce - la posizione dell'Avvocatura dello Stato, nell'ambito istituzionale del nostro assetto ordinamentale, trascende la dimensione "civilistico-processualistica" per appartenere all'ambito "pubblicistico-organizzativo”*. In senso analogo altresì: Cass. civ. Sez. Unite, 13 marzo 2009, n. 6065 enunciante, tra l'altro: *“È quindi sufficiente richiamare in proposito l'orientamento di questa Corte (Cass. sez. un., 29 settembre 2004, n. 8211) che ha già affermato che nelle Regioni a statuto ordinario, la costituzione con legge regionale di un servizio legale interno, cui venga istituzionalmente demandato il patrocinio e l'assistenza in giudizio della Regione (nella specie: della L.R. Calabria 17 aprile 1984, n. 24, art. 3), non comporta, nel silenzio della legge, la rinuncia della Regione stessa ad avvalersi del patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato, né configura una abrogazione tacita del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, art. 107. Ad un tale riguardo anche nel caso in cui la Regione scelga di avvalersi, per la difesa in giudizio, (non del proprio servizio legale ma) dell'Avvocatura dello Stato, deve trovare integrale applicazione la normativa statale sul suddetto patrocinio facoltativo: si applicano, quindi, il R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, art. 1, comma 2, richiamato dal successivo art. 45, in base al quale non è richiesto, per lo "ius postulandi" dell'Avvocato dello Stato, il rilascio del mandato, nonché la L. 3 aprile 1979, n. 103, art. 12, ai cui sensi l'Avvocato dello Stato non è onerato della produzione del provvedimento del competente organo regionale di autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio”*.

(90) Sulla materia de qua: V. RAGO, *Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore delle Regioni a statuto ordinario*, in *Rass. Avv. Stato*, 2004, 3, pp. 775-776; A. MEZZOTERO, D. ROMEI, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 23-31.

107 citato le regioni possono modalizzare come ritengano le tecniche di affidamento.

Nell'ipotesi in cui ritengano di affidare il contenzioso all'Avvocatura dello Stato la fattispecie è diversa da quella regolata nell'art. 10 L. n. 103/1933 (patrocinio istituzionale) ed altresì da quella regolata nell'art. 43 R.D. n. 1611/1933, con inapplicabilità delle relative discipline.

Tale regola viene modalizzata, per alcune Regioni a Statuto ordinario, con legge regionale.

Si cita:

- la Regione Abruzzo, per la quale l'art. 1, commi 1-4, L.R. 14 febbraio 2000, n. 9 stabilisce:

“1. È istituita l'Avvocatura regionale con sede centrale a L'Aquila e sezione distaccata a Pescara. 2. La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio della Regione, salvo nelle ipotesi di controversia con lo Stato e salva la previsione di cui al successivo comma 3, sono di norma affidati all'Avvocatura dello Stato. 3. L'Avvocatura regionale è competente, in via generale, per i giudizi in caso di sussistenza, anche virtuale, di conflitto di interessi con lo Stato. Essa rappresenta e patrocinia la Regione dinanzi agli Organi di giurisdizione di ogni ordine e grado nelle fattispecie definite, in via generale, con apposito atto di organizzazione della Giunta regionale. 4. Al fine di assicurare la tutela legale e giurisdizionale della Regione Abruzzo e degli Enti, organismi, Istituti e strutture ad esse sottoposte o collegate, l'Avvocatura regionale provvede, in particolare: a) ad affidare all'Avvocatura dello Stato gli incarichi di patrocinio e rappresentanza dell'Amministrazione; b) alla difesa in giudizio dell'Amministrazione regionale nei casi di cui al precedente comma 3; c) alla formulazione di pareri legali richiesti dalla Giunta regionale, dal suo Presidente, dai componenti la Giunta e dalle articolazioni organizzative regionali; d) allo svolgimento di attività consultiva e di assistenza al Direttore regionale competente in ordine all'opportunità o necessità di promuovere, resistere o abbandonare giudizi, conciliare transigere o concludere accordi, attuare ed eseguire provvedimenti giurisdizionali; [...] f) alla predisposizione e diffusione tra gli Organi e le strutture della Regione Abruzzo del massimario delle decisioni giurisdizionali; g) all'esazione dei compensi ad essa spettanti; h) ad espletare direttamente la fase istruttoria di ogni contenzioso, prima all'invio dell'avvocatura distrettuale”.

- la Regione Lazio, per la quale l'art. 11-bis, comma 5, L.R. 18 febbraio 2002, n. 6 stabilisce: *“Il ricorso al patrocinio esterno, ivi compresa l'Avvocatura dello Stato, da parte della Regione è consentito in caso di incompatibilità degli avvocati regionali rispetto all'oggetto dell'affare da trattare, in caso di motivata opportunità o in caso di verificata impossibilità di farvi fronte con le risorse professionali disponibili”;*

- la Regione Piemonte, ove l'art. 1, comma 1, L.R. 18 aprile 1989, n. 21

così dispone: *“La Regione, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di dipendenti o amministratori per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio ad all'adempimento dei compiti d'ufficio, assumerà a proprio carico a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di rappresentanza o difesa sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere o rappresentare il dipendente o l'amministratore da un legale di comune gradimento. Per l'esercizio della difesa di cui sopra, la Regione, ove sussistano particolari ragioni di opportunità, potrà avvalersi delle prestazioni dell'Avvocatura dello Stato”*;

- la Regione Toscana, ove l'art. 3, commi 1 e 2, L.R. 2 dicembre 2005, n. 63 dispone: *“1. L'Avvocatura regionale provvede alla gestione del contenzioso, compreso quello arbitrale, per la tutela dei diritti e degli interessi della Regione e dei soggetti di cui all'articolo 1. 2. Il ricorso al patrocinio esterno, ivi compresa l'Avvocatura dello Stato, da parte della Regione e degli enti di cui all'articolo 1, è ammesso nei soli casi di impossibilità di avvalersi dei professionisti appartenenti all'Avvocatura regionale, per incompatibilità, carico di lavoro o motivata opportunità”*.

Alcune regioni, per i propri enti strumentali prevedono con legge che la difesa di un dato ente può essere svolta dall'Avvocatura dello Stato. Si cita il caso dell'Azienda regionale per il diritto agli studi superiori, ente dipendente della Emilia-Romagna, per la quale l'art. 19, comma 6, L.R. 27 luglio 2007, n. 15 stabilisce che *“Per la rappresentanza, patrocinio e assistenza in giudizio l'Azienda si avvale dell'Avvocatura dello Stato o della competente struttura della Regione Emilia-Romagna”*.

Le leggi regionali delle Regioni a Statuto ordinario da ultimo citate modalizzano il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato senza alcuna possibilità di innovare la disciplina di cui all'art. 107, comma 3, D.P.R. n. 616/1977, atteso che la competenza legislativa in materia spetta allo Stato ex art. 117, comma 2, lettere f), g) ed l) Cost.

La regola del patrocinio facoltativo viene iterata con riguardo alle Regioni a Statuto speciale (91), ad eccezione della Sicilia. Ossia, con riguardo:

- alla Regione Sardegna. All'uopo l'art. 73, comma 1, D.P.R. 19 giugno 1979, n. 348 così dispone: *“La regione può avvalersi nell'esercizio delle funzioni amministrative proprie o delegate, degli uffici o organi tecnici anche consultivi dello Stato. La regione può inoltre avvalersi del patrocinio, legale e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato, a modifica del primo comma dell'art. 55 del decreto del Presidente della Repubblica 19 maggio 1949, n. 250”* (92);

(91) In origine le Regioni a Statuto speciale godevano del patrocinio istituzionale; in seguito, all'esito di novelle, si è passati al patrocinio facoltativo.

- alla Regione Trentino-Alto Adige. L'art. 41 D.P.R. 1 febbraio 1973, n. 49 dispone: *“La regione, le province, i comuni e gli altri enti locali possono avvalersi del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato”*;

- alla Regione Friuli-Venezia Giulia. L'art. 13 D.P.R. 15 gennaio 1987, n. 469 dispone: *“Ad integrazione di quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1965, n. 78, è riconosciuta alla regione Fr.-V.G. la facoltà di avvalersi anche del patrocinio legale di propri dipendenti, in possesso dei requisiti di legge, o di liberi professionisti”* (93);

- alla Regione Valle d'Aosta. L'art. 59 L. 16 maggio 1978, n. 196 dispone: *“1. La regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste può avvalersi del patrocinio legale e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato o di liberi professionisti, nonché di propri dipendenti che abbiano i requisiti di legge. 2. Gli atti giudiziari e giudiziali nei confronti della Regione sono notificati secondo il codice di rito”*.

12. (segue) Patrocinio facoltativo di enti diversi dalle regioni.

Riconducibile al delineato modello è il patrocinio

- delle Autorità di sistema portuale (del Mare Ligure occidentale; del Mare Ligure orientale; del Mar Tirreno settentrionale; del Mar Tirreno centro-settentrionale; del Mar Tirreno centrale; dei Mari Tirreno meridionale e Ionio; del Mare di Sardegna; del Mare di Sicilia occidentale; del Mare di Sicilia orientale; del Mare Adriatico meridionale; del Mare Ionio; del Mare Adriatico centrale; del Mare Adriatico centro-settentrionale; del Mare Adriatico settentrionale; del Mare Adriatico orientale; dello Stretto) giusta le previsioni di cui

(92) L'art. 55 citato così dispone

“Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato nei riguardi delle Amministrazioni statali sono estese all'Amministrazione regionale sarda.

Nei confronti della suddetta Amministrazione si applicano le disposizioni del testo unico e del regolamento approvate rispettivamente con regi decreti 30 ottobre 1933, nn. 1611 e 1612, e successive modificazioni, nonché gli artt. 25 e 44 Codice di procedura civile.

Le disposizioni dei comma precedenti non si applicano nei giudizi in cui sono parte l'Amministrazione dello Stato e le Amministrazioni regionali, eccettuato il caso di litisconsorzio attivo.

Nel caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto d'interessi tra lo Stato e la Regione, questa può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato”.

Il primo comma prevedeva, come per la regione Sicilia, il patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato; i commi successivi erano dipendente e consequenziali al primo. La novella ha reso facoltativo il patrocinio.

(93) L'art. 1 D.P.R. 23 gennaio 1965, n. 78 recita:

“Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato nei riguardi dell'Amministrazione statale sono estese all'Amministrazione regionale del Friuli-Venezia Giulia, anche nei casi di amministrazione delegata ai sensi dell'art. 10 dello Statuto.

Nei confronti della suddetta Amministrazione regionale si applicano le disposizioni legislative e regolamentari concernenti la rappresentanza e la difesa dello Stato in giudizio.

Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano nei giudizi in cui sono parte l'Amministrazione dello Stato e l'Amministrazione regionale, eccettuato il caso di litisconsorzio attivo.

Nel caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto di interessi fra lo Stato e la Regione, questa può avvalersi del patrocinio della Avvocatura dello Stato”.

all'art. 6, comma 7, L. 28 gennaio 1994, n. 84 secondo cui: *“Ferma restando la facoltà di attribuire l'attività consultiva in materia legale e la rappresentanza a difesa dell'Autorità di sistema portuale dinanzi a qualsiasi giurisdizione, nel rispetto della disciplina dell'ordinamento forense, agli avvocati dell'ufficio legale interno della stessa Autorità o ad avvocati del libero foro, le Autorità di sistema portuale possono valersi del patrocinio dell'Avvocatura di Stato”* (94).

- dell'ente Agenzia delle entrate-Riscossione. Sulla materia così recita l'art. 1, comma 8, D.L. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. L. 1 dicembre 2016, n. 225: *“L'ente è autorizzato ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, fatte salve le ipotesi di conflitto e comunque su base convenzionale. Lo stesso ente può altresì avvalersi, sulla base di specifici criteri definiti negli atti di carattere generale deliberati ai sensi del comma 5 del presente articolo [Il comitato di gestione, su proposta del presidente, delibera le modifiche allo statuto e gli atti di carattere generale che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento dell'ente, i bilanci preventivi e consuntivi, i piani aziendali e le spese che impegnano il bilancio dell'ente per importi superiori al limite fissato dallo statuto], di avvocati del libero foro, nel rispetto delle previsioni di cui agli articoli 4 e 17 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ovvero può avvalersi ed essere rappresentato, davanti al tribunale e al giudice di pace, da propri dipendenti delegati, che possono stare in giudizio personalmente; in ogni caso, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, l'Avvocatura dello Stato, sentito l'ente, può assumere direttamente la trattazione della causa. Per il patrocinio davanti alle commissioni tributarie continua ad applicarsi l'articolo 11, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546. [...]”*. L'art. 4-novies D.L. 30 aprile 2019, n. 34, conv. L. 28 giugno 2019, n. 58 dispone che *“Il comma 8 dell'articolo 1 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225, si interpreta nel senso che la disposizione dell'articolo 43, quarto comma, del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, si applica esclusivamente nei casi in cui l'Agenzia delle entrate-Riscossione, per la propria rappresentanza e difesa in giudizio, intende non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi a quest'ultima riservati su base convenzionale; la medesima disposizione non si applica nei casi di*

(94) Tali enti subentrano alle Autorità Portuali, pure esse beneficiarie - ancorché con vicende tormentate - del patrocinio, da qualificare autorizzato, dell'Avvocatura dello Stato. Sul patrocinio delle Autorità Portuali: A. MEZZOTERO, M.V. LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato*, cit., pp. 59-64.

indisponibilità della stessa Avvocatura dello Stato ad assumere il patrocinio". All'evidenza, nonostante il richiamo operato dal sopra citato art. 1, comma 8, all'art. 43 R.D. n. 1611/1933, dalla complessiva disciplina emerge che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione è facoltativo;

- della Commissione nazionale per la Società e la Borsa - CONSOB. L'art. 1, comma 10, D.L. 8 aprile 1974, conv. L. 7 giugno 1974, n. 216 recita "*Per la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti l'autorità giudiziaria, le giurisdizioni amministrative e speciali ed i collegi arbitrali, la Commissione può avvalersi anche dell'Avvocatura dello Stato*". Il patrocinio *de quo* è facoltativo, per testuale previsione di legge;

- delle province, dei comuni, dei loro consorzi e degli altri enti per le controversie relative alle funzioni delegate o subdelegate dalle Regioni a statuto ordinario. Il comma 6 dell'art. 10 L. n. 103/1979 statuisce che qualora la regione abbia adottato la deliberazione di cui al primo comma, ossia di avvalimento delle funzioni dell'Avvocatura dello Stato, l'Avvocatura erariale assume "*la rappresentanza e difesa delle province, dei comuni, dei loro consorzi e degli altri enti per le controversie relative alle funzioni delegate o subdelegate, quando questi ne facciano richiesta*" (95);

- delle province, dei comuni, dei loro consorzi e degli altri enti locali per le controversie relative a date funzioni delegate dalla Regione Friuli-Venezia Giulia. All'uopo l'art. 2 D.P.R. n. 78/1965 dispone che "*L'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e difesa delle Province, dei Comuni, dei loro consorzi e degli altri enti locali per le controversie relative alle funzioni delegate ai sensi dell'art. 11 dello Statuto*";

- delle province, dei comuni e degli altri enti locali della Regione Trentino-Alto Adige. L'art. 41 D.P.R. n. 49/73 dispone che "*[...] le province, i comuni e gli altri enti locali possono avvalersi del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato*".

13. *Patrocinio amministrato.*

È l'Avvocatura dello Stato a decidere di volta in volta l'opportunità di concedere il proprio patrocinio. Ciò è quanto accade per l'amministratore giudiziario dei beni sequestrati secondo la disciplina del codice antimafia ove, con l'art. 39, D.L.vo 6 settembre 2011, n. 159 si dispone: "*1. L'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e la difesa dell'amministratore giudiziario nelle controversie, anche in corso, concernenti rapporti relativi a beni sequestrati, qualora l'Avvocato generale dello Stato ne riconosca l'opportunità. 1-bis. A tal fine, dopo che il giudice delegato lo ha autorizzato a stare in*

(95) Diversamente per A. MEZZOTERO, D. ROMEI, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 33 per i quali il patrocinio *de quo* è istituzionale, obbligatorio.

giudizio, l'amministratore giudiziario inoltra richiesta per via telematica all'Avvocatura dello Stato. Ove l'Avvocato generale dello Stato non si esprima entro cinque giorni, il giudice delegato può autorizzare la nomina di un libero professionista" (96).

14. Patrocinio dei pubblici dipendenti.

L'Avvocatura dello Stato può patrocinare, infine, gli impiegati e agenti delle Amministrazioni dello Stato o delle amministrazioni o degli enti di cui all'art. 43 citati nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio, qualora le amministrazioni o gli enti ne facciano richiesta, e l'Avvocato generale dello Stato ne riconosca la opportunità (art. 44 R.D. n. 1611/1933 (97)) (98).

L'art. 45 R.D. n. 1611/1933 precisa che *"Per l'esercizio delle funzioni di cui ai due precedenti articoli, si applica il secondo comma dell'art. 1 del presente testo unico"*, sul cosiddetto, mandato *ex lege*. Operano peraltro quelle normative proprie del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato; si estendono quindi le norme dell'art. 2 R.D. n. 1611/1933 sulla rappresentanza dei funzionari e dell'art. 3 R.D. n. 1611/1933 sulla diretta difesa dell'amministrazione indirizzata dall'Avvocatura dello Stato.

Lo scopo della normativa è duplice. Da un lato di tutelare lo Stato, responsabile ex art. 28 Cost., per l'atto illecito del dipendente; la difesa dello Stato, infatti, potrebbe rimanere, di fatto, pregiudicata dalla formazione di un giudicato nei confronti del dipendente medesimo; dall'altro è necessario garantire i dipendenti contro azioni di privati aventi ad oggetto un'attività di servizio legittima (99).

Nel riconoscere l'opportunità della difesa, l'Avvocato generale valuta la sussistenza delle condizioni per concedere il patrocinio; condizioni coincidenti - in sostanza - con quelle del rimborso delle spese legali ex art. 18 D.L. 25 marzo 1997, n. 67, conv. L. 23 maggio 1997, n. 135 (100). Ossia: a) giudizio promosso nei confronti del (e non dal) dipendente pubblico, nel quale non è

(96) Su tale figura: A. MEZZOTERO, D. ROMEI, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 86-88.

(97) *"L'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e la difesa degli impiegati e agenti delle Amministrazioni dello Stato o delle amministrazioni o degli enti di cui all'art. 43 nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio, qualora le amministrazioni o gli enti ne facciano richiesta, e l'Avvocato generale dello Stato ne riconosca la opportunità"*.

(98) Sulla problematica: P. DI TARSIA DI BELMONTE, *La difesa degli impiegati ed agenti delle Amministrazioni dello Stato a norma dell'art. 44 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611*, in *Rass. Avv. Stato* 1995, 4, I, pp. 515-521.

(99) Così: A. BRUNI, G. PALATIello, *La difesa dello Stato nel processo*, cit., p. 78.

(100) Su tali aspetti: M. GERARDO, *Il rimborso delle spese di patrocinio legale nei giudizi di responsabilità nei confronti di dipendenti pubblici ai sensi dell'art. 18 del D.L. 25 marzo 1997 n. 67* in *Rass. Avv. Stato* 2018, 3, pp. 207-236.

parte l'amministrazione di appartenenza; b) il titolare della pretesa al patrocinio deve avere la qualifica di dipendente di amministrazione statale; c) connessione dei fatti contestati con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali; d) prognosi della definizione del giudizio con una sentenza o altro provvedimento che escluda la responsabilità.

15. Conclusioni.

Dalla ricostruzione operata emerge la complessità della normativa in tema di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato - articolantesi in diverse tipologie - con difficoltà in ordine alla individuazione della disciplina relativa ai diversi soggetti difesi.

Emerge altresì la vitalità dell'affidamento dei patrocini all'Avvocatura dello Stato - anche nell'attuale momento storico caratterizzato da rapide e radicali trasformazioni di strutture pubbliche - funzionale alla disponibilità di una difesa tecnica coesa e coordinata degli interessi pubblici, nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa (considerata la tendenziale gratuità del patrocinio erariale).

Va rilevato infine che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore dello Stato e degli enti diversi dallo Stato non contrasta con le regole sulla concorrenza in materia di libera circolazione dei servizi. All'evidenza, l'Avvocatura dello Stato non è ascrivibile al novero delle imprese pubbliche (neanche nell'ambito della vasta accezione che la giurisprudenza comunitaria attribuisce al termine), in considerazione delle evidenti ed esclusive finalità di interesse pubblico perseguite da tale Organo, dell'assenza di scopo di lucro nell'esercizio della relativa attività e della destinazione esclusiva dei relativi servizi in favore delle Amministrazioni dello Stato (ovvero, in favore di Amministrazioni pubbliche non statali e di enti sovvenzionati); sicché la relativa attività non può essere in alcun modo valutata alla luce dei principi e delle previsioni di diritto comunitario in tema di libera circolazione dei servizi o in tema di tutela della concorrenza nel mercato interno (101).

(101) In tali termini: Cons. Stato, 22 aprile 2008, n. 1852.

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 48/2019

Oggetto: Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro La Fenice e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia.

Si comunica che con protocollo d'intesa sottoscritto in data 5 dicembre 2019 tra l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia e la Fondazione Teatro La Fenice di Venezia, 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
Gabriella Palmieri Sandulli

PROTOCOLLO DI INTESA

TRA

LA FONDAZIONE TEATRO LA FENICE DI VENEZIA, in persona del Sovrintendente Dott. Fortunato Ortombina

L'AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI VENEZIA, in persona dell'Avvocato Distrettuale dello Stato, Avv. Stefano Maria Cerillo

PREMESSO

- che la Fondazione Teatro La Fenice di Venezia, (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 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 pronunciata e di recente anche specificamente in relazione a Fondazioni Lirico Sinfoniche con una decisione nella quale è stato ribadito tale imprescindibile assetto del patrocinio come definito dal combinato disposto delle norme dianzi 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 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 specifiche 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 La Fenice di Venezia e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia

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 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 103/1979.
- 2) Sempre in applicazione della stessa norma, nei giudizi davanti al giudice Amministrativo l'Avvocatura distrettuale curerà la trattazione davanti al Tribunale Amministrativo regionale del Veneto 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 inviata 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) Le parti concordano altresì che, in casi speciali e previa apposita e motivata delibera del Consiglio di Indirizzo della Fondazione, possano essere affidate ad avvocati del libero foro cause promosse o da promuovere, nei vari gradi di giudizi, dinanzi al Giudice ordinario in materia di lavoro, previdenza e assistenza, con esclusione di quelle di notevole rilevanza generale 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 punto 13).
- 12) Restano escluse dalla deroga al patrocinio dell'Avvocatura tutte le controversie di competenza dei Tribunali Amministrativi Regionali e quelle dinanzi alle Magistrature Superiori ed alle Corti internazionali, 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.

Venezia, 05 dicembre 2019

Avvocatura Distrettuale dello Stato
L'Avvocato Distrettuale dello Stato
Avv. Stefano Maria Cerillo

Fondazione Teatro La Fenice di Venezia
Il Sovrintendente
Dott. Fortunato Ortombina

CIRCOLARE N. 49/2019**Oggetto: Protocollo d'intesa tra la Cassa depositi e prestiti S.p.A. e l'Avvocatura Generale dello Stato.**

Si comunica che con protocollo d'intesa sottoscritto in data 5 dicembre 2019 tra l'Avvocatura Generale dello Stato e la Cassa depositi e prestiti S.p.A., che si acclude alla presente, sono state definite le modalità di esplicazione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore della Cassa stessa.

L' AVVOCATO GENERALE
Gabriella Palmieri Sandulli

PROTOCOLLO D'INTESA**tra****l'Avvocatura Generale dello Stato e Cassa depositi e prestiti S.p.A.**

CONSIDERATO che l'art. 5, comma 15, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, prevede, con riferimento a Cassa depositi e prestiti S.p.A. (di seguito, "CDP"), che *"la gestione separata di cui al comma 8 [del medesimo decreto] può avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni"* (di seguito, il "Patrocinio per la Gestione Separata").

CONSIDERATO che il Patrocinio per la Gestione Separata configura un'ipotesi speciale di patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato (di seguito, l'"Avvocatura"), attese le peculiarità del regime giuridico applicabile a CDP.

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del d.m. 5 dicembre 2003, con riferimento ai rapporti giuridici c.d. "trasferiti" da CDP al Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito, "MEF") così come identificati dall'art. 3, comma 4, del d.m. 5 dicembre 2003, CDP rappresenta a tutti gli effetti, anche in giudizio, detto Ministero, e che, in relazione a tali rapporti, *"per la rappresentanza in giudizio del ministero dell'economia e delle finanze, la CDP S.p.A. è tenuta ad avvalersi dell'Avvocatura dello Stato"* (di seguito, il "Patrocinio per i Rapporti Trasferiti").

CONSIDERATO che il Piano Industriale del Gruppo CDP approvato per gli anni 2019-2021 prevede - nel quadro di una significativa estensione delle attività del Gruppo sia in favore delle Pubbliche Amministrazioni, sia in favore delle imprese - un supporto finanziario sempre maggiore alle piccole e medie imprese, anche nei processi di espansione sui mercati internazionali, e che tale espansione comporterà un incremento esponenziale delle correlate attività di contenziario, con particolare riferimento all'esercizio delle azioni esecutive e al recupero crediti, a volte anche fuori dal territorio nazionale.

CONSIDERATO che, visto quanto sopra e per ragioni di efficienza, efficacia e coerenza dell'azione amministrativa, si rende opportuno disciplinare le modalità di cooperazione tra CDP e l'Avvocatura, stabilendo, in modo certo e completo, gli ambiti di attività giudiziale e stragiudiziale ricompresi nel Patrocinio per la Gestione Separata.

CONSIDERATO che, in tale prospettiva, è stata avviata tra CDP e l'Avvocatura un'interlocazione all'esito della quale si è convenuto sull'opportunità di definire in via generale e in termini tipologici, anziché caso per caso, tali ambiti di attività.

CONSIDERATO che la definizione dell'ambito oggettivo del Patrocinio per la Gestione Separata non può non tenere conto anche delle esigenze operative dell'Avvocatura stessa e, in tale contesto, delle contingenze che la riguardano, dovendosi privilegiare, da parte dell'Avvocatura, l'attività istituzionale più propriamente professionale e di maggiore rilevanza, che non comprende attività giudiziali e stragiudiziali di qualità sostanzialmente ripetitiva ed esecutiva, a volte da svolgersi anche al di fuori del territorio nazionale.

Tutto ciò premesso e considerato

tra Cassa depositi e prestiti S.p.A. e l'Avvocatura Generale dello Stato si conviene quanto segue

Articolo I

(Deroghe al Patrocinio per la Gestione Separata)

- 1.1 Il Patrocinio per la Gestione Separata è derogato nei seguenti casi, individuati in via generale e preventiva anche ai sensi dell'art. 43, comma 4, del R.D. n. 1611/1933, in ragione delle caratteristiche tipologiche dei procedimenti:
 - a) procedimenti di recupero crediti, inclusi i procedimenti in sede e materia fallimentare e i procedimenti esecutivi;
 - b) procedimenti davanti ai Giudici penali;
 - c) procedimenti davanti ai Giudici del lavoro;
 - d) procedimenti davanti ai Giudici tributari;
 - e) procedimenti per l'esecuzione delle sentenze della Corte dei Conti.
- 1.2 Il Patrocinio per la Gestione Separata è inoltre derogato, anche ai sensi dell'art. 43, comma 3, del R.D. 1611/1933, nel caso in cui si configuri, nella specifica controversia, un conflitto di interessi dell'Avvocatura, come nel caso in cui, a titolo meramente esemplificativo, l'incarico debba essere affidato nell'ambito di una controversia in cui l'Avvocatura già sia stata incaricata del patrocinio dello Stato o di altri Enti Pubblici e appaia opportuna una differenziazione delle difese. In tal caso, l'Avvocatura segnalerà tempestivamente la circostanza al fine di consentire a CDP di provvedere alla difesa in giudizio attraverso avvocati del libero foro. Anche CDP potrà segnalare all'Avvocatura eventuali casi in cui ravvisi situazioni di conflitto di interessi che ostano all'assunzione del patrocinio da parte dell'Avvocatura.
- 1.3 CDP e l'Avvocatura, inoltre, potranno concordare eventuali casi speciali, ulteriori rispetto a quelli di cui ai precedenti paragrafi, nei quali sia opportuno derogare al Patrocinio per la Gestione Separata, ai sensi dell'art. 43, comma 4, del R.D. n. 1611/1933.

Articolo 2

(Attività di rappresentanza e assistenza in giudizio)

- 2.1 Con riferimento sia al Patrocinio per la Gestione Separata, sia al Patrocinio per i Rapporti Trasferiti, CDP provvede ad investire l'Avvocatura delle richieste di patrocinio con il più ampio margine rispetto alle scadenze processuali, fornendo tutti gli opportuni elementi istruttori. In sede di richiesta verrà precisato il nominativo dell'avvocato di CDP incaricato dell'istruttoria, con le modalità per la sua immediata reperibilità (telefono e posta elettronica); analogamente l'Avvocatura provvederà a segnalare il nominativo dell'avvocato incaricato ed i relativi recapiti. Ogni modifica dei predetti recapiti va tempestivamente comunicata.

- 2.2 Qualora l'atto introduttivo del giudizio, ovvero atti successivi, vengano notificati esclusivamente all'Avvocatura, questa ne darà immediata comunicazione a CDP per i seguiti di competenza. In particolare, l'Avvocatura trasmetterà prontamente l'atto introduttivo della controversia con i relativi allegati (ove disponibili), e comunicherà all'incaricato dell'istruttoria per CDP gli elementi identificativi della controversia (es. Ruolo Generale) e tutte le scadenze processuali (per il deposito di documenti e memorie), al fine di consentire alle strutture interne di CDP un tempestivo coordinamento, funzionale al reperimento della documentazione e alla predisposizione delle note tecniche difensive.

Articolo 3

(Informazioni da parte dell'Avvocatura)

- 3.1 L'Avvocatura informa CDP dei significativi sviluppi delle controversie in corso dalla stessa curate, assicurando il tempestivo invio degli atti difensivi propri e delle controparti, dando pronta comunicazione dell'esito dei giudizi e trasmettendo, su richiesta di CDP, informative periodiche sul rischio di soccombenza e sulle perdite potenzialmente derivanti dai contenziosi, tali da consentire a CDP l'adempimento degli obblighi di legge in materia di informative di bilancio e di vigilanza. In caso di pronunce giudiziali sfavorevoli per CDP l'Avvocatura rende tempestivamente il proprio parere in ordine alla impugnabilità della decisione stessa.

Articolo 4

(Attività consultiva)

- 4.1 CDP può proporre all'Avvocatura quesiti e richieste di pareri in ordine a questioni di carattere generale o di particolare rilevanza. Considerato che l'efficacia dell'attività consultiva è direttamente correlata alla tempestiva acquisizione dei richiesti pareri, l'Avvocatura provvede a corrispondere con tempestività alle relative richieste, e comunque nei termini imposti dai procedimenti interessati.

Articolo 5

(Incontri periodici)

- 5.1 L'Avvocatura e CDP si impegnano a fissare riunioni periodiche per l'esame del contenzioso concernente le più diffuse e rilevanti questioni controverse, al fine di definire, congiuntamente e uniformemente, le principali linee di condotta giudiziale e stragiudiziale.

Articolo 6

(Determinazioni degli organi competenti)

- 6.1 In conformità a quanto previsto dall'art. 43, comma 4, del R.D. n. 1611/1933 in materia di deroghe al patrocinio dell'Avvocatura, il presente Protocollo d'intesa è stato approvato dal Consiglio di Amministrazione di CDP con delibera del 24 ottobre 2019, previo parere positivo del Collegio Sindacale di CDP.
- 6.2 Ogni eventuale integrazione o modifica del presente Protocollo d'intesa dovrà essere approvata per iscritto, previa determinazione dei suddetti organi.

Roma, 5 dicembre 2019

Per Cassa depositi e prestiti S.p.A.
L'Amministratore Delegato
Dott. Fabrizio Palermo

Per l'Avvocatura Generale dello Stato
L'Avvocato Generale
Avv. Gabriella Palmieri Sandulli

CIRCOLARE N. 3/2020**Oggetto: Protocollo d'intesa tra la Fondazione Teatro Regio di Torino e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino.**

Si comunica che con protocollo d'intesa sottoscritto in data 20 dicembre 2019 tra l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino e la Fondazione Teatro Regio di Torino, 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
Gabriella Palmieri Sandulli

PROTOCOLLO D'INTESA

Tra

FONDAZIONE TEATRO REGIO DI TORINO, con sede legale
in Torino, Piazza Castello, 215, in persona del Sovrintendente
e

AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI TORINO, con sede in Torino,
Via Arsenale, 21, in persona dell'Avvocato distrettuale dello Stato

PREMESSO

- che la Fondazione Teatro Regio di Torino (di seguito denominata solo "Fondazione") può avvalersi secondo il proprio Statuto della consulenza e del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato (di seguito denominata solo "Avvocatura"), ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 345/2000, conv. in Legge n. 6/2001;
- considerato che, come precisato dalla Suprema Corte di Cassazione nella recente sentenza n. 30118 del 21 novembre 2018, la sopra indicata disposizione legislativa configura un'ipotesi di patrocinio c.d. autorizzato, disciplinato dall'art. 43 R.D. 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 la Fondazione Teatro Regio di Torino e l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino

SI CONVIENE QUANTO SEGUE

1. 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 si impegna a provvedere a corrispondere con tempestività alle relative richieste e, comunque, nei termini imposti dai procedimenti amministrativi interessati.

2. Assistenza e Rappresentanza in giudizio

1 - L'Avvocatura fornisce assistenza e rappresentanza in giudizio in materia di diritto civile, penale, amministrativo. Restano escluse dal patrocinio 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 parti concordano altresì che, in casi eccezionali e previa apposita e motivata delibera del Consiglio di Indirizzo della Fondazione, possano essere affidate ad avvocati del libero foro cause promosse o da promuovere, nei vari gradi di giudizio, dinanzi al Giudice ordinario in materia di lavoro, previdenza e assistenza, con esclusione di quelle di notevole rilevanza generale ed aventi considerevoli riflessi sugli assetti organizzativi e finanziari della Fondazione, che saranno individuate dalle parti, d'intesa fra loro.

Restano escluse dalla deroga al patrocinio dell'Avvocatura tutte le controversie di competenza dei Tribunali Amministrativi Regionali e quelle dinanzi alle Magistrature Superiori ed alle Corti sovranazionali. Queste ultime 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 comma, 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.

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

Inoltre, su richiesta della Fondazione, l'Avvocatura fornirà ogni assistenza, anche in sede esecutiva, al fine di assicurare nel modo migliore la piena tutela degli interessi della Fondazione stessa.

4 - Per le cause che si svolgono davanti ad organi giudiziari sedenti fuori da Torino, l'Avvocatura potrà avvalersi dell'opera di procuratori delegati appartenenti al libero foro, il cui compenso per l'attività procuratoria svolta sarà a carico della Fondazione. In alternativa, la delega delle funzioni procuratorie potrà essere conferita dall'Avvocatura, previa intesa con la Fondazione, a legali interni di quest'ultima.

5 - Il patrocinio della Fondazione sarà, compatibilmente con le esigenze di servizio, affidato a uno o due avvocati dello Stato, che saranno indicati dall'Avvocato distrettuale 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 dai medesimi forniti.

6 - La Fondazione provvederà ad inoltrare all'Avvocatura, con il più ampio margine rispetto alle scadenze, l'atto introduttivo notificatole direttamente, fornendo una completa e documentata relazione, necessaria per un'efficace difesa delle ragioni della Fondazione stessa. In tale sede, la Fondazione preciserà il nominativo del responsabile di riferimento con le modalità per la sua diretta reperibilità (telefono, email). Analogamente, l'Avvocatura provvederà a segnalare all'ufficio richiedente il nominativo dell'Avvocato incaricato della posizione e le suindicate modalità di immediata reperibilità.

Ove un atto introduttivo del giudizio venga notificato direttamente all'Avvocatura, la stessa provvederà ad inviarlo prontamente alla Fondazione con ogni relativa richiesta istruttoria.

L'Avvocatura avrà cura di comunicare alla Fondazione, tempestivamente ed in tempo utile per la difesa e istruzione della pratica, eventuali cause di incompatibilità e/o conflitto di interessi.

7 - L'Avvocatura provvederà a tenere informata la Fondazione dei significativi sviluppi delle controversie in corso dalla stessa curate, dando 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.

8 - L'Avvocatura cura direttamente il recupero delle spese legali alle quali le controparti siano state condannate in forza di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione, nei giudizi nei quali ha prestato il patrocinio.

9 - L'Avvocatura e la Fondazione si impegnano a segnalare reciprocamente tutte le difficoltà operative eventualmente insorte nella gestione del rapporto oggetto del presente protocollo, allo scopo di provvedere - nello spirito di una 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.

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

Torino, 20 dicembre 2019

Per l'Avvocatura dello Stato
L'Avvocato distrettuale
dello Stato di Torino
Maria Elena Scaramucci

Per la Fondazione
Teatro Regio di Torino
Il Sovrintendente
Sebastian Schwarz

CIRCOLARE N. 5/2020**Oggetto: Protocollo d'intesa tra l'Università di Roma Unitelma Sapienza e l'Avvocatura dello Stato.**

Si comunica che con protocollo d'intesa sottoscritto in data 3 dicembre 2019 tra l'Avvocatura Generale dello Stato e l'Università di Roma Unitelma Sapienza, che si acclude alla presente, sono state definite le modalità per la realizzazione di forme integrate di collaborazione scientifica, didattica e formativa tra l'Avvocatura dello Stato ed il predetto Ateneo.

L' AVVOCATO GENERALE
Gabriella Palmieri Sandulli

**CONVENZIONE
DI COLLABORAZIONE SCIENTIFICA, DIDATTICA E FORMATIVA**

tra

L'Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza", con sede legale in Roma, al Viale Regina Elena, 295 (c.f. 08134851008), di seguito denominata "Università", in persona del Rettore *pro-tempore*, Prof. Antonello Folco Biagini, ivi domiciliato per la carica,

e

l'Avvocatura dello Stato, con sede legale in Roma, alla Via dei Portoghesi, 12 (c.f. 80224030587), di seguito denominata "Avvocatura", in persona dell'Avvocato Generale dello Stato *pro-tempore*, Avvocato dello Stato Gabriella Palmieri Sandulli, ivi domiciliato per la carica;

di seguito denominate congiuntamente le "Parti";

premesso che

- l'Università svolge istituzionalmente le funzioni primarie della ricerca scientifica e della didattica, organizzando la formazione di livello superiore, l'aggiornamento culturale e professionale, i master e i corsi di formazione e di alta formazione e le attività a queste strumentali e/o complementari;
- l'Avvocatura svolge istituzionalmente consulenza giuridica e difesa delle Amministrazioni dello Stato e degli altri Enti ammessi al patrocinio in tutti i giudizi civili, penali, amministrativi, arbitrari, comunitari e internazionali;
- le Parti intendono realizzare forme integrate di collaborazione scientifica, didattica e formativa, anche mediante l'organizzazione di corsi di formazione, alta formazione, specializzazione, aggiornamento e perfezionamento, anche collegati all'esercizio delle professioni;
- dalla presente convenzione non deriva alcun onere economico per la finanza pubblica;

tutto ciò premesso si conviene e si stipula quanto segue:

Articolo 1

Oggetto della convenzione

Le premesse sono parte integrante della presente convenzione.

La presente convenzione ha per oggetto la realizzazione di forme integrate di collaborazione scientifica, didattica e formativa, che possono svolgersi con le seguenti modalità:

- i) collaborazione per studi e ricerche scientifiche;
- ii) collaborazione e/o partecipazione congiunta a programmi di ricerca nazionali e/o internazionali;
- iii) collaborazione per lo svolgimento di attività di ricerca e/o consulenza affidate da Istituzioni pubbliche;
- iv) organizzazione congiunta di master, corsi di formazione, alta formazione, specializzazione, aggiornamento e perfezionamento, anche collegati all'esercizio delle professioni;
- v) organizzazione congiunta di convegni, seminari, incontri di studio di rilevanza nazionale e internazionale;
- vi) condivisione di risorse strumentali e/o complementari per la ricerca scientifica e la didattica;
- vii) altre forme integrate di collaborazione individuate dalle Parti.

Articolo 2

Accordi e intese ulteriori

Sulla scorta della presente convenzione, le Parti stipuleranno ulteriori intese ed accordi attuativi ed integrativi per la migliore realizzazione di singole forme integrate di collaborazione scientifica, didattica e formativa. Tali accordi e intese indicheranno in particolare:

- obiettivi;
- durata dell'attività e della collaborazione e condizioni per l'esercizio del diritto di recesso;
- adempimenti a carico di ciascuna delle Parti contraenti e modalità di esecuzione;
- costi, quote di iscrizione e ripartizione dei ricavi;
- responsabili indicati da ciascuna delle Parti;
- ove si tratti di attività didattiche o formative che prevedano l'istituzione e l'organizzazione congiunta di master, corsi di formazione, alta formazione, specializzazione, aggiornamento e perfezionamento, anche collegati all'esercizio delle professioni, il programma degli studi, il corpo docenti e i SSD interessati e i CFU attribuiti dall'attività didattica o formativa;
- disciplina dei diritti di proprietà intellettuale;
- tutela della riservatezza e delle informazioni acquisite.

Le intese e gli accordi attuativi saranno curate e predisposte dai referenti delle Parti menzionati nel seguente articolo 8, previa approvazione, ove necessario, degli organi competenti delle Parti nel rispetto delle normative e regolamenti interni alle stesse.

Articolo 3

Attività di ricerca scientifica

Le tematiche di studio e di ricerca scientifica oggetto della presente convenzione sono individuate dalle Parti.

Gli studi, i contributi e le ricerche realizzati in virtù della presente convenzione sono diffusi nella comunità scientifica nelle forme stabilite dalle Parti.

Studi, saggi, contributi e altri prodotti della ricerca scientifica possono essere pubblicati anche nella Collana di studi giuridici promossa dall'Università e nella Rassegna dell'Avvocatura dello Stato.

Articolo 4

Attività didattiche e formative

Le attività didattiche e formative oggetto della presente convenzione sono rivolte:

- i) a studenti dei corsi di laurea e frequentanti dei corsi di specializzazione, master, dottorato di ricerca dell'Università, da essa previamente individuati;
 - ii) praticanti, tirocinanti, procuratori e avvocati dello Stato, previamente individuati dall'Avvocatura;
 - iii) dirigenti e funzionari di Enti pubblici e privati, liberi professionisti, individuati dalle Parti.
- Tutte le attività didattiche e formative oggetto della presente convenzione, e quali definite in specifici intese e accordi attuativi, possono svolgersi sia in presenza, sia con l'impiego di metodologie e tecnologie informatiche e telematiche della formazione a distanza.

Articolo 5

Attività di tirocinio

L'Avvocatura può ammettere ad attività di tirocinio studenti e laureati individuati dall'Università.

Le attività di tirocinio si svolgono secondo la normativa vigente.

Il Dipartimento di Scienze Giuridiche ed Economiche dell'Università, nel caso di approvazione della presente Convenzione nel primo Consiglio di Dipartimento utile, riconosce come idoneo tirocinio curriculare, la partecipazione a seminari, corsi e moduli su materie e argomenti attinenti ai Corsi di laurea afferenti allo stesso Dipartimento, organizzati dall'Avvocatura dello Stato, per il corrispondente numero di ore di attività complessiva individuale, così come previsto dai programmi dei seminari stessi (considerando che, comunque, per l'Università 1 CFU corrisponde a 25 ore di impegno didattico dello studente).

Articolo 6

Pubblicità e promozione

Le Parti possono promuovere e pubblicizzare la presente convenzione e tutte le attività che essa ha ad oggetto all'interno nelle forme che riterrà più opportune e senza aggravio di spese per l'altra Parte. In ogni caso l'uso del logo, del nome e di ogni altro simbolo che possa richiamare anche indirettamente ciascuna delle Parti dovrà essere previamente concordato.

L'Avvocatura aderisce alle richieste di consultazione in merito alla strutturazione delle offerte formative dei Corsi di Laurea formulate dall'Università, nell'ambito delle specifiche competenze e interessi e nel rispetto della normativa vigente in materia.

Articolo 7

Efficacia e durata

La presente convenzione ha efficacia all'atto della sua sottoscrizione dalle Parti.

La durata della presente convenzione è di anni 5 (cinque), a decorrere dalla sua stipula.

Articolo 8

Referenti

In sede di prima applicazione, Referenti della presente convenzione sono il prof. Franco Sciarretta per l'Università e l'avvocato dello Stato Paola Maria Zerman per l'Avvocatura.

I referenti ne curano congiuntamente l'attuazione unitamente al Vice Avvocato Generale dello Stato Giuseppe Albenzio.

Articolo 9

Oneri economici

La presente convenzione non comporta alcun onere economico per la finanza pubblica.

Le Parti possono acquisire finanziamenti da parte di soggetti pubblici e privati per la realizzazione di una o più azioni previste dalla presente convenzione.

La presente convenzione si compone di quattro pagine dattiloscritte.

Roma, addì 3 dicembre 2019

Unitelma Sapienza
Il Rettore
Prof. Antonello Folco Biagini

Avvocatura dello Stato
L'Avvocato Generale dello Stato
Avv. Gabriella Palmieri Sandulli

CONTENZIOSO NAZIONALE

Sulla legittimazione dell’Autorità *antitrust* quale giudice *a quo*: fu vero giudice? Riflessioni a margine della (non troppo) ardua sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale

*Andrea Giorgi**

SOMMARIO: 1. Premessa: l’incerta collocazione istituzionale dell’AGCM e i suoi riflessi sull’accesso incidentale - 2. Linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale in tema di giudice a quo. Cenni - 3. I fatti di causa. L’origine della questione incidentale di costituzionalità - 4. L’impianto motivazionale dell’ordinanza di rimessione dell’AGCM tra legittimazione “ai limitati fini” ed evocazione del rischio di “zone franche” dal controllo di costituzionalità - 5. La sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale e la negazione della legittimazione dell’AGCM a sollevare questione di costituzionalità in via incidentale - 6. Considerazioni conclusive: una sentenza giusta, con un approccio (forse) fin troppo tranchant.

1. Premessa: l’incerta collocazione istituzionale dell’AGCM e i suoi riflessi sull’accesso incidentale.

Con ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018 (1) il Collegio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale nell’ambito di un procedimento istruttorio avviato dalla medesima Autorità nei confronti del Consiglio Notarile di Milano, volto ad accertare una presunta intesa restrittiva della concorrenza posta in essere da quest’ultimo, in violazione dell’art. 2 della l. n. 287 del 1990 (c.d. legge

(*) Dottore in Giurisprudenza, già praticante forense presso l’Avvocatura dello Stato (avv. Sergio Fiorentino).

(1) Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, Serie Speciale - Corte costituzionale, n. 24 del 13 giugno 2018.

antitrust), attraverso una serie di iniziative disciplinari nei confronti dei notai del distretto maggiormente produttivi ed economicamente performanti.

All'esito di un'approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di accesso incidentale, il Collegio dell'Autorità deputata alla tutela pubblicistica della concorrenza ha concluso nel senso della propria legittimazione a sollevare questione di costituzionalità in via incidentale, sulla base di una sostanziale equiparazione tra la funzione *antitrust* esercitata dall'Autorità medesima in applicazione della l. n. 287 del 1990 e la funzione giurisdizionale propriamente intesa, auto qualificandosi espressamente, in questa maniera, come giudice *a quo*.

Il tema, ben vero problematico, del riconoscimento della legittimazione delle autorità indipendenti (e, in particolare, dell'Autorità *antitrust*) a promuovere questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale si spoglia, dunque, per la prima volta della sua dimensione teorico-speculativa per vestirsi di giuridica concretezza.

La dottrina giuspubblicistica che in passato si è occupata, direttamente o incidentalmente, dell'argomento, pur concordando sulla necessità di un'indagine "in concreto" circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso incidentale e sulla scarsa utilità, a tal fine, di una ricostruzione unitaria e semplificante (2) dell'«arcipelago» (3) delle autorità indipendenti, è pervenuta a soluzioni spesso divergenti, quand'anche non antitetiche. A fronte di chi ha negato in radice la possibilità di attribuire alle autorità indipendenti la natura di giudici *a quibus* (4), riconducendone poteri e compiti a funzioni di tipo squisitamente amministrativo (5), vi è chi, per converso - soprattutto con riferimento all'Autorità *antitrust* - ne ha assimilato l'attività ad una funzione di tipo giurisdizionale ("quasi judicial" o "paragiurisdizionale"), valorizzandone la

(2) G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, pp. 645 e ss., laddove si rileva con accento critico come «le autorità indipendenti, o meglio le istituzioni che vengono indiscriminatamente chiamate tali, siano vittime (...) dell'inesorabile fascino che esercitano sempre, e anche sui più avveduti, le semplificazioni unificanti»; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 119 e ss.; M.A. CABIDDU, *Autorità indipendenti e conflitti davanti alla Corte, ovvero un potere che nasce dalla crisi della nozione di potere*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Quaderni del "Gruppo di Pisa", Giappichelli, Torino, p. 437.

(3) Secondo la celebre immagine di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, *passim*.

(4) M. MANETTI, *Profili di giustizia costituzionale delle autorità indipendenti*, in *Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo. Annuario 2002*, Giuffrè, Milano, pp. 211-232.

(5) Si tratta, invero, dell'orientamento maggioritario in dottrina. A titolo esemplificativo, si vedano F. SAJA, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 459 nonché G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997, pp. 145-257, nonché in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 165 e ss.

posizione di neutralità, le funzioni di garanzia e il carattere sostanzialmente “arbitrale” (6). In una posizione intermedia tra le suddette opposte tesi si collocano, poi, quegli Autori che, con differenti approcci e percorsi argomentativi, manifestano delle (più o meno timide) aperture alla possibilità di riconoscere le Autorità indipendenti quali giudici *a quibus* (7).

L’ipotesi di un riconoscimento di spazi di legittimazione incidentale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato deve necessariamente fare i conti, in effetti, con un organismo - l’AGCM - che si colloca fisiologicamente negli interstizi tra amministrazione e giurisdizione, in una “zona grigia” dove le differenze tra *administrare* e *jus dicere* rischiano di non essere del tutto nette ed anzi piuttosto sfumate, a causa dell’attribuzione all’Autorità indipendente in parola di una funzione amministrativa di tipo “obiettivo” (8) - quale l’applicazione della normativa *antitrust* a tutela della concorrenza - per certi versi più contigua alla funzione giurisdizionale che all’attività amministrativa tradizionalmente intesa, caratterizzata, come noto, dalla ponderazione comparativa tra più interessi concorrenti (pubblici, privati, collettivi).

Di talché, ogni tentativo di indagare la legittimazione dell’Autorità *antitrust* a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al Giudice delle leggi finisce per risolversi, inevitabilmente, in una più o meno esplicita presa di posizione in merito alla natura giuridica - amministrativa o (quasi) giurisdizionale - della stessa. La questione si complica ulteriormente se si considera che, nel caso dell’AGCM, ci troviamo al cospetto di un’autorità «monobiettivo», che svolge funzioni di «*adjudication*» ed è sprovvista di «funzioni propriamente regolatorie» (9).

Che il tema sia complesso e divisivo è confermato, del resto, dalle antitetiche posizioni assunte, al riguardo, da due autorevoli Presidenti *pro tempore*

(6) Tra gli esponenti di tale corrente di pensiero, si vedano (con argomentazioni ed impostazioni diverse) S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Torino, 1991, p. 141; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 103; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, *passim*; V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell’energia elettrica*, 1997, p. 37; *Idem*, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell’economia*, 1998, p. 258; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 110-116 e 151-154; più di recente, M. AINIS, *The Italian Competition Authority’s Maieutic Role*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2/2016, p. 152.

(7) C. PINELLI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Quaderni del “Gruppo di Pisa”, Giappichelli, Torino, pp. 624-630; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, op. cit., pp. 119 e ss.

(8) G. ZAGREBELSKY, V. MARCIENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Vol. II, Il Mulino, Bologna, p. 98.

(9) M. CLARICH, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018, p. 4.

dell’Autorità *antitrust*: il primo assai incline a riconoscere all’Autorità in parola il potere di sollevare direttamente questione di costituzionalità innanzi alla Corte, sulla base di un accostamento tra le funzioni di controllo («per l’obiettivo applicazione della legge») svolte dall’AGCM e le funzioni di “aggiudicazione” esercitate dalla Corte dei conti, in posizione *super partes*, in sede di controllo sugli atti del Governo (10); il secondo decisamente scettico sulla possibilità di attribuire all’Autorità «carattere e natura paragiurisdizionale» e piuttosto propenso, invece, a qualificarla come «organo amministrativo, i cui atti sono sottoposti al controllo giurisdizionale» (11).

2. Linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale in tema di giudice a quo. Cenni.

Qualsiasi indagine volta ad esplorare la possibilità di riconoscere una legittimazione all’accesso incidentale dell’Autorità *antitrust* (e, più in generale, di tutti i nuovi aspiranti giudici *a quibus*) non può che assumere a parametro di riferimento la giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di giudice *a quo*. Si tratta, tuttavia, di una giurisprudenza disomogenea, «multiforme e non sempre lineare» (12), oltre che particolarmente cospicua, sviluppata lungo itinerari intricati e tortuosi e sprovvista di sicuri «ormeggi dommatici» (13). Nelle righe che seguono si cercherà di darne un quadro di sintesi, evidenziandone le principali linee di tendenza, al fine di poter meglio comprendere la natura delle argomentazioni sviluppate dall’AGCM nell’ordinanza di rimessione e la portata della sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale.

Come noto, dagli articoli 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e 23 della legge n. 87 del 1953, interpretati in combinato disposto, si ricava che la questione incidentale di legittimità debba sorgere nel corso di un giudizio innanzi ad un organo giurisdizionale. Affinché la *quaestio legitimitatis* possa essere dichiarata ammissibile, è necessario che ricorrano due requisiti: un requisito di tipo soggettivo, il promanare la questione da un “giudice”, e un requisito di tipo oggettivo, il promanare la questione nel corso di un “giudizio” (14).

(10) G. AMATO, *Relazione annuale sull’attività svolta*, 30 aprile 1996, pp. 13-14, consultabile su www.agcm.it.

(11) G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell’Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, *Il Sole 24 Ore*, 2002, p. 165.

(12) L. CASSETTI, *L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell’accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018, p. 3.

(13) S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018, p. 6.

(14) In sostanza, occorre che vi sia un giudice che nutra dubbi sulla costituzionalità di una norma la cui applicazione appare necessaria per definire il giudizio del quale lo stesso è stato concretamente investito. In dottrina è stata sottolineata, al riguardo, la «posizione di intermediarietà tra la sfera politica

I due concetti sono stati, ben vero, interpretati dalla Corte costituzionale nel tempo in maniera non rigida, bensì elastica ed aperta, rifuggendo da categorizzazioni aprioristiche e privilegiando un approccio di tipo casistico: sicché si può ben affermare che la giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato incidentale sia improntata al «principio di relatività» del concetto di giudice e di giurisdizione (15).

In una prima fase, al fine di valorizzare il preminente interesse pubblico alla certezza del diritto - che sarebbe insidiato da dubbi di costituzionalità - e l'osservanza della Costituzione, la Corte ha privilegiato un'interpretazione non restrittiva delle categorie della giurisdizionalità soggettiva e oggettiva (16), giungendo a postulare, sia pur in casi limitati ed eccezionali, la sufficienza anche di uno solo dei requisiti menzionati ai fini della valida proposizione della questione incidentale (17).

Sulla scorta di tale orientamento, la Corte è giunta a considerare, da un lato, autorità giurisdizionali anche *“organi, che pur estranei all'organizzazione della giurisdizione e istituzionalmente adibiti a compiti di natura diversa, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, e all'uopo posti in posizione super partes”*; dall'altro, a conferire *“carattere di giudizio a procedimenti che, quale che sia la loro natura e le modalità di svolgimento, si compiano però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale”* (18).

È in tale contesto di progressivo ampliamento dell'accesso incidentale e di rafforzamento del principio di costituzionalità che si è sviluppata la teoria dei *“limitati fini”* (19). Muovendo dall'obiettivo di ridurre gli spazi sottratti al controllo di costituzionalità e di evitare inammissibili *“zone franche”*

e i diritti individuali» rivestita dal giudice rimettente e l'opera di *“mediazione”* tra la tutela delle posizioni soggettive e l'interesse all'espunzione delle leggi incostituzionali svolta dal processo: così G. ZAGREBELSKY, V. MARCIENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, op. cit., pp. 96-97.

(15) G. ZAGREBELSKY, V. MARCIENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, op. cit., p. 100.

(16) Corte cost., sent. n. 129 del 1957.

(17) Corte cost., sent. n. 83 del 1966, ove si afferma che *“i due requisiti, soggettivo ed oggettivo, non debbono necessariamente concorrere affinché si realizzi il presupposto processuale richiesto dalle norme richiamate, e poiché nella specie ricorre uno di essi, e cioè l'intervento di un soggetto appartenente all'autorità giudiziaria ordinaria, anche se non destinato (almeno nella fase del procedimento esecutivo riguardante la vendita dei beni pignorati) alla risoluzione di controversie, la questione sollevata con l'ordinanza in esame si deve ritenere ammissibile”*.

(18) Corte cost., sent. n. 83 del 1966; n. 226 del 1976.

(19) A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, op. cit., pp. 46-74, secondo cui tale teoria «viene elaborata dalla Corte stessa, in sua importante giurisprudenza, anche al fine di tenere distinti il complesso piano teorico, pienamente speculativo, della definizione della giurisdizione, nella sua essenza e nella individuazione di esclusivi indici rilevatori della stessa, da quello eminentemente, ma non esclusivamente, pragmatico del dimensionamento largo della porta incidentale, al fine di garantire in concreto la più ampia realizzazione del principio di costituzionalità».

dell'ordinamento, la Corte ha riconosciuto ad alcuni soggetti la legittimazione “*ai limitati fini*” della proposizione della questione di legittimità costituzionale (20).

Il riconoscimento della “giurisdizionalità” del rimettente viene, così, effettuato ai soli fini dell'accesso incidentale, prescindendo da un'indagine astratta circa la natura (*rectius*: l'ontologia) dell'organo e della funzione da esso esercitata (21). Ne deriva che anche soggetti estranei al novero dei titolari della funzione giurisdizionale possono essere legittimamente qualificati come giudici *a quibus*, purché gli stessi agiscano in posizione di indipendenza e neutralità analogamente a quanto fa un giudice.

L'orientamento testé citato ha, tuttavia, progressivamente ceduto il passo ad un altro di segno più rigoroso, che presuppone la necessaria compresenza di entrambi i requisiti soggettivo e oggettivo (la qualità di “giudice” e la sussistenza di un “giudizio”) (22).

In particolare, secondo la Corte, la semplice presenza o l'intervento di un giudice non appaiono sufficienti a connotare un procedimento per ciò stesso come un “giudizio”: affinché una questione di legittimità costituzionale possa ritenersi sollevata nel corso di un “giudizio”, è necessario che l'applicazione della legge da parte del giudice sia “*caratterizzata da entrambi gli attributi dell'obiettività e della definitività, nel senso dell'idoneità (del provvedimento reso) a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato, poiché è in questo caso che il mancato riconoscimento della legittimazione comporterebbe la sottrazione delle norme al controllo di costituzionalità*” (23).

Nella prospettiva della Corte, il rischio di un'interpretazione eccessivamente estensiva della nozione di autorità giurisdizionale sembra essere arginato, dunque, non solo dalla circostanza che il soggetto debba comunque essere titolare di «poteri decisorii» - ossia che la funzione da esso esercitata si espliciti attraverso «decisioni» (requisito a monte) (24) - ma anche (e soprattutto) dalla necessaria idoneità dei provvedimenti da questi adottati ad acquisire il carattere della definitività, con un'efficacia *lato sensu* assimilabile a quella del giudicato.

La dottrina stessa, invero, interrogandosi sui connotati propri della figura del “giudice”, ha evidenziato come possa riconoscersi tale qualità ad ogni or-

(20) Corte cost., sent. n. 226 del 1976.

(21) A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, p. 8.

(22) Corte cost., sent. n. 387 del 1996; n. 164 del 2008.

(23) Corte cost., sent. n. 164 del 2008.

(24) G. ZAGREBELSKY, V. MARCIENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, op. cit., p. 101.

gano - quand'anche non incardinato in un ordine giudiziario - che risulti legittimato dall'ordinamento a decidere in via definitiva (ossia in via «ultima») sull'interpretazione e/o applicazione di una norma, che sia in posizione di radicale «terzietà» e che giudichi in contraddittorio con le parti interessate (25).

3. *I fatti di causa. L'origine della questione incidentale di costituzionalità.*

Al fine di poter meglio comprendere le tesi sviluppate dal Collegio dell'Autorità *antitrust* nell'ordinanza di rimessione, appare utile ripercorrere, brevemente, i fatti da cui origina l'intera vicenda.

La questione incidentale di costituzionalità è sorta, infatti, nell'ambito di un procedimento istruttorio avviato dall'Autorità nei confronti del Consiglio Notarile di Milano (CNM), volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 2 della legge *antitrust*, che si assume realizzata attraverso: i) la richiesta a tutti i notai del distretto di dati sensibili dal punto di vista del diritto della concorrenza, al fine di far emergere le posizioni di preminenza economica; ii) una serie di iniziative disciplinari nei confronti dei notai del distretto maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative.

Nel corso dell'istruttoria così avviata, è entrato in vigore l'art. 1, comma 495, lett. c) della legge 27 dicembre 2017, n. 207, che ha novellato il testo dell'art. 93-ter della legge 16 febbraio 1913, n. 89 introducendovi il comma 1-bis, ai sensi del quale «agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

L'articolo da ultimo citato della l. n. 287 del 1990 esclude, al comma 2, l'applicazione della normativa *antitrust* «alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione dei servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati».

Gli Uffici istruttori dell'Autorità hanno nondimeno portato avanti il procedimento e, a febbraio 2018, hanno trasmesso la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (C.R.I.) (26) alle parti del procedimento, con la quale hanno contestato al CNM di avere posto in essere condotte volte ad inibire ai notai del distretto di competenza (*in primis* a quelli più performanti) l'acquisizione di elevate quantità di lavoro, con l'intento di riallineare le posizioni economiche dei singoli notai alla media del distretto.

(25) A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, p. 127.

(26) La C.R.I. è disciplinata dall'art. 14 del D.P.R. n. 217 del 1990, ai sensi del quale «1. Il Collegio, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti, autorizza l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese».

Le condotte oggetto di contestazione sono consistite, nello specifico: i) nella richiesta di dati economici sensibili sotto il profilo *antitrust*, attraverso la realizzazione di un «*sistema di monitoraggio a tappeto*» dell'attività dei singoli notai, finalizzato ad acquisire informazioni sempre più dettagliate sui loro comportamenti economici; ii) nella «*mappatura*» dei notai monitorati, ossia nell'elaborazione dei dati acquisiti al fine di «*porre in rilievo aspetti concorrenzialmente sensibili*», quali il fatturato realizzato dai singoli notai e il rapporto tra i prezzi mediamente praticati dai notai e la tariffa re-pertoriale; iii) nel diffuso risalto, tramite relazioni annuali, giornate di studio e audizioni, al messaggio relativo alla necessità di «*evitare sperequazioni*» nella distribuzione del lavoro, evidenziando le ripercussioni negative per la categoria di una concorrenza tra colleghi e condannando, in tale contesto, i c.d. «*attifici*», le concentrazioni anomale di lavoro e le politiche tariffarie molto aggressive.

Nella C.R.I. veniva, dunque, evidenziato l'intento anticompetitivo sotteso alle condotte del CNM, volte a fronteggiare l'aumento della sperequazione nella distribuzione dei repertori notarili tra i notai del distretto, a scoraggiare l'utilizzo, da parte degli stessi, delle nuove leve concorrenziali (prezzo e modalità innovative di fornitura dei servizi) per acquisire quote di mercato a scapito dei concorrenti nonché a stigmatizzare le scelte economiche dei notai che non risultavano in linea con la media del distretto in termini di quantità di lavoro svolto e prezzi mediamente praticati.

Quanto precede ha condotto gli Uffici istruttori - una volta esclusa la riconducibilità delle condotte contestate alla genuina attività di vigilanza e verificata l'assenza di proporzionalità e necessità delle stesse - a concludere che tanto la raccolta di informazioni sensibili quanto i loro successivi utilizzi fossero preordinati «*al perseguimento della finalità anticoncorrenziale di inibire i notai vigilati dal discostarsi dalla media del distretto, tramite il ricorso alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta*» (27).

Nell'ordinanza di rimessione si dà conto del fatto che, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e nazionale, sono soggette al diritto della concorrenza anche le professioni regolamentate, ivi comprese le prestazioni notarili (28).

(27) Ordinanza di rimessione dell'AGCM n. 1 del 3 maggio 2018, nella cui parte in "Fatto" viene ricostruita la vicenda nell'ambito della quale è sorta la questione di costituzionalità (pp. 2-8).

(28) Corte giust., Grande Sezione, sent. 24 maggio 2011, causa C-47/08, *Commissione c. Belgio e altri*, secondo cui «*nei limiti delle loro rispettive competenze territoriali, i notai esercitano la loro professione [...] in condizioni di concorrenza, circostanza che non è caratteristica dei pubblici poteri*»; in senso analogo Cass. civ., Sez. II, 14 febbraio 2013, n. 3715, per la quale «*la circostanza che le attività notarili perseguano obiettivi di interesse generale, miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati, non è sufficiente a far considerare quelle attività come una forma di partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri*».

Altrettanto pacifico, a giudizio dell’Autorità *antitrust*, risulta che i Consigli notarili, enti rappresentativi di soggetti da considerare imprese ai fini del diritto della concorrenza (in quanto offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali), costituiscono associazioni di imprese ai sensi dell’art. 2, comma 1, della l. n. 287 del 1990 e, in particolare, organi di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce un’attività economica (29), essendo, in tale veste, nelle condizioni di “*regolare e orientare l’attività degli iscritti nell’offerta delle proprie prestazioni professionali incidendo sugli aspetti economici della medesima*” (30).

Di qui la possibile rilevanza sotto il profilo *antitrust* delle condotte contestate nella C.R.I. quali elementi di un’intesa restrittiva della concorrenza.

Il Collegio rimettente rileva, tuttavia, che a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913, che richiama l’art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, si è creato un contesto di incertezza in ordine alla competenza dell’Autorità ad esercitare i poteri di vigilanza *antitrust* di cui alla legge n. 287 del 1990 avverso condotte dei Consigli notarili che «*benché adottate nel formale contesto dell’attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge*».

Ciò, segnatamente, ove dovesse condividersi l’interpretazione - definita “estensiva” dall’AGCM - data dalla Corte d’Appello di Milano, in un’ordinanza pronunciata dalla Sezione I, il 6 aprile 2018, avente ad oggetto uno dei procedimenti disciplinari condotto nei confronti del notaio segnalante.

In tale ordinanza, la Corte d’Appello - riprendendo gli argomenti contenuti nella sentenza 5 maggio 2016, n. 9041 della Corte di cassazione, secondo cui il Consiglio notarile che assume l’iniziativa del procedimento disciplinare, affidatagli dalla legge notarile, esercita la gestione di servizi di interesse economico generale ed è perciò esente dall’applicabilità delle norme *antitrust*, ai sensi dell’art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990 - aggiunge espressamente che le norme *antitrust* “*devono ritenersi inapplicabili agli organi del Consiglio notarile, che, quando esercitano la funzione disciplinare, non regolano l’attività economica svolta dai notai nell’offrire servizi sul mercato, ma, con prerogative tipiche dei pubblici poteri, adempiono, in sostanza, a una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà (...)*”.

Rispetto al nuovo art. 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913, l’or-

(29) Corte giust., II sez., sent. 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência*.

(30) Corte giust., IV sez., sent. 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, sent. 25 febbraio 2011, n. 1757.

dinanza *de qua* prosegue affermando che “l’esonazione dall’applicazione diretta delle regole antitrust e dal potere di intervento sanzionatorio dell’AGCM concerne proprio gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare”, in quanto i Consigli notarili distrettuali, “limitatamente all’esercizio della vigilanza, (...) non regolano i servizi offerti dai notai sul mercato, ma esercitano prerogative tipiche dei pubblici poteri. A bene vedere, quindi, con la modifica in commento, il legislatore ha inteso emanare una norma di interpretazione autentica di una previsione già vigente”.

Ebbene, nella misura in cui dovesse ritenersi che dall’art. 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913, nella parte in cui richiama l’art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, discenda l’impossibilità di esercizio, da parte dell’AGCM, dei poteri di repressione delle condotte vietate dagli artt. 2 e 3 della l. n. 287 del 1990 in relazione ad un «intero segmento di attività» - che verrebbe così sottratto, sulla base di una valutazione effettuata *ex ante*, al vaglio *antitrust* - in ragione della mera circostanza che determinati atti siano qualificati dai Consigli notarili quali atti prodromici all’esercizio della funzione di vigilanza disciplinare, ne deriverebbe - a giudizio dell’Autorità rimettente - l’illegittimità costituzionale dei suddetti articoli per contrasto con gli artt. 3, 41 e 117, comma 1 Cost. e la necessità della loro disapplicazione per contrarietà ai principi comunitari in materia di concorrenza di cui agli artt. 101 e 106 TFUE (31).

4. *L’impianto motivazionale dell’ordinanza di rimessione dell’AGCM tra legittimazione “ai limitati fini” ed evocazione del rischio di “zone franche” dal controllo di costituzionalità.*

Con l’ordinanza n. 1 del 2018 il Collegio dell’Autorità si sofferma, dunque, *funditer* sulla propria legittimazione a sollevare questione incidentale di costituzionalità, assumendo a parametro di riferimento la giurisprudenza costituzionale sviluppatasi in materia di giudice *a quo*, dalla quale vengono estrapolati e valorizzati tutti quegli elementi e fattori che in passato hanno condotto la Corte ad aprire la porta dell’accesso incidentale a soggetti svolgenti funzioni analoghe a quelle giurisdizionali e che adesso legittimerebbero, sulla base di

(31) L’Autorità lascia intendere che, in difetto di una interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata della norma incriminata, ossia conforme alle norme e ai principi in materia di concorrenza (in base ai quali l’applicazione della normativa *antitrust* alle imprese incaricate dalla legge della gestione di servizi di interesse economico generale può essere limitata solo in casi eccezionali e una volta superato il *test* di proporzionalità), la disapplicazione della medesima rappresenterebbe l’unica soluzione percorribile nonché l’*extrema ratio*. Quanto ai profili di incostituzionalità, l’assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato della deroga introdotta dalla disposizione censurata si tradurrebbe in una palese violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), venendo sacrificato «il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza [...] senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza» (p. 19).

una relazione di affinità con tali soggetti, a ricondurre l'Autorità *antitrust* nell'alveo degli organi *a quibus* (32).

L'ordinanza di rimessione mira, pertanto, ad enfatizzare quegli orientamenti giurisprudenziali, invero abbastanza risalenti, che hanno interpretato in maniera estensiva il concetto di "giudice" e di "giudizio", non circoscrivendo la figura del primo ai soli titolari degli organi di giurisdizione ordinaria e speciale (33) né postulando che il secondo fosse esclusivamente quello incardinato davanti ad uno dei summenzionati organi (34).

Il riferimento, in particolare, è alla sentenza n. 226 del 1976 (anche nota come "sentenza Crisafulli"), che, a ben vedere, costituisce la stella polare dell'intero ragionamento giuridico articolato nell'ordinanza di rimessione. In tale celebre pronuncia, cui si deve la teorizzazione della giurisdizionalità "*ai limitati fini*" dell'accesso incidentale, la Corte costituzionale, dopo aver rilevato la necessità che il sindacato costituzionale non si espliciti "*in astratto, ma in relazione a concrete situazioni di fatto, alle quali siano da applicare norme di dubbia costituzionalità*", ha ritenuto ammissibile il sollevamento di una *quaestio legitimitatis* da parte di organi che "*sebbene estranei all'organizzazione della giurisdizione e istituzionalmente adibiti a compiti di natura diversa, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge, e all'uopo posti in posizione super partes*" (35).

A tale costruzione giurisprudenziale sembra attingere, dunque, apertamente il Collegio dell'Autorità per auto qualificarsi come giudice *a quo* innanzi alla Corte ed essere legittimato a sottoporre alla stessa i dubbi di costituzionalità sulle norme che è tenuto ad applicare nel caso concreto.

Consapevole delle insormontabili difficoltà e obiezioni cui andrebbe incontro nel sostenere una piena investitura di poteri giurisdizionali in senso proprio, il Collegio dell'Autorità tenta la strada dell'assimilazione delle funzioni da esso esercitate in occasione dell'accertamento di un illecito anticoncorrenziale alle funzioni tipicamente giurisdizionali, ai limitati fini, tuttavia, della possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

L'attenzione è focalizzata, principalmente, sul requisito soggettivo (il pro-manare la questione dalla pronuncia di un "giudice") richiesto dalla giurisprudenza costituzionale per la valida proponibilità della questione incidentale di costituzionalità.

(32) S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, op. cit., p. 10.

(33) Corte cost., sent. n. 114 del 1970; sent. n. 244 del 1995.

(34) Corte cost., sent. n. 12 del 1971.

(35) L'apertura della Corte deriva, a ben vedere, da un atteggiamento di forte *disfavor* per la permanenza nell'ordinamento di leggi incostituzionali e dalla conseguente necessità di "*ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte*" (così Corte cost., sent. 226 del 1976).

Nell'esaminare l'elemento della giurisdizionalità soggettiva, l'ordinanza di rimessione si sofferma diffusamente sulla posizione di indipendenza e neutralità dell'Autorità *antitrust*, che consentono alla stessa di sottrarsi «a qualsiasi condizionamento “esterno” sia da parte degli organi di indirizzo politico, sia da parte di terzi», nonché sulla generale funzione di garanzia dalla stessa esercitata, resa ancor più evidente dall'assenza in capo all'Autorità di funzioni propriamente regolatorie.

Relativamente al primo profilo, occorre, infatti, osservare che è proprio l'elevata e qualificata indipendenza che la legge assicura all'Autorità a rappresentarne il tratto maggiormente caratterizzante e a fare di essa il modello più «puro» (36) - per alcuni quasi «prototipale» (37) - di autorità indipendente. L'indipendenza dall'esecutivo e, più in generale, da forme di ingerenza e di condizionamento del potere politico ed economico, è garantita, infatti, non solo dall'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria, ma anche e soprattutto dalle procedure di nomina degli organi di vertice (Presidente e Componenti del Collegio dell'Autorità) e dalla durata e limitata rinnovabilità del mandato dei titolari degli incarichi apicali, oltre che dal severo regime di incompatibilità, teso a garantire che «i componenti dell'Autorità, nell'esercizio del proprio mandato, non siano portatori di interessi diversi rispetto a quello che sono chiamati a tutelare». Elementi, questi, che complessivamente considerati contribuiscono a rafforzare il carattere indipendente dell'Autorità, collocandola al di fuori del rapporto di subordinazione gerarchica (più in generale, del circuito politico-rappresentativo) e preservandola da eventuali comportamenti opportunistici e condizionamenti indebiti del potere politico.

Di qui il tentativo, seducente, di assimilare la particolare e qualificata indipendenza dell'Autorità *antitrust* a quella garantita alla magistratura da norme di rango costituzionale (artt. da 101 a 110 Cost.), per la quale la Costituzione prevede le garanzie dell'inamovibilità, della soggezione solo alla legge e del-

(36) M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, op. cit., pp. 115 e ss. *Contra*, M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 181, secondo cui dalla circostanza che l'Autorità persegue il fine pubblico generale del rispetto da parte degli operatori di mercato delle regole in materia di concorrenza «non pare però corretto desumere che l'*antitrust* rappresenti il modello - per così dire - più «puro» di autorità indipendente: non solo infatti questo assunto racchiude in sé una petizione di principio (che esista un modello «puro» di autorità), ma soprattutto è totalmente smentito dalla prassi, da cui emerge che è piuttosto la stessa *antitrust* a risultare anomala, per la totale assenza di quei poteri normativi o di partecipazione all'attività normativa che invece caratterizzano, sia pur con modalità diverse, tutte le altre autorità».

(37) L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I, Giappichelli, Torino, pp. 361-362.

l'autonomia organizzatoria, valorizzando la funzione di garanzia svolta dall'AGCM, che conferirebbe alla stessa «*un grado di indipendenza pari alla terzietà che deve avere un giudice*».

A tal proposito, nell'ordinanza di rimessione viene evidenziato con forza come l'Autorità *antitrust* rientri a pieno titolo nel *genus* delle autorità di garanzia (38) e sia investita di «*funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico*».

L'accertamento demandato all'AGCM, finalizzato ad una «*obiettiva applicazione della legge*» (39) *antitrust*, non si differenzerebbe, in buona sostanza, da quello effettuato dal giudice, basandosi anch'esso sulla valutazione di fattispecie concrete alla luce di parametri predeterminati dalla legge (quanto elastici essi siano) e sull'applicazione del processo sillogistico proprio dell'attività giurisdizionale.

Nell'esercizio della propria funzione generale di tutela della concorrenza, di sicuro rilievo costituzionale, l'Autorità non opererebbe, infatti, alcuna ponderazione tra una pluralità di interessi concorrenti (pubblici e privati), bensì si limiterebbe «*al pari di un giudice ad applicare la legge al caso concreto*», svolgendo un'attività - c.d. di «*adjudication*» - dalla natura sostanzialmente «paragiurisdizionale», alla stregua di una vera e propria «magistratura della concorrenza e del mercato» (40).

Tale circostanza osterebbe alla possibilità di ravvisare, nell'agire dell'AGCM, elementi di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al massimo identificare «*una discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica*», che ne connoterebbe l'attività in senso obiettivo e neutrale.

L'impianto argomentativo sviluppato dal Collegio dell'Autorità sembra attingere, dunque, a piene mani a quella parte di dottrina che attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e alle funzioni da essa svolte natura *quasi-judicial* e carattere sostanzialmente «arbitrale», affidandole il delicato compito di garantire - in posizione neutrale e *super partes* - «la parità delle armi nel mercato» e «il contraddittorio economico», sul presupposto

(38) Sulla distinzione tra autorità di regolazione e autorità di garanzia si veda G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, op. cit., pp. 64 e ss.

(39) Corte cost., sent. n. 83 del 1966; n. 226 del 1976.

(40) M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, op. cit., p. 111; *Idem*, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, op. cit., p. 4, ove si osserva che «L'applicazione della normativa *antitrust* e della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette in modo orizzontale, cioè nei confronti di tutti i tipi di imprese regolate e non regolate (assoggettare ai poteri regolatori delle autorità di settore) pone l'Autorità in una posizione in larga misura sovrapponibile e fungibile con quella dell'autorità giudiziaria ordinaria, investita, non a caso, di competenze parallele».

che tali garanzie rappresentino, a ben vedere, «componenti strutturali della democrazia anche in economia» (41).

Tale impostazione dottrinale individua, infatti, nell'Autorità preposta alla tutela pubblicistica della concorrenza uno strumento e al contempo un «arbitro della democrazia economica» e attribuisce ad essa la funzione - speculare a quella svolta nel processo, a favore delle parti, da un giudice indipendente e terzo - di garantire il «contraddittorio paritario nel mercato» (42), vigilando sulle condotte potenzialmente lesive del libero gioco concorrenziale e sanzionando quante tra esse violino effettivamente la normativa *antitrust*.

Non è un caso, allora, che tra gli elementi che depongono a favore del riconoscimento del carattere sostanzialmente giurisdizionale delle funzioni esercitate dall'Autorità in materia di concorrenza il Collegio decida di valorizzare proprio «l'ampio spazio che nel corso dei procedimenti davanti all'Autorità viene dato ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale».

L'ordinanza di rimessione aggiunge, dunque, un ulteriore tassello al mosaico sin qui composto: per dimostrare la sussistenza anche del requisito oggettivo (il sorgere la questione nel corso di un "giudizio") richiesto dalla giurisprudenza costituzionale, il Collegio dell'Autorità intraprende la strada che conduce all'assimilazione del procedimento *antitrust* ad un vero e proprio "giudizio".

Le argomentazioni a supporto di questa tesi ruotano tutte attorno alla pienezza e alla pregnanza del contraddittorio assicurato nel procedimento volto all'accertamento dell'illecito *antitrust* e all'irrogazione della conseguente sanzione. Si tratta, in effetti, di un contraddittorio particolarmente «ampio e qualificato», volto ad assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa, che può essere esercitato tanto in forma documentale quanto in forma orale, con il riconoscimento, in quest'ultima ipotesi, del diritto ad essere ascoltati (c.d. *right to be heard*) sia nel corso dell'istruttoria che nell'audizione finale davanti all'organo decidente (il Collegio).

Tale contraddittorio, dalla chiara valenza «paraprocedurale» (43), consentirebbe al Collegio di decidere la controversia «in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte e orali delle parti» e degli altri documenti acquisiti al fascicolo dell'accusa, al pari di quanto fa un giudice indipendente e terzo.

(41) F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, *passim*.

(42) M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Astrid, Il Mulino, 2010, p. 14. Secondo l'Autore «Chi decida sulle questioni di concorrenza deve essere o giudice o amministrazione. Se è amministrazione, deve assomigliare quanto più possibile a un giudice. Cioè, il dato comune deve essere l'imparzialità, la neutralità, l'indipendenza» (pp. 15-16).

(43) M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, op. cit., p. 3.

La terzietà dell’Autorità, più volte evocata dall’ordinanza di remissione, sembra fondarsi, in particolare, su un aspetto eminentemente organizzativo, ossia sulla netta separazione tra Uffici istruttori, ai quali è affidata per l’appunto l’attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni, e Collegio dell’Autorità, al quale è attribuito il compito di assumere le decisioni relative all’esistenza di un illecito anticoncorrenziale e all’irrogazione delle eventuali sanzioni.

Tale separazione, non solo organizzativa ma anche funzionale, sarebbe in grado di assicurare, dunque, la posizione di terzietà del Collegio dell’Autorità - analoga a quella di un giudice, secondo l’assunto dell’Autorità - rispetto agli interessi in gioco e alle parti contrapposte nel procedimento: da un lato, le imprese sottoposte a procedura sanzionatoria, accusate di aver posto in essere condotte anticompetitive illecite (la difesa); dall’altro, gli Uffici istruttori dell’Autorità, ai quali spetta il compito di sostenere l’addebito (l’accusa).

La conclusione del lungo e articolato ragionamento giuridico svolto dal Collegio dell’Autorità nell’ordinanza di remissione non può che essere, allora, logicamente una: la funzione *antitrust* esercitata dall’AGCM in applicazione della legge n. 287 del 1990 presenta tutte le caratteristiche per essere equiparata alla funzione giurisdizionale propriamente intesa, sostanziandosi in un’attività «volta esclusivamente a garantire, in una posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell’ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale».

L’ordinanza di remissione potrebbe, dunque, chiudersi qui. Tuttavia, il Collegio dell’Autorità decide di arricchire il *thema decidendum* con una «ulteriore e decisiva considerazione» a sostegno della tesi prospettata, ossia la circostanza che, qualora venisse negata all’Autorità in parola la legittimazione a sollevare questione incidentale di costituzionalità, si escluderebbero dal possibile sindacato della Corte le disposizioni di legge censurate (l’art. 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913 in combinato disposto con l’art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990).

Viene evocato, in buona sostanza, dal Collegio il rischio che, a fronte di una soluzione negativa circa l’accesso dell’AGCM al sindacato della Corte, si crei nell’ordinamento una “zona franca” dal controllo di costituzionalità. Tale locuzione, frutto dell’elaborazione della giurisprudenza costituzionale in materia di accesso incidentale, racchiude «l’idea del disvalore costituzionale di una situazione di esenzione dal controllo di costituzionalità della Corte» (44) ed esprime, al contempo, l’esigenza di garantire l’effettivo dispiegarsi

(44) P. CARNEVALE, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”*. *Principali considerazioni alla luce dell’ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell’AGCM*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, p. 12.

del principio di costituzionalità (45), che verrebbe ad essere frustrato qualora l'accesso al sindacato della Corte fosse escluso in radice o reso estremamente difficile.

E tuttavia, più che una condizione di vera e propria immunità dal controllo di legittimità costituzionale (“zona franca”), quella prospettata dall’ordinanza di rimessione - attraverso una sorta di *climax* discendente (46) - sembra, a ben vedere, una questione di mera difficoltà (o di scarsa facilità) di accesso al Giudice delle leggi (“zona d’ombra”) (47), determinata dal fatto che, una volta chiuso il procedimento e dichiarata dall’Autorità la propria incompetenza, la possibilità di sottoporre al vaglio della Corte le disposizioni incriminate «*sarebbe rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento*».

5. La sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale e la negazione della legittimazione dell’AGCM a sollevare questione di costituzionalità in via incidentale.

La tesi del Collegio dell’Autorità, per quanto pregevolmente illustrata e argomentata, non fa breccia tra i giudici della Corte costituzionale, che con la pronuncia n. 13 del 2019 nega la legittimazione dell’Autorità *antitrust* a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale, per l’assenza in capo a quest’ultima dell’imprescindibile condizione di terzietà.

Dopo aver ripercorso l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale - per vero elastica e a tratti ondivaga - in materia di giudice *a quo* ed averne evidenziato tendenze e linee direttrici, la Corte ricorda come dalla stessa emerga la possibilità di considerare legittimati all’accesso incidentale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario «*ma sempre in presenza dell’essenziale requisito della terzietà*» (48).

Requisito che, nel caso dell’Autorità *antitrust*, difetta in maniera evidente, posto che la stessa è parte resistente nel giudizio di impugnazione delle proprie decisioni, ai sensi degli artt. 133, comma 1, lettera l) e 134, comma 1, lettera c) del c.p.a., che assoggettano i provvedimenti delle autorità indipendenti - ivi

(45) A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, op. cit., p. 51.

(46) Il Collegio sembra paventare, infatti, inizialmente il rischio di un’esclusione *tout court* della disposizione incriminata dallo scrutinio della Corte, per poi lamentare, invece, una situazione di estrema difficoltà di accesso al giudizio di costituzionalità ed assestarsi, infine, su posizioni più moderate, evidenziando solamente la scarsa facilità di accesso al vaglio di legittimità costituzionale.

(47) P. CARNEVALE, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”*. *Principali considerazioni alla luce dell’ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell’AGCM*, op. cit., p. 11.

(48) Corte cost., sent. n. 13 del 2019.

compresa l'AGCM - alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito per le sanzioni pecuniarie irrogate.

Le decisioni dell'*Antitrust*, al pari di qualsiasi altro provvedimento amministrativo, sono sottoposte, dunque, allo scrutinio del giudice amministrativo e tra gli atti impugnabili ad opera dei terzi controinteressati - nel caso di specie, il notaio segnalante intervenuto nel procedimento *antitrust* - rientrano a pieno titolo i provvedimenti di chiusura dell'istruttoria (c.d. negativi o assolutori), secondo quanto prescritto dalle normali regole processuali in tema di interesse e legittimazione all'impugnazione (49).

L'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990, poi, ha attribuito all'Autorità il potere di impugnare davanti al giudice amministrativo i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che possano arrecare un *vulnus* alle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato (50), conferendo dunque all'AGCM la «*inedita posizione di parte processuale ricorrente*».

La Corte disattende, inoltre, l'argomento "principe" sviluppato nell'ordinanza di rimessione per fondare la terzietà dell'Autorità (51), ossia l'adeguata separazione - sia organizzativa che funzionale - sussistente tra gli Uffici istruttori, ai quali è attribuita l'istruzione dei casi e la formulazione delle contestazioni e sul cui funzionamento sovrintende il Segretario generale, e il Collegio dell'Autorità, al quale è affidato invece il compito di assumere le decisioni, sotto la guida del Presidente. Dopo aver correttamente osservato come la *legitimitas ad processum* spetti all'Autorità (*rectius*: al Collegio dell'Autorità) e non ai suoi Uffici inquirenti, la Corte esclude la possibilità di ravvisare una «*netta separazione*» tra gli Uffici istruttori e il Collegio, in considerazione del nesso funzionale e del raccordo istituzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo - nominato, tra l'altro, su proposta del secondo - deve rispondere (anche) del funzionamento dei servizi e degli uffici dell'Autorità medesima, come previsto dall'art. 11, comma 5, della legge n. 287 del 1990 (52).

(49) Cons. St., Ad. Plen., sentenza 29 luglio 2011, n. 15; Cons. St., sezione VI, sentenza 22 giugno 2011, n. 3751; Cons. St., sezione VI, sentenza 3 febbraio 2005, n. 280; Cons. St., sezione VI, sentenza 14 giugno 2004, n. 3865.

(50) L'art. 21-*bis* della l. n. 287/90, rubricato "*Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*", così recita: «1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni».

(51) Analogamente M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n. 13*, in *Federalismi.it*, n. 14/2019, p. 8.

Se, dunque, tra la posizione di giudice e la qualità di parte processuale nel giudizio di impugnazione avverso i propri provvedimenti sussiste, a ben vedere, una relazione di «*ontologica incompatibilità*» (53), ne deriva, a giudizio della Corte, un contrasto insanabile tra le tesi propugnate dall’Autorità e gli insegnamenti consolidati della giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui tratto essenziale di un organo giurisdizionale è la sua estraneità rispetto alla situazione sostanziale (agli interessi in gioco) su cui deve pronunciarsi (54), con esclusione di “*qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere*” (55) e con conseguente impossibilità di considerare il giudice *super partes* allorquando “*appare portatore di uno degli interessi in conflitto dal momento che la censura investe proprio il provvedimento da lui emesso*” (56).

Né, al fine di garantire il rispetto del principio di costituzionalità e di evitare l’esistenza di zone affrancate dal controllo di legittimità costituzionale - a più riprese evocate dall’ordinanza di rimessione, per vero non senza qualche contraddizione - è possibile attribuire all’AGCM carattere giurisdizionale “*ai limitati fini*” della proposizione della *quaestio legitimitatis*, posto che «*esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale*». Ed infatti, l’eventuale delibera di archiviazione (del procedimento sanzionatorio avverso il CNM) adottata dall’Autorità, con la quale la stessa avesse dichiarato la propria incompetenza a causa del sopraggiungere della disposizione incriminata, ben avrebbe potuto

(52) Nel far ciò, la Corte correttamente richiama le conclusioni cui è pervenuta la Corte di giustizia nel caso dell’Autorità di concorrenza greca, ove l’esistenza di un forte nesso funzionale tra Presidente e Segretariato è stata ritenuta ostativa al riconoscimento di una condizione di terzietà dell’autorità in parola (Corte giust., Grande Sezione, 31 maggio 2005, C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri*).

(53) Al riguardo, la Corte ricorda come la radicale incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale sia stata affermata - a proposito del Consiglio nazionale forense - tanto dalla giurisprudenza nazionale (*ex multis*, Cass. civ., sez. I, sent. 21 maggio 2018, n. 12461; Sez. Un., sent. 24 gennaio 2013, n. 1716) quanto dalla giurisprudenza europea (Corte giust., Grande Sezione, 17 luglio 2014, in C-58/13, *Torresi*). In tale ultima pronuncia, in particolare, la Corte di giustizia ha chiarito che “*a differenza di un Consiglio dell’ordine degli avvocati locale che, nell’ambito del procedimento avviato dal ricorso contro una decisione del Consiglio dell’ordine medesimo, è una parte dinanzi al Consiglio nazionale forense, quest’ultimo non può essere parte nel procedimento avviato dinanzi alla Corte suprema di cassazione contro la decisione in merito al ricorso avverso il Consiglio dell’ordine interessato. Il Consiglio Nazionale Forense possiede pertanto, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte (v. sentenza Wilson, EU:C:2006:587, punto 49), la posizione di terzietà rispetto all’autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso*”. Parimenti, con specifico riferimento al Garante per la protezione dei dati personali - ma con ragionamento estensibile a tutte le autorità amministrative indipendenti - la Corte di cassazione ha osservato che la partecipazione dell’Autorità al giudizio di impugnazione di un suo atto, quale che sia stato il procedimento che lo ha preceduto, è finalizzata a far valere davanti al giudice lo stesso interesse pubblico di cui la stessa è portatrice (Cass. civ., sez. I, sent. 20 maggio 2002, n. 7341).

(54) Corte cost., sent. n. 243 del 1989; sent. n. 110 del 1967.

(55) Corte cost., sent. n. 18 del 1989.

(56) Corte cost., sent. n. 128 del 1974.

essere impugnata dinnanzi al giudice amministrativo da una delle parti private intervenienti - segnatamente, dal notaio segnalante - che, in tale sede, avrebbe potuto censurare eventuali profili di incostituzionalità della disposizione medesima.

La Corte rimanda al mittente, dunque, l'obiezione sollevata dal Collegio dell'Autorità, relativa al carattere meramente eventuale e discrezionale dell'impugnazione del provvedimento dell'AGCM ad opera della parte privata - cui sarebbe condizionata, in tesi, la possibilità di sottoporre al sindacato della Corte la norma incriminata - sul presupposto che tale meccanismo (ossia l'ordinaria iniziativa giudiziaria) «risponde alla stessa struttura del giudizio incidentale di costituzionalità».

Ad ulteriore supporto del diniego di legittimazione incidentale opposto all'Autorità *antitrust*, la Corte rileva, infine, in una prospettiva di sistema come quella attribuita all'AGCM «una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco».

L'impianto motivo della sentenza si arricchisce, dunque, nelle note finali di un'ulteriore ma decisiva considerazione, relativa alla natura del potere e delle funzioni esercitate dall'Autorità *antitrust*, attraverso la costruzione di un ponte ideale tra diritto sostanziale e processo («La veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità»).

La tesi della Corte è netta e non sembra ammettere compromessi: l'Autorità non è un giudice, bensì un'amministrazione, con funzioni formalmente e sostanzialmente qualificabili come amministrative, consistenti in attività di vigilanza *antitrust*, tesa ad accertare e reprimere gli illeciti anticoncorrenziali. Analogamente alle altre amministrazioni, l'Autorità «è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato» (ex artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990) e tale circostanza osta al riconoscimento, in capo alla stessa, di una «posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale» (57), come emerge chiaramente dall'attribuzione alla stessa di «rilevanti poteri pararegolatori e consultivi» (ex artt. 21, 22, 23 e 24 della legge *antitrust*) e dall'ampio tasso di discrezionalità amministrativa che connota alcuni istituti rilevanti nella prassi operativa dell'Autorità *antitrust*, quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" (58) e i c.d. "leniency programs" (59) (ex artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis della legge *antitrust*).

(57) In questo senso, Cons. St., commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97.

(58) L'art. 14-ter della l. n. 287/90 concede alle imprese - entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento di un illecito *antitrust* - la possibilità di «presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria». Segue la valutazione da parte dell'Autorità circa l'idoneità degli impegni, all'esito della quale l'AGCM può - entro i limiti previsti dal-

La natura amministrativa dell’Autorità *antitrust* si riverbera, quindi, anche sul contraddittorio proprio del procedimento sanzionatorio davanti alla medesima «*che non si differenzia - se non per la sua intensità - da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell’irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità*» (60). Il che vale ad escludere, anche sotto tale ulteriore profilo, la possibilità di assimilare il procedimento *antitrust* ad un “giudizio” e di ritenere integrato, dunque, il requisito oggettivo richiesto dalla giurisprudenza costituzionale in materia di accesso incidentale.

6. Considerazioni conclusive: una sentenza giusta, con un approccio (forse) fin troppo tranchant.

Con l’ordinanza n. 1 del 2018 del Collegio dell’Autorità *antitrust* il tema del possibile accesso incidentale delle autorità amministrative indipendenti, finora confinato nell’ambito della sola riflessione dottrina, si è spogliato per la prima volta dei suoi panni teorico-speculativi per assumere le fattezze di concreta questione giuridica. E tuttavia, con la sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 l’ipotesi, invero suggestiva, del riconoscimento di spazi di legittimazione incidentale in capo alle *authorities*, teorizzata da parte della dottrina giuspubblicistica, sembra tramontare definitivamente, soprattutto se si ritiene - come sembra, in effetti - che le argomentazioni espresse dalla Corte abbiano portata più ampia del caso di specie (potendo, dunque, essere estese anche al resto della galassia delle autorità amministrative indipendenti) e che l’Autorità rimettente - l’AGCM, auto qualificatasi come giudice *a quo* - sulla cui legittimazione incidentale la Corte era chiamata a pronunciarsi sia quella in cui, a ben vedere, la funzione

l’ordinamento comunitario - rendere tali impegni obbligatori per le imprese vigilate e chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione. Sul punto, la giurisprudenza amministrativa rileva come costituisca “*giurisprudenza consolidata di questa Sezione (T.A.R. Lazio, Sez. I, 28 luglio 2015, n. 10352; id., 21 gennaio 2015, n. 994) quella per cui l’Agcm gode di ampia discrezionalità nell’accogliere o nel respingere le offerte di impegno a cessare il comportamento scorretto da parte dei soggetti che risultano destinatari dell’apertura di una procedura di infrazione. Tale lata discrezionalità si estrinseca in una duplice direzione: sia nell’accertare se il caso, per la sua gravità intrinseca e per la natura manifesta della scorrettezza esaminata, merita comunque la finalizzazione del procedimento sanzionatorio, che resterebbe altrimenti inibita dall’accettazione della dichiarazione di impegno, sia nella valutazione dei contenuti specifici della dichiarazione espressiva dello ius poenitendi (Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 114)*” (così T.A.R. Lazio, Sez. I, sent. 24 luglio 2017, n. 8905).

(59) I programmi di clemenza *ex art. 15, comma 2-bis* della l. n. 287/90 consentono, in particolare, all’Autorità di modulare (o, in alcuni casi, addirittura di escludere) la sanzione amministrativa pecuniaria in funzione della «*qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell’accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza*».

(60) In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, sent. 11 gennaio 2016, n.38; 26 marzo 2015, n. 1596.

di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive si realizzi e si espliciti nella maniera più compiuta, anche per l'assenza in capo alla medesima Autorità di funzioni *stricto sensu* regolatorie.

Con la pronuncia in commento la Corte esclude categoricamente la possibilità di riconoscere natura paragiurisdizionale (*quasi-judicial*) all'Autorità *antitrust* e alle funzioni dalla stessa esercitate e cala definitivamente il sipario sull'esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un *tertium genus* a cavallo tra amministrazione e giurisdizione. In ciò, al di là dell'autorevolezza dell'organo emanante e dell'idoneità della decisione ad assurgere a "precedente" in materia di accesso incidentale delle *authorities*, la sentenza sembra proseguire nel solco già ampiamente tracciato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato (61).

Nel negare la legittimazione dell'AGCM a sollevare questione di costituzionalità, la Corte ricorda come elemento imprescindibile per poter considerare un organo, anche non incardinato in un ordine giudiziario, quale giudice *a quo* sia la necessaria condizione di terzietà dello stesso.

La terzietà, intesa come assoluta estraneità rispetto agli interessi in gioco e assenza di qualsivoglia coinvolgimento o interesse nella situazione sostanziale, rappresenta, dunque, la vera e propria *condicio sine qua non* per il riconoscimento della giurisdizionalità dell'organo, sia pure ai limitati fini del sollevamento della *quaestio legitimitatis*. Tale fondamentale requisito - costantemente preteso dalla pur cangiante giurisprudenza costituzionale in materia di accesso incidentale - difetta, a ben vedere, nel caso dell'Autorità *antitrust*, che, come noto, assume la posizione di parte processuale resistente nei giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, assoggettati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Circostanza, questa, che impedisce in radice - a meno di non voler incappare in paradossali contraddizioni in termini - di considerare "giudice", sia pur in senso lato, un'Autorità i cui provvedimenti, espressione di potere amministrativo, siano pienamente giustiziabili di fronte al giudice amministrativo.

Tra l'esercizio di funzioni (latamente) giurisdizionali e l'acquisto della qualità di parte processuale sussiste, dunque, una relazione di incompatibilità di tipo logico e ontologico: chi è parte è, per definizione, portatore di un interesse sostanziale e non può essere giudice o arbitro dello stesso. Non a caso, tale condizione non si rinviene in alcuna delle altre ipotesi, citate nell'ordinanza di rimessione, nelle quali la Corte ha riconosciuto ai rimettenti la legittimazione a promuovere questione di costituzionalità (62): in tutti quei casi, a

(61) Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652.

(62) Il riferimento è, in particolare, alla Sezione disciplinare del C.S.M., ai Consigli nazionali delle professioni in sede di c.d. "giurisdizione domestica", alla Corte dei Conti in sede di controllo preventivo di legittimità e ai Collegi arbitrali.

ben vedere, la fase di impugnazione difetta in radice o, se vi è, non coinvolge, evidentemente, l'organo che ha adottato la decisione impugnata.

Si tratta dell'argomento più forte e decisivo tra quelli spesi dalla Corte per sostenere il difetto di legittimazione incidentale dell'AGCM. Altri se ne potrebbero aggiungere per confutare le considerazioni contenute nell'ordinanza di rimessione. Basti pensare, ad esempio, al ruolo marcatamente proattivo del Collegio dell'Autorità in relazione alla fase istruttoria o all'impossibilità di equiparare *quoad effectum* il provvedimento *antitrust* con i provvedimenti giurisdizionali passati in giudicato. Sotto il primo profilo, vale evidenziare come il Collegio dell'AGCM, lungi dal restare estraneo al procedimento sino all'adozione del provvedimento decisorio definitivo, ne orienta e condiziona attivamente lo sviluppo. È il Collegio, infatti, che dà necessariamente inizio al procedimento, disponendo l'avvio dell'istruttoria (63); è lo stesso organo che vi dà successivamente impulso, verificando in via del tutto ufficiosa, senza che sul punto si eserciti alcun contraddittorio, la non manifesta infondatezza dell'ipotesi accusatoria formulata nella C.R.I. (ossia delle proposte formulate dagli Uffici istruttori in relazione agli elementi probatori acquisiti all'esito dell'istruttoria), autorizzandone l'invio alle imprese (64). Tale valutazione di non manifesta infondatezza assume i connotati di una vera e propria delibazione sommaria sul fondamento dell'azione, ossia sulla sua plausibilità: pertanto, non solo stride concettualmente con il successivo esercizio di funzioni decisorie e giudicanti da parte del medesimo Collegio, ma - avvenendo *ex officio* - risulta priva delle fondamentali garanzie del contraddittorio proprie di un processo giurisdizionale.

Quanto al secondo aspetto, risulta arduo operare un'analogia tra gli effetti del provvedimento *antitrust* e quelli tipici del giudicato. L'inoppugnabilità del provvedimento - che consegue alla sua mancata impugnazione - pur presentando alcune caratteristiche comuni con il giudicato (ad es. l'incontestabilità dell'assetto di interessi prodotto dal provvedimento, la preclusione di un *bis in idem* procedimentale) è condizione evidentemente non equiparabile a quella che caratterizza i provvedimenti giurisdizionali passati in giudicato, che si connotano per la stabilità e la definitività dell'accertamento da essi compiuto. Basti pensare, al riguardo, alla possibilità per l'AGCM - al pari di ogni altra autorità amministrativa decidente - di ricorrere all'annullamento del provvedimento in autotutela: prerogativa, questa, incompatibile con i corollari del giudicato.

(63) L'art. 6, comma 1 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 - rubricato «Avvio dell'istruttoria» - stabilisce infatti che «Il collegio, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2, comma 2, 3 e 6, comma 1, della legge, valutate le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'istruttoria di cui all'articolo 14 della legge».

(64) Art. 14, comma 1 del D.P.R. n. 217 del 1998.

La ricostruzione operata dalla Corte e gli esiti cui la stessa perviene sembrano, allora, sostanzialmente corretti e in larga parte condivisibili. Tuttavia, nel chiudere fermamente la porta dell'accesso incidentale all'Autorità *antitrust*, la pronuncia sembra connotarsi, forse, per l'eccessivo rigore e per l'approccio eccessivamente *tranchant*. L'impressione, in altri termini, è che i mezzi (le argomentazioni) utilizzati dalla Corte per raggiungere il fine - legittimo, anzi giusto - di negare la legittimazione incidentale dell'AGCM non siano sempre proporzionati all'obiettivo stesso.

L'analisi dell'Autorità *antitrust* rischia, infatti, in alcuni passaggi, di appiattirsi su quella di una qualsiasi amministrazione tradizionale, titolare di una funzione amministrativa discrezionale e deputata alla ponderazione di una pluralità di interessi concorrenti (65), senza che ne venga colto, viceversa, il *quid pluris*, ossia l'essere titolare di una funzione di garanzia (delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti) di tipo puro - relativamente alla tutela della concorrenza - che la distingue nettamente dalle altre autorità indipendenti con funzioni di regolazione (66) e che ne connota l'attività (*rectius*: l'interesse perseguito) in maniera non solo imparziale ma anche obiettiva.

Corte costituzionale, sentenza 31 gennaio 2019 n. 13 - Pres. Lattanzi, Red. Coraggio - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale promosso dal Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel procedimento avviato nei confronti del Consiglio notarile di Milano (ord. 86/2018).

Avv.ti Beniamino Caravita di Toritto, Gian Michele Roberti e Andrea Saccucci per P. D.M., Massimo Luciani per il Consiglio nazionale del notariato, Barbara Randazzo e Gustavo Olivieri per R. G., Claudio Tesauro per il Centro Istruttorie spa - CISP, Fabio Cintioli e Anselmo Barone per il Consiglio notarile di Milano, e avv.ti Stato Gabriella Palmieri e Sergio Fiorentino per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.- Il Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, primo comma, della Costituzione - quest'ultimo in relazione all'art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 - questioni di legittimità costituzionale dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili), come introdotto dall'art. 1, comma 495, lettera c), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio

(65) A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2109 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, op. cit., p. 10.

(66) M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, op. cit., pp. 3-4.

2018-2020), e dell'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato).

1.1. – Il rimettente espone in punto di fatto che:

– in data 11 gennaio 2017 l'AGCM (d'ora in avanti anche: Autorità o Autorità garante) aveva avviato un procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano (d'ora in avanti anche: CNM), volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (d'ora in avanti anche: legge anti-trust), realizzata attraverso: a) richieste a tutti i notai del distretto di dati «concorrenzialmente» sensibili, al fine di fare emergere le posizioni di preminenza economica; b) iniziative disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da un'attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative;

– in data 21 febbraio 2018 gli uffici istruttori dell'Autorità avevano trasmesso alle parti del procedimento la comunicazione delle risultanze istruttorie (d'ora in avanti anche: CRI), con cui avevano contestato al CNM di avere posto in essere delle condotte idonee ad inibire ai notai del distretto (e in particolare, a quelli più performanti) l'acquisizione di elevate quantità di lavoro, ricorrendo alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta, condotte consistite, in particolare: a) nella richiesta di dati sensibili sotto il profilo antitrust, avendo il CNM adottato nel 2014 e nel 2016 un sistema di monitoraggio a tappeto sull'attività dei singoli notai, volto ad acquisire informazioni sempre più dettagliate sul loro comportamento economico (numero di atti stipulati, copia delle fatture, spese di gestione, dettaglio di svariate voci di costo, fatturato complessivo, etc.); b) nella mappatura dei notai monitorati, avendo il CNM elaborato i dati acquisiti al fine di porre in rilievo aspetti concorrenzialmente sensibili (tra gli altri, tabelle evidenzianti i livelli di «sperequazione» tra il numero di atti redatti dai notai del distretto; «tabelle excell» contenenti informazioni sui ricavi, sui costi e sull'organizzazione dell'attività; «indice Fatturato/Repertorio» da cui emergeva il rapporto tra i prezzi mediamente praticati dai singoli notai e la tariffa repertoriale; «Grafico dispersione fatturato» indicante il fatturato di ogni notaio, con evidenza di quelli più elevati; c) nel diffuso risalto (relazioni annuali, giornate di studio, audizioni, eccetera) del messaggio che occorreva «evitare sperequazioni» nella distribuzione del lavoro, evidenziando le ripercussioni negative per la categoria derivanti dalla concorrenza tra colleghi (condannando i «c.d. attifici» e le «politiche tariffarie molto, molto, molto, aggressive»);

– alla difesa del CNM, incentrata sulla funzionalità delle condotte contestate all'esercizio dei suoi poteri-doveri di vigilanza e disciplinari, gli uffici istruttori avevano replicato che le condotte medesime, in realtà, oltre ad essere carenti di proporzionalità e necessità, erano finalizzate a realizzare intenti anticompetitivi;

– a circa un anno dall'avvio dell'istruttoria e a ridosso dell'invio alle parti della CRI, la legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020) aveva introdotto nella legge n. 89 del 1913 (d'ora in avanti anche legge notarile) l'art. 93-ter, comma 1-bis, secondo cui «Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287»; in forza di tale ultima norma, «Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati»;

– nella CRI si sosteneva: 1) che la norma sopravvenuta non è applicabile *ratione temporis* alle condotte oggetto di accertamento; 2) in ogni caso, essa va interpretata in senso costitu-

zionalmente e comunitariamente orientato: l'art. 106, paragrafo 2, TFUE, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, limiterebbe l'applicazione delle norme antitrust alle condotte di imprese incaricate dalla legge della gestione di servizi di interesse economico generale (d'ora in avanti anche: SIEG) solo in via eccezionale e una volta superato il test di proporzionalità, con la conseguenza che non sarebbe possibile sottrarre in via generale e astratta un intero segmento di attività dall'ambito di applicazione della disciplina antitrust; 3) in caso di diversa interpretazione della norma sopravvenuta, l'Autorità garante sarebbe tenuta alla sua disapplicazione per contrarietà agli artt. 101 e 106, TFUE, letti congiuntamente all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, e al Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lettera g), del Trattato CE;

– il CNM aveva invece fatto leva sulla disposizione in esame per porre la questione preliminare dell'incompetenza dell'Autorità a giudicare le condotte oggetto di istruttoria, dal momento che l'esercizio del potere-dovere di vigilanza sarebbe funzione pubblicistica sottratta all'applicazione della normativa antitrust; la norma sopravvenuta, poi, sarebbe applicabile al caso di specie, in virtù del principio *tempus regit actum*, essendo stata introdotta ad istruttoria in corso; essa, inoltre, non farebbe che codificare un principio immanente nell'ordinamento, già affermato dalla Corte di cassazione (si cita la sentenza della sezione seconda civile, 5 maggio 2016, n. 9041) e poi ribadito dalla Corte d'appello di Milano (si cita la sentenza della sezione prima, 6 aprile 2018), secondo cui il consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare espleta un SIEG ed è perciò esente dall'applicabilità delle norme antitrust, ai sensi dell'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990.

1.2.– Ciò premesso in punto di fatto, il rimettente riferisce di essersi «lungamente interrogato» sulla propria legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

Rammenta il Collegio che, ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale) e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), i presupposti perché possa essere sollevata questione di legittimità costituzionale sono che essa venga formulata da un «giudice» nell'ambito di un «giudizio».

Tali condizioni - prosegue il rimettente - sono state interpretate sin dalle prime pronunce della Corte costituzionale (si citano le sentenze n. 129 del 1957 e n. 4 del 1956) «in senso estensivo», non ravvisandosi la figura del giudice nei soli titolari degli organi di giurisdizione ordinaria e speciale, né richiedendosi che il giudizio sia solo quello che si svolge davanti ai suddetti organi.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, cioè, avrebbe messo in luce come il sindacato «non abbia a esplicarsi in astratto, ma in relazione a concrete situazioni di fatto, alle quali siano da applicare norme di dubbia costituzionalità», da parte di organi che, «sebbene estranei alla organizzazione della giurisdizione», siano investiti di «funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge» e «siano all'uopo posti in posizione *super partes*». La ratio di fondo di tale indirizzo giurisprudenziale starebbe nella «esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte».

Alla stregua di queste coordinate, il rimettente ritiene di potere essere ricondotto al novero dei soggetti legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale, e ciò anche ove si

ritenga preferibile l'indirizzo secondo cui devono ricorrere sia l'elemento soggettivo (il giudice) che quello oggettivo (il giudizio).

1.2.1.- Sotto il profilo soggettivo e in primo luogo, la composizione dell'Autorità garante sarebbe tale da porla in una posizione di indipendenza e neutralità, sottraendola a qualsiasi condizionamento esterno. L'art. 10 della legge antitrust prevede che i componenti dell'Autorità sono nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e funzionalità, e tanto diversamente rispetto ad altre autorità indipendenti, i cui membri sono in tutto o in parte di nomina governativa.

La durata limitata del mandato (sette anni non rinnovabili), l'inamovibilità e il regime di incompatibilità costituirebbero, in secondo luogo, elementi importanti ai fini dell'indipendenza e terzietà dell'Autorità garante. La prima impedirebbe comportamenti opportunistici finalizzati ad ottenere una nuova nomina; il regime d'incompatibilità, invece, garantirebbe che i componenti non siano portatori di interessi diversi rispetto a quelli chiamati a tutelare nell'esercizio del mandato.

1.2.2.- Andrebbe poi evidenziato che l'AGCM è un'autorità amministrativa indipendente rientrante nel genus delle autorità di garanzia, svolgenti funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, perché consistenti nella riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine giuridico.

Nell'esercizio della funzione di tutela della concorrenza, che rappresenta il nucleo centrale della sua attività, l'Autorità - prosegue il rimettente - non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti (a differenza della pubblica amministrazione in senso classico, che, pur in modo imparziale, è tenuta a bilanciare contrapposti interessi pubblici e privati), ma si limita, al pari di un giudice, ad applicare la legge al caso concreto. L'agire dell'Autorità, infatti, non è caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al più ravvisare una discrezionalità tecnica nell'applicazione di regole di natura economica.

1.2.3.- La funzione in questione, inoltre, avrebbe sicura rilevanza costituzionale, posto che la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato sono valori riconducibili all'art. 41 della Costituzione.

1.2.4.- Andrebbe ancora considerato che, a differenza di altre autorità indipendenti, l'AGCM non regola e controlla uno specifico settore economico, né persegue fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza. Tale funzione di garanzia spiegherebbe il suo ruolo di terzietà, al pari del giudice.

1.2.5.- Altro elemento che deporrebbe per il carattere giurisdizionale delle funzioni svolte dall'Autorità sarebbe l'ampio spazio che nei procedimenti sanzionatori viene dato ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale.

In tali procedimenti, oltre al contraddittorio documentale, sarebbe garantito anche quello orale, sia all'inizio dell'istruttoria che, ai sensi dell'art. 14 della legge antitrust, prima della sua conclusione. Più in particolare, nel corso del procedimento volto all'irrogazione della sanzione, non solo sarebbe previsto un esteso accesso ai documenti e al fascicolo della «accusa», ma l'autorità inquirente (gli uffici) sarebbe tenuta (attraverso l'invio della CRI) a comunicare alla «difesa» (il sottoposto a procedura sanzionatoria) tutte le prove a carico e discarico, sollecitando sulle stesse il contraddittorio in un'audizione davanti all'organo decidente (il Collegio).

La possibilità di difendersi dalle contestazioni mosse nel corso di un'audizione orale renderebbe il procedimento antitrust rispettoso dei requisiti previsti dall'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 legge 4 agosto 1955, n. 848: proprio la mancanza di tale possibilità avrebbe per contro indotto la Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere che il procedimento sanzionatorio davanti alla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) non soddisfacesse tutte le esigenze dell'art. 6 (si cita la sentenza della Corte EDU, seconda sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia).

1.2.6.– Ancora, in base all'art. 15 della legge antitrust, l'Autorità, analogamente al giudice ordinario, potrebbe disporre l'inibitoria di alcuni comportamenti, intimando alle imprese di cessare l'infrazione e condannandole al pagamento di sanzioni pecuniarie, «il tutto con decisione che, ove non impugnata, è suscettibile di produrre effetti analoghi a quelli del giudicato».

1.2.7.– Vi sarebbe, poi, un'adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni e il Collegio competente ad assumere le decisioni: secondo il regolamento di organizzazione, infatti, i primi non dipenderebbero dal secondo ma dal Segretario generale, che sovrintende al loro funzionamento. Tale separazione non sarebbe solo organizzativa, ma inciderebbe sulle funzioni esercitate: gli uffici istruttori effettuano le indagini, i cui risultati sono illustrati nella CRI, atto notificato alle parti del procedimento, su cui esse possono difendersi in forma scritta e nel corso dell'audizione orale davanti al Collegio, in contraddittorio con gli uffici medesimi.

Spetterebbe invece unicamente al Collegio il potere di decidere sull'esistenza dell'illecito e sull'irrogazione delle eventuali sanzioni, senza essere in alcun modo vincolato dalla proposta degli uffici. Andrebbe osservato, in tal senso, che sulla CRI il Collegio, nella fase di invio alle parti, esprime unicamente una valutazione di non manifesta infondatezza, restando poi libero di rigettare, modificare o recepire le proposte ivi formulate.

La funzione esercitata dall'Autorità in sede di applicazione della legge antitrust presenterebbe, dunque, «i connotati necessari per essere assimilata ad una funzione giurisdizionale, traducendosi in un'attività volta esclusivamente a garantire, in posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell'ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale».

1.2.8.– Vi sarebbe, peraltro, una ulteriore e decisiva considerazione che militerebbe in favore della legittimazione del rimettente, vale a dire la circostanza che, in caso contrario, l'ipotesi controversa sarebbe esclusa dal possibile sindacato della Corte costituzionale.

Ricorrerebbero, infatti, nel caso di specie «una serie di elementi che mostrano come l'accesso al sindacato della Corte sarebbe reso poco agevole, ponendosi la necessità di arricchire i meccanismi di introduzione delle questioni di legittimità costituzionale».

La norma sopravvenuta, nell'interpretazione fatta propria dal CNM e avallata dalla Corte d'appello di Milano con l'ordinanza del 6 aprile 2018, escluderebbe ex ante e in assenza di qualsiasi valutazione circa la concreta finalità perseguita dai consigli notarili l'applicabilità delle disposizioni in materia di tutela della concorrenza, con la conseguenza che l'Autorità dovrebbe chiudere il procedimento e dichiararsi incompetente.

Ciò avrebbe l'effetto di rendere «estremamente difficile» l'accesso al sindacato della Corte: infatti, ove non fosse riconosciuta la legittimazione dell'Autorità, la possibilità di sottoporre la norma al sindacato di costituzionalità sarebbe «rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento».

L'AGCM, dunque, dovrebbe essere ritenuta legittimata a sollevare la questione, in considerazione della «esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte» (si cita la sentenza di questa

Corte n. 181 del 2015) e della finalità di evitare che nell'ordinamento vi siano «zone franche» dal controllo di costituzionalità.

L'AGCM, cioè, dovrebbe ritenersi operare come giudice nel corso di un processo, «ai limitati fini» dell'art. 1 della legge n. 1 del 1948 e dell'art. 3 della legge n. 87 del 1953 (si citano le sentenze n. 181 del 2015 e n. 226 del 1976).

1.3.– In punto di rilevanza, il rimettente osserva, in via preliminare, che, secondo la consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, sono soggette al diritto antitrust anche le professioni regolamentate, comprese quelle notarili. Altrettanto pacifico sarebbe che i consigli notarili, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i loro servizi professionali, costituiscono associazioni d'imprese ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge antitrust. Più precisamente, i consigli sarebbero organi di regolamentazione di una professione, il cui esercizio costituisce un'attività economica, e quindi sarebbero nella condizione di «regolare e orientare l'attività degli iscritti nell'offerta delle proprie prestazioni professionali incidendo sugli aspetti economici della medesima» (si cita la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 18 luglio 2013, in causa C-136/12, Consiglio nazionale dei geologi e Autorità garante della concorrenza e del mercato).

La norma censurata avrebbe introdotto un «contesto di incertezza» in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i suoi poteri avverso le condotte dei consigli notarili, che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividano le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidenti sulle attività economiche dei notai, «sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge».

In particolare, la questione sarebbe rilevante ai fini della decisione da adottare nel procedimento a quo, poiché dalla sua soluzione dipenderebbe la stessa possibilità che il Collegio esamini il merito della fattispecie, possibilità esclusa alla stregua dell'interpretazione fatta propria dal CNM e dalla Corte d'appello di Milano.

1.4.– In punto di non manifesta infondatezza, il Collegio ritiene che le norme censurate, là dove sottraggono un intero segmento di attività all'applicazione della legge antitrust sarebbero in contrasto con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di ragionevolezza, e con l'art. 41 Cost.

«Per effetto» dell'art. 93-ter, comma 1-bis, infatti, sarebbe «sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione, senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Il legislatore ha, in particolare, predisposto uno strumento assolutamente non proporzionato rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare, con il risultato di creare un contesto in cui non sussiste alcun equilibrio tra interessi diversi, ma solo l'inaccettabile sacrificio della libertà di iniziativa economica privata».

Ciò assumerebbe ancora più rilievo, ove si consideri che l'Autorità e la Commissione europea non hanno mai contestato l'esercizio della funzione disciplinare dei consigli notarili e degli ordini professionali, essendosi sempre limitate a verificare, caso per caso, se tale esercizio non avesse esorbitato dalle sottese finalità pubblicistiche, risultando non necessario e non proporzionato rispetto al loro conseguimento.

La misura introdotta dall'art. 93-ter, comma 1-bis, invece, non sarebbe necessaria né proporzionata rispetto alla finalità pubblica perseguita, che potrebbe, per contro, essere soddisfatta mediante una valutazione da svolgersi caso per caso sulla riconducibilità dell'attività dei consigli notarili alla funzione di vigilanza esclusa dalla normativa antitrust.

Infine, le norme censurate contrasterebbero con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione

all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, che, secondo la giurisprudenza comunitaria, ammetterebbe deroghe alle disposizioni in materia di concorrenza solo ove necessarie per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione dei SIEG, richiedendo che sia effettuato un test di proporzionalità: il diritto comunitario escluderebbe la possibilità di sottrarre in via generale ed astratta un intero settore di attività dall'ambito di applicazione delle norme antitrust.

2. – È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, eccependo l'inammissibilità delle questioni sollevate per difetto di legittimazione del rimettente.

2.1. – Rammenta il Presidente del Consiglio dei ministri che, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte, le questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili allorché promanino da un «giudice» nel corso di un «giudizio».

Nonostante non manchino, specie nella giurisprudenza più risalente, letture non restrittive dei due requisiti, la Corte si sarebbe progressivamente attestata su una interpretazione più rigorosa, specie in riferimento alla loro necessaria compresenza (si cita la sentenza n. 164 del 2008).

Nella fattispecie in esame difetterebbero entrambi.

2.1.1. – Il Collegio dell'Autorità, in primo luogo, nonostante sia indiscutibile che la legge assicuri al Presidente e ai suoi componenti una particolare e qualificata indipendenza, non sarebbe un giudice e neppure un organo assimilabile ad un giudice «ai limitati fini» della proposizione della questione di legittimità costituzionale.

Se è vero - prosegue la difesa dello Stato - che l'indipendenza costituisce attributo necessario dei giudici, non è men vero che nelle organizzazioni statuali evolute tale condizione non inerisce esclusivamente alla giurisdizione, ma appartiene anche alle autorità amministrative indipendenti.

Tratto essenziale della giurisdizione è invece l'imparzialità o terzietà, ossia la condizione di separatezza nei confronti delle parti del procedimento e di indifferenza rispetto agli interessi in gioco. Secondo l'interveniente, tale requisito nel caso del Collegio dell'Autorità «è visibilmente da escludere».

In primo luogo e sul piano strutturale, la condizione di terzietà non potrebbe ravvisarsi in ragione del «rapporto di dipendenza funzionale dall'organo decidente di una delle parti del procedimento» (gli uffici istruttori), non essendo evidentemente sufficiente a influire in maniera determinante su tale rapporto il diaframma costituito dalla previsione che al funzionamento dei servizi e degli uffici debba sovrintendere il Segretario generale, poiché questi ne risponde al Presidente.

In secondo luogo e sul piano funzionale, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), è il Collegio dell'Autorità che dispone l'avvio dell'istruttoria.

Ancora, sarebbe il Collegio che, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 217 del 1998, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici, autorizza l'invio della CRI alle imprese. Tale deliberazione sommaria - «in sé forse non incompatibile» con il successivo esercizio di funzioni giudicanti - avverrebbe in via del tutto officiosa, senza le garanzie del contraddittorio proprie di un processo giurisdizionale.

Sarebbe poi dirimente la considerazione che l'Autorità è parte del giudizio di impugnazione delle proprie decisioni, mentre, ove si accedesse alla prospettiva contenuta nell'ordinanza di rimessione, la qualità di parte andrebbe riconosciuta agli uffici istruttori.

Tale ultima caratteristica - prosegue il Presidente del Consiglio dei ministri - è chiaramente incompatibile con l'esercizio di funzioni giurisdizionali ed è propria degli organi amministrativi, essendo l'acquisto della qualità di parte processuale riservata, per definizione, ai portatori di un interesse sostanziale (non coincidente con quello meramente fattuale di un organo giurisdizionale a vedere confermati i suoi provvedimenti).

Osserva l'interveniente che tale argomento è stato ritenuto decisivo dalla Corte di giustizia per riconoscere carattere giurisdizionale al Consiglio nazionale forense italiano (si cita la sentenza della Grande sezione, 17 luglio 2014, in cause riunite C-58/13 e C-59/13, Torresi).

Andrebbe poi richiamato anche l'orientamento della CGUE che ha negato la legittimazione a sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE all'autorità garante della concorrenza greca, sulla base di argomenti estensibili al caso di specie (in particolare, in ragione della dipendenza funzionale degli uffici istruttori dal Presidente dell'organo e della possibilità che l'autorità nazionale venga spogliata del procedimento da parte della Commissione europea).

2.1.2. - In disparte la carenza del requisito soggettivo, sarebbe poi da escludere anche l'assimilazione del procedimento antitrust ad un «giudizio».

In sintesi, sarebbe evidente che, sul piano delle forme, il procedimento, pur garantendo la massima partecipazione dell'interessato, si mantiene nei confini di un modello di contraddittorio di tipo bilaterale, analogo a quello, necessariamente «rinforzato», che contraddistingue i procedimenti amministrativi volti all'accertamento degli illeciti e all'applicazione delle conseguenti sanzioni.

Il procedimento, soprattutto, non si concluderebbe con un provvedimento suscettibile di costituire giudicato. La definitività conseguente alla mancata impugnazione, pur presentando alcune caratteristiche comuni al giudicato (l'incontestabilità e la preclusione di un bis in idem procedimentale), non sarebbe ad esso equiparabile, ove si rifletta sulla possibilità di annullamento in autotutela che pacificamente caratterizza anche i provvedimenti dell'AGCM o di disapplicazione dell'atto da parte del giudice in relazione all'oggetto dedotto in un diverso giudizio (facoltà invece preclusa nel caso delle sentenze passate in giudicato dall'art. 2909 del codice civile).

Tali caratteristiche dei provvedimenti dell'Autorità, lungi dall'essere smentite, sarebbero confermate dal regime introdotto dal decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 (Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea), se è vero che, al fine di conferire efficacia vincolante, nei giudizi risarcitori, ad alcuni aspetti dell'accertamento contenuto in un provvedimento definitivo dell'AGCM che abbia rilevato l'esistenza di un cartello anticoncorrenziale o di un abuso di posizione dominante, è stata necessaria una previsione espressa ed eccezionale (che, quindi, confermerebbe, relativamente agli altri aspetti, che il provvedimento non può fare stato in giudizio).

Infine, non vi sarebbe alcuna evidenza dell'esigenza di evitare zone franche dal controllo di costituzionalità, essendo chiaro che un eventuale arresto procedimentale motivato con la sopravvenienza della norma censurata può essere impugnato da uno degli intervenienti e, in particolare, dal notaio segnalante, che nel conseguente giudizio amministrativo ben potrebbe fare valere eventuali profili di illegittimità costituzionale.

3. - Con atto depositato nella cancelleria di questa Corte il 2 luglio 2018, si è costituito il Consiglio notarile di Milano, eccependo l'inammissibilità e non fondatezza delle questioni sollevate.

3.1. - Dopo avere riassunto i fatti di causa, il CNM ha eccepito, in primo luogo, l'inam-

missibilità per difetto di legittimazione dell'AGCM, mancando sia il requisito soggettivo (il provenire la questione da un giudice) che quello oggettivo (l'essere stata essa sollevata nel corso di un giudizio).

3.1.1.– Dal punto di vista soggettivo, l'Autorità garante, in quanto autorità amministrativa indipendente, sarebbe un'amministrazione e le sue caratteristiche d'indipendenza, comuni ad altre autorità, non sarebbero sufficienti a qualificarla come giudice speciale, in caso contrario dovendosi ravvisare la sua illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 102 Cost.

3.1.1.1.– La diversità tra AGCM e giudici ordinari e speciali sarebbe dimostrata anche dal fatto che la prima, oltre alla funzione di accertamento degli illeciti concorrenziali, svolge anche altre funzioni, sicuramente estranee alla giurisdizione, quali quelle amministrative di regolazione (in tema di operazione di concentrazione ed accettazione di impegni), quelle amministrativo-consultive (di advocacy, previste dagli artt. 21, 21-bis e 22 della legge antitrust) ed altre sanzionatorie e pacificamente amministrative, come la repressione delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 19 e seguenti del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229).

3.1.1.2.– Il CNM rammenta, poi, che gli atti dell'AGCM sono impugnabili davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera l), dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), ed infatti nella prassi gli atti sanzionatori sono sempre impugnati davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

Il legislatore, inoltre, con l'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990, introdotto dall'art. 35, comma 1, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, lungi dal riconoscere all'AGCM la qualità di giudice, le avrebbe attribuito quella opposta di parte processuale per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo di atti amministrativi in contrasto con la tutela della concorrenza (in tal modo l'Autorità, solitamente operante quale parte resistente nel processo amministrativo, assumerebbe anche la qualità di ricorrente).

3.1.1.3.– Il CNM aggiunge che le procedure di nomina dei componenti le autorità indipendenti sono profondamente diverse dai sistemi di reclutamento nei ruoli della magistratura, sia ordinaria che speciale.

Il sistema di nomina congiunta da parte dei Presidenti di Senato e Camera era stato scelto nel 1990 in ragione di una concezione costituzionale vigente durante il periodo storico che si suole definire «Prima Repubblica», che assegnava una carica alla maggioranza e l'altra all'opposizione, in modo da garantire l'indipendenza dall'indirizzo politico governativo. Questa convenzione era tuttavia venuta meno negli anni successivi, il che aveva suscitato un dibattito anche sulla idoneità del metodo di nomina del Presidente e dei componenti dell'Autorità ad assicurare il livello di indipendenza richiesto dalla legge.

Né, ancora, risulta che al Presidente e ai componenti dell'Autorità garante siano assicurate specifiche garanzie di inamovibilità, che in ogni caso non sarebbero parificabili a quelle di rango costituzionale proprie della magistratura ordinaria e di quelle speciali.

3.1.1.4.– Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, l'AGCM non potrebbe essere considerata terza rispetto alla contestazione mossa dai suoi uffici.

In primo luogo, il Segretario generale è nominato «su proposta» del Presidente e ad esso risponde del funzionamento dei servizi e degli uffici (art. 11, comma 5, della legge n. 287 del

1990), e tale «raccordo istituzionale» legherebbe uffici e Collegio in una «unità soggettiva indiscutibile».

In secondo luogo, il Collegio dell'Autorità, lungi dal restare estraneo al procedimento, ne sarebbe continuo «protagonista, orientandone lo sviluppo»: l'avvio dell'istruttoria, atto ampiamente motivato e recante quindi una prima inclinazione decisoria, è infatti di competenza del Collegio, che è poi chiamato, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 217 del 1998, ad effettuare una valutazione di non manifesta infondatezza della bozza di CRI sottoposta dagli uffici.

In terzo luogo, l'ordinamento delle carriere, le promozioni, le assegnazioni di incarichi, inclusi quelli dirigenziali, e gli assetti organizzativi sarebbero tutti rimessi ad altrettante decisioni del Collegio.

3.1.1.5.- Il contraddittorio che si svolge innanzi all'Autorità sarebbe di tipo bilaterale, analogo a quello che caratterizza altri procedimenti volti all'accertamento di un illecito amministrativo ed all'irrogazione di una sanzione pecuniaria: da una parte l'AGCM e dall'altra le imprese, che già nell'atto di avvio sono incolpate di un abuso di posizione dominante o della partecipazione ad una intesa anticoncorrenziale. Potrebbero esservi anche altre parti private o pubbliche, in qualità di segnalanti o interventori, ma la garanzia, anche nei loro confronti, della parità delle armi non modificherebbe il carattere bilaterale del contraddittorio.

3.1.2.- Il CNM affronta, quindi, il profilo oggettivo della questione, ossia se sia possibile considerare il procedimento antitrust come un «giudizio».

3.1.2.1.- La risposta positiva del rimettente non sarebbe condivisibile, come dimostrato dal fatto che la stessa AGCM, dopo avere negato che il suo agire sia caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, ammette che si può al più «ravvisare una discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica».

La funzione esercitata dall'Autorità garante sarebbe, in realtà, una funzione di vigilanza e sanzionatoria di carattere amministrativo. La discrezionalità tecnica, ovvero l'adozione di valutazioni complesse ed opinabili, si sostanzierebbe in una operazione definita dalla giurisprudenza amministrativa di «doppia contestualizzazione»: dapprima, l'Autorità elabora un regola specifica discendente dal precetto, di contenuto generale, degli artt. 101 o 102 TFUE o degli artt. 2 o 3 della legge n. 287 del 1990, e solo dopo verifica se quella regola specifica, dedotta grazie a nozioni non giuridiche ma prevalentemente economiche, sia applicabile al caso concreto.

3.1.2.2.- Nemmeno - prosegue il CNM - sarebbe esatto negare che l'AGCM faccia ponderazione e bilanciamento di interessi pubblici e privati: la configurazione dell'illecito dipende anche dalla concorrente valutazione di situazioni come gli interessi dei consumatori, le conseguenze sul mercato, il rapporto tra decisione dell'Autorità e consumer welfare.

Emblematico di tali valutazioni discrezionali sarebbe il potere dell'Autorità di autorizzare, per un periodo limitato di tempo, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2 della legge antitrust, quando esse diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, miglioramenti che possono consistere in un aumento della produzione, della sua qualità o della distribuzione o, più genericamente, nel progresso tecnologico in favore dei consumatori, tenendo presente anche la necessità di assicurare alle imprese la concorrenzialità sul piano internazionale (art. 4 della legge antitrust).

3.1.2.3.- Che non si tratti di mera applicazione della legge risulterebbe anche dal meccanismo di funzionamento del network istituito dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (CE), network cui è conferito il compito di dare applicazione diretta agli artt. 101 e 102 TFUE e di cui anche AGCM è parte.

Tale rete di autorità a tutela della concorrenza - prosegue il CNM - è infatti guidata dalla Commissione europea, la quale, pur tenendo conto di tutte le particolarità dell'ordinamento comunitario, è un organo non giurisdizionale, e all'interno della rete si discute spesso della elaborazione di politiche della concorrenza e di selezione degli obiettivi da raggiungere, il che è incompatibile con l'attività giurisdizionale.

3.1.2.4.- Il CNM osserva, ancora, che il rimettente cerca di avvalorare la tesi della natura giurisdizionale delle funzioni svolte, sottolineando la diversità tra funzione di regolazione dei mercati (operante ex ante) e di vigilanza antitrust (operante ex post).

Tale distinzione, ormai «classica», sarebbe tuttavia «alquanto sottile», come dimostrato dalla vicinanza tra la funzione di vigilanza e quella di autorizzazione delle operazioni di concentrazione, pure rimessa all'Autorità e implicante - come è pacifico - poteri regolatori, nonché dall'istituto della chiusura dei procedimenti sanzionatori mediante l'accoglimento di impegni dell'impresa (art. 14-ter della legge antitrust), ove pure la complessa valutazione discrezionale sulla «idoneità» degli impegni medesimi darebbe luogo ad una funzione sostanzialmente regolatoria.

3.1.2.5.- Aggiunge il Consiglio notarile di Milano che la già illustrata carenza di terzietà dell'Autorità concorre a spiegare la mancanza non solo del requisito soggettivo ma anche di quello oggettivo.

Non sarebbe comprensibile su quali basi l'Autorità possa assimilare l'effetto dei suoi provvedimenti a quelli di un giudicato: il provvedimento sanzionatorio è un atto amministrativo, la cui definitività per mancata impugnazione produce effetti ben diversi da quelli discendenti dal giudicato.

La stessa AGCM, peraltro, nella prassi, riterrebbe applicabile alle sue decisioni l'istituto del ritiro in autotutela decisoria.

La circostanza che l'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, in applicazione dell'art. 9 della direttiva 104/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, abbia introdotto un eccezionale effetto vincolante - solo ad alcuni fini e con certi limiti - del provvedimento sanzionatorio in seno al giudizio civile risarcitorio, sarebbe la conferma ulteriore che esso non ha la forza del giudicato.

3.1.2.6.- Mancherebbe, ancora, l'esigenza di sostenere un'interpretazione estensiva della legittimazione ad adire la Corte costituzionale, perché non vi sarebbe il rischio di zone franche dal controllo di costituzionalità.

Ove la Corte negasse la legittimazione dell'Autorità, quest'ultima dovrebbe applicare la norma censurata ed escludere l'esistenza di un illecito; ciò non impedirebbe alle parti private intervenute nel procedimento di impugnare il provvedimento finale davanti al TAR Lazio, cui si potrebbe chiedere di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Inoltre, i soggetti interessati potrebbero anche adire il giudice civile per chiedere il risarcimento di eventuali danni e, in ipotesi, per fare valere l'invalidità di atti derivanti da quelli funzionali all'esercizio dell'attività di vigilanza a fini disciplinari: così ancora una volta si schiuderebbe un giudizio nel quale la valutazione di non manifesta infondatezza «verrebbe compiuta da un vero giudice a quo».

La situazione prospettata dall'ordinanza di rimessione, per contro, creerebbe una sorta di inedito potere di impugnazione diretta della legge davanti alla Corte costituzionale da parte di un soggetto che è invece destinato ad essere fisiologicamente parte nel giudizio che si svolge dopo la decisione di sua competenza.

3.1.2.7.– Aggiunge il CNM che la stessa Corte di giustizia, chiamata a valutare la legittimazione a promuovere rinvio pregiudiziale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato greca, si è pronunciata negativamente, escludendo la possibilità di qualificarla come organo giurisdizionale (si cita la sentenza del 31 maggio 2015, in causa 53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* e altri).

3.2.– Il Consiglio notarile di Milano ha poi eccepito l'inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza della questione.

Essa potrebbe dirsi rilevante, solo ove l'AGCM avesse esplicitamente ritenuto che la condotta del medesimo Consiglio rientrasse nella fattispecie della delibera di associazione di imprese restrittiva della concorrenza. In altri termini, secondo il CNM, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale, il rimettente avrebbe dovuto spiegare perché non vi erano altre ragioni per ritenere insussistente l'illecito atte ad escludere la rilevanza.

3.3.– Nel merito, secondo il Consiglio notarile di Milano, la censura di violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, è infondata.

Osserva il CNM che il parametro interposto contempla una deroga alle regole di concorrenza poste dai Trattati per le imprese che operino, su incarico dello Stato, in settori di interesse economico generale, purché: a) le norme sulla concorrenza ostacolino l'adempimento della missione affidata e b) la restrizione della concorrenza realizzata per effetto della deroga non comprometta lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione.

In relazione all'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge notarile, sussisterebbero tutte le condizioni richieste dall'art. 106, paragrafo 2, TFUE, avente pacificamente efficacia diretta, affinché possa operare il regime derogatorio ivi previsto: i consigli notarili, infatti, svolgono, per espressa attribuzione dello Stato (operata con la legge n. 89 del 1913), servizi di interesse generale, in quanto nell'esercizio dei poteri di vigilanza «non regolano i servizi offerti dai notai sul mercato, ma, con prerogative tipiche dei pubblici poteri, adempiono, in sostanza, a una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà».

Secondo il CNM, le regole della concorrenza, se applicate, comprometterebbero l'adempimento della missione pubblica affidata dal legislatore ai consigli, perché consentirebbero agli iscritti di vanificare l'attività di vigilanza propedeutica all'instaurazione dei procedimenti disciplinari semplicemente assumendo l'idoneità dell'esercizio dei poteri consiliari a restringere - sia pure indirettamente - la libertà professionale degli iscritti. Del pari, proprio come accaduto nel caso di specie, la possibilità di invocare un riesame, «sotto la lente della disciplina antitrust», delle decisioni rese dagli organi giurisdizionali competenti a pronunciarsi sui procedimenti disciplinari notarili, finanche se definitive, porrebbe in discussione le fondamenta del sistema della giustizia disciplinare.

D'altra parte - rammenta il CNM - ancora prima dell'introduzione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, i consigli notarili, secondo la giurisprudenza anche di legittimità, nell'esercizio dei poteri funzionali al promovimento del procedimento disciplinare, risultavano esentati dall'applicazione della normativa antitrust.

La Corte di cassazione, in particolare, era già giunta per via interpretativa all'approdo cristallizzato dal legislatore del 2017, il quale si sarebbe dunque limitato a introdurre «una norma di interpretazione autentica di una disposizione già vigente».

Per le ragioni sopra esposte, dunque, sarebbe infondata la tesi dell'AGCM secondo cui l'art. 93-ter, comma 1-bis, è in contrasto con l'art. 106, paragrafo 2, TFUE.

Il rischio di abusi da parte dei consigli, ossia l'eventualità dell'esercizio del potere di vigilanza per il perseguimento di fini diversi rispetto allo scopo istituzionale, oltre ad essere irrilevante ai

fini della prospettazione della questione di legittimità costituzionale, sarebbe scongiurato dall'esistenza nella legge notarile di un adeguato sistema di controllo giurisdizionale.

3.4.– La censura di violazione degli artt. 3 e 41 Cost. sarebbe inammissibile per difetto di motivazione.

Il rimettente, in particolare, si sarebbe limitato ad affermare, con riferimento all'art. 3 Cost., che il legislatore avrebbe predisposto uno strumento non proporzionato alla finalità pubblica perseguita, sacrificando ingiustamente ed arbitrariamente la libertà d'iniziativa economica.

Al di là di tale tautologica affermazione, l'AGCM non avrebbe fornito un'adeguata illustrazione delle ragioni per cui la norma recata dall'art. 93-ter, comma 1-bis, sarebbe arbitraria e non proporzionata, né avrebbe esperito il necessario tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme, il che, parimenti, renderebbe la questione inammissibile.

3.4.1.– La censura sarebbe in ogni caso non fondata.

Afferma il Consiglio notarile di Milano che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, la libertà di concorrenza non riceve dall'ordinamento una protezione assoluta, essendo suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di utilità sociale (art. 41, secondo comma, Cost.) e da fini sociali (art. 41, terzo comma, Cost.), a condizione che tali limitazioni siano conformi al principio di ragionevolezza, sub specie di non arbitrarietà e non palese incongruità.

Alla luce di tali principi, la scelta del legislatore di sottrarre all'applicazione della legge n. 287 del 1990 gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare sarebbe costituzionalmente legittima.

I consigli notarili, infatti, hanno il potere di vigilanza sull'osservanza, da parte dei notai, delle disposizioni di legge e di deontologia, nonché il potere di promuovere l'azione disciplinare, e tali funzioni consiliari hanno una precisa rilevanza pubblicistica, essendo preordinate a garantire il perseguimento dei fini sociali o di utilità sociale connessi all'adempimento del munus di notaio: la serietà e certezza dei traffici giuridici, la prevenzione del contenzioso tra le parti e tra le parti ed i terzi in ordine all'assetto dei rapporti giuridici risultanti dagli atti rogati, il controllo sulla legalità degli atti, sulla situazione soggettiva e sulla volontà dei paciscenti.

La garanzia di tali interessi generali della collettività esigerebbe che i consigli siano liberi di compiere ogni atto funzionale al promovimento del procedimento disciplinare senza sottostare all'applicazione della normativa antitrust.

Quanto, poi, alla «non palese incongruità» della disciplina censurata, il CNM rammenta che: 1) la sottrazione alla normativa antitrust vale solo per gli atti strettamente connessi all'esercizio della funzione disciplinare; 2) la giurisprudenza ritiene che la stretta connessione non si configuri ove le imprese affidatarie dei SIEG deviano dallo scopo istituzionale; 3) il controllo giurisdizionale sugli atti del consiglio è pieno ed esteso anche agli atti propedeutici all'esercizio del potere disciplinare - in particolare a quelli adottati ai sensi degli artt. 93, 93-bis e 93-ter della legge notarile - ed è per ciò solo idoneo a scongiurare il rischio di abusi o sviamenti di potere.

4.– Con atto depositato nella cancelleria di questa Corte il 3 luglio 2018, si è costituito il notaio P. D.M. (d'ora in avanti anche: notaio segnalante o segnalante), aderendo alle argomentazioni esposte dal rimettente e concludendo per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate.

4.1.– Il notaio P. D.M. ha in primo luogo fatto presente, in punto di fatto, di avere assunto nel procedimento innanzi all'Autorità il ruolo di «segnalante» e che l'art. 93-ter della legge notarile è stato introdotto - «dichiaratamente su pressione degli organi professionali» - proprio in pendenza del procedimento istruttorio avviato nei confronti del CNM, a seguito del suo esposto.

4.2.– Dopo avere dettagliatamente ricostruito lo svolgersi del procedimento a quo, il notaio segnalante si è soffermato sulla legittimazione dell'AGCM a sollevare in via incidentale questione di legittimità costituzionale.

4.2.1.– Come sottolineato dal rimettente, la Corte costituzionale, muovendo dalla ratio che informa il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale, avrebbe dato un'interpretazione estensiva dei requisiti di accesso, arrivando a ritenere che «per aversi giudizio a quo è sufficiente che sussista esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge da parte di soggetti, pure estranei all'organizzazione della giurisdizione, posti in posizione *super partes*» (si citano le sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966).

Coerentemente con tali coordinate, la Corte avrebbe riconosciuto la legittimazione ad alcuni soggetti «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale di legittimità costituzionale, come, ad esempio, nel caso delle sezioni di controllo della Corte dei conti nell'esercizio della funzione amministrativa di controllo preventivo sugli atti del governo (si citano le sentenze n. 384 del 1991 e n. 226 del 1976) e nel caso del collegio arbitrale (si cita la sentenza n. 376 del 2001).

4.2.2.– Così ricostruita la figura del giudice a quo, sarebbe evidente come l'AGCM «possa pienamente rientrare entro il perimetro tracciato dalla giurisprudenza costituzionale».

4.2.2.1.– In primo luogo non potrebbe dubitarsi della natura imparziale e indipendente dell'Autorità, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale con riferimento anche ad altre autorità amministrative indipendenti (si citano le sentenze n. 41 del 2013, n. 482 e n. 57 del 1995) e come evincibile dall'art. 10 della legge antitrust, secondo cui «L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione».

Sarebbe evidente, poi, l'estraneità dell'AGCM rispetto al circuito Parlamento-Governo-Pubblica amministrazione, comprovata dalla circostanza che i suoi componenti sono scelti da soggetti istituzionali terzi e per un periodo di tempo che eccede la durata dell'organo politico che detiene il potere di nomina. Andrebbe altresì considerato che i membri dell'Autorità «non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato» (art. 10, comma 3, della legge antitrust).

4.2.2.2.– Non potrebbe sostenersi, poi, che l'AGCM sia priva di un sufficiente grado di indipendenza interna, da intendersi nel senso della separazione tra funzione istruttoria e decisoria, poiché ai sensi dell'art. 11 della legge antitrust, il funzionamento dei servizi e degli uffici è affidato al Segretario generale, il quale è nominato, su proposta del Presidente, dal Ministro dello sviluppo economico, ovvero da un soggetto diverso rispetto a Presidente e membri del Collegio.

Ai medesimi uffici - prosegue il segnalante - è attribuito lo svolgimento dell'istruzione del procedimento: essi, in particolare, procedono all'avvio dell'istruttoria e allo svolgimento di tutte le attività ad essa funzionali (come ad esempio le ispezioni), e a conclusione della medesima trasmettono al Collegio la CRI, sulla quale esso si limita a formulare una valutazione di non manifesta infondatezza; in caso di esito negativo di tale ultima valutazione, si apre innanzi al Collegio la fase decisoria, caratterizzata da tutte le garanzie del contraddittorio proprie di un procedimento giurisdizionale.

4.2.3.– Viste le funzioni esercitate dall'AGCM, non potrebbe negarsi la sua natura paragiurisdizionale: l'Autorità, infatti, sarebbe chiamata a valutare, da una posizione di sostanziale equidistanza dai diversi interessi portati alla sua attenzione, fattispecie concrete alla luce di parametri fissati dalla legge, secondo il sillogismo proprio dell'attività giurisdizionale, e tale

valutazione sarebbe svolta senza dare alcuna prevalenza all'interesse pubblico, diversamente da quanto accade nello schema classico della comparazione degli interessi in cui si sostanzia l'operato della pubblica amministrazione.

L'esito dell'accertamento demandato all'Autorità, poi, si estrinsecerebbe in un provvedimento dal carattere decisorio relativo ad una specifica situazione giuridica soggettiva, idoneo ad acquisire definitività ove non impugnato.

4.2.4.– Le attribuzioni dell'Autorità si situerebbero in un «ambiente di sicuro spessore costituzionale».

Osserva il notaio segnalante come sia la stessa legge istitutiva dell'AGCM a chiarire che la disciplina della concorrenza si esplica «in attuazione dell'art. 41 Cost. e a tutela del diritto di iniziativa economica»: in considerazione delle funzioni esercitate, l'AGCM dovrebbe essere considerato il principale garante del diritto costituzionalmente tutelato ad una iniziativa economica libera.

Il fondamento costituzionale dell'Autorità, poi, andrebbe rinvenuto soprattutto negli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impongono il rispetto degli obblighi discendenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea.

È nel «testo sostanzialmente costituzionale», costituito dai tre blocchi del TUE, del TFUE e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che andrebbe rintracciato l'effettivo fondamento delle Autorità indipendenti.

4.2.5.– Secondo il notaio P. D.M., la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe affermato che la procedura dinanzi all'AGCM è rispettosa dei requisiti prescritti dall'art. 6 CEDU, atteso che l'Autorità può qualificarsi come un «tribunale» indipendente ed imparziale ai sensi della menzionata disposizione convenzionale e posto, altresì, che i relativi procedimenti, svolgendosi nel rigoroso rispetto del principio del contraddittorio, soddisfano pienamente le esigenze di equità processuale ivi sancite (si cita la sentenza della Corte EDU, sezione seconda, 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics srl contro Italia).

In particolare, ai fini del giudizio convenzionale, le procedure di nomina del Presidente e dei componenti del Collegio, la durata settennale del mandato (non rinnovabile), l'inaffidabilità e le ipotesi di incompatibilità sarebbero indici incontrovertibili del carattere indipendente dell'Autorità.

Da un punto di vista oggettivo, la netta separazione - tanto organizzativa quanto funzionale - esistente tra gli uffici istruttori e il Collegio, ovvero l'organo chiamato ad assumere le decisioni, e l'assenza di vincolatività delle proposte formulate dai primi nella CRI escluderebbero ogni carenza di imparzialità oggettiva.

Dal punto di vista procedurale, la facoltà riconosciuta al sottoposto al procedimento anti-trust di replicare alle argomentazioni e deduzioni dell'accusa, di conoscere tutte le prove a suo carico e di chiedere la fissazione di un'audizione orale dinanzi al Collegio assicurerebbero il diritto al contraddittorio sia documentale sia orale e il rispetto del principio della parità delle armi (si cita, a contrario, Corte EDU, sezione seconda, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia).

4.2.6.– Il segnalante, pur consapevole dell'autonomia delle nozioni di organo giurisdizionale accolte dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia, ritiene rilevante la circostanza che l'AGCM possieda tutti i requisiti prescritti dalla giurisprudenza della seconda per potersi qualificare come organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Né potrebbero rilevare, in senso contrario, la stretta collaborazione intercorrente tra l'AGCM e la Commissione europea e la possibilità che, ai sensi dell'art. 11, n. 6, del Rego-

lamento (CE) n. 1/2003, la prima sia privata della sua competenza in favore della seconda, avendo l'Autorità agito nel caso di specie esclusivamente sulla base della normativa nazionale.

4.3.– Nel merito, il segnalante osserva quanto segue:

– come sottolineato nell'ordinanza di rimessione, il principio di ragionevolezza postula che l'intervento legislativo, incidente su beni costituzionalmente protetti, quale la libertà di iniziativa economica privata, sia coerente rispetto all'obiettivo perseguito e non comporti effetti ultronei e sproporzionati;

– nel caso di specie, l'irragionevolezza sarebbe evidente, da un lato, nel fatto che non è ravvisabile alcun obiettivo collegamento tra le finalità assertivamente perseguite (la tutela dei valori deontologici) e il regime introdotto (una deroga ex lege, volta a inibire, in toto ed a priori, l'applicazione delle norme antitrust ad iniziative disciplinari di organi professionali); e, dall'altro, nel rilievo che l'effetto prodotto (il sacrificio di un «nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza») sarebbe ultroneo rispetto alla finalità perseguita;

– non vi sarebbe alcun conflitto fra disciplina concorrenziale e disciplina deontologica tale da richiedere la previsione di una deroga volta a preservare l'ambito disciplinare da una supposta invasione di campo da parte dell'autorità (europea o nazionale) antitrust;

– al contrario, i due regimi, purché correttamente interpretati, coesisterebbero: l'azione disciplinare può esplicarsi in presenza di effettive violazioni deontologiche, dando luogo all'irrogazione delle relative sanzioni, mentre l'intervento antitrust si svolge ogniqualvolta risulti che «in singoli casi [...] si sia verificato un accordo concorrenziale poi tradottosi anche in forma di uno o più provvedimenti disciplinari»;

– quanto all'asserita violazione dell'art. 117, primo comma Cost., la qualificazione ex lege degli atti funzionali al promovimento dell'azione disciplinare come SIEG, operata dal comma 1-bis dell'art. 93-ter, si porrebbe manifestamente al di fuori della consolidata interpretazione dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE, operata dalla Corte di giustizia, dal momento che gli atti disciplinari non costituiscono una prestazione di beni o servizi su un mercato; che in relazione ad essi non si riscontrano, ovviamente, market failures; che non vi è stato uno specifico mandato ad hoc per l'assolvimento del servizio; che, in ogni caso, anche ad ammettere che possano ricorrere i presupposti per il conferimento di un SIEG, la deroga prevista dalla citata disposizione comunitaria imporrebbe un'applicazione restrittiva coerente con rigorosi canoni di necessità e proporzionalità, da applicarsi sulla base di un apposito accertamento in concreto.

4.4.– Per il caso in cui la Corte deneghi la legittimazione dell'Autorità, il notaio P. D.M. ritiene doveroso svolgere alcune considerazioni.

Andrebbe verificato, in particolare, se la distonia fra il comma 1-bis dell'art. 93-ter della legge notarile e l'art. 106, paragrafo 2, TFUE non possa essere risolta mediante ricorso alla interpretazione comunitariamente conforme ovvero alla disapplicazione della norma interna confliggente con il parametro europeo.

Secondo il notaio segnalante, l'ordinanza non si sarebbe interrogata al riguardo, probabilmente perché nell'istruttoria si è dedotta l'applicazione dell'art. 2 della legge antitrust e non della corrispondente norma europea (l'art. 101 TFUE).

Andrebbe tuttavia tracciata una distinzione tra l'istruttoria in cui la norma di legge è stata invocata e la legge medesima: la prima sarebbe vicenda di rilevanza locale soggetta al parametro domestico, mentre la seconda, proprio perché destinata ad operare con riguardo a un numero indeterminato di ipotesi replicabili su scala nazionale, sarebbe suscettibile di incidere, anche solo potenzialmente, sul «commercio fra stati membri», presentando quindi i tipici connotati di una fattispecie rilevante per le norme del Trattato.

Ne consegue che il rimettente avrebbe potuto tentare la via dell'interpretazione conforme, ritenendo che la qualificazione di SIEG operata dal comma 1-bis dell'art. 93-ter non valga con riferimento a quegli atti che, in esito ad un accertamento da svolgersi caso per caso da parte dell'autorità antitrust, rivelino un esercizio strumentale di prerogative (solo formalmente) disciplinari; ovvero, in alternativa, disapplicare la norma nazionale contraria agli invocati parametri europei direttamente applicabili.

5.– Con atto depositato nella cancelleria di questa Corte il 3 luglio 2018, si è costituito il notaio R. G., aderendo alle argomentazioni esposte dall'Autorità rimettente e concludendo per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate.

5.1.– In punto di fatto il notaio R. G. ha premesso:

– di esercitare la professione in Milano sin dal 1990 e di avere nel tempo attuato misure organizzative, anche attraverso l'utilizzo strumenti informatici, allo scopo di rendere più spedito e meno costoso il ricorso alle procedure contrattuali previste dalla legge e, in particolare, nel settore della «portabilità» dei mutui;

– di avere ricevuto negli ultimi anni migliaia di atti, in particolare quietanze di surroga rilasciate dalla banca cedente alla banca cessionaria, così diventando uno dei notai più «performanti» del distretto e sullo stesso piano nazionale;

– di avere subito irrituali iniziative disciplinari da parte del Consiglio nazionale del notariato (d'ora innanzi anche: CNN o Consiglio nazionale), che aveva cercato di frenare la sua attività con l'intento esplicito di promuovere una «perequazione» dei proventi tra i notai del distretto, cioè con uno scopo esplicitamente anticoncorrenziale;

– di essere stato indotto dal palese intento persecutorio di tali iniziative ad intervenire nel procedimento a quo già avviato dall'AGCM nei confronti del CNN (su segnalazione di altro notaio del distretto del pari sottoposto a procedimento disciplinare) per intesa restrittiva della concorrenza;

5.2.– Ciò premesso in punto di fatto, il notaio interveniente nel procedimento a quo ha aderito alla tesi del rimettente circa la sua legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale, rammentando come la Corte costituzionale sin dall'inizio della sua attività abbia inteso in modo non restrittivo i requisiti del giudice e del giudizio, e ciò al fine di tutelare il preminente interesse pubblico al rispetto della Costituzione.

Seguendo questa traiettoria, la Corte avrebbe dunque ammesso, ad esempio, la legittimazione degli arbitri, osservando che essi, pur se estranei alla organizzazione della giurisdizione, svolgono, in posizione *super partes*, «funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge» (si cita la sentenza n. 376 del 2001).

Anche nel caso di specie ricorrerebbe l'ipotesi di un organo, di per sé estraneo all'organizzazione della giurisdizione, investito di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge e all'uopo posto in posizione *super partes*.

Anche in questo caso, inoltre, varrebbe la considerazione che, ove si negasse la legittimazione del rimettente, ne risulterebbe frustrata «l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte» (si cita la sentenza n. 226 del 1976).

Pur essendovi un'altra sede in cui sollevare la questione (il giudizio di impugnazione avverso i provvedimenti dell'AGCM), negare la legittimazione dell'Autorità equivarrebbe, come nel caso degli arbitri, a precludere la tempestiva soluzione del dubbio di costituzionalità che investe, in radice, la norma che consente di instaurare procedimenti sanzionatori nei confronti dei consigli notarili.

Inoltre, ove fosse negata la legittimazione, l'Autorità garante non avrebbe altra scelta che

disapplicare la normativa sospettata d'incostituzionalità sulla base delle norme europee, previo, se del caso, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

5.2.1.– L'AGCM, infatti, soddisferebbe i requisiti che, secondo la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, devono ricorrere per la legittimazione al rinvio pregiudiziale.

La Corte di giustizia avrebbe già implicitamente riconosciuto la legittimazione in capo ad autorità amministrative indipendenti di altri Stati membri, anche aventi funzione di garanzia a tutela della concorrenza, come nel caso dell'autorità spagnola.

Ove, viceversa, la Corte di giustizia ha negato la legittimazione di un'autorità amministrativa indipendente, lo avrebbe fatto in ragione delle carenze dei requisiti necessari alla qualifica di «organo giurisdizionale» specifiche di quell'autorità: così, nel caso dell'autorità greca per la concorrenza, la legittimazione sarebbe stata negata per le insufficienti garanzie d'indipendenza nella procedura di nomina dei suoi membri, per possibili ingerenze del potere esecutivo e per l'assenza di una chiara separazione funzionale tra gli uffici istruttori e quelli decisori, tutti elementi non riscontrabili nel caso dell'AGCM.

Con riferimento a quest'ultima, andrebbe per contro sottolineata la chiara ed adeguata separazione organizzativa e funzionale tra gli uffici istruttori e il Collegio, poiché i primi dipendono (non dal secondo bensì) dal Segretario generale, che sovrintende al loro funzionamento; nonché la circostanza che il Collegio decide in piena autonomia e indipendenza, senza alcuna soggezione o vincolo decisionario rispetto alle risultanze istruttorie.

5.2.2.– La Corte EDU avrebbe avuto modo di pronunciarsi sulle autorità amministrative italiane in due casi.

Nel caso Menarini, avente ad oggetto una pretesa violazione del diritto di accesso al giudice in riferimento alla giurisdizione amministrativa, la Corte si sarebbe occupata solo indirettamente dell'AGCM, limitandosi ad un'apodittica affermazione che la sanzione pecuniaria contestata non era stata emessa «par un juge».

Al contrario, nel caso Grande Stevens, la Corte di Strasburgo si sarebbe occupata dei requisiti della CONSOB, soffermandosi funditus sull'analisi della pertinente normativa e valutando le sue caratteristiche strutturali e di funzionamento. La Corte EDU avrebbe quindi escluso la natura di tribunale di quell'autorità, constatando la violazione del principio del contraddittorio, per via della mancanza di comunicazione delle risultanze istruttorie agli interessati e di un'udienza pubblica, nonché l'assenza del requisito dell'imparzialità, in ragione della inadeguata separazione organico-funzionale tra uffici istruttori e decisori.

Tutti questi elementi, invece, ricorrerebbero nel caso dell'AGCM, che pertanto andrebbe qualificata come tribunale anche ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU.

5.3.– Nel merito, il notaio R. G. premette che l'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge notarile è frutto di tre emendamenti identici, proposti da vari deputati di partiti diversi ed opposti, al disegno della legge di bilancio 2018: si tratterebbe, palesemente, di una di quelle «intrusioni» nelle leggi finanziarie e di bilancio che nulla hanno a che fare con l'oggetto del progetto di legge, espressione della cattiva e diffusa prassi parlamentare volta a far passare disposizioni eterogenee frutto di interessi particolaristici attraverso l'iter privilegiato che hanno le leggi annuali in materia di finanza pubblica.

Ciò premesso, il notaio R. G. osserva che, secondo alcuni, con la disposizione censurata il legislatore si sarebbe limitato a sancire in via di interpretazione autentica il significato dell'art. 8, comma 2, della legge antitrust, quale già chiarito dalla Corte di cassazione con la sentenza 5 maggio 2016, n. 9041, secondo cui il consiglio notarile, nell'esercizio della funzione disciplinare, esercita un SIEG, restando perciò esente dall'applicabilità delle norme antitrust.

In quell'occasione la Cassazione avrebbe ritenuto che la deroga all'operatività delle disposizioni a tutela della concorrenza sia ravvisabile solo per i comportamenti strettamente connessi all'adempimento degli specifici compiti affidati al consiglio notarile.

La norma censurata pretenderebbe, invece, di estendere tale esenzione a tutti gli «atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare», cioè a tutte le attività intese a tal fine, anche quando, come nel caso di specie, si tratti di un'attività conoscitiva chiaramente intesa a limitare la concorrenza e di procedimenti disciplinari strumentalmente avviati allo stesso fine.

5.3.1.– La deroga introdotta dal comma 1-bis dell'art. 93-ter della legge notarile, secondo il notaio R. G., si porrebbe in frontale contrasto con l'art. 106, paragrafo 2, TFUE e, per il suo tramite, con l'art. 117, primo comma, Cost.

Ai sensi dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE, le imprese incaricate della gestione di SIEG - come gli organi del notariato - o aventi carattere di monopolio fiscale «sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza», sia pure «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».

La norma recata dall'art. 106, paragrafo 2, TFUE (e parallelamente quella dell'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990, che costituisce trasposizione della prima nell'ordinamento nazionale), in quanto avente natura derogatoria rispetto a quelle dei Trattati poste a tutela della concorrenza, non potrebbe che essere interpretata in senso restrittivo, come confermato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia: le attività contrastanti con la disciplina antitrust dovrebbero non soltanto essere astrattamente riconducibili ai compiti istituzionali di interesse pubblico assegnati alle imprese esercenti un SIEG, ma anche risultare concretamente indispensabili allo svolgimento di quei compiti e non eccedere quanto necessario a quel fine.

5.3.2.– Sul piano dei parametri interni, secondo il notaio R.G., le norme censurate violano gli artt. 3 e 41 Cost.

Quest'ultimo, garantendo la libertà di iniziativa economica privata (di cui il mercato concorrenziale costituisce una condizione) e la utilità sociale (di cui, a sua volta, la tutela della concorrenza è un profilo), esigerebbe che le eccezioni alla regola della concorrenza siano limitate ai casi in cui sia concretamente necessario assicurare lo svolgimento di funzioni e il soddisfacimento di finalità di pubblico interesse.

Nella specie, al contrario, la norma impugnata escluderebbe, in astratto e a priori, gli atti degli organi notarili dal controllo sulla osservanza delle regole concorrenziali.

Quanto all'art. 3 Cost., andrebbe rammentato quanto affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui le esigenze di utilità sociale vanno bilanciate con la concorrenza ed è necessario che la loro individuazione non sia arbitraria e che esse non siano perseguite mediante misure palesemente incongrue (si cita la sentenza n. 270 del 2010).

6.– Con atto depositato nella cancelleria di questa Corte il 3 luglio 2018, si è costituito il Centro Istruttorie spa (CISPA), aderendo alle argomentazioni esposte dall'Autorità rimettente e concludendo per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate.

6.1.– Il CISPA, premesso di essere intervenuto nel procedimento sanzionatorio avviato dall'Antitrust nei confronti del CNM su notizia del notaio segnalante, ha dedotto che la portata oggettiva delle norme censurate dall'AGCM è stata ivi oggetto di ampia discussione.

Da un lato, l'Autorità riterrebbe che la deroga in esame, rettammente interpretata, non sottragga in via generale e astratta un'intera categoria di atti dall'ambito di applicazione della disciplina antitrust, ma consenta di limitarne l'applicazione nei soli casi eccezionali in cui le

condotte aventi effetti anticoncorrenziali siano strettamente necessarie e proporzionate al raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale da perseguire.

Dall'altro, secondo il CNM, le norme in questione dovrebbero essere interpretate nel senso che, ogniqualvolta i consigli notarili agiscono in adempimento del potere-dovere di vigilanza disciplinare loro affidato dalla legge, essi sarebbero sottratti all'applicazione della normativa antitrust, e ciò a prescindere dalla concreta analisi circa la necessità e proporzionalità delle condotte poste in essere al raggiungimento delle finalità di interesse generale che i consigli sono chiamati a perseguire.

6.2.- Il CISPA, dopo avere premesso che per consolidata giurisprudenza europea e nazionale le professioni regolamentate - incluse quelle notarili - sono soggette all'applicazione del diritto antitrust anche nel caso in cui perseguano obiettivi di interesse generale, deduce che la deroga oggetto di esame non potrebbe essere utilizzata per garantire tout court, e senza valutazioni da compiersi caso per caso, una esenzione di un intero settore economico dalla applicazione della normativa antitrust.

L'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990 - trasponendo nel nostro ordinamento l'art. 106 TFUE - prevederebbe dei limiti all'applicazione della disciplina antitrust per le imprese esercenti SIEG, solo ed esclusivamente per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento dei compiti ad esse affidati, e tale disposizione, in quanto derogatoria rispetto al generale divieto di condotte anticoncorrenziali, andrebbe interpretata, coerentemente con la giurisprudenza della Corte di giustizia, in maniera restrittiva, verificando con rigore la necessità e la proporzionalità dell'esenzione per il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse.

Qualora, per contro, si accogliesse l'interpretazione estensiva patrocinata dal CNM, l'Autorità non sarebbe mai competente a conoscere delle condotte tenute dai consigli notarili in sede disciplinare, con la conseguenza che basterebbe celare comportamenti anticoncorrenziali con la veste formale di atti del procedimento disciplinare al fine di ottenere la completa immunità dall'applicazione della disciplina antitrust.

6.3.- L'interpretazione fornita dal CNM sarebbe in insanabile contrasto con l'art. 41 Cost., che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, che trova nella normativa sulla concorrenza una delle sue articolazioni fondamentali.

Nella sentenza n. 270 del 2010 la Corte costituzionale avrebbe chiarito come il legislatore nel bilanciamento tra la tutela della concorrenza e gli altri interessi rilevanti sia chiamato ad assicurare la coerenza con i principi dell'ordinamento europeo e, in particolare, con il Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lettera g, del Trattato CE, in forza del quale «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato dell'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata».

In tale contesto, qualsiasi misura del legislatore nazionale che rechi pregiudizio al sistema concorrenziale del mercato interno avrebbe natura derogatoria ed eccezionale, e in quanto tale dovrebbe essere l'unico mezzo in grado di garantire al giusto la tutela degli altri interessi costituzionali coinvolti.

6.4.- Nell'interpretazione offerta dal CNM le norme oggetto del giudizio di costituzionalità violerebbero anche l'art. 3 Cost., per contrasto con il principio di ragionevolezza: esse, infatti, imporrebbero il sacrificio della concorrenza in assenza di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra principi e diritti fondamentali.

6.5.- Le norme censurate, poi, nell'interpretazione offerta dal CNM, violerebbero anche l'art. 117, primo comma, Cost., ponendosi in netto contrasto sia con l'art. 101 TFUE, che pre-

vede il generale divieto di intese restrittive che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, sia con l'art. 106, paragrafo 2, TFUE, che, secondo la Corte di giustizia, impone di verificare caso per caso la proporzionalità dell'esenzione dalla normativa antitrust in favore delle imprese affidatarie di SIEG.

7.– Con atto depositato nella cancelleria di questa Corte il 3 luglio 2018, è intervenuto il Consiglio nazionale del notariato, eccependo l'inammissibilità e la non fondatezza della questione sollevata.

7.1.– Dopo avere ricostruito lo svolgimento del procedimento a quo e i contenuti dell'ordinanza di rimessione, il CNN ha dedotto la propria evidente legittimazione ad intervenire nel giudizio di costituzionalità.

L'interveniente rammenta che, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, possono intervenire nel giudizio incidentale le sole parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura.

La questione controversa nel procedimento amministrativo a quo - prosegue il CNN - è l'applicabilità o meno delle norme sulla concorrenza agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare nei confronti dei notai. Il procedimento disciplinare, ai sensi dell'art. 93-ter, comma 1, della legge notarile, è avviato dal consiglio notarile di afferenza, se viene rilevata l'inosservanza, oltre che di leggi e regolamenti, anche «di principi e norme deontologiche elaborati dal Consiglio nazionale del notariato». In tali ipotesi l'elemento costitutivo del fatto disciplinarmente rilevante deriva da una determinazione del CNN, cui spetta in via esclusiva, in forza dell'art. 2, lettera f), della legge 3 agosto 1949, n. 577 (Istituzione del Consiglio nazionale del notariato e modificazioni alle norme sull'amministrazione della Cassa nazionale del notariato), la funzione di elaborare principi di deontologia professionale.

Sarebbe dunque di «piana evidenza» che l'esito del giudizio di costituzionalità è destinato ad avere un'incidenza diretta sull'esercizio delle attribuzioni del CNN, perché assoggettare alla legge antitrust gli atti dei consigli notarili funzionali al promovimento dell'azione disciplinare equivarrebbe a comprimere la portata precettiva dei principi e delle norme di deontologia professionale elaborate dal Consiglio nazionale. Di qui l'ammissibilità del suo intervento.

La conferma di tale ammissibilità si ritrarrebbe dalla sentenza n. 171 del 1996, ove la Corte ha ammesso a intervenire nel giudizio incidentale il Consiglio nazionale forense, benché non fosse parte del giudizio a quo, osservando che le questioni di costituzionalità sollevate incidono sullo statuto degli avvocati e dei procuratori e il loro esito non era quindi indifferente all'esercizio delle attribuzioni di quel Consiglio.

Infine ed «in via del tutto residuale», secondo l'interveniente, è innegabile il coinvolgimento degli interessi generali della categoria notarile, il che dovrebbe legittimare ex se l'intervento del CNN, in quanto organismo cui la legge affida la rappresentanza istituzionale dell'intera categoria dei notai.

7.2.– Il Consiglio nazionale interveniente ha poi eccepito l'inammissibilità delle questioni sollevate per difetto di legittimazione dell'AGCM.

7.2.1.– In primo luogo, l'Autorità non sarebbe un giudice ma una semplice amministrazione al pari di tutte le altre autorità amministrative indipendenti.

Numerosi sarebbero gli indici che depongono in tal senso: 1) l'espressa qualificazione legislativa delle autorità indipendenti come amministrazioni, operata dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa); 2) la sottoposizione dei provvedimenti (ossia di atti estrinsecazione del potere amministrativo) al sindacato del giu-

dice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 comma 1, lettera l), dell'Allegato 1 del d.lgs. n. 104 del 2010 (su questa «insormontabile difficoltà» l'ordinanza tacerebbe del tutto); 3) la sottoposizione al controllo anche del giudice contabile, ai sensi dell'art. 10, comma 7, della legge n. 287 del 1990; 4) l'obbligo del rispetto dei principi del diritto amministrativo e, ove non derogate dalle discipline di settore, delle disposizioni «comuni» sul procedimento amministrativo.

Lo stesso potere sanzionatorio riconosciuto alle autorità indipendenti, quale strumento repressivo e preventivo di vigilanza, sarebbe un tipico potere amministrativo: la sanzione sarebbe sempre irrogata mediante un provvedimento esercizio di una potestà amministrativa, cui la Corte costituzionale tuttora riconosce autonomia dal diritto penale (si citano le sentenze n. 68 e n. 43 del 2017, n. 49 del 2015).

La giurisprudenza costituzionale non avrebbe mai dubitato che tutte le funzioni dell'AGCM siano formalmente e sostanzialmente amministrative, come nel caso della recente sentenza n. 269 del 2017, ove le funzioni dell'Autorità - e in particolare quella di vigilanza sul mercato oggetto della presente controversia - sono definite come «servizio pubblico» e come «attività dell'Amministrazione».

Afferma poi il CNN che, «Senza addentrarsi nel tema della discrezionalità tecnica, della sua natura, del conseguente ambito dello scrutinio del giudice amministrativo, delle analogie con la discrezionalità amministrativa e delle differenze con il potere di apprezzamento del giudice», secondo la giurisprudenza amministrativa, nel caso delle valutazioni delle autorità indipendenti, la discrezionalità tecnica non esclude affatto un potere di adozione di una scelta di opportunità.

L'Autorità, in ogni caso, non sarebbe affatto paragonabile al giudice, chiamato ad applicare in via generale la legge e non a tutelare uno specifico interesse pubblico (nella specie quello, sia pur rilevante, della concorrenza), e ciò sarebbe tanto più vero nel caso di valutazioni che non rispondono alle norme delle cosiddette «scienze dure», bensì a criteri elastici tipici delle valutazioni socio-economiche (come le nozioni di «mercato rilevante» o di «posizione dominante», di violazioni «hard core» o «leggere»).

Che l'AGCM mantenga uno spazio insopprimibile di discrezionalità amministrativa sarebbe poi pacifico in giurisprudenza quanto meno in relazione a tre profili della sua attività, di immediata rilevanza nel caso di specie: 1) la determinazione del quantum delle sanzioni in caso di violazione delle norme antitrust, da operarsi non secondo valutazioni di carattere tecnico-scientifico ma in applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, ossia «i cardini della comune azione amministrativa»; 2) la decisione sugli «impegni», ai sensi dell'art. 14-ter della legge antitrust, ossia la decisione sulla proposta con cui i soggetti vigilati si dichiarano disposti a cessare le attività anticoncorrenziali e a porre rimedio agli effetti già prodotti; 3) l'adozione delle norme di organizzazione e funzionamento, ai sensi dell'art. 10, comma 6, della legge n. 287 del 1990.

Proprio le norme di autorganizzazione sarebbero di particolare rilievo, ove si consideri che la delibera del 6 settembre 2012, n. 23863, di adozione della «Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre n. 287», afferma che la decisione sull'accoglimento degli impegni deve essere assunta tenendo conto anche «dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio» (ossia di quell'interesse che il rimettente esclude in capo a se stesso); e che la delibera 22 ottobre 2014, n. 25152, recante «Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90», all'art. 1, comma 2, afferma che, «nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, l'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità».

Alla luce di tali dati normativi e giurisprudenziali, non sarebbe revocabile in dubbio che l'AGCM svolge le sue funzioni esercitando non solo discrezionalità tecnica ma anche amministrativa, assumendo decisioni tipiche di una pubblica amministrazione.

Andrebbe poi considerato che all'Autorità, al di là di quanto stabiliscono le singole norme della legge antitrust (in particolare, l'art. 4, comma 2), spettano i generali poteri di revoca e di autoannullamento di cui sono titolari tutte le amministrazioni e non i giudici.

7.2.2.– Osserva il CNN come l'AGCM affermi di essere legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale alla luce della ratio di fondo della giurisprudenza costituzionale sull'art. 23 della legge n. 87 del 1953, ossia quella di evitare zone franche dal controllo di costituzionalità.

Secondo l'interveniente, tuttavia, nel caso di specie non solo non sussisterebbe alcuna zona franca o cono d'ombra, ma la stessa Autorità riconoscerebbe che «il solo problema è che il sindacato di costituzionalità sarebbe “difficile”».

Come affermato dalla Corte costituzionale (si citano le sentenze n. 35 del 2017, n. 1 del 2014, n. 384 del 1991 e n. 226 del 1976) e come chiarito in dottrina, tuttavia, le zone franche si avrebbero nei casi in cui la disposizione censurata non trovi applicazione innanzi al giudice comune, sicché nell'ordinamento difetta un'autorità giurisdizionale che possa prospettare il dubbio di legittimità costituzionale, ovvero nei casi in cui non vi sia un interesse che possa muovere un soggetto di diritto ad instaurare una controversia nel corso della quale il giudice possa essere chiamato a fare applicazione della disposizione sospettata d'incostituzionalità.

Tali circostanze, tuttavia, non ricorrerebbero nel caso di specie, poiché il giudice amministrativo è competente a scrutinare tutti gli atti della pubblica amministrazione, ivi compresa la delibera di anticipata chiusura del procedimento antitrust resa in applicazione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge notarile; perché il promovimento della questione di legittimità costituzionale non presenterebbe alcun onere maggiore (né di ordine processuale, né di ordine sostanziale) rispetto al promovimento di qualsiasi altra questione incidentale; perché il rimedio da attivare da parte del privato sarebbe di tipo comune e ordinario; perché l'autorità giudiziaria chiamata a sollevare la questione sarebbe terza e indipendente; perché, diversamente da quanto accade nei procedimenti di parificazione dei bilanci pubblici, la disposizione censurata potrebbe essere oggetto di un'effettiva (e non improbabile o «difficile») controversia tra diversi soggetti di diritto portatori di interessi contrapposti.

Seguendo la tesi dell'Autorità, per contro, si sovvertirebbe il modello dello scrutinio di costituzionalità incidentale, successivo e concreto. Per il solo perseguimento dell'interesse alla concorrenza nel mercato (che sarebbe così discriminatoriamente sovraordinato rispetto a tutti gli altri interessi costituzionali), si disegnerebbe un modello preventivo e astratto, in cui l'AGCM non assumerebbe la veste di giudice rimettente ma di parte privilegiata, dotata del potere di accesso diretto alla Corte costituzionale.

7.2.3.– Nemmeno potrebbe condividersi la tesi del rimettente, secondo cui la sua legittimazione deriverebbe anche dalla funzione, di rilevanza costituzionale, di tutela della concorrenza assegnatagli dal legislatore.

Non sarebbe la funzione (né il suo rilievo costituzionale) ad assicurare a qualsivoglia soggetto istituzionale la qualità di giudice incaricato di sovrintendere a un giudizio: l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), ad esempio, tutela il diritto costituzionale alla tutela previdenziale e assistenziale, ma non per questo si può immaginare che, eventualmente in sede di esame del ricorso amministrativo, possa sollevare una questione avente ad oggetto una norma in materia previdenziale.

7.2.4.– Anche l'argomentazione facente leva sull'applicazione del principio del contraddittorio

non sarebbe idonea a fondare l'ammissibilità della questione, per il semplice motivo che esso è un principio generale del procedimento amministrativo e perché, comunque, quello innanzi l'AGCM non è pieno e non è paragonabile a quello giudiziale (come riconosciuto dal rimettente, quando ricorda che il soggetto privato segnalante non è parte necessaria del procedimento).

Rammenta il CNN che, secondo la giurisprudenza amministrativa, il più intenso livello di contraddittorio è quello previsto dalla legge processuale, ossia il contraddittorio «orizzontale e paritario» (tra due parti in posizioni di parità rispetto ad un decidente terzo e imparziale), mentre il contraddittorio procedimentale è normalmente di tipo «verticale» (tra l'interessato e l'Amministrazione, titolare del potere e collocata su un piano non paritario) ed ha essenzialmente una funzione collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva.

7.2.5.– Osserva ancora l'interveniente che altro argomento utilizzato dall'Autorità a sostegno della sua legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale è l'analogia tra gli effetti prodotti dai suoi provvedimenti e quelli del giudicato.

Anche questo argomento sarebbe fallace, poiché gli effetti dei provvedimenti dell'AGCM non sarebbero diversi da quelli prodotti da ogni altro provvedimento amministrativo, una volta decorsi i termini d'impugnazione.

Essi non sono analoghi al giudicato, come dimostra il rilievo già svolto che l'Autorità garante, al pari di tutte le pubbliche amministrazioni, è titolare del potere di autotutela, che non è compatibile con la condizione di certezza e stabilità dei rapporti giuridici e di definitiva garanzia dell'accertamento di un diritto (o di un interesse legittimo) che è prodotta dal giudicato.

7.2.6.– Nemmeno avrebbe rilievo la dedotta posizione d'indipendenza dei componenti del Collegio, poiché essa può ben essere un tratto caratterizzante molteplici autorità amministrative, mentre l'indipendenza del giudice avrebbe una sua particolarità, tipica, che la colloca su un piano distinto da quello di tutti gli altri soggetti istituzionali.

Tale rilievo - prosegue l'interveniente - emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che, con la sentenza del 31 maggio 2005, in causa 53/03, Syfait e altri, si è dichiarata «non competente» a rispondere alle questioni sottoposte dall'autorità greca per la concorrenza, concernenti l'interpretazione dell'art. 102 TFUE, in materia di abuso di posizione dominante, sulla base del duplice rilievo che i (pur presenti) presidi a garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità dei componenti non erano sufficienti a connotare l'amministrazione statale come soggetto terzo rispetto al Governo, e, soprattutto, che «un'autorità garante della concorrenza quale l'Epitropi Antagonismou è tenuta a lavorare in stretta collaborazione con la Commissione delle Comunità europee e, ai sensi dell'art. 11, n. 6, del Regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002 [...], può essere privata della propria competenza da una decisione della Commissione».

Tale ultimo aspetto, in particolare, escluderebbe la proponibilità della questione pregiudiziale, che può essere sollevata solo «da un organo chiamato a statuire su una controversia pendente dinanzi ad esso nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale».

7.2.7.– In definitiva, secondo il CNN, l'AGCM, come sostenuto in dottrina, sarebbe un'amministrazione pubblica che svolge attività di amministrazione contenziosa e i procedimenti in esame potrebbero al più essere qualificati come «quasi giurisdizionali» (ma pur sempre amministrativi).

7.3.– Nel merito, le censure sarebbero infondate.

7.3.1.– Rammenta il CNN che la Corte costituzionale con la sentenza n. 270 del 2010 ha chiarito che: 1) la libertà di concorrenza costituisce un valore basilare della libertà di iniziativa economica funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori; 2) il primo comma del-

l'art. 41 Cost. è in stretto collegamento logico-sistematico con l'art. 3 Cost.; 3) l'art. 41 Cost., «stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con "l'utilità sociale" ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a "fini sociali", consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito».

Tanto accadrebbe nel caso di specie, in cui la tutela dell'iniziativa economica privata necessariamente recede di fronte all'esigenza prevalente di garantire certezza nei rapporti giuridici, esigenza che è istituzionalmente connessa alla figura professionale dei notai, depositari della pubblica fides e dotati di poteri di certificazione erga omnes di atti e situazioni giuridiche fondamentali per la convivenza civile.

Sarebbe del tutto ragionevole, dunque, che la vigilanza e il controllo sugli atti e sulla condotta dei singoli notai, nonché l'esercizio della funzione disciplinare siano affidati agli enti esponenziali della categoria; e che l'ordinamento del notariato, sebbene non impermeabile ai principi della libertà di iniziativa economica e del libero esplicarsi del gioco della concorrenza, sia anzitutto volto a garantire la legittimità e la qualità dei servizi resi, in direzione della protezione degli interessi dei consumatori.

Ancora, a testimonianza della ragionevolezza delle disposizioni censurate, dovrebbe considerarsi che dalla qualità e dall'efficienza della funzione notarile (al cui rispetto è preordinata la funzione di vigilanza sottratta alla concorrenza) deriverebbero la riduzione dei costi sociali dovuti alla prevenzione del contenzioso e maggiori garanzie in termini di certezza delle transazioni e degli atti redatti dai notai, il che risponderebbe alle ragioni di utilità sociale e ai fini sociali, contemplati, rispettivamente, dai commi secondo e terzo dell'art. 41 Cost.

7.3.2.– Priva di fondatezza, oltre che apodittica, sarebbe la censura di violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 106, paragrafo 2, TFUE.

Il rimettente, infatti, non si sarebbe premurato di effettuare il test di proporzionalità secondo i noti canoni impiegati sia dalla Corte di giustizia che dalla Corte costituzionale, giungendo per saltum alla inaccettabile conclusione della loro incompatibilità con il diritto eurounitario e costituzionale.

Al di là dell'inammissibilità della censura, secondo il CNN, il principio di proporzionalità è pienamente rispettato, dal momento che l'esercizio del potere disciplinare da parte del consiglio notarile integra un SIEG e la sua specifica missione consisterebbe nella tutela di interessi che vanno ben al di là di quelli della categoria su cui sono chiamati a vigilare, nella salvaguardia del pubblico interesse all'esercizio di funzioni notarili di alta qualità e nella soggezione uniforme di tutti i notai ai principi deontologici elaborati dal CNN.

8.– I notai P.D.M. e R.G., il CISP A e il CNN hanno depositato memorie illustrative con cui hanno insistito nelle proprie argomentazioni e replicato a quelle avversarie, prendendo, in particolare, nuovamente posizione sulla questione della legittimazione dell'AGCM (tutti tranne il CISP A) e sulla diretta applicabilità o meno dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE, invocato dal rimettente quale parametro interposto.

La CISP A ha poi dedotto che il sopravvenuto art. 93-ter, comma 1-bis, non si applicherebbe alle condotte oggetto del procedimento sanzionatorio a quo ma solo a quelle successive all'entrata in vigore della legge.

Considerato in diritto

1.– Il Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha sollevato,

in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, primo comma, della Costituzione - quest'ultimo in relazione all'art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 - questioni di legittimità costituzionale dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili) e dell'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato).

1.1.- La prima delle due disposizioni censurate, introdotta dall'art. 1, comma 495, lettera c), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), prevede che «Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

A sua volta, l'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990 (d'ora in avanti anche: legge anti-trust), in conformità all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, prevede che «Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati».

1.2.- Secondo il rimettente, tali disposizioni, sottraendo all'applicazione della legge anti-trust gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare posti in essere dai consigli notarili, violano, in primo luogo, gli artt. 3 e 41 Cost., perché la deroga al nucleo essenziale delle regole sulla concorrenza opera per un intero segmento di attività e senza che sia consentito «alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza».

Esse violerebbero, in secondo luogo, l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, perché il parametro interposto consentirebbe la deroga alle norme di tutela della concorrenza solo ove sia necessaria per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di un servizio economico d'interesse generale e sia rispettosa del principio di proporzionalità, secondo una valutazione da operarsi non in astratto ma in concreto e caso per caso.

2.- In via preliminare, va confermata l'ordinanza dibattimentale, letta all'udienza pubblica del 4 dicembre 2018 e allegata alla presente sentenza, con la quale è stato dichiarato ammissibile l'intervento del Consiglio nazionale del notariato (CNN).

La costante giurisprudenza di questa Corte (tra le tante, si vedano le sentenze n. 180 del 2018, n. 275 e n. 85 del 2017; nonché le ordinanze allegata alle sentenze n. 29 e n. 16 del 2017, n. 237 e n. 82 del 2013, n. 272 del 2012, n. 349 del 2007, n. 279 del 2006 e n. 291 del 2001) è nel senso che la partecipazione al giudizio incidentale di legittimità costituzionale è circoscritta, di norma, alle parti del giudizio a quo, oltre che al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale (artt. 3 e 4 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale).

Si è anche precisato, però, che a tale disciplina è possibile derogare - senza venire in contatto con il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità - a favore di soggetti terzi che siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura.

Tale è il caso di specie, poiché, da un lato, la questione di legittimità costituzionale cade su disposizioni che esonerano dall'ambito di applicazione delle norme sugli illeciti concorrenziali gli atti dei consigli notarili funzionali al promovimento del procedimento disciplinare,

e il Consiglio nazionale del notariato è per legge attributario del compito, di rilievo pubblicistico, di elaborazione dei principi e delle norme deontologiche applicate in sede disciplinare dai consigli medesimi; e, dall'altro, il CNN è rappresentante istituzionale del notariato italiano (sentenze n. 180 del 2018 e n. 171 del 1996).

3. – Il rimettente e le parti, fatta eccezione per il Centro Istruttorie spa, hanno trattato funditus la questione preliminare della legittimazione dell'AGCM (d'ora in avanti anche: Autorità garante o Autorità) a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

3.1. – Questa Corte, nel vagliare l'esistenza dei presupposti perché, ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale) e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), possa essere sollevata questione di legittimità costituzionale in via incidentale, è andata approfondendo sin dall'inizio della sua attività le nozioni di «giudice» e di «giudizio».

Si deve rilevare, in generale, che in questa operazione ermeneutica le due nozioni sono state intese in modo elastico e avuto riguardo alle peculiari esigenze del caso concreto, tutte le volte che il rimettente si collocava istituzionalmente negli interstizi delle categorie dell'amministrazione e della giurisdizione, ossia in quella che si è andata delineando come una "zona grigia", alimentata dai concorrenti ed inversi fenomeni storici della "giurisdizionalizzazione" dell'amministrazione e della "amministrativizzazione" della giurisdizione; e ciò nel dichiarato obiettivo di consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di "zone franche" dal controllo di costituzionalità.

3.2. – Dalla giurisprudenza costituzionale emergono peraltro delle direttrici che permettono la ricostruzione del quadro normativo e la risoluzione dei casi dubbi.

Si è chiarito, in primo luogo, che «i termini "giudizio" e "causa" tanto nella legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, quanto nella legge 11 marzo 1953, n. 87 (art. 23) e nelle norme integrative per i giudizi davanti a questa Corte, vengono adoperati in maniera generica e con vario significato» e che, pur avendo il nostro ordinamento «condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale alla esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi» (sentenza n. 129 del 1957), quale l'esclusione del controllo di costituzionalità (nello stesso senso, si vedano le successive sentenze n. 226 del 1976 e n. 121 del 1966).

Questa tendenza, evidentemente volta all'affermazione piena del principio di costituzionalità, tocca il suo apice in quelle sentenze che ravvisano i requisiti di accesso in presenza di mere "zone d'ombra", ossia di situazioni in cui l'allargamento dei concetti di giudice o giudizio appare necessaria non solo per attrarre al controllo di costituzionalità un'area che altrimenti ne resterebbe esclusa ma anche per ammettere «al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte» (sentenze n. 89 del 2017, n. 181 del 2015 e n. 226 del 1976).

Essa, poi, si coglie in quel filone giurisprudenziale che, a partire dalla sentenza n. 12 del 1971 e sino ai giorni nostri (si vedano, da ultimo, le sentenze n. 262 e n. 213 del 2017), utilizza le categorie del giudice e del giudizio «ai limitati fini» o «ai soli fini» della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale, così implicitamente ammettendo che esse possano differire da quelle valide ad altri, anche più generali, fini.

In tal modo è stato possibile consentire il giudizio incidentale di costituzionalità pur in presenza di aspetti di volta in volta soggettivamente o oggettivamente di difficile riconduzione a generali e predeterminati schemi concettuali.

Si è così affermato che, «per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all’organizzazione della giurisdizione”, “posti in posizione *super partes*” (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966)» (sentenza n. 376 del 2001).

Peraltro, in caso di organi creati dopo l’entrata in vigore della Costituzione, il rischio di un aggiramento del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali posto dall’art. 102, secondo comma, Cost., è stato ben presente a questa Corte, che infatti ha tratto dal divieto in parola un argomento decisivo per escludere nei casi dubbi la natura giurisdizionale del rimettente (sentenze n. 387 del 1996 e n. 44 del 1968).

4.– Dalla sia pure elastica giurisprudenza di questa Corte, emerge, dunque, per quanto qui rileva, che sono stati considerati legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario ma sempre in presenza dell’essenziale requisito della terzietà.

5.– Nel caso dell’Autorità rimettente tale requisito manca.

Essa - come è noto - è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l’impugnazione dei suoi provvedimenti, ai sensi degli artt. 133, comma 1, lettera l), e 134, comma 1, lettera c), dell’Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), che prevedono la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti e quella di merito per le sanzioni pecuniarie irrogate.

I provvedimenti dell’Antitrust sono dunque sottoposti al vaglio del giudice amministrativo, al pari di qualsiasi altro provvedimento, e tra gli atti impugnabili ad opera dei terzi controinteressati, in base alle normali regole processuali in tema di interesse e legittimazione all’impugnazione, rientrano i provvedimenti di chiusura dell’istruttoria, anche detti negativi o assolutori (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 29 luglio 2011, n. 15; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 22 giugno 2011, n. 3751; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 3 febbraio 2005, n. 280; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 14 giugno 2004, n. 3865).

L’Autorità, inoltre, in forza dell’art. 21-bis della legge n. 287 del 1990, introdotto dall’art. 35, comma 1, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha anche assunto la inedita posizione di parte processuale ricorrente per l’impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Non può non osservarsi, poi, che la legittimazione a stare in giudizio spetta all’Autorità e non ai suoi uffici inquirenti, perché, contrariamente a quanto sostenuto nell’ordinanza di remissione, non può ravvisarsi una netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l’esistenza, ai sensi dell’art. 11, comma 5, della legge n. 287 del 1990, di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo «risponde» anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi (nello stesso senso, nel caso dell’Autorità della concorrenza greca, la sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, 31 maggio 2005, C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* e altri).

6.– La tesi del rimettente contrasta, dunque, con quanto questa Corte ha affermato e cioè

che gli organi giurisdizionali sono «estranei per definizione alla situazione sostanziale» (sentenza n. 243 del 1989), che la posizione del giudice esclude qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere (sentenza n. 18 del 1989), che il giudice «non può essere considerato super partes quando appare portatore di uno degli interessi in conflitto dal momento che la censura investe proprio il provvedimento da lui emesso» (sentenza n. 128 del 1974), che «uno dei dati che danno carattere giurisdizionale ad un organo è l'estraneità dell'interesse in ordine al quale esso dà la sua pronuncia» (sentenza n. 110 del 1967).

Alla stregua di tali principi è stata ad esempio negata la legittimazione del pubblico ministero a sollevare questione di legittimità costituzionale (si vedano la sentenza n. 40 del 1963 e l'ordinanza n. 249 del 1990).

6.1.– Tale ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti è stata poi affermata, a proposito del Consiglio nazionale forense, sia dalla Corte di cassazione (tra le tante, Cassazione, sezione prima civile, sentenza 21 maggio 2018, n. 12461; sezioni unite, sentenza 24 gennaio 2013, n. 1716), che dalla Corte di giustizia, con la sentenza della Grande sezione, 17 luglio 2014, C-58/13, Torresi, secondo cui, «a differenza di un Consiglio dell'ordine degli avvocati locale che, nell'ambito del procedimento avviato dal ricorso contro una decisione del Consiglio dell'ordine medesimo, è una parte dinanzi al Consiglio nazionale forense, quest'ultimo non può essere parte nel procedimento avviato dinanzi alla Corte suprema di cassazione contro la decisione in merito al ricorso avverso il Consiglio dell'ordine interessato. Il Consiglio Nazionale Forense possiede pertanto, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte (v. sentenza Wilson, EU:C:2006:587, punto 49), la posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso».

Specularmente, con riferimento al Garante per la protezione dei dati personali, ma con ragionamento estensibile a tutte le amministrazioni indipendenti, si è affermato che l'Autorità partecipa al giudizio di impugnativa di un suo atto, quale sia stato il procedimento che lo ha preceduto, per far valere davanti al giudice lo stesso interesse pubblico di cui è portatrice (Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 20 maggio 2002, n. 7341).

7.– Le considerazioni che precedono escludono anche la possibilità, prospettata dal rimettente, di una sua configurazione di giudice «ai limitati fini» per la ritenuta esigenza di garantire il rispetto del principio di costituzionalità e quindi di evitare l'esistenza di una zona franca (il controllo di costituzionalità sarebbe escluso) ovvero (e contraddittoriamente) una zona d'ombra (il controllo sarebbe «estremamente difficile», o più difficile o «poco agevole»).

Si è visto, infatti, che esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale.

Così, nel caso di specie, l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità garante, che dovesse ritenere preclusa la prosecuzione del procedimento sanzionatorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano in forza dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili), potrebbe essere impugnato dal notaio segnalante e da quello interveniente, interessati alla prosecuzione del procedimento finalizzato all'accertamento della natura in tesi anticoncorrenziale e abusiva delle funzioni di vigilanza esercitate dal CNM e al conseguente ordine di eliminazione delle condotte integranti illecito antitrust.

7.1.– Non vale poi obiettare, come fa il rimettente, che, ove non fosse riconosciuta la sua legittimazione, «la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità sarebbe rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale,

del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento», poiché ciò risponde alla stessa struttura del giudizio incidentale di costituzionalità.

8.– La veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all’Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell’interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco.

Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97).

Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all’Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge antitrust e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») e nell’ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l’accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust).

8.1.– Si aggiunga che l’attività dell’Autorità garante si sviluppa nell’ambito di un contraddittorio che non si differenzia - se non per la sua intensità - da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell’irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 26 marzo 2015, n. 1596; sezione VI, sentenza 11 gennaio 2016, n. 38).

9.– Si deve pertanto concludere che le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 93-ter, comma 1-bis, della legge n. 89 del 1913 e dell’art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990, sollevate dall’AGCM, sono inammissibili per difetto di legittimazione del rimettente.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull’ordinamento del notariato e degli archivi notarili), come introdotto dall’art. 1, comma 495, lettera c), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), e dell’art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), sollevate in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, primo comma, della Costituzione - quest’ultimo in relazione all’art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 - dal Collegio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 dicembre 2018.

(omissis)

Le Sezioni Unite fanno chiarezza sulla rappresentanza e difesa in giudizio dell' Agenzia delle Entrate - Riscossione

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 19 NOVEMBRE 2019 N. 30008 (*)

Processo civile - Successione della neoistituita Agenzia delle Entrate-riscossione - formale costituzione in giudizio del successore - difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato - necessità o facoltatività rispetto all'avvalimento di avvocati del libero foro - questione di massima di particolare importanza sollevata dalla Terza Sezione civile con ordinanza interlocutoria n. 18350 del 2019 (RGN 20656/17). REL. 113/19.

Le Sezioni Unite dichiarano estinto per rinuncia il giudizio e, ai sensi dell'art. 363, comma terzo, cod. proc. civ., enunciano, nell'interesse della legge e per risolvere la devoluta questione di massima di particolare importanza, i seguenti principi di diritto:

(a) impregiudicata la generale facoltà di avvalersi di propri dipendenti delegati davanti al tribunale e al giudice di pace, per la rappresentanza e la difesa in giudizio, l'Agenzia delle Entrate - Riscossione si avvale:

1) dell'Avvocatura dello Stato nei casi previsti come ad essa riservati dalla Convenzione con questa intervenuta (fatte salve le ipotesi di conflitto e, ai sensi dell'art. 43, comma 4, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1933, di apposita motivata delibera da adottare in casi speciali e da sottoporre all'organo di vigilanza), oppure ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici;

2) ovvero, in alternativa e senza bisogno di formalità, né della delibera prevista dal richiamato art. 43, comma 4, r.d. cit., di avvocati del libero foro - nel rispetto degli artt. 4 e 17 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dei criteri di cui agli atti di carattere generale adottati ai sensi del comma 5 del medesimo art. 1 del d.l. n. 193 del 2016 - in tutti gli altri casi ed in quelli in cui, pure riservati convenzionalmente all'Avvocatura erariale, questa non sia disponibile ad assumere il patrocinio;

(b) quando la scelta tra il patrocinio dell'Avvocatura erariale e quello di un avvocato del libero foro discende dalla riconduzione della fattispecie alle ipotesi previste dalla Convenzione tra l'Agenzia e l'Avvocatura o di indisponibilità di questa di assumere il patrocinio, la costituzione dell'Agenzia a mezzo dell'una o dell'altro postula necessariamente e implicitamente la sussistenza del relativo presupposto di legge, senza bisogno di allegazione e di prova al riguardo, nemmeno nel giudizio di legittimità.

(*) Segnalazione del Vice Avvocato Generale Gianni De Bellis - 19/11//2019.

Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 19 novembre 2019 n. 30008 - Pres. G. Mammone, Rel. F. De Stefano - ADER - Agenzia delle Entrate-Riscossione (già Equitalia Servizi di Riscossione s.p.a.) (avv. St. G. De Bellis) c. R.O. (avv. M. Panareo).

Fatti di causa

1. L'Agenzia delle entrate - riscossione chiese la cassazione della sentenza n. 845 del 06/09/2016 della Corte di appello di Lecce, nella parte in cui aveva rigettato - per prescrizione nel più breve termine previsto per i crediti originari ed esclusa l'applicazione di quello decennale nonostante la mancata contestazione delle cartelle ritualmente notificate - l'appello della sua dante causa Equitalia E.T.R. spa contro l'accoglimento - con sentenza della sezione distaccata di Maglie del tribunale di quel capoluogo - dell'opposizione dispiegata da O.R. al preavviso di iscrizione di fermo amministrativo del suo autoveicolo, fondato sul mancato pagamento delle somme recate da cartelle esattoriali non meglio identificate in ricorso ed a titolo di crediti non tributari del pari non diversamente ivi specificati.

2. La ricorrente si affidò ad un ricorso articolato su di un unitario motivo (di violazione dell'art. 2946 cod. civ.), a ministero di Avvocato del libero foro, nel quale diede atto di essere subentrata «in virtù dell'art. 1 del D.L. n. 193/2016, convertito nella legge n. 225/2016, ... a titolo universale, nei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società Equitalia S.d.R. S.p.A., che aveva incorporato Equitalia SUD S.p.A., la quale aveva incorporato Equitalia ETR S.p.A.», originaria parte in causa.

3. Notificato controricorso dall'intimato R., la terza sezione civile di questa Corte, all'esito dell'udienza del 25/06/2019 e con ordinanza interlocutoria 09/07/2019, n. 18350, ha chiesto al Primo Presidente di valutare l'opportunità di rimettere alle Sezioni Unite la questione di massima di particolare importanza relativa al patrocinio dell'Agenzia delle Entrate - Riscossione (e, in particolare, la sua rappresentanza in giudizio, sotto il profilo dei limiti dell'obbligatorietà del patrocinio autorizzato da parte dell'Avvocatura dello Stato o, in alternativa, della facoltatività di questo su di un piano di piena parità, salva la volontaria autolimitazione dell'Agenzia in sede di convenzione con l'Avvocatura, con l'avvalimento di avvocati del libero foro).

4. Tanto disposto dal Primo Presidente, per la pubblica udienza del 22/10/2019 l'Agenzia delle Entrate - Riscossione ha depositato memoria, con la quale si è costituita, in sostituzione del precedente Avvocato del libero foro che l'aveva assistita e rappresentata per la proposizione del ricorso, l'Avvocatura Generale dello Stato, dichiarando preliminarmente di rinunciare al ricorso e chiedendo comunque di pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ.

5. Dal canto suo, il P.G. di udienza ha richiamato la requisitoria scritta già

depositata, con cui ha concluso per l'affermazione del principio che «la rappresentanza e la difesa in giudizio dell'Agenzia delle Entrate - Riscossione, tramite il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, risulta facoltativa, e non obbligatoria, rispetto al patrocinio degli avvocati del libero foro».

Ragioni della decisione

(...)

3. Va però dato atto dell'intervenuta rinuncia al ricorso, da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato subentrata nella difesa della ricorrente Agenzia delle Entrate - Riscossione, con atto oltretutto ritualmente notificato all'intimato, che non ha in alcun modo a tanto reagito: tanto impone la declaratoria di estinzione del presente giudizio di legittimità e preclude la disamina della questione agitata con l'unitario motivo di doglianza dell'Agenzia, già valutata dalla giurisprudenza delle sezioni semplici di questa Corte (per tutte: Cass. ord. 17/04/2019, nn. 10797 e 10799; Cass. ord. 16/04/2019, n. 10595; Cass. 03/04/2019, n. 9293; Cass. 08/03/2019, n. 6888; Cass. 06/12/2018, n. 31658; 04/12/2018, n. 31352).

II. I presupposti per l'enunciazione del principio di diritto: la questione.

4. E tuttavia la dichiarazione di estinzione del giudizio di cassazione, emessa dalle sezioni unite della Corte sulla base della rinuncia al ricorso sopravvenuta all'emissione del decreto di fissazione della pubblica udienza di discussione (o di adunanza in camera di consiglio), non preclude certo alla medesima Corte, in composizione collegiale, di usare del potere di enunciare ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ., su questioni di particolare importanza, il principio di diritto nell'interesse della legge, posto che nella dichiarazione conseguente all'esercizio del potere di rinuncia delle parti, così come nell'inammissibilità del ricorso, ciò che è precluso è solo la possibilità di pronunciarsi sul fondo delle censure con effetti sul concreto diritto dedotto in giudizio (per prima: Cass. sez. U. ord. 06/09/2010, n. 19051; più di recente, Cass. Sez. U. 24/09/2018, n. 22438).

5. Questa Corte reputa invero necessario, nell'interesse della legge e nonostante la rinuncia della ricorrente, esaminare la questione rimessa all'attenzione di queste Sezioni Unite dalla richiamata ordinanza interlocutoria, al fine di pronunciare il principio di diritto idoneo a regolare in astratto la fattispecie.

6. L'istituzione dell'Agenzia delle Entrate - Riscossione ha infatti comportato la necessità di identificare il regime della sua rappresentanza in giudizio, avendo questa Corte di legittimità, nelle sue prime pronunce, concluso che il testo normativo sostanzialmente escludesse la facoltà di avvalersi del patrocinio di avvocati del libero foro senza l'adozione delle onerose forme del patrocinio c.d. autorizzato dell'Avvocatura erariale e quindi senza l'adozione, volta per volta, di apposita motivata delibera da sottoporre al competente organo di vigilanza (e da produrre a pena di inammissibilità, se non altro per il giudizio

di legittimità), non mancando talora l'occasione di adombrare che la conclusione avrebbe dovuto valere pure per il processo tributario.

7. Al riguardo, la sezione tributaria di questa Corte è intervenuta statuendo che «l'Agenzia delle Entrate Riscossione, quale successore *ope legis* di Equitalia, ex art. 1 del d.l. n. 193 del 2016, conv. in l. n. 225 del 2016, ove si costituisca formalmente in giudizio in un nuovo processo come in uno già pendente alla data della propria istituzione, deve avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a pena di nullità del mandato difensivo, salvo che allegghi le fonti del potere di rappresentanza ed assistenza dell'avvocato del libero foro prescelto, fonti che devono essere congiuntamente individuate sia in un atto organizzativo generale contenente gli specifici criteri legittimanti il ricorso ad avvocati del libero foro, sia in un'apposita delibera, da sottoporre agli organi di vigilanza, la quale indichi le ragioni che, nel caso concreto, giustificano tale ricorso alternativo ai sensi dell'art. 43 del r.d. n. 1611 del 1933» (Cass. ord. 09/11/2018, n. 28741; nello stesso senso, v. pure, successivamente: Cass. ord. 28/12/2018, n. 33639; Cass. 24/01/2019, n. 1992; in precedenza, v. Cass. ordd. nn. 15003 e 15689 del 2018 e Cass. n. 28684/18).

8. La conclusione dell'invalidità del conferimento del mandato ad avvocato del libero foro in difetto tanto dell'atto organizzativo generale che di un'apposita delibera specifica (per la precisione, dell'atto organizzativo generale, contenente gli specifici criteri legittimanti il ricorso ad avvocati privati, nonché della specifica e motivata deliberazione dell'ente stesso che indichi le ragioni per cui non si sia fatto ricorso all'assistenza tecnica dell'Avvocatura dello Stato) è stata riferita ad ogni ipotesi di contenzioso, tributario e non, senza distinguere neppure al grado del giudizio; ed è stata fondata sui seguenti passaggi argomentativi:

a) il testo normativo condiziona il conferimento del mandato difensivo ad avvocati del libero foro al rispetto dei criteri generali di selezione previsti dal codice dei contratti pubblici (artt. 4 e 17 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e di quegli specifici criteri definiti negli atti di carattere generale deliberati ai sensi del comma quinto del medesimo art. 1 del d.l. n. 193/2016, conv. in l. n. 225/2016;

b) lo stesso Regolamento di amministrazione dell'AdER, deliberato il 26/03/2018 ed approvato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze il 19/05/2018, qualifica, al suo art. 4 e sul presupposto della soggezione dell'ente al controllo della Corte dei conti, l'avvalimento di avvocati del libero foro come ipotesi residuale, rispetto al patrocinio pubblico e quando questo non sia assunto dall'Avvocatura erariale in conformità ad apposita convenzione;

c) il richiamo al patrocinio autorizzato di cui all'art. 43 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (con la sola eccezione delle ipotesi di conflitto), implica l'applicazione dell'elaborazione giurisprudenziale sul punto, come di recente compendiata da Cass. Sez. U. 20/10/2017, n. 24876, a mente della quale, tranne i casi di vera e propria urgenza, ai sensi dell'art. 43 del r.d. n. 1611 del 1933 - come modificato dall'art. 11 della l. 3 aprile 1979 n. 103 - la facoltà per le Università

statali di derogare, in casi speciali al patrocinio autorizzato spettante per legge all'Avvocatura dello Stato, per avvalersi dell'opera di liberi professionisti, è subordinata all'adozione di una specifica e motivata deliberazione dell'ente da sottoporre agli organi di vigilanza per un controllo di legittimità, la cui mancanza determina la nullità del mandato alle liti, non rilevando che esso sia stato conferito con le modalità prescritte dal regolamento o dallo statuto dell'ente, fonti di rango secondario insuscettibili di derogare alla legislazione primaria;

d) in definitiva, il nuovo assetto normativo ha prescritto, per il patrocinio di AdER nel giudizio di legittimità, un rapporto di regola ad eccezione tra la difesa pubblica dell'Avvocatura dello Stato e la difesa svolta da avvocati del libero foro: la diretta derivazione statutale dell'attività di riscossione, la dichiarata posizione di strumentalità nella quale il nuovo ente pubblico, dismessa la veste di società per azioni, si colloca rispetto all'agenzia delle entrate (della cui natura giuridica, pur in assenza di rapporto organico, partecipa), il generalizzato recepimento del r.d. 1611/1933 sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'avvocatura dello Stato costituiscono fattori denotanti la volontà legislativa di instaurare, nell'alternativa tra difesa tramite avvocatura dello Stato e difesa tramite avvocati del libero foro, una relazione che non è di indifferenza, ma di regola-eccezione;

e) la violazione di tale regola e quindi la carenza dei presupposti normativi costituiti dalla motivata delibera e della relativa produzione documentale comporta la nullità del mandato difensivo conferito ad avvocato del libero foro, privo di *ius postulandi*, nullità neppure emendabile - se non altro - nel giudizio di legittimità, nel quale non si applica l'art. 182 cod. proc. civ.

9. Con l'ordinanza interlocutoria della terza sezione di questa Corte (deliberata prima e pubblicata subito dopo la pubblicazione della norma di interpretazione autentica di cui appresso), viceversa, sono stati posti in luce i seguenti alternativi passaggi argomentativi:

a) la disposizione di legge istituisce un *quid novi* rispetto ai precedenti casi di patrocinio c.d. autorizzato dell'Avvocatura dello Stato, una figura *sui generis* in relazione alla peculiarità del nuovo ente pubblico istituito alla fine del 2016 quale organismo unificato preposto alla riscossione dei crediti di Stato ed alcuni enti pubblici, cui assicurare, in ragione della natura del soggetto creditore, una peculiare efficienza ed effettività del patrocinio ed al contempo il contenimento delle pur sempre limitate risorse a sostegno della difesa in giudizio delle ragioni erariali;

b) la stessa formulazione letterale prevede su di un piano di perfetta parità le fattispecie di patrocinio dell'AdER, visto l'impiego dell'avverbio «altresì» in esordio del secondo periodo del comma ottavo dell'art. 1 in esame: parola che equivale a «inoltre, anche, pure» ed introduce quindi una proposizione il cui significato si aggiunge a quello della precedente, senza istituire una relazione di subordinazione rispetto a quella;

c) la disposizione può avere ad oggetto, accanto alla facoltà (resa evidente dal formale conferimento dell'autorizzazione) di avvalimento dell'avvocatura erariale, in ogni caso in base ed in forza di apposita convenzione (con l'esclusione dei soli casi di conflitto), la pariordinata facoltà di avvalersi di avvocati del libero foro, in base a criteri specifici definiti negli atti di carattere generale e nel rispetto di quanto stabilito dal codice dei contratti pubblici: essendo adietta a questa seconda una facoltà alternativa ed una finale complessiva limitazione, con la rappresentanza personale a mezzo di propri dipendenti nei giudizi in tribunale e dinanzi al giudice di pace e comunque con la facoltà per l'avvocatura erariale di assumere direttamente il patrocinio nei casi di interesse generale («questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici»);

d) la parificazione tra le due facoltà non viene meno neppure in base alle premesse della convenzione pure intervenuta col Protocollo d'intesa del 22/06/2017 tra AdER ed Avvocatura Generale dello Stato, nel quale le parti hanno valutato le rispettive esigenze organizzative, pure in considerazione dell'organico e dei carichi di lavoro rappresentati dall'Avvocatura dello Stato, per poi di comune accordo individuare le tipologie di controversie da affidare al patrocinio dell'Avvocatura, con conseguente determinazione del concreto *modus operandi* del patrocinio pubblico nei rapporti con l'agente della riscossione, a seconda della tipologia del contenzioso;

e) può revocarsi in dubbio che la regola generale sia l'avvalimento dell'avvocatura erariale e che quello di avvocati del libero foro sia un'eccezione, non solo perché il primo resta subordinato ad una convenzione e così ad un evento futuro ed incerto (benché in concreto verificatosi), la cui mancanza sarebbe incongruamente in grado di impedire l'operatività di quella facoltà invece prospettata come normale, ma soprattutto perché il tenore testuale della norma - a differenza di quanto solo in apparenza risulta dalle previsioni regolamentari e che oltretutto, per principio generale, non sono in grado di interferire sulle norme di rango primario - esclude con chiarezza sia l'organicità che l'esclusività del patrocinio erariale, per quanto «autorizzato», attesa la chiara alternatività equiordinata delle due facoltà radicate in capo all'AdER;

f) in tal caso, il richiamo all'art. 43 del r.d. del t.u. del 1933 ben si intende riferito alle ipotesi in cui, determinandosi all'opzione tra l'una e l'altra facoltà ed in base alle previsioni della convenzione con la stessa avvocatura erariale, l'ente abbia in concreto optato per il patrocinio di quest'ultima; resta salva ogni volontaria autolimitazione in questa pattuita da parte dell'Agenzia nell'opzione per gli avvocati del libero foro, in un sistema che prevede limitate eccezioni.

III. I testi normativi rilevanti.

10. La norma il cui ambito va qui definitivamente identificato è il comma ottavo dell'articolo 1 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 dicembre 2016, n. 225, il quale recita:

«L'ente è autorizzato ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, fatte salve le ipotesi di conflitto e comunque su base convenzionale. Lo stesso ente può altresì avvalersi, sulla base di specifici criteri definiti negli atti di carattere generale deliberati ai sensi del comma 5 del presente articolo, di avvocati del libero foro, nel rispetto delle previsioni di cui agli articoli 4 e 17 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ovvero può avvalersi ed essere rappresentato, davanti al tribunale e al giudice di pace, da propri dipendenti delegati, che possono stare in giudizio personalmente; in ogni caso, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, l'Avvocatura dello Stato, sentito l'ente, può assumere direttamente la trattazione della causa. Per il patrocinio davanti alle commissioni tributarie continua ad applicarsi l'articolo 11, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546».

11. Le norme richiamate dalla norma appena ricordata sono:

a) l'art. 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, il quale recita:

«L'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali di Amministrazioni pubbliche non statali ed Enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che ne sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con Regio decreto.

Le disposizioni e i provvedimenti anzidetti debbono essere promossi di concerto coi Ministri per la grazia e giustizia e per le finanze.

Qualora sia intervenuta l'autorizzazione, di cui al primo comma, la rappresentanza e la difesa nei giudizi indicati nello stesso comma sono assunte dalla Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le regioni.

Salve le ipotesi di conflitto, ove tali amministrazioni ed enti intendano in casi speciali non avvalersi della Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza.

Le disposizioni di cui ai precedenti commi sono estese agli enti regionali, previa deliberazione degli organi competenti»;

b) il comma 5 del medesimo art. 1 d.l. 193/16, il quale, al quarto periodo, recita: «Il comitato di gestione, su proposta del presidente, delibera le modifiche allo statuto e gli atti di carattere generale che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento dell'ente, bilanci preventivi e consuntivi, i piani aziendali e le spese che impegnano il bilancio dell'ente per importi superiori al limite fissato dallo statuto»;

gli artt. 4 e 17 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il primo dei quali recita:

«L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, ((dei contratti attivi,)) esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica» (mentre l'altro prevede una serie di esenzioni in ragione soprattutto della natura dell'affare);

c) l'art. 11, comma 2, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, come modificato dall'art. 9, comma 1, lett. d), del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156, che prevede:

«L'ufficio dell'Agenzia delle entrate e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 nonché dell'agente della riscossione, nei cui confronti è proposto il ricorso, sta in giudizio direttamente o mediante la struttura territoriale sovraordinata. Stanno altresì in giudizio direttamente le cancellerie o segreterie degli uffici giudiziari per il contenzioso in materia di contributo unificato».

12. La norma di interpretazione autentica è invece l'art. 4-novies del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 28 giugno 2019, n. 58 (pubblicata il 29/06/2019, sul s.o. n. 26 della G.U. n. 151 di quel giorno), il quale recita:

«Il comma 8 dell'articolo 1 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225, si interpreta nel senso che la disposizione dell'articolo 43, quarto comma, del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, si applica esclusivamente nei casi in cui l'Agenzia delle entrate - Riscossione, per la propria rappresentanza e difesa in giudizio, intende non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi a quest'ultima riservati su base convenzionale; la medesima disposizione non si applica nei casi di indisponibilità della stessa Avvocatura dello Stato ad assumere il patrocinio».

13. Completano il quadro normativo di riferimento:

- il regolamento di amministrazione di AdER, deliberato dal Comitato di gestione (previsto dalla norma istitutiva e disciplinato dall'art. 6 dello Statuto) il 26 marzo 2018 e approvato dal Ministero dell'economia e delle finanze il 19 maggio 2018 ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 300 del 1999;

- il protocollo d'intesa del 22 giugno 2017, stipulato tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia delle entrate - Riscossione, attuativo dell'art. 1, comma 8, primo periodo, d.l. n. 193 del 2016 (reperibile anche on-line sul sito dell'Avvocatura dello Stato);

- il regolamento-bando di AdER per la costituzione e la gestione dell'elenco degli avvocati per l'affidamento di incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio, coerente con i principi del codice dei contratti pubblici secondo le indi-

cazioni fornite dalla Autorità Nazionale Anticorruzione (Delibera n. 1158 del 9 novembre 2016, reperibile anch'essa on-line, sul sito dell'Agenzia delle Entrate - Riscossione).

IV. La peculiarità del patrocinio c.d. autorizzato.

14. La norma di interpretazione autentica del giugno 2019 non giustifica più l'applicazione dell'istituto del patrocinio c.d. autorizzato da parte dell'Avvocatura erariale nella sua impostazione tradizionale, fatta propria dalle pronunce della sezione tributaria di questa Corte, ma non sostenibile già in precedenza, alla stregua del tenore testuale della norma istitutiva dell'Agenzia e di una sua interpretazione sistematica.

15. L'istituto del patrocinio c.d. autorizzato - definito come tale da conferire all'Avvocatura erariale la rappresentanza e la difesa in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi - e la sua applicazione alla peculiare fattispecie della neoistituita Agenzia esigono invero una sua ricostruzione più flessibile rispetto a quella tradizionale finora elaborata (e compiutamente ridefinita dalla recente e già richiamata Cass. Sez. U. 20/10/2017, n. 24876), per adeguarlo alle peculiarità dell'Ente od ufficio pubblico da assistere e rappresentare, investito di un contenzioso unico nel suo genere per consistenza numerica in ragione, tra l'altro, dell'exasperata conflittualità tra enti impositori e soggetti passivi di imposte e tasse o simili propria e tipica del contesto socioculturale e giuridico italiano.

16. La lettera della norma, già nel suo tenore originario, era chiara ed univoca: da un lato, nel prevedere l'avvalimento del patrocinio c.d. autorizzato espressamente ed esclusivamente su base convenzionale e, comunque, con la consueta eccezione dei casi di conflitto; dall'altro lato ed evidentemente riferendosi ad ogni altro caso, nell'impiego dell'avverbio «altresì» per fondare la facoltà di avvalimento degli avvocati del libero foro: un tale lemma non postula alcuna struttura logica gerarchica tra le proposizioni correlate, per cui, almeno in linea di principio, la facoltà di avvalersi di avvocati del libero foro è sullo stesso piano della precedente.

17. Il *quid novi* della riforma del 2016 dei soggetti incaricati della riscossione sta nella notevole ed innovativa peculiarità della devoluzione ad una convenzione dell'ambito di concreta operatività del patrocinio c.d. autorizzato, che solo entro quei limiti rimane pur sempre organico ed esclusivo; è una forma nuova o speciale di tale patrocinio, verosimilmente imposta dall'assoluta peculiarità del contenzioso da fronteggiare, che evidentemente comporta: da un lato, che, finché la convenzione non vi sia stata, la piena equivalenza tra le due facoltà ha reso in concreto esercitabile solo la seconda (l'avvalimento di avvocati del libero foro, sia pure previa l'adozione - in concreto avutasi - degli atti di carattere generale di cui al comma 5 dell'art. 1 della legge istitutiva) e pertanto senza alcuna formalità di alcun genere; al contempo e dall'altro lato, che, una volta adottata quella convenzione, si è avuta un'autolimitazione

preventiva e per schemi astratti, ovvero generalizzata, della facoltà di avvalimento di avvocati del libero foro.

18. Ne consegue che ormai, a maggior ragione a convenzione intervenuta tra l’Agenzia e l’Avvocatura, non vi è alcun rapporto di regola ad eccezione tra avvalimento dell’avvocatura erariale e di avvocati del libero foro, ma semplicemente applicazione delle due facoltà in ragione della classificazione delle possibili evenienze in due categorie, cioè quelle in cui la fattispecie rientra tra quelle oggetto della convenzione e tutte le altre:

- in caso di sussunzione della fattispecie entro la prima categoria, è normale l’avvalimento del patrocinio autorizzato, salvi i casi di specifica e motivata delibera per l’avvalimento di avvocato del libero foro, da adottarsi appunto nel caso concreto e con le modalità di cui al quarto comma;

- in ogni altro caso, è normale invece l’avvalimento di avvocati nel libero foro (sia pure nel rispetto dei criteri del codice dei contratti pubblici e di quelli oggetto di appositi atti di carattere generale di cui al comma quinto dell’art. 1);

- e salve le eccezioni all’una e all’altra categoria, di cui si dirà.

V. La ratio legis del sistema.

19. L’intenzione del legislatore all’atto dell’istituzione dell’Agenzia è resa evidente dall’iter di approvazione del relativo decreto legge nella parte in cui è stata aggiunta - con la vista innovativa formula della delimitazione convenzionale dell’ambito di estrinsecazione della facoltà di avvalimento - la previsione del patrocinio ad opera di avvocati del libero foro: invero, proprio la considerazione dell’iter di formazione della disposizione normativa può asurgere a valido criterio ermeneutico (Cass. Sez. U. 23/07/2019, n. 19889).

20. Se dall’originaria previsione di devoluzione integrale del patrocinio al sistema c.d. autorizzato dell’art. 43 del r.d. 1611/33 si è passati a questo ben più articolato istituto, è evidente che si è tenuta in conto l’esigenza di ampliare e rendere effettive le potenzialità della difesa in giudizio del neo istituito Ente: e, quindi, la norma non poteva certo rendere più difficoltoso od incongruo l’approdo ermeneutico del sistema raggiunto con riguardo alla previgente figura istituzionale del preesistente agente di riscossione a partecipazione pubblica.

21. La consapevolezza, da parte del riformatore del 2016, dell’accentramento delle relative ingenti attività in capo ad un Ente statale ha da subito imposto che, nel bilanciamento tra l’esigenza di effettività della difesa delle ragioni delle finanze pubbliche e quella del contenimento della relativa spesa, fosse necessario avvalersi non solo dell’organo istituzionalmente deputato alla rappresentanza in giudizio di ogni altro organo dello Stato, ma pure, in realistica considerazione della limitatezza delle sue risorse e della necessità di un razionale impiego di quelle esistenti fino ad improbabili altrimenti inevitabili futuri ingenti incrementi di personale, delle potenzialità prima offerte dalla normativa previgente.

22. Tali potenzialità già il testo originario dell’art. 1, comma ottavo, d.l. cit.

ha voluto quindi con ogni evidenza non certo limitare, ma anzi valorizzare, esaltare, adeguare e razionalizzare; evidentemente nella consapevolezza che affidare la difesa di un tale mastodontico contenzioso esclusivamente alla difesa interna dei propri dipendenti delegati o al personale, pur sempre limitato e dimensionato su di un organico ancora inadeguato all'improvviso impatto derivante dalla trasformazione del precedente esattore in Agenzia statale, dell'Avvocatura erariale avrebbe comportato il sacrificio di un'apprezzabile effettività di tutela delle ragioni creditorie pubbliche, drammaticamente sproporzionato rispetto ad astratte esigenze di contenimento della spesa necessaria per la difesa esterna.

23. L'esigenza di razionalizzazione delle risorse pubbliche e, segnatamente, delle modalità dell'avvalimento dell'Avvocatura erariale è poi riconosciuta, con ogni evidenza, dalla norma di interpretazione autentica del giugno 2019, che, della complessa fattispecie, si preoccupa di sottolineare almeno un aspetto: e cioè che nessuna delibera specifica e motivata (da sottoporre poi agli organi di vigilanza, di cui al quarto comma dell'art. 43 r.d. 1611/33) è richiesta all'Agenzia per avvalersi degli avvocati del libero foro, al di fuori dei casi riservati all'Avvocatura erariale su base convenzionale o perfino pure in quelli, ove essa non sia disponibile ad assumere il patrocinio.

VI. Il sistema del patrocinio dell'Agenzia delle Entrate - Riscossione.

24. Tanto è però soltanto una conferma della ricostruzione del sistema della rappresentanza e difesa in giudizio del nuovo Ente come articolato: sistema che si completa con la facoltà dell'Avvocatura erariale di assumere comunque la difesa pure nei casi non convenzionalmente previsti e con quella di avvalimento di dipendenti delegati nei giudizi dinanzi ai giudici di pace ed ai tribunali; sistema che esige il rafforzamento e la razionalizzazione e non già alcuna limitazione delle facoltà di avvalimento di una rappresentanza tecnica pure non istituzionale, già in precedenza riconosciute anche solo in via ermeneutica: come nel caso anche della rappresentanza e difesa dinanzi alle Commissioni tributarie, secondo quanto è reso evidente dall'espressa salvezza di una norma generalmente ricondotta a quegli istituti, quale l'art. 11, comma 2, del d.lgs. 546/92 (nonostante altre siano più direttamente a quelli riferibili: invero, la possibilità di stare in giudizio di persona riconosciuta da quella norma non è stata, per consistente indirizzo ermeneutico, ritenuta ostativa all'avvalimento di avvocati del libero foro: Cass. 06/09/2004, n. 17936; Cass. 23/10/2006, n. 22804; Cass. 07/12/2005, n. 27035; Cass. 04/02/2005, n. 2302; Cass. ord. 15/10/2018, n. 25625).

25. Può concludersi così che in tutti i casi non espressamente riservati all'Avvocatura erariale su base convenzionale è possibile per l'Agenzia avvalersi anche di avvocati del libero foro (per di più persistendo la facoltà aggiuntiva - ed alternativa rispetto ad entrambe quelle opzioni - di rappresentanza o avvalimento di dipendenti delegati davanti al giudice di pace ed al tribunale), secondo un meccanismo sostanzialmente automatico:

- temperato dalla sola possibilità di derogare con delibera motivata e specifica nel primo dei due casi;

- nel secondo, regolato dalla necessità di rispettare - nella nomina - i criteri generali dell'atto generale di cui al comma quinto dello stesso art. 1 e dei principi del codice dei contratti pubblici, temperato dall'eccezione della volontaria assunzione del patrocinio da parte dell'Avvocatura erariale;

- derogabile, in entrambi i casi, pure dalla facoltà di avvalimento anche di dipendenti delegati per i soli giudizi dinanzi a giudici di pace e tribunali.

26. Pertanto:

a) se la convenzione riserva all'Avvocatura di Stato la difesa e rappresentanza in giudizio, l'Agenzia può evitarla solo in caso di conflitto, oppure alle condizioni dell'art. 43, co. 4, r.d. n. 1611 del 1933 (cioè adottando la delibera motivata e specifica e sottoposta agli organi di vigilanza), oppure ancora ove l'Avvocatura erariale si renda indisponibile;

b) se, invece, la convenzione non riserva all'Avvocatura erariale la difesa e rappresentanza in giudizio, non è richiesta l'adozione di apposita delibera od alcuna altra formalità per ricorrere al patrocinio a mezzo di avvocati del libero foro (da scegliere in applicazione dei criteri generali di cui agli atti di carattere generale di cui al quinto comma e nel rispetto dei principi del codice dei contratti pubblici);

c) in tutti i casi è in facoltà dell'Agenzia di avvalersi e farsi rappresentare anche da propri dipendenti delegati pure davanti ai giudici di pace e ai tribunali, per di più nulla essendo innovato quanto alle già raggiunte conclusioni per ogni altro tipo di contenzioso.

27. Un simile evidente automatismo della sussunzione entro l'una o l'altra categoria esclude poi in radice la necessità di ogni formalità, tra cui l'adozione di delibere o determinazioni e le relative produzioni documentali, ivi compresa quella della convenzione o dei regolamenti interni, siccome tutti adeguatamente pubblicizzati e reperibili senza difficoltà dal pubblico indifferenziato delle potenziali controparti: in sostanza, risulta postulata (cioè anche solo implicitamente allegata) la sussistenza dei relativi presupposti con la semplice diretta formazione dell'atto da parte dell'Avvocatura o, nell'alternativa evenienza, nel conferimento della procura ad avvocato del libero foro, in dipendenza di un atto meramente interno dell'Agenzia che si è determinata ad agire o a resistere in giudizio, del quale non vi è necessità di alcuna specifica o separata documentazione od allegazione, nemmeno nel giudizio di legittimità.

28. Beninteso, ove la fattispecie fosse invece caratterizzata dall'eccezione al riparto automatico appena tratteggiato, cioè la sottrazione della fattispecie al patrocinio autorizzato nonostante essa rientri tra quelle riservate convenzionalmente all'Avvocatura, sarà - come di consueto - indispensabile la specifica e motivata delibera di affidamento all'avvocato del libero foro, secondo la ricostruzione compendiata da ultimo dalla già richiamata Cass. Sez. U.

24876/17: e, pertanto, solo in tal caso occorrerà allegare e provare - a maggior ragione nel giudizio di legittimità, ove non si applica l'art. 182 cod. proc. civ. - l'avvenuta rituale adozione di tale delibera.

29. L'ulteriore eccezione, stavolta alla seconda categoria di evenienze e cioè l'assunzione del patrocinio erariale in casi non riservati convenzionalmente alla Avvocatura erariale, non avrà invece bisogno di alcuna specifica allegazione, documentazione o prova, per l'autoevidenza della determinazione di quella di attivare la sua istituzionale potestà, anche e se del caso - come del resto è avvenuto nella presente fattispecie - in evidente revoca del precedente incarico professionale e con immediata sostituzione del professionista del libero foro originariamente officiato.

30. In questo senso non può condividersi, nella sua assolutezza, la richiesta conclusiva del Procuratore generale di dichiarare che «la rappresentanza e la difesa in giudizio dell'Agenzia delle Entrate - Riscossione, tramite il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, risulta facoltativa, e non obbligatoria, rispetto al patrocinio degli avvocati del libero foro»: il patrocinio erariale non può mai dirsi sempre e comunque facoltativo, perché esso è la norma, sia pure solo, nei casi convenzionalmente identificati da Agenzia ed Avvocatura. La formulazione appena riportata non può condividersi, perché non si fa adeguato carico della peculiarità del sistema, che si fonda pur sempre sull'autolimitazione, su base convenzionale, della altrimenti tendenzialmente generale ed illimitata facoltà dell'Agenzia di avvalersi - sia pure e beninteso nel rispetto dei criteri stabiliti dai propri atti di carattere generale e dal codice dei contratti pubblici - di avvocati del libero foro (salva la facoltà di assunzione diretta del patrocinio in casi di particolare rilevanza, anche solo economica, da parte dell'Avvocatura erariale, nonché l'altra, di avvalersi di propri dipendenti delegati).

31. Il sistema si completa con la considerazione, valida peraltro *de praeteritu*, della piena operatività della sola facoltà di avvalimento degli avvocati del libero Foro nel periodo in cui la convenzione non era ancora intervenuta, anche in tal caso senza bisogno di allegazioni o produzioni specifiche ad opera dell'Agenzia: invero, in quel periodo era impossibile l'operatività della facoltà di avvalimento del patrocinio erariale, non essendo ancora venuto a giuridica esistenza lo speciale presupposto, previsto dalla norma, della previa base convenzionale.

VI. Conclusioni.

32. Dall'ambito della questione devoluta a queste Sezioni Unite dall'ordinanza interlocutoria, mantenuta rilevante dalla valutazione dell'interesse della legge nonostante l'intervenuta rinuncia della ricorrente, esulano altre tematiche, tra cui quella della natura della successione dell'Agenzia ad Equitalia e quella oggetto delle doglianze originariamente dispiagate dalla ricorrente: le quali restano, pertanto, del tutto impregiudicate.

33. Possono così enunciarsi i seguenti principi di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363, comma terzo, cod. proc. civ.:

«impregiudicata la generale facoltà di avvalersi anche di propri dipendenti delegati davanti al tribunale ed al giudice di pace, per la rappresentanza e la difesa in giudizio l'Agenzia delle Entrate - Riscossione si avvale:

- dell'Avvocatura dello Stato nei casi previsti come ad essa riservati dalla convenzione con questa intervenuta (fatte salve le ipotesi di conflitto e, ai sensi dell'art. 43, comma 4, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1933, di apposita motivata delibera da adottare in casi speciali e da sottoporre all'organo di vigilanza), oppure ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici,

ovvero, in alternativa e senza bisogno di formalità, né della delibera prevista dal richiamato art. 43, comma 4, r.d. cit.,

- di avvocati del libero foro - nel rispetto degli articoli 4 e 17 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e dei criteri di cui agli atti di carattere generale adottati ai sensi del comma 5 del medesimo art. 1 d.l. 193 del 2016 - in tutti gli altri casi ed in quelli in cui, pure riservati convenzionalmente all'Avvocatura erariale, questa non sia disponibile ad assumere il patrocinio»;

«quando la scelta tra il patrocinio dell'Avvocatura erariale e quello di un avvocato del libero foro discende dalla riconduzione della fattispecie alle ipotesi previste dalla Convenzione tra l'Agenzia e l'Avvocatura o di indisponibilità di questa ad assumere il patrocinio, la costituzione dell'Agenzia a mezzo dell'una o dell'altro postula necessariamente ed implicitamente la sussistenza del relativo presupposto di legge, senza bisogno di allegazione e di prova al riguardo, nemmeno nel giudizio di legittimità».

34. La novità della preliminare questione in rito su cui è stata valutata opportuna l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge integra poi i presupposti per la compensazione integrale delle spese del presente giudizio di legittimità, benché definito per rinuncia della ricorrente.

35. Va infine dato atto che, tale essendo la ragione della definizione del presente giudizio di legittimità (Cass. ord. 30/09/2015, n. 19560; Cass. Sez. U. 12/06/2019, n. 15751), se non anche perché ne sarebbe stata esente istituzionalmente la ricorrente (Cass. 14/03/2014, n. 5955), non sussistono i presupposti processuali per l'applicazione dell'art. 13 comma 1-quater del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nserito dall'art. 1, comma 17, della l. 24 dicembre 2012, n. 228, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione.

P. Q. M.

Dichiara estinto per rinuncia il giudizio e compensa integralmente tra le parti le spese.

Ai sensi dell'art. 363, comma terzo, cod. proc. civ., enuncia il principio di diritto nell'interesse della legge di cui al punto 33 della motivazione.

Così deciso in Roma il 22/10/2019.

Daziabilità delle *royalties*: l'interpretazione delle clausole sintomatiche del controllo del licenziante sul produttore ai fini della determinazione del valore in dogana

NOTA A CASSAZIONE CIVILE, SEZ. V, ORDINANZA 10 MAGGIO 2019 N. 12458

*Maria Polimeni**

Con l'ordinanza n. 12458 del 10 maggio 2019 la Corte di cassazione torna a pronunciarsi sul tema dell'inclusione dei diritti di licenza nell'ambito del valore di transazione della merce, nell'ipotesi in cui le *royalties* relative alla merce siano corrisposte ad un soggetto terzo rispetto al rapporto contrattuale intercorrente tra venditore/esportatore ed acquirente/importatore.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Inclusione dei diritti di licenza nel valore doganale e fonti rilevanti - 3. La vicenda giudiziaria - 4. La pronuncia - 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

La disciplina in commento è quella sul valore in Dogana delle merci dettata dagli artt. 29 ss. del Regolamento CEE n. 2913/1992 (Codice Doganale Comunitario - CDC) e dagli artt. 147 ss. delle Disposizioni di attuazione del Codice (Reg. CEE n. 2454/1993 - DAC), ora sostituito dal Regolamento UE n. 952/2013 del 9 ottobre 2013 che ha istituito il nuovo Codice Doganale dell'Unione (CDU) e dai relativi atti delegati (Reg. UE n. 2446 del 28 luglio 2015 - RD; regolamento di esecuzione UE n. 2447 del 24 novembre 2015 - RE; Reg. transitorio UE n. 341 del 17 dicembre 2015 - RDT).

In tale contesto normativo, il valore in Dogana delle merci importate è il valore di transazione (art. 70 ss. CDU) cioè *“il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione, eventualmente adeguato”*.

In particolare, ai sensi dell'art. 70, paragrafo 2 CDU gli importi che concorrono alla determinazione della base imponibile dei dazi doganali comprendono tutti i pagamenti effettuati o che devono essere effettuati come *“condizione della vendita delle merci importate”* dal compratore nei confronti del venditore o dal compratore ad una terza parte, a beneficio del venditore.

Qualora il compratore acquisti ed importi delle merci nel territorio dell'Unione con il fine di distribuzione o rivendita delle stesse, sarà tenuto al pagamento di un importo ulteriore a titolo di contropartita del diritto di distribuzione o di rivendita, se tale pagamento costituisce una *condizione di vendita* per l'esportazione.

L'art. 71 CDU, rubricato *“Elementi del valore di transazione”* contiene

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

una serie di elementi che integrano il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci importate ai fini della determinazione del valore in dogana, tra i quali sono inclusi, al paragrafo 1, lettera c): [...] “*i corrispettivi e i diritti di licenza relativi alle merci da valutare, che il compratore, direttamente o indirettamente, è tenuto a pagare come condizione per la vendita delle merci da valutare, nella misura in cui detti corrispettivi e diritti di licenza non siano stati inclusi nel prezzo effettivamente pagato o da pagare*”.

In uno scenario standard, in cui tra le medesime parti contraenti intercorrono sia il contratto di compravendita delle merci sia il contratto di licenza, il pagamento dei relativi diritti di licenza costituisce una *condizione della vendita* ai sensi dell'art. 70, paragrafo 2, CDU, sicché tali importi sono inclusi nel valore di transazione.

In tale ipotesi è evidente, infatti, che qualora l'acquirente/licenziatario non effettui tutti i versamenti dovuti, l'alienante/licenziante non provvederà alla fornitura dei beni oggetto delle relative pattuizioni.

Particolari criticità ricostruttive sono state tuttavia ravvisate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ipotesi che più di frequente si presenta nella prassi operativa, in cui il licenziante è soggetto terzo rispetto al fornitore e dunque alle parti del contratto di compravendita.

In tale ipotesi il licenziante, soggetto diverso dal fornitore, è estraneo al contratto di compravendita, cioè al rapporto giuridico instaurato tra l'acquirente (il licenziatario) ed il fornitore estero, soggetto, quest'ultimo, in effetti destinatario del pagamento dei relativi diritti di licenza versati dalla sua controparte.

In questo scenario, l'inclusione delle cd. *royalties* nel valore doganale è subordinato non solo alla condizione che i relativi pagamenti si riferiscano esattamente alla merce importata e costituiscano una condizione di vendita della stessa, ma anche che il licenziante richiedente sia in qualche modo legato al fornitore estero.

Tale legame sussiste quando intercorre un particolare rapporto negoziale implicante un controllo, diretto o indiretto, tra il licenziante e l'esportatore (fornitore estero), tale che il primo è in grado di esercitare un potere di costrizione ed orientamento nei confronti del secondo sufficiente ad impedire, nell'ipotesi di omessa corresponsione dei diritti dovuti, la prestazione di fornitura delle merci.

In sostanza, affinché le *royalties* pagate al terzo licenziatario siano assoggettabili a dazi doganali è necessario che l'Autorità Doganale dimostri la sussistenza di tale peculiare legame tra licenziante e fornitore e verifichi in quali forme ed in che misura esso è in concreto esercitato.

A tale proposito è di ausilio la recente sentenza (cd. Puma) 6 aprile 2018, n. 8473, in cui la Corte di legittimità adotta una definizione di *controllo* particolarmente ampia, secondo cui è sufficiente a far sorgere l'obbligazione doganale anche un mero potere di *orientamento* esercitato dal licenziante

sull'impresa fornitrice, che si realizzi anche *di fatto*, a prescindere da legami societari o contrattuali intercorrenti tra tali soggetti.

2. *Inclusione dei diritti di licenza nel valore doganale e fonti rilevanti.*

Fatte queste opportune premesse, va detto che le considerazioni dei giudici della Corte di legittimità di cui alla pronuncia in esame rappresentano un ulteriore tassello di un complesso mosaico dottrinale e giurisprudenziale, stante il grande impatto sistematico che il tema dell'inclusione dei diritti di licenza nell'ambito del valore di transazione assume in un contesto industriale e commerciale caratterizzato da una forte frammentazione dei processi produttivi su scala globale.

È evidente però che la questione dell'inclusione delle *royalties* nell'ambito del valore doganale sia tutt'ora fonte di incertezze e criticità nonostante i chiarimenti provenienti dall'Agenzia Dogane e dalle pronunce delle Corti superiori sul punto (vedi Corte di Giustizia dell'Unione sentenza 9 marzo 2017, causa C-173/15 - *Healthcare*; ma anche la già citata Cass. civ. sentenza sez. V n. 8473 del 9 gennaio 2018).

Coadiuvano alla decodificazione dei concetti di *costrizione* ed *orientamento* accennati in Premessa ed alla verifica in concreto degli stessi sia il contributo di cui al Commentario 25.1 del 2011 del World Custom Organization (WCO), sia il documento TAXUD/800/2002, rev. 2007, Commento n. 11 della Commissione Europea, fonti intergovernative ed europee che contengono una serie di indici idonei a rivelare se il pagamento della *royalty* costituisca una *condizione di vendita* ai sensi dell'art. 70 CDU.

Il dettato del documento TAXUD/800/2002, in particolare, suggerisce che non è sufficiente ai fini della configurazione del *legame* la sussistenza di uno solo tra gli indici contenuti nell'elenco, avente peraltro carattere non tassativo.

Non è infatti escluso che nell'esercizio dell'attività di verifica l'Autorità doganale rilevi fatti o circostanze ulteriori rispetto a quelle individuate nell'elenco, comunque sintomatiche dell'esistenza del rapporto di controllo, diretto o indiretto, tra licenziante e produttore estero.

D'altronde, nello svolgimento dell'attività di verifica l'Autorità Doganale esercita poteri di natura prettamente discrezionale di ampiezza tale da condurre, in via potenziale, alla scoperta di occulti rapporti di *controllo* esercitato in assenza di rapporti contrattuali o societari tra il licenziante ed il fornitore ovvero in presenza di relazioni fattuali apparentemente inequivoche.

3. *La vicenda giudiziaria.*

La pronuncia in esame trae origine da un'attività di controllo documentale ed ispettiva posta in essere ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs n. 374/1990 dall'Agenzia delle Dogane, concernente la mancata inclusione nel valore in dogana di merci importate dalla Cina da produttori extraeuropei dell'importo

dei diritti di licenza (cd. *royalties*) dovuti dall'importatrice licenziataria alle imprese licenzianti, titolari dei marchi oggetto del contratto di licenza.

L'Agenzia procedeva alla revisione dell'accertamento di una serie di bollette doganali, emettendo nei confronti della Società importatrice un avviso di rettifica dell'accertamento e l'atto di irrogazione delle sanzioni, con i quali veniva contestata l'infedele dichiarazione del valore di acquisto dichiarato in dogana della predetta merce importata dalla Cina, per mancata inclusione dei diritti di licenza dovuti dalla contribuente alla casa madre.

La Società aveva impugnato i predetti atti impositivi, vedendo riconosciute le proprie ragioni in primo grado di giudizio: quanto ai dazi, la CTP aveva infatti accolto l'appello della contribuente ed annullato l'avviso di rettifica del valore di acquisto della merce dichiarato in dogana.

A seguito di appello proposto dalla Società contribuente la Commissione accoglieva il gravame, ritenendo non corretto l'operato dell'Agenzia quanto alla ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra le Società contribuenti ed i fornitori esteri.

In particolare, la Corte territoriale riteneva fondate le deduzioni della società evidenziando che non ricorrevano *“le condizioni in presenza delle quali i diritti di licenza devono essere inclusi nel valore doganale, individuate nel fatto che il pagamento di tali diritti costituisca una condizione per la vendita delle merci e che il pagamento delle licenze sia richiesto dal venditore o da altro soggetto a questi legato da un particolare rapporto negoziale”*.

L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli ha pertanto proposto ricorso per cassazione a mezzo di un unico motivo, con il quale ha dedotto la *violazione e falsa applicazione ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 del Reg. CE n. 2913/92, artt. 29 e 32, e del Reg. CE n. 2454/93, artt. 143, 157, 159, 160 e 162, anche in riferimento al Commento n. 11 del Comitato del codice doganale (Taxud 800/2012), nonché dell'art. 2729 c.c., anche in riferimento al Reg. CE n. 2454/93, art. 161*, per aver la sentenza impugnata escluso che ricorressero le condizioni in presenza delle quali i corrispettivi pagati a titolo di *royalties* dalla contribuente debbano essere inclusi nel valore in dogana delle merci importate.

L'articolazione del motivo veniva svolta attraverso un'analitica ricostruzione del complesso tessuto normativo inerente la materia in esame, di cui ai Regolamenti CEE n. 2913/1992 (CDC) e n. 2454/1993 (DAC), ed in particolare evidenziando la reale questione controversa della fattispecie, ossia l'interpretazione della *“condizione di vendita”* richiesta dall'art. 157 DAC (ora sostituito dall'art. 70 CDU), in specie la sussistenza di un legame, diretto o indiretto, del licenziante sui produttori delle merci.

Evidenzia, in particolare, che le clausole negoziali del contratto di licenza concluso dalla contribuente, congiuntamente e teleologicamente considerate, depongono nel senso della ricorrenza dei presupposti affinché i corrispettivi

pagati a titolo di *royalties* siano inclusi nel valore rilevante ai fini della base imponibile.

A sostegno del denunciato errore di sussunzione operato dal giudice del gravame in relazione ad una pluralità di clausole contrattuali rispetto ai parametri normativi indicati in rubrica, l'Agenzia ha analizzato le clausole a suo giudizio sintomatiche di un *controllo*, inserite nel corpo del contratto di licenza all'epoca stipulato dalle parti, dalle quali il Giudice di merito avrebbe dovuto indefettibilmente dedurre l'esistenza di indici di controllo indiretto della licenziante sulla produttrice estera, tali da costituire una *condizione di vendita delle merci* ai sensi dell'art. 157 DAC, anche alla luce della Circ.re n. 21/D dell'Agenzia.

4. La pronuncia.

Nel ritenere fondata la censura invocata dall'Agenzia, la Corte ha preliminarmente richiamato la recente sentenza pilota Cass. sez. V 6 aprile 2018 n. 8473, pronunciata in consonanza con i principi già affermati dalla Corte di Giustizia UE (causa C-173/15, *GE Healthcare GmbH c. Hauptzollamt Dijsseldorf*), circa l'interpretazione delle norme comunitarie, con la quale è stato affermato che:

"In tema di diritti doganali, ai fini della determinazione del valore in dogana di prodotti che siano stati fabbricati in base a modelli e con marchi oggetto di contratto di licenza e che siano importati dalla licenziataria, il corrispettivo dei diritti di licenza va aggiunto al valore di transazione, a norma dell'art. 32 del regolamento CEE del Consiglio 12 ottobre 1992, n. 2913, come attuato dagli artt. 157, 159 e 160 del regolamento CEE della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454, qualora il titolare dei diritti immateriali sia dotato di poteri di controllo sulla scelta del produttore e sulla sua attività e sia il destinatario dei corrispettivi dei diritti di licenza".

L'ordinanza in commento dà continuità al principio di diritto ora richiamato e si pone nel solco di una giurisprudenza nazionale che, sulla falsariga dei principi espressi nella sentenza *GE Healthcare GmbH c. Hauptzollamt Dijsseldorf* (C-173/15), costituisce per gli operatori del diritto una linea guida sull'interpretazione della nozione di *controllo*, nonché della sua rilevanza ai fini dell'inclusione delle *royalties* nel valore dichiarato in dogana.

In tale contesto, l'Agenzia ha in sostanza dedotto un errore di sussunzione della fattispecie concreta nell'ambito applicativo della normativa comunitaria in tema di quantificazione della base imponibile dell'imposta doganale, denunciandone l'erronea applicazione per aver il Giudice di merito escluso che le clausole contrattuali richiamate conclamassero un'ipotesi di controllo indiretto del licenziante sul produttore e/o venditore estero (c.d. *terzista*).

Pur richiamando le pronunce della Corte di Giustizia ora citate, con l'ordinanza in commento il giudice di legittimità precisa che l'esegesi delle clau-

sole negoziali di cui al contratto di licenza deve essere condotta dal giudice di merito non solo con riguardo al controllo esercitato dalla licenziante sul fornitore ma anche al complesso dei poteri che il primo si riserva di esercitare sul secondo, ivi incluso quello di *“opporsi alla vendita della merce da parte del fornitore”* e, viceversa, quello del fornitore di *“vendere la merce richiesta dalla contribuente anche a prescindere dal rispetto delle prescrizioni del contratto di licenza”*.

Il controllo è dunque inteso in un'accezione ampia: da un lato, sul piano della fattispecie, perché è assunto per la sua rilevanza anche di fatto; dall'altro, su quello degli effetti, perché ci si contenta del potere di *orientamento* del soggetto controllato.

L'accezione ampia prescelta dalla giurisprudenza di legittimità, d'altronde, ben si coordina con la nozione economica del valore doganale, la quale si traduce nel rilievo, anch'esso di fatto, degli elementi che definiscono il valore economico del bene.

Quella privilegiata dalla Corte è pertanto una nozione *effettiva* di controllo, intendendosi per tale non già quello esercitato per il solo tramite di clausole che attribuiscono un potere di controllo sulla qualità del prodotto finito, ma piuttosto quelle sintomatiche di un concreto potere di *orientamento* del soggetto controllato durante l'intero corso del ciclo produttivo.

A proposito, la giurisprudenza ha ritenuto particolarmente utili all'esegesi delle clausole negoziali gli indicatori tratti dall'elenco non tassativo di cui al citato Commento n. 11 del Comitato del codice doganale (Sezione del valore in dogana) contenuto nel documento TAXUD/800/2002, nella versione italiana del 2007, sull'applicazione dell'art. 32 C.D.C., par. 1, lett. c) che *“sebbene non giuridicamente cogenti, costituiscono tuttavia strumenti importanti per garantire un'uniforme applicazione del codice doganale da parte delle autorità doganali degli Stati membri e possono, quindi, essere di per sé considerate strumenti validi per l'interpretazione di detto codice”*.

Il documento in questione annovera, tra gli elementi utili per determinare la presenza di un controllo, tra gli altri, i seguenti:

- *“il licenziante sceglie il produttore e lo impone all'acquirente;*
- *il licenziante esercita, direttamente o indirettamente, un controllo di fatto sulla produzione (per quanto attiene ai centri di produzione e/o ai metodi di produzione);*
- *il licenziante esercita, direttamente o indirettamente, un controllo di fatto sulla logistica e sulla consegna delle merci all'acquirente;*
- *il licenziante decide a chi il produttore può vendere le merci o impone delle restrizioni per quanto concerne i potenziali acquirenti;*
- *il licenziante fissa le condizioni del prezzo al quale il produttore/venditore vende le proprie merci o il prezzo al quale l'importatore/l'acquirente rivende le merci;*

- *il licenziante sceglie i metodi di produzione da utilizzare/fornisce dei modelli ecc.; il licenziante sceglie/limita i fornitori dei materiali/componenti;*
- *il licenziante limita le quantità che il produttore può produrre;*
- *il licenziante non autorizza l'acquirente a comprare direttamente dal produttore, ma attraverso il titolare del marchio (licenziante) che potrebbe agire anche come agente di acquisto dell'importatore;*
- *il produttore non è autorizzato a produrre prodotti concorrenti (privi di licenza) in assenza del consenso del licenziante;*
- *le merci fabbricate sono specifiche del licenziante (cioè nella loro concezione/nel loro design e con riguardo al marchio di fabbrica);*
- *le caratteristiche delle merci e la tecnologia utilizzata sono definite dal licenziante”.*

In tale ottica, non potrebbe dirsi idoneo a superare il giudizio di fondatezza un ricorso nel quale le clausole del contratto di licenza portate all'attenzione del Giudice siano indicative di un mero controllo *a posteriori* esercitato dalla licenziante sull'attività del produttore, che lasci cioè ricadere sulla licenziataria il rischio dell'inidoneità della merce a soddisfare i requisiti qualitativi richiesti dal marchio (ipotesi cioè di un mero “controllo sulla qualità”).

Il controllo meramente qualitativo che non investe ogni fase del ciclo produttivo, che lasci cioè pienamente responsabile il terzista estero nei confronti della licenziataria (e questa verso la licenziante), soggiace semmai agli ordinari canoni della responsabilità contrattuale.

In forza di un'accezione di controllo nei termini ora precisati, la Corte non ha condiviso il *modus operandi* della CTR laddove ometteva di prendere in considerazione il contenuto delle clausole dell'accordo di licenza stipulato dalla società contribuente con la casa madre relativamente a quelle di maggiore interesse, nelle quali la licenziante imponeva, per un verso, in relazione al diritto di fabbricare o far fabbricare i prodotti oggetto di licenza, “*il rispetto delle scelte in ordine al numero e alla tipologia degli articoli, previa approvazione da parte di quest'ultima dei relativi campioni*”, per altro verso, si riservava “*il diritto di esclusione di produttori terzi che non diano garanzie di affidabilità in ordine al rispetto degli standard produttivi ivi indicati*”.

Ha pertanto cassato con rinvio la pronuncia della Commissione, che anziché attribuire rilevanza alla mancata dimostrazione della presentazione di istanza di pagamento da parte del fornitore asiatico avrebbe dovuto verificare, *se il fornitore avrebbe potuto vendere la merce richiesta dalla contribuente anche a prescindere dal rispetto delle prescrizioni del contratto di licenza o, comunque, se il licenziante avrebbe potuto opporsi alla vendita della merce da parte del fornitore alla contribuente*; avrebbe cioè dovuto svolgere un'indagine più penetrante sulla concreta portata sulle clausole sintomatiche del controllo.

5. Osservazioni conclusive.

Da quanto illustrato si evince l'intento della giurisprudenza di legittimità di consolidare un approccio volto a privilegiare una valutazione concreta della fattispecie, fondata sulla reale portata delle pattuizioni e delle singole clausole dei contratti di licenza stipulati tra le parti coinvolte.

Ciò si realizza attraverso la denuncia, sotto il vizio di violazione di legge di cui all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c., di un errore operato dai giudici di merito nella riconduzione al concetto di controllo delle clausole del contratto di licenza, siccome non adeguatamente considerate, [...] "*cioè quel giudizio (sintetico a posteriori) di corrispondenza tra fattispecie concreta come accertata e comunque incontestata e fattispecie astratta descritta dalla norma*" (Cassazione civile sez. trib. del 31 luglio 2019, n. 20604).

Tale approccio, conforme alla *ratio* dei principi contenuti nel sistema del Codice Doganale dell'Unione, afferma la daziabilità dei diritti di licenza nella misura in cui la loro corresponsione costituisca una *condizione della vendita* delle merci oggetto di importazione, avuto riguardo alla concreta struttura dei rapporti commerciali instaurati tra gli operatori coinvolti, nei casi di volta in volta sottoposti alla valutazione dell'Agenzia.

In tale rinnovato contesto, non può che condividersi l'orientamento fatto proprio dalla Corte nell'ordinanza in commento, ritenendosi del tutto opportuno optare per un approccio che rifletta la reale conformazione dei rapporti commerciali che intercorrono tra gli operatori, nella misura in cui attesta la centralità della struttura dei contratti di licenza e di fornitura.

Cassazione civile, Sezione tributaria, ordinanza del 10 maggio 2019 n. 12458 - Pres. V. Biagio, Rel. P. Catalozzi.

RILEVATO CHE:

- l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli propone ricorso per cassazione avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale della Toscana, sez. dist. di Livorno, depositata il 30 maggio 2012, che, in riforma della sentenza di primo grado, ha accolto l'appello della Works s.p.a. in liquidazione e annullato l'avviso di rettifica del valore di acquisto, dichiarato in dogana, di merce importata dalla Cina, emesso in ragione della mancata considerazione dei diritti di licenza dovuti dalla contribuente;
- il giudice di appello ha accolto il gravame evidenziando che non ricorrevano le condizioni in presenza delle quali i diritti di licenza devono essere inclusi nel valore doganale, individuate nel fatto che il pagamento di tali diritti costituisca una condizione per la vendita delle merci e che il pagamento delle licenze sia richiesto dal venditore o da altro soggetto a questi legato da un particolare rapporto negoziale;
- il ricorso è affidato a due motivi;
- non spiega alcuna attività difensiva la Works s.p.a. in liquidazione;
- con separato ricorso l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli propone ricorso per cassazione

avverso altra sentenza della Commissione tributaria regionale della Toscana, sez. dist. di Livorno, depositata, anch'essa, il 30 maggio 2012, che, in riforma della sentenza di primo grado, ha accolto l'appello della Works s.p.a. in liquidazione e annullato l'avviso di irrogazione sanzioni emesso per infedele dichiarazione del valore di acquisto, dichiarato in dogana, della predetta merce importata dalla Cina, per mancata considerazione dei diritti di licenza dovuti dalla contribuente;

- il giudice di appello ha accolto il gravame della contribuente in ragione del fatto che, con la diversa separata pronuncia, aveva provveduto all'annullamento del menzionato avviso, per cui l'atto impositivo impugnato risultava essere privo del suo presupposto applicativo;
- il ricorso è affidato ad unico motivo;
- anche in questo caso la Works s.p.a. in liquidazione non spiega alcuna attività difensiva.

CONSIDERATO CHE:

- quanto al ricorso contraddistinto al n. 18665/13, con il primo motivo di ricorso l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli denuncia la violazione ed errata applicazione del Reg. CE n. 2913/92, artt. 29 e 32, e del Reg. CE n. 2454/93, artt. 143, 157, 159, 160 e 162, anche in riferimento al Commento n. 11 del Comitato del codice doganale (Taxud 800/2012), nonché dell'art. 2729 c.c., anche in riferimento al Reg. CE n. 2454/93, art. 161, per aver la sentenza impugnata escluso che ricorressero le condizioni in presenza delle quali i corrispettivi pagati a titolo di *royalties* dalla contribuente debbano essere inclusi nel valore in dogana delle merci importate;

- evidenzia, in particolare, che le clausole negoziali del contratto di licenza conclusi dalla contribuente, congiuntamente e teleologicamente considerate, depongono nel senso della ricorrenza dei presupposti affinché i corrispettivi pagati a titolo di *royalties* siano inclusi nel valore rilevante ai fini della base imponibile;

- con il secondo motivo di ricorso la ricorrente si duole della insufficiente motivazione su un punto controverso e decisivo della controversia, individuato nella determinazione del valore in dogana della merce importata, evidenziando, in particolare, il mancato esame delle risultanze documentali acquisite, tra cui quelle risultanti dal contratto di licenza concluso dalla contribuente con la licenziante Gianni Versace s.p.a.;

- i motivi, esaminabili congiuntamente, sono fondati;

- l'art. 29 del codice doganale comunitario (istituito dal Reg. (CEE) n. 2913/92 del Consiglio del 12 ottobre 1992) stabilisce che il valore in dogana delle merci importate è, di regola, il valore di transazione, ossia il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando siano vendute per l'esportazione a destinazione del territorio doganale dell'Unione, fatte salve, però, le rettifiche da effettuare conformemente all'art. 32 di tale codice (cfr. Corte Giust. 21 gennaio 2016, *Stretinskis*; Corte Giust. 12 dicembre 2013, *Christodoulou*);

- esso deve comunque riflettere il valore economico reale della merce importata e, quindi, considerarne tutti i fattori economicamente rilevanti (in termini, da ultimo, Corte giust. 20 dicembre 2017, *Hamamatsu*);

- il menzionato art. 32, nell'individuare gli elementi che devono essere aggiunti al prezzo effettivamente pagato per determinare il valore in dogana, attribuisce rilevanza, tra gli altri, alla lett. c), ai "corrispettivi e i diritti di licenza relativi alle merci da valutare, che il compratore è tenuto a pagare, direttamente o indirettamente, come condizione della vendita delle merci da valutare, nella misura in cui detti corrispettivi e diritti di licenza non sono stati inclusi nel prezzo effettivamente pagato o da pagare".

- l'art. 157, paragrafo 1, del Reg. (CEE) n. 2454/93 (che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento che istituisce il codice doganale comunitario), chiarisce che per "corrispettivi e diritti di licenza", ai fini dell'art. 32, par. 1, lett. c), del codice doganale comunitario, deve intendersi, in particolare, quanto versato per l'utilizzo di diritti inerenti (anche) alla vendita per l'esportazione della merce importata in oggetto, in particolare marchi commerciali o di fabbrica e modelli depositati, e all'impiego e alla rivendita di dette merci importate, in particolare diritti d'autore e procedimenti di produzione incorporati in modo inscindibile in tali merci;
- il successivo par. 2 del medesimo articolo precisa che al prezzo effettivamente pagato o da pagare devono essere aggiunti i corrispettivi o diritti di licenza soltanto nel caso in cui tale pagamento, da un lato, si riferisca alle merci oggetto della valutazione e, dall'altro, costituisca una condizione di vendita di tali merci;
- così ricostruito il quadro normativo deve concludersi, in coerenza con quanto affermato nella sentenza della Corte di Giustizia del 9 marzo 2017, *GE Healthcare*, che la rettifica prevista dall'art. 32, par. 1, lett. c), del codice doganale comunitario si applica quando ricorrono le seguenti tre condizioni cumulative: in primo luogo, che i corrispettivi o i diritti di licenza non siano stati inclusi nel prezzo effettivamente pagato o da pagare; in secondo luogo, che essi si riferiscano alle merci da valutare; e, in terzo luogo, che l'acquirente sia tenuto a versare tali corrispettivi o diritti di licenza come condizione della vendita delle merci da valutare;
- da ciò consegue che i corrispettivi o i diritti di licenza assumono rilevanza quale base imponibile e vanno considerati come "relativi alle merci da valutare" anche se non determinati al momento della conclusione del contratto di licenza o dell'insorgenza dell'obbligazione doganale;
- con particolare riferimento alla terza condizione, ossia che l'acquirente sia tenuto a versare tali corrispettivi o diritti di licenza come condizione della vendita delle merci da valutare, la richiamata pronuncia della Corte di Giustizia ha affermato che la nozione "condizione di vendita" sta ad indicare la situazione in cui, nell'ambito dei rapporti contrattuali tra il venditore - o la persona ad esso legata e l'acquirente, l'assolvimento del corrispettivo o del diritto di licenza rivesta un'importanza tale per il venditore che, in difetto, quest'ultimo non sarebbe disposto a vendere, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare;
- ha, quindi, aggiunto, che qualora, come nel caso in esame, il beneficiario delle *royalties* sia soggetto diverso dal venditore, occorre "verificare se la persona legata al venditore eserciti un controllo, sul medesimo o sull'acquirente, tale da poter garantire che l'importazione delle merci, assoggettate al suo diritto di licenza, sia subordinata al versamento, a suo favore, del corrispettivo o del diritto di licenza ad esse afferente";
- può, dunque, ritenersi che i corrispettivi e i diritti di licenza (cd. *royalties*) dovuti dall'importatore in relazione alle merci importate costituisce una "condizione della vendita", ai fini della rilevanza degli stessi quale componente del valore in dogana di cui all'art. 32 del codice doganale comunitario e, conseguentemente, dell'applicazione del potere di rettifica dell'Ufficio, non solo quando l'operazione è subordinata espressamente, nelle clausole dell'accordo di licenza, all'assolvimento di tali pagamenti, ma anche quando tale rapporto di subordinazione si evince dal tenore delle clausole contrattuali che interessano anche diversi soggetti che possono intervenire nell'operazione medesima, quando, come nel caso in esame, il venditore è soggetto diverso dall'avente diritto alla percezione delle *royalties*;
- con riferimento alla nozione di controllo utilizzata nella richiamata pronuncia della Corte di Giustizia, si rileva che il Reg. (CEE) n. 2454/93, allegato 23, stabilisce, con riferimento all'art.

143, par. 1, lett. e) che "si considera che una persona ne controlli un'altra quando la prima sia in grado di esercitare, di diritto o di fatto, un potere di costrizione o di orientamento sulla seconda";

- il controllo è dunque inteso in un'accezione ampia: da un lato, sul piano della fattispecie, perchè è assunto per la sua rilevanza anche di fatto; dall'altro, su quello degli effetti, perchè ci si contenta del potere di "orientamento" del soggetto controllato;

- quest'accezione ampia e necessariamente casistica, d'altronde, ben si coordina con la nozione economica del valore doganale, la quale si traduce nel rilievo, anch'esso di fatto, degli elementi che definiscono il valore economico del bene;

- utili indicatori possono essere tratti dall'esemplificazione presente nel Commento n. 11 del Comitato del codice doganale (Sezione del valore in dogana) contenuto nel documento TAXUD/800/2002, nella versione italiana del 2007, sull'applicazione dell'art. 32, par. 1, lett. c), del codice doganale (ormai parte dell'*acquis communautaire* con valore di *soft law*, come riconosciuto anche dalla richiamata pronuncia della Corte di Giustizia secondo cui le conclusioni del comitato doganale "sebbene non giuridicamente cogenti, costituiscono tuttavia strumenti importanti per garantire un'uniforme applicazione del codice doganale da parte delle autorità doganali degli Stati membri e possono, quindi, essere di per sè considerate strumenti validi per l'interpretazione di detto codice");

- ebbene, il documento in questione annovera, tra gli elementi utili per determinare la presenza di un controllo, tra gli altri, i seguenti: il licenziante sceglie il produttore e lo impone all'acquirente; il licenziante esercita, direttamente o indirettamente, un controllo di fatto sulla produzione (per quanto attiene ai centri di produzione e/o ai metodi di produzione); il licenziante esercita, direttamente o indirettamente, un controllo di fatto sulla logistica e sulla consegna delle merci all'acquirente; il licenziante decide a chi il produttore può vendere le merci o impone delle restrizioni per quanto concerne i potenziali acquirenti; il licenziante fissa le condizioni del prezzo al quale il produttore/venditore vende le proprie merci o il prezzo al quale l'importatore/l'acquirente rivende le merci; il licenziante sceglie i metodi di produzione da utilizzare/fornisce dei modelli ecc.; il licenziante sceglie/limita i fornitori dei materiali/componenti; il licenziante limita le quantità che il produttore può produrre; il licenziante non autorizza l'acquirente a comprare direttamente dal produttore, ma attraverso il titolare del marchio (licenziante) che potrebbe agire anche come agente di acquisto dell'importatore; il produttore non è autorizzato a produrre prodotti concorrenti (privi di licenza) in assenza del consenso del licenziante; le merci fabbricate sono specifiche del licenziante (cioè nella loro concezione/nel loro design e con riguardo al marchio di fabbrica); le caratteristiche delle merci e la tecnologia utilizzata sono definite dal licenziante;

- nel caso in oggetto, la sentenza impugnata ha escluso la sussistenza del diritto dell'Ufficio di operare la rettifica della dichiarazione doganale in considerazione del fatto che, da un lato, l'esame del contratto di licenza non evidenzerebbe l'esistenza di un controllo della licenziante sul fornitore e sulla produzione, dall'altro, non risulterebbero richieste di pagamento da parte dell'esportatore;

- ha, tuttavia, omesso di prendere in considerazione il contenuto delle clausole dell'accordo di licenza stipulato dalla società contribuente con la Gianni Versace s.p.a. - testualmente riportate nel ricorso, relativamente a quelle di maggiore interesse - in cui si prevede che il diritto di fabbricare o far fabbricare e di distribuire i prodotti oggetto della licenza medesima deve essere esercitato nel rispetto delle scelte della licenziante in ordine al numero e alla tipologia degli articoli e previa approvazione da parte di quest'ultima dei relativi campioni e riconosci-

mento del diritto di esclusione di produttori terzi che non diano garanzie di affidabilità in ordine al rispetto degli standard produttivi ivi indicati;

- il giudice di appello, inoltre, anzichè attribuire rilevanza alla mancata dimostrazione della presentazione di istanza di pagamento da parte del fornitore asiatico, avrebbe dovuto verificare se quest'ultimo avrebbe potuto vendere la merce richiesta dalla contribuente anche a prescindere dal rispetto delle prescrizioni del contratto di licenza o, comunque, se il licenziante avrebbe potuto opporsi alla vendita della merce da parte del fornitore alla contribuente;

- la sentenza impugnata con tale primo ricorso va, dunque, cassata in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla Commissione tributaria regionale della Toscana, sez. dist. di Livorno, in diversa composizione, che provvederà anche al regolamento delle spese;

- la cassazione della sentenza impone l'accoglimento del primo motivo del ricorso contraddistinto al n. 18666/13, con cui è denunciata la violazione ed errata applicazione del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, artt. 16,17 e 20, per aver la sentenza impugnata ritenuto che l'annullamento dell'avviso di rettifica con cui era stata contestata l'erronea liquidazione dei diritti di confine dovuti comportasse, automaticamente, anche la caducazione delle sanzioni irrogate con distinto atto impositivo, facendo venir meno il presupposto fattuale posto a fondamento della *ratio decidendi*.

P.Q.M.

La Corte accoglie i ricorsi riuniti; cassa le sentenze impugnate e rinvia, anche per le spese, alla Commissione tributaria regionale della Toscana, sez. dist. di Livorno, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nell'adunanza camerale, dell'8 gennaio 2019.

Qualche precisazione sui registri validi ai fini delle comunicazioni e notificazioni a mezzo PEC alla Avvocatura dello Stato

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, ORDINANZA 18 NOVEMBRE 2019

L'ordinanza della Corte di Cassazione in rassegna, all'esito del procedimento, attivato d'ufficio, per correzione di errore materiale della sentenza n. 3709/2019, ha chiarito che l'Inipec (*"Indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti"*, attualmente previsto dall'articolo 6 bis del D.Lgs. n. 82/2005, oltre al Reginde - *"Registro generale degli indirizzi elettronici"* - previsto dall'art. 7 del D.M. n. 44/2011) è un registro valido ai fini delle notifiche a mezzo PEC, mentre non lo è l'indice Ipa (*"Indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni"*, già regolato dall'articolo 57 bis del Cad, ora ridenominato *"Indice dei domicili digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi"* e disciplinato dall'articolo 6 ter dello stesso Cad).

La situazione di fatto nella quale era maturato l'errore commesso dalla Corte.

La parte aveva notificato la sentenza traendo l'indirizzo PEC dell'Avvocatura dall'Ipa (nello specifico, l'indirizzo utilizzato era roma@mailcert.avvocaturastato.it), sostenendo, peraltro, di averlo tratto dall'Inipec.

Nel proporre ricorso per cassazione, l'Avvocatura generale dello Stato ha sostenuto che l'Inipec è, sì, un registro valido per le notifiche PEC (essendo a tal fine espressamente previsto dall'articolo 16 ter del D.L. 179/2012), solo che l'Avvocatura dello Stato non è ivi presente, mentre non è valido l'Ipa, ovvero il registro da cui la parte aveva realmente tratto l'indirizzo.

Da ciò conseguiva, ad avviso dell'Avvocatura, la nullità della notifica della sentenza, con la conseguente sua inidoneità a far decorrere il termine breve per l'impugnazione.

La Corte, con la citata ed erronea decisione, nell'aderire alla nostra prospettazione (veniva infatti dichiarata la nullità della notifica della sentenza), aveva, tuttavia, probabilmente per un *lapsus calami*, indicato come registro non valido l'Inipec anziché l'Ipa.

La sentenza suscitò clamore e generò incertezze, dal momento che l'articolo 16 ter del D.L. 179/2012, nell'elencare i registri validi ai fini delle comunicazioni e notificazioni a mezzo PEC, fa espresso riferimento, tra gli altri, a quello di cui all'articolo 6 bis del D.Lgs. n. 82/2005, ovvero (e precisamente) l'Inipec.

L'ordinanza corregge il predetto, macroscopico errore, anche se, nel riportare il principio di diritto corretto, non sembra mostrare piena consapevolezza, da una parte, del fatto che l'Avvocatura dello Stato non è presente

nell'Inipec (che, proprio in quanto indice delle imprese e dei professionisti, non censisce anche l'Avvocatura dello Stato), e, dall'altra, che, rispetto all'Avvocatura dello Stato, oltre al Reginde (registro generale degli indirizzi elettronici, previsto dall'articolo 7 del D.M. n. 44/2011 per tutti i difensori, anch'esso richiamato dall'articolo 16 *ter* del D.L. 179/2012), esiste, come per tutte le pubbliche amministrazioni, un altro registro valido ai fini delle comunicazioni e notificazioni a mezzo PEC, ovvero il registro della PA di cui all'articolo 16, comma 12, del D.L. 179/2012 (sia nel Reginde che nel Registro delle PA, comunque, l'Avvocatura dello Stato da tempo si è censita, in un'ottica di semplificazione e a beneficio di tutti - come esposto anche nella relativa pagina internet del sito istituzionale - con il medesimo indirizzo - quello avente struttura [ags/ads.siglaprovincia@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ags.ads.siglaprovincia@mailcert.avvocaturastato.it))

Al di là, comunque, delle riportate inesattezze (per le quali non credo possa ravvisarsi la possibilità di concreti pregiudizi per l'Avvocatura dello Stato), ciò che più conta è che, ai fini delle comunicazioni e notificazioni a mezzo pec, siano state affermate, da una parte, la validità dell'Inipec (ovviamente per i soggetti ivi presenti, e l'Avvocatura non lo è) e, dall'altra, con specifico riguardo alla nostra posizione, la non validità dell'Ipa (nel quale, ricordo, l'Avvocatura dello Stato è presente con l'indirizzo avente come struttura nomeprovincia@mailcert.avvocaturastato.it).

Pur rendendomi conto che il tema è magmatico, anche per via di una normazione poco chiara (il solo fatto che per le Pubbliche Amministrazioni esista un registro chiamato Indice delle PA, cioè l'Ipa, non valido ai fini delle comunicazioni e notificazioni a mezzo pec, e uno chiamato Registro delle PA, che è invece valido, la dice lunga sulla possibilità che sorgano equivoci) spero di essere stato in qualche modo utile.

*Marco La Greca**

Cassazione civile, Sezione Terza, ordinanza 18 novembre 2019, r.g.n. 11393/2017 - Pres. R. Vivaldi, Rel. C. D'Arrigo.

CONSIDERATO

Con sentenza dell'8 febbraio 2019, n. 3709, questa Corte, pronunciando fra le parti indicate in epigrafe, ha rigettato il ricorso, con condanna delle Amministrazioni ricorrenti al pagamento in solido, in favore di ciascuno dei controricorrenti, delle spese del giudizio di legittimità.

Con decreto del Presidente del 19 marzo 2019, ritualmente comunicato alle parti costituite ed al Pubblico Ministero, è stata avviata d'ufficio la procedura di correzione dell'errore materiale da cui appare affetta la citata sentenza, nella parte in cui indica come "INI-PEC", anziché

(*) Avvocato dello Stato, responsabile dei sistemi informativi.

come "IPA", il pubblico registro dal quale è stato tratto l'indirizzo di posta elettronica al quale è stata effettuata la notificazione della sentenza impugnata al fine della decorrenza del termine di cui all'art. 325 cod. proc. civ.

Giova rilevare, anzitutto, che l'errore materiale concerne la motivazione della sentenza e, in particolare, il principio di diritto affermato a pag. 6. Non sussiste, invece, alcun errore nella parte dispositiva del provvedimento.

Nondimeno, considerando il rilievo nomofilattico dell'attività giudiziaria della Corte di Cassazione e l'importanza che, a tal fine, assume l'enunciazione dei principi di diritto ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., deve ritenersi che, in relazione ai provvedimenti conclusivi di un giudizio di legittimità, il procedimento di cui all'art. 391-*bis* cod. proc. civ. possa essere validamente impiegato anche per correggere eventuali errori materiali contenuti nei passaggi argomentativi e, in particolare, nell'affermazione dei principi di diritto.

Tanto premesso, si pose il problema se fosse idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione previsto dall'art. 325 cod. proc. civ. la notificazione della sentenza di appello effettuata a mezzo PEC presso un indirizzo risultante dall'indice delle Pubbliche Amministrazioni (IPA), ma non registrato al Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della Giustizia.

Si tratta di una questione che assume rilievo precipuo nei giudizi - come quello in esame - in cui è parte una pubblica amministrazione che, ai sensi del Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, è rappresentata e difesa in giudizio dall'Avvocatura dello Stato. L'Avvocatura dello Stato, infatti, è al contempo un'amministrazione pubblica e un soggetto abilitato all'esercizio dell'attività difensiva, in quanto apparato amministrativo, essa dispone di uno o più indirizzi di posta elettronica certificata destinati all'uso corrente, per così dire "di servizio", nei rapporti con i fornitori, i dipendenti, ecc., al pari di qualsiasi altra pubblica amministrazione. In quanto soggetto abilitato dalla legge all'esercizio della difesa legale in giudizio delle amministrazioni dello Stato, possiede un ulteriore e diverso indirizzo di posta elettronica certificata con il quale è iscritta al ReGIndE, ai fini necessari per il processo civile telematico.

Da tale premessa, che risulta chiaramente da una lettura della sentenza che non sia limitata alle poche righe di cui si compone l'enunciazione del principio di diritto, emerge con chiarezza l'errore materiale che affligge la sentenza.

Infatti, a pag. 6-7 della sentenza si legge che *«il dominio digitale previsto dall'art. 16 sexies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in l. n. 221 del 2012, come modificato dal d.l. n. 90 del 2014, conv. con modif., in l. n. 114 del 2014, corrisponde all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che, per il tramite di quest'ultimo, è inserito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della giustizia. Solo questo indirizzo è qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'effettiva difesa, sicché la notificazione di un atto giudiziario ad un indirizzo PEC riferibile - a seconda dei casi - alla parte personalmente o al difensore, ma diverso da quello inserito nel ReGIndE, è nulla, restando del tutto irrilevante la circostanza che detto indirizzo risulti dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC)»*.

L'errore materiale consiste nell'aver indicato come irrilevante, ai fini dell'individuazione del domicilio digitale, l'indirizzo di posta elettronica certificata risultante dall'INI-PEC, anziché quello riportato nell'IPA. Infatti, gli indirizzi di posta elettronica certificata dell'Avvocatura dello Stato rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 16, comma 12, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (cd. Registro delle P.A.), oppure nel registro previsto dall'art. 16, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (cd. Indice della P.A. o, più brevemente, IPA).

Dunque, il riferimento all'INI-PEC è del tutto inconferente. Piuttosto, è proprio all'IPA che, evidentemente, la sentenza intendeva invece fare riferimento.

Infatti, l'art. 16-ter del già menzionato d.l. n. 179 del 2012, a seguito delle modifiche apportate con il decreto-legge 24 giugno 2011, n. 98, dispone che *«ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 6, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia»*. Quindi, il rinvio all'art. 16 d.l. n. 185 del 2008 è circoscritto al solo comma 6 e, dunque, fra i pubblici registri le cui risultanze sono utilizzabili ai fini delle notificazioni a mezzo PEC, non è compreso l'IPA (previsto dal successivo comma 8).

D'altra canto, che si tratti di un mero errore materiale - peraltro facilmente riconoscibile - è comprovato anche dalla circostanza che il principio di diritto in questione non presenta caratteri di novità, ma risulta perfettamente in linea con precedenti arresti giurisprudenziali, ivi espressamente richiamati (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 30139 del 14/12/2017, Rv. 647189; Sez. 6 - L, Ordinanza n. 13224 del 25/05/2018, Rv. 648685).

Per l'esatta comprensione della portata del presente provvedimento occorre, infine, rammentare che la questione cui si riferisce il principio di diritto da emendare non riguarda la notificazione elettronica degli atti processuali civili in generale, bensì specificatamente quella effettuata presso il difensore domiciliatario, costituito *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato, ai fini della decorrenza del termine per impugnare di cui all'art. 325 cod. proc. civ.

In conclusione, si deve disporre la correzione della sentenza laddove parla, con riferimento all'Avvocatura dello Stato, di INIPEC, anziché di IPA, riformulando di conseguenza il principio di diritto affermato a pag. 6-7 nei seguenti termini:

“Ai fini di una notificazione al difensore domiciliatario (ope legis o per elezione presso di lui fatta dalla parte sostanziale) idonea a far decorrere il termine per impugnare di cui all'art. 325 cod. proc. civ., il domicilio digitale previsto dall'art 16-sexies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in l. n. 221 del 2012, come modificato dal d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., in l. n. 114 del 2014, corrisponde all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che, per il tramite di quest'ultimo, è inserito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della giustizia, ovvero nell'indice nazionale degli indirizzi PEC di imprese e professionisti (INI-PEC) istituito dal Ministero dello Sviluppo Economico. Solo questo indirizzo è qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'effettiva difesa, sicché la notificazione della sentenza da impugnare al difensore domiciliatario presso un diverso indirizzo PEC è nulla, restando del tutto irrilevante la circostanza che detto indirizzo risulti dall'indice della P.A. (IPA) previsto dall'art. 16, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (fattispecie in cui il destinatario della notificazione era una Pubblica amministrazione domiciliata ex lege presso l'Avvocatura dello Stato)”.

P.Q.M.

dispone correggersi la sentenza dell'8 febbraio 2019, n. 3709, dagli errori materiali da cui è affetta, nei seguenti termini:

- a pag. 6, righe 4-5, sostituendo alle parole *«un indirizzo risultante dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC)»* le parole *«un indirizzo risultante dal registro previsto dall'art. 16, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (c.d. Indice della P.A. o, più brevemente, IPA)»*;

- a pag. 6, rigo 26, premettendo alle parole «*il domicilio digitale*» le parole «*Ai fini di una notificazione al difensore domiciliatario (ope legis o per elezione presso di lui fatta dalla parte sostanziale) idonea a far decorrere il termine per impugnare di cui all'art. 325 cod. proc. civ.*»;
- a pag. 6, rigo 32, aggiungendo, dopo le parole «*Ministero della Giustizia*» le parole «*, ovvero nell'Indice nazionale degli indirizzi PEC di imprese e professionisti (INIPEC) istituito dal Ministero dello Sviluppo Economico*»;
- a pag. 7, righe 1-3, sostituendo alle parole «*di un atto giudiziario ad un indirizzo PEC riferibile - a seconda dei casi - alla parte personalmente o al difensore, ma diverso da quello inserito nel ReGInde*» le parole «*della sentenza da impugnare al difensore domiciliatario presso un diverso indirizzo PEC*»;
- a pag. 7, righe 5-6, sostituendo alle parole «*Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC)*» le parole «*della P.A. (IPA) previsto dall'art. 16, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (fattispecie in cui il destinatario della notificazione era una Pubblica amministrazione domiciliata ex lege presso l'Avvocatura dello Stato)*».

Manda la Cancelleria per l'annotazione sull'originale della sentenza.

Così deciso in Roma, il 30 aprile 2019.

Cassazione civile, Terza Sezione, sentenza 8 febbraio 2019 n. 3709.

(...)

Sostiene l'Avvocatura dello Stato che la notificazione a mezzo PEC sarebbe inefficace, in quanto spedita ad un indirizzo elettronico inidoneo a ricevere le notifiche telematiche. Si tratta, infatti, di un indirizzo risultante dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC), ma non registrato al Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della Giustizia. In particolare, l'indirizzo elettronico in questione viene utilizzato dall'Avvocatura dello Stato per scopi amministrativi e non giudiziali.

Si tratta di una questione che questa Corte ha già avuto modo di affrontare con alcune recenti pronunce, pervenendo alla conclusione che, a seguito dell'introduzione del "domicilio digitale", corrispondente all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza, la notificazione dell'impugnazione va eseguita all'indirizzo PEC del difensore costituito risultante dal ReGIndE; poiché solo quest'ultimo è qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'organizzazione preordinata all'effettiva difesa, non è idonea a determinare la decorrenza del termine breve di cui all'art. 326 c.p.c. la notificazione della sentenza effettuata ad un indirizzo di PEC diverso da quello inserito nel ReGIndE (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 30139 del 14/12/2017, Rv. 647189; Sez. 6 - L, Ordinanza n. 13224 del 25/05/2018, Rv. 648685).

In continuità con il citato orientamento va affermato il seguente principio di diritto:

"Il domicilio digitale previsto dall'art. 16-sexies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in l. n. 221 del 2012, come modificato dal d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., in l. n. 114 del 2014, corrisponde all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che, per il tramite di quest'ultimo, è inserito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della giustizia. Solo questo indirizzo è qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'effettiva difesa, sicché la notificazione

di un atto giudiziario ad un indirizzo PEC riferibile - a seconda dei casi - alla parte personalmente o al difensore, ma diverso da quello inserito nel ReGIndE, è nulla, restando del tutto irrilevante la circostanza che detto indirizzo risulti dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC)".

Facendo applicazione del principio nel caso di specie, si deve concludere che la notificazione della sentenza impugnata presso un indirizzo di posta elettronica dell'Avvocatura dello Stato diverso da quello inserito nel ReGIndE non è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 326 cod. proc. civ., e quindi il ricorso risulta tempestivamente proposto.

(...)

Diritto dell'Unione e disciplina interna sulla ricostruzione della carriera pre ruolo del personale docente della scuola

CASSAZIONE, SEZIONE LAVORO, SENTENZA 28 NOVEMBRE 2019 N. 31149

In materia di contenzioso scolastico, in rassegna la (prima) sentenza della Corte di Cassazione in tema di riconoscimento del pre ruolo che il personale docente richiede in misura integrale e non secondo i parametri di cui all'art. 485 D.L.vo n. 297/1994.

La sentenza ha accolto parzialmente il nostro ricorso, rinviando alla Corte d'appello per il nuovo esame della fattispecie, secondo i principi di diritto enunciati dalla Corte.

In estrema sintesi, **l'art. 485 deve essere disapplicato** nei casi in cui l'anzianità da riconoscere al docente assunto a tempo determinato, poi immesso in ruolo, risulti inferiore a quella riconoscibile al docente comparabile assunto *ab origine* a tempo indeterminato. Detta anzianità deve essere computata sulla base dei medesimi criteri che valgono per l'assunto a tempo indeterminato eliminando, in sede di giudizio di comparazione, lo strumento della compensazione favorevole (art. 489 D.L.vo n. 297/1994).

Afferma la Corte che *“non è consentito all'assunto a tempo determinato, successivamente immesso nei ruoli, pretendere, sulla base della clausola 4, una commissione di regimi, ossia, da un lato, il criterio più favorevole dettato dal TU e, dall'altro, l'eliminazione del solo abbattimento, perché la disapplicazione non può essere parziale, né può comportare l'applicazione di una disciplina diversa da quella della quale può giovare l'assunto a tempo indeterminato comparabile”*.

Nel calcolo dell'anzianità deve, quindi, tenersi conto del **solo servizio effettivo prestato** maggiorato eventualmente degli ulteriori periodi nei quali l'assenza è giustificata da una ragione che non comporta decurtazione di anzianità anche per l'assunto a tempo indeterminato (congedo ed aspettativa retribuiti, maternità ecc.).

Secondo la Corte, un problema di trattamento discriminatorio può fondatamente porsi nelle sole ipotesi in cui l'anzianità effettiva di servizio, non quella virtuale ex art. 489 D.L.vo n. 297/1994, prestata con rapporti a tempo determinato, risulti superiore a quella riconoscibile ex art. 485, *“perché solo in tal caso l'attività svolta sulla base del rapporto a termine viene ad essere apprezzata in misura inferiore rispetto alla valutazione riservata all'assunto a tempo indeterminato”*.

Gabriella D'Avanzo*

(*) Avvocato dello Stato.

Cassazione civile, Sezione lavoro, sentenza 28 novembre 2019 n. 31149 - Pres. G. Napoletano, Rel. A. Di Paolantonio - Min. Istruzione, Università e Ricerca (avv. gen. Stato) c. C.D. (avv.ti W. Miceli, N. Zampieri).

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'Appello di Genova ha rigettato l'appello del Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca avverso la sentenza del Tribunale della stessa sede che aveva accolto il ricorso di D.C., docente di ruolo dal 1997 della scuola secondaria di secondo grado, e, dichiarato il diritto della stessa alla «progressione professionale retributiva in relazione al servizio prestato in ragione dei contratti di lavoro a termine di cui agli atti», aveva condannato il Ministero al pagamento delle differenze retributive come da conteggio allegato al ricorso.

2. La Corte territoriale ha premesso che l'originaria ricorrente aveva domandato il riconoscimento di 10 anni di servizio di insegnamento preruolo prestato a far tempo dall'anno scolastico 1986/1987 e la domanda era stata solo parzialmente accolta dall'Ufficio scolastico, che con decreto del 16/1/2008 aveva riconosciuto 9 anni di servizio a fini giuridici ed economici, inquadrando la docente nella terza, anziché nella quarta, posizione stipendiale del CCNL 1.8.1996.

3. Il giudice d'appello ha escluso che fosse giustificato da ragioni obiettive l'abbattimento previsto dall'art. 485 d.lgs. n. 297/1994 e conseguentemente ha disapplicato la disposizione, perché in contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE. Ha precisato al riguardo che quest'ultima può essere invocata anche dai lavoratori a tempo indeterminato che rivendicano il riconoscimento, ai fini dell'anzianità, del servizio prestato sulla base di contratti a termine ed ha ritenuto non rilevante che le annualità si riferissero ad anni antecedenti l'entrata in vigore della direttiva, atteso che nella specie si discuteva di ricostruzione di carriera richiesta nell'anno 2008.

4. Infine la Corte territoriale ha precisato che ai fini del calcolo dell'anzianità complessiva dovevano essere considerati anche i contratti a termine stipulati, ex art. 4 lett. c) L. n. 124/1999, per sostituire personale di ruolo assente. Ha rilevato al riguardo che, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, l'attività era stata pressoché continuativa ed aveva interessato gli interi anni scolastici, salve brevi e sporadiche interruzioni prevalentemente coincidenti con le festività scolastiche.

5. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso il MIUR sulla base di un unico motivo, illustrato da memoria ex art. 380 bis cod. proc. civ.. D.C. ha notificato tardivamente controricorso, chiedendo di essere informata della data di fissazione dell'udienza di discussione.

6. La causa, dapprima avviata alla trattazione camerale dinanzi alla Sezione Sesta, è stata rimessa a questa Sezione con ordinanza del 17 aprile 2018, in ragione della novità e dell'importanza delle questioni giuridiche coinvolte.

7. Successivamente hanno notificato e depositato memoria di intervento ex art. 64 d.lgs. n. 165/2001 la FSUR - Federazione Cisl Scuola Università Ricerca -, la FLC CGIL - Federazione Lavoratori della Conoscenza, la UIL Scuola Nazionale, la Federazione GILDA UNAMS.

8. Hanno depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ. la controricorrente e le organizzazioni sindacali.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo di ricorso il Ministero denuncia «violazione e falsa applicazione

della direttiva 1999/70/CE e dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato ivi allegato, in particolare dell'art. 2 della Direttiva e della clausola 4 dell'allegato Accordo, degli artt. 485 e 489 del d.lgs. n. 297/1994, dell'art. 11 Disposizioni sulla Legge, in relazione all'art. 360, 1° comma, n. 3 c.p.c.». Rileva che nella specie la Corte territoriale avrebbe dovuto ritenere inapplicabile la direttiva, venendo in rilievo rapporti a termine instaurati fra le parti in data antecedente il 10 luglio 2001, termine assegnato agli Stati Membri per il recepimento della direttiva stessa. Aggiunge che anche l'immissione in ruolo era già avvenuta al momento della scadenza di detto termine e richiama i principi affermati da questa Corte con la sentenza n. 22552/2016 in tema di utilizzo abusivo degli incarichi a termine. Assume che, in ogni caso, non poteva nella specie essere ravvisata una discriminazione, in quanto la disciplina dettata in tema di ricostruzione della carriera dall'art. 485 d.lgs. n. 297/1994 è giustificata da ragioni oggettive, essendo evidente la diversità fra l'attività prestata dal docente a tempo indeterminato e quella richiesta all'insegnante incaricato della sostituzione per pochi giorni o pochi mesi. Rileva, inoltre, che la norma sopra citata va letta in combinato disposto con l'art. 11, comma 14, della legge n. 124/1999, che equipara il servizio non di ruolo prestato per almeno 180 giorni oppure ininterrottamente dal 10 febbraio fino al termine delle operazioni di scrutinio a quello riguardante l'intero anno scolastico e, pertanto, il trattamento complessivo riservato agli assunti a tempo determinato non può essere ritenuto di minor favore rispetto a quello del quale godono i docenti di ruolo.

2. Devono essere dichiarati inammissibili gli atti di intervento notificati in data 30.11.2018 (quanto alla Federazione GILDA-UNAMS) e 27.3.2019 (quanto alla Federazione CISL - Scuola Università e Ricerca - FSUR, alla FLC CGIL - Federazione Lavoratori della Conoscenza - ed alla UIL Scuola Nazionale), non potendo trovare applicazione nella fattispecie l'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, invocato dalle organizzazioni intervenienti.

La norma in parola disciplina la procedura di «accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi», che negli intenti del legislatore avrebbe dovuto assicurare un contenimento del contenzioso, specie di quello a carattere seriale, attraverso la sollecitazione ad opera del giudice del potere di interpretazione autentica dei contratti collettivi nazionali del settore pubblico, riconosciuto all'ARAN ed alle organizzazioni firmatarie, e, in mancanza dell'esercizio di detto potere, per mezzo dell'anticipazione della funzione nomofilattica attribuita alla Corte di Cassazione (Cass. S.U. n. 22427/2006).

La Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 199/2003) ha evidenziato che il procedimento, finalizzato alla rimozione *erga omnes* della situazione di incertezza interpretativa posta in evidenza dalla controversia, tiene conto delle peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego «funzionale all'interesse pubblico di cui all'art. 97 Cost.» e «inderogabile sia in *pejus* che in *melius*», peculiarità che giustificano la prima fase, comportante un diretto coinvolgimento degli agenti negoziali, i quali possono pervenire ad una soluzione chiarificatrice o anche ad una modifica della disposizione contrattuale dubbia.

È in ragione del ruolo fondamentale assegnato alle parti collettive nel procedimento che si giustifica la previsione, contenuta nel comma 5 della norma in commento, di un potere di intervento nel processo dell'ARAN e delle organizzazioni sindacali, alle quali è anche consentito, seppure non intervenute, di «presentare memorie nel giudizio di merito ed in quello di cassazione», con la finalità di fornire, di propria iniziativa, le informazioni che nel giudizio ordinario possono essere date dalle stesse associazioni su sollecitazione della parte e del giudice ex art. 425 cod. proc. civ.

Si tratta, quindi, di un potere strettamente correlato alla peculiare natura e struttura del pro-

cedimento, sicché è da escludere che il comma 5 dell'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001 possa essere invocato dalle organizzazioni firmatarie del contratto a prescindere dall'attivazione del meccanismo processuale, pacificamente non avvenuta nella fattispecie.

Ne discende che l'intervento della cui ammissibilità qui si discute resta regolato dalle norme del codice di rito e, pertanto, trova applicazione l'orientamento consolidato della giurisprudenza di questa Corte secondo cui «non è consentito nel giudizio di legittimità l'intervento volontario del terzo, mancando una espressa previsione normativa, indispensabile nella disciplina di una fase processuale autonoma, e riferendosi l'art. 105 cod. proc. civ., esclusivamente al giudizio di cognizione di primo grado, senza che, peraltro, possa configurarsi una questione di legittimità costituzionale della norma disciplinante l'intervento volontario, come sopra interpretata, con riferimento all'art. 24 Cost., giacché la legittimità della norma limitativa di tale mezzo di tutela giurisdizionale discende dalla particolare natura strutturale e funzionale del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione» (Cass. n. 10813/2011 che richiama Cass. S.U. n. 1254/2004; cfr. anche Cass. S.U. n. 11387/2016).

3. Il Collegio è chiamato a pronunciare sulla conformità al diritto dell'Unione della disciplina interna relativa alla ricostruzione della carriera del personale docente della scuola, nei casi in cui l'immissione in ruolo sia stata preceduta da rapporti a termine.

La questione si pone in quanto la disciplina dettata per gli assunti a tempo indeterminato, dapprima dal legislatore e poi dalla contrattazione collettiva, fa discendere effetti giuridici ed economici dall'anzianità di servizio, che condiziona sia la progressione stipendiale sia, in genere, lo svolgimento del rapporto. Nel settore scolastico, infatti, l'anzianità svolge un ruolo di particolare rilievo ogniqualvolta vengano in gioco valutazioni comparative dei docenti.

Ciò spiega perché il legislatore sin da tempo risalente ha ritenuto necessario dettare una disciplina specifica dell'istituto del riconoscimento del servizio ai fini della carriera, che costituisce un *unicum* rispetto ad altri settori dell'impiego pubblico e che si giustifica in ragione della peculiarità del sistema scolastico, nel quale, pur nella diversità delle forme di reclutamento succedutesi nel tempo, l'immissione definitiva nei ruoli dell'amministrazione è sempre stata preceduta, per ragioni diverse, da periodi più o meno lunghi di rapporti a tempo determinato.

4. Tralasciando, perché non rilevante ai fini di causa, la disciplina antecedente agli anni 70, va detto che già con il d.l. n. 370/1970, convertito con modificazioni dalla l. 576/1970, il legislatore aveva previsto, all'art. 3, che «*Al personale insegnante il servizio di cui ai precedenti articoli viene riconosciuto agli effetti giuridici ed economici per intero e fino ad un massimo di quattro anni, purché prestato con il possesso, ove richiesto, del titolo di studio prescritto o comunque riconosciuto valido per effetto di apposito provvedimento legislativo. Il servizio eccedente i quattro anni viene valutato in aggiunta a quello di cui al precedente comma agli stessi effetti nella misura di un terzo, e ai soli fini economici per i restanti due terzi. I diritti economici derivanti dagli ultimi due terzi di servizio previsti dal comma precedente, saranno conservati e valutati anche in tutte le classi successive di stipendio*».

L'art. 4 aggiungeva che «*Ai fini del riconoscimento di cui ai precedenti articoli, il servizio di insegnamento è da considerarsi come anno scolastico intero, se ha avuto la durata prevista, agli effetti della validità dell'anno, dall'ordinamento scolastico vigente al momento della prestazione. I periodi di congedo retribuiti e quelli per gravidanza e puerperio sono considerati utili ai fini del calcolo del periodo richiesto per il riconoscimento*».

4.1. Con il d.lgs n. 297/1994 di «*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*» le richiamate di-

sposizioni sono confluite, con modificazioni e integrazioni, nell'art. 485 secondo cui «1. Al personale docente delle scuole di istruzione secondaria ed artistica, il servizio prestato presso le predette scuole statali e pareggiate, comprese quelle all'estero, in qualità di docente non di ruolo, è riconosciuto come servizio di ruolo, ai fini giuridici ed economici, per intero per i primi quattro anni e per i due terzi del periodo eventualmente eccedente, nonché ai soli fini economici per il rimanente terzo. I diritti economici derivanti da detto riconoscimento sono conservati e valutati in tutte le classi di stipendio successive a quella attribuita al momento del riconoscimento medesimo. 2. Agli stessi fini e nella identica misura, di cui al comma 1, è riconosciuto, al personale ivi contemplato, il servizio prestato presso le scuole degli educandati femminili statali e quello prestato in qualità di docente elementare di ruolo e non di ruolo nelle scuole elementari statali, o parificate, comprese quelle dei predetti educandati e quelle all'estero, nonché nelle scuole popolari, sussidiate o sussidiarie.

3. Al personale docente delle scuole elementari è riconosciuto, agli stessi fini e negli stessi limiti fissati dal comma 1, il servizio prestato in qualità di docente non di ruolo nelle scuole elementari statali o degli educandati femminili statali, o parificate, nelle scuole secondarie ed artistiche statali o pareggiate, nelle scuole popolari, sussidiate o sussidiarie, nonché i servizi di ruolo e non di ruolo prestati nelle scuole materne statali o comunali».

A sua volta l'art. 489 ripete la formulazione dell'art. 4 del d.l. 370/1970, stabilendo che «Ai fini del riconoscimento di cui ai precedenti articoli il servizio di insegnamento è da considerarsi come anno scolastico intero se ha avuto la durata prevista agli effetti della validità dell'anno dall'ordinamento scolastico vigente al momento della prestazione. 2. I periodi di congedo e di aspettativa retribuiti e quelli per gravidanza e puerperio sono considerati utili ai fini del computo del periodo richiesto per il riconoscimento».

La norma, peraltro, deve essere letta in combinato disposto con l'art. 11, comma 14, della legge n. 124/1999 secondo cui «Il comma 1 dell'art. 489 del testo unico è da intendere nel senso che il servizio di insegnamento non di ruolo prestato a decorrere dall'anno scolastico 1974-1975 è considerato come anno scolastico intero se ha avuto la durata di almeno 180 giorni oppure se il servizio sia stato prestato ininterrottamente dal 10 febbraio fino al termine delle operazioni di scrutinio finale».

Il legislatore del Testo Unico, nel disciplinare gli effetti del d.lgs. n. 297/1994 sulla normativa previgente, ha dettato, all'art. 676, una disposizione di carattere generale prevedendo che «Le disposizioni inserite nel presente testo unico vigono nella formulazione da esso risultante; quelle non inserite restano ferme ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il testo unico stesso, che sono abrogate».

Dalla chiara formulazione della norma, pertanto, si evince che, a partire dalla pubblicazione del decreto legislativo, le norme antecedenti sono confluite nel testo unico e continuano ad applicarsi nei limiti sopra indicati.

4.2. In questo contesto si è inserita, a seguito della contrattualizzazione dell'impiego pubblico, la contrattazione collettiva che nell'ambito scolastico, quanto ai rapporti con la legge, non sfugge all'applicazione dei principi dettati dagli artt. 2 e 40 del d.lgs. n. 165/2001, nelle diverse versioni succedutesi nel tempo, fatte salve le disposizioni speciali contenute nello stesso decreto.

Con il CCNL 4 agosto 1995 le parti stipulanti sono intervenute anche in tema di ricostruzione della carriera e hanno previsto, all'art. 66, comma 6, che «Restano confermate, al fine del riconoscimento dei servizi di ruolo e non di ruolo eventualmente prestati anteriormente alla nomina in ruolo e alla conseguente stipulazione del contratto individuale di lavoro a

tempo indeterminato, le norme di cui al D.L. 19 giugno 1970, n. 370, convertito, con modificazioni dalla legge 26 luglio 1970, n. 576, e successive modificazioni e integrazioni, nonché le relative disposizioni di applicazione, così come definite dall'art. 4 del D.P.R. 23 agosto 1988, n. 399».

Il successivo CCNL 26.5.1999 ha stabilito, all'art. 18, che *«Le norme legislative, amministrative o contrattuali non esplicitamente abrogate o disapplicate dal presente CCNL, restano in vigore in quanto compatibili».*

Di seguito il CCNL 24.7.2003, all'art. 142, comma 1, n. 8 ha espressamente previsto che dovesse continuare a trovare applicazione *«l'art. 66, commi 6 e 7, del CCNL 4.08.95 (riconoscimento servizi non di ruolo e insegnanti di religione)»* ed analoga disposizione è stata inserita nell'art. 146 (lett. g n. 8) dei CCNL 29.11.2007.

Per effetto delle richiamate disposizioni contrattuali, quindi, si deve escludere che gli articoli del T.U. riguardanti la ricostruzione della carriera siano stati disapplicati dalla contrattazione, perché, al contrario, gli stessi devono ritenersi espressamente richiamati, sia pure attraverso la tecnica del rinvio, anziché direttamente al T.U., alla disciplina originaria nello stesso trasfusa.

L'art. 66 del CCNL 1995, infatti, va interpretato tenendo conto della disposizione dettata dall'art. 676 del d.lgs. n. 297/1994 e, pertanto, il richiamo della normativa di cui al d.l. n. 370/1970 "e successive modificazioni e integrazioni", ricomprende in sé il rinvio agli artt. 485 e seguenti del T.U., che non a caso non figurano fra le norme del decreto legislativo espressamente disapplicate dalla contrattazione.

Occorre ancora evidenziare che l'art. 66, nel rinviare alle disposizioni di applicazione del d.l. n. 370/1970, richiama espressamente anche l'art. 4 del d.P.R. n. 399/1988 che, per quel che rileva in questa sede, prevede che *«Al compimento del sedicesimo anno per i docenti laureati della scuola secondaria superiore, del diciottesimo anno per i coordinatori amministrativi, per i docenti della scuola materna ed elementare, della scuola media e per i docenti diplomati della scuola secondaria superiore, del ventesimo anno per il personale ausiliario e collaboratore, del ventiquattresimo anno per i docenti dei conservatori di musica e delle accademie, l'anzianità utile ai soli fini economici è interamente valida ai fini dell'attribuzione delle successive posizioni stipendiali».*

5. Anticipando considerazioni che verranno riprese nel prosieguo della motivazione, osserva il Collegio che dal complesso delle disposizioni sopra richiamate si evince, dunque, che nel settore scolastico, in relazione al personale docente, la disciplina generale ed astratta del riconoscimento del servizio preruolo risulta dalla commistione di elementi che, nella comparazione con il trattamento riservato ai docenti sin dall'origine assunti con contratti a tempo indeterminato, possono essere ritenuti solo in parte di sfavore, perché se, da un lato, la norma è chiara nel prevedere un abbattimento dell'anzianità sul periodo eccedente i primi quattro anni di servizio; dall'altro il legislatore ha ritenuto di dovere equiparare ad un intero anno di attività l'insegnamento svolto per almeno 180 giorni, o continuativamente da 1° febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio, ed ha anche previsto il riconoscimento del servizio prestato presso scuole di un diverso grado, consentendo all'insegnante della scuola di istruzione secondaria di giovare dell'insegnamento nelle scuole elementari ed ai docenti di queste ultime di far valere il servizio preruolo prestato nelle scuole materne statali o comunali.

5.2. È poi utile sottolineare che l'abbattimento opera solo sulla quota eccedente i primi quattro anni di anzianità, oggetto di riconoscimento integrale con i benefici di cui sopra si è detto, e pertanto risulta evidente che il meccanismo finisce per penalizzare i precari di lunga

data, non già quelli che ottengano l'immissione in ruolo entro il limite massimo per il quale opera il principio della totale valorizzazione del servizio.

La norma non poteva dirsi priva di ragionevolezza in relazione ad un sistema di reclutamento, che questa Corte ha analizzato con la sentenza n. 22552/2016 (alla quale hanno fatto seguito numerose pronunce dello stesso tenore), basato sulla regola del cosiddetto "doppio canale" che, oltre a prevedere l'immissione in ruolo periodica dei docenti attingendo per il 50% dalle graduatorie dei concorsi per titoli ed esami e per il restante 50% dalle graduatorie per soli titoli, prima, e poi dalle graduatorie permanenti, stabiliva anche, all'esito delle modifiche apportate all'art. 400 dalla legge n. 124/1999, la cadenza triennale dei concorsi. In quel contesto, infatti, l'abbattimento oltre il primo quadriennio si giustificava in relazione al criterio meritocratico, perché quel sistema, per come pensato dal legislatore, avrebbe dovuto consentire ai più meritevoli di ottenere la tempestiva immissione nei ruoli, attesa la prevista periodicità dei concorsi e dei provvedimenti di inquadramento definitivo nei ruoli dell'amministrazione scolastica.

È noto, però, e della circostanza si è dato atto nelle plurime pronunce della Corte di Giustizia, della Corte Costituzionale e di questa Corte che hanno riguardato la legittimità della reiterazione dei contratti a termine, che le immissioni in ruolo non sono avvenute in passato con la periodicità originariamente pensata dal legislatore e ciò ha determinato, quale conseguenza, che i docenti "stabilizzati", per effetto sia della legge n. 107/2015 sia degli interventi normativi che in precedenza avevano previsto piani straordinari di reclutamento sia, ancora, nel rispetto delle norme dettate dal T.U., la cui efficacia non è mai stata del tutto sospesa, si sono trovati per la maggior parte a vantare, al momento dell'immissione in ruolo, un'anzianità di servizio di gran lunga superiore a quella per la quale il riconoscimento opera in misura integrale, anzianità che è stata oggetto dell'abbattimento della cui conformità al diritto dell'Unione qui si discute.

6. Occorre dire subito che l'applicabilità alla fattispecie della clausola 4 dell'Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE non può essere esclusa per il fatto che il rapporto dedotto in giudizio abbia ormai acquisito stabilità attraverso la definitiva immissione in ruolo, perché la Corte di Giustizia ha da tempo chiarito che la disposizione non cessa di spiegare effetti una volta che il lavoratore abbia acquistato lo status di dipendente a tempo indeterminato. Della clausola 4, infatti, non può essere fornita un'interpretazione restrittiva poiché l'esigenza di vietare discriminazioni dei lavoratori a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato viene in rilievo anche qualora il rapporto a termine, seppure non più in essere, venga fatto valere ai fini dell'anzianità di servizio (cfr. Corte di Giustizia 8.11.2011 in causa C-177/10 Rosado Santana punto 43; Corte di Giustizia 18.10.2012 in cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Valenza ed altri, punto 36).

Ciò premesso va evidenziato che, come ha rimarcato la stessa Corte di Giustizia nelle pronunce più recenti (Corte di Giustizia 20.6.2019, causa C-72/18 Ustariz Arostegui; 11.4.2019, causa C-29/18, Cobra Servicios Auxiliares; 21.11.2018, causa C-619/17, De Diego Porras; 5.6.2018, causa C-677/16, Montero Mateos), la clausola 4 dell'Accordo Quadro è stata più volte oggetto di interpretazione da parte del giudice eurounitario, che anche in dette pronunce ha ribadito i principi già in precedenza affermati, sulla base dei quali questa Corte ha poi risolto la questione, simile ma non coincidente con quella oggetto di causa, del riconoscimento dell'anzianità di servizio ai fini della progressione stipendiale in pendenza di rapporti a termine (cfr. Cass. 22558 e 23868 del 2016 e le successive sentenze conformi fra le quali si segnalano, fra le più recenti, Cass. nn. 28635, 26356, 26353, 6323 del 2018 e Cass. n. 20918/2019 que-

st'ultima relativa al personale ATA) nonché agli effetti della ricostruzione della carriera dei ricercatori stabilizzati dagli enti di ricerca (Cass. n. 27950/2017, Cass. n. 7112/2018, Cass. nn. 3473 e 6146 dei 2019).

6.1. Nei precedenti citati si è evidenziato che:

a) la clausola 4 dell'Accordo esclude in generale ed in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, sicché la stessa ha carattere incondizionato e può essere fatta valere dal singolo dinanzi al giudice nazionale, che ha l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (Corte Giustizia 15.4.2008, causa C-268/06, Impact; 13.9.2007, causa C-307/05, Del Cerro Alonso; 8.9.2011, causa C-177/10 Rosado Santana);

b) il principio di non discriminazione non può essere interpretato in modo restrittivo, per cui la riserva in materia di retribuzioni contenuta nell'art. 137 n. 5 del Trattato (oggi 153 n. 5), "non può impedire ad un lavoratore a tempo determinato di richiedere, in base al divieto di discriminazione, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato, allorché proprio l'applicazione di tale principio comporta il pagamento di una differenza di retribuzione" (Del Cerro Alonso, cit., punto 42);

c) le maggiorazioni retributive che derivano dall'anzianità di servizio del lavoratore, costituiscono condizioni di impiego ai sensi della clausola 4, con la conseguenza che le stesse possono essere legittimamente negate agli assunti a tempo determinato solo in presenza di una giustificazione oggettiva (Corte di Giustizia 9.7.2015, in causa C-177/14, Regojo Dans, punto 44, e giurisprudenza ivi richiamata);

d) a tal fine non è sufficiente che la diversità di trattamento sia prevista da una norma generale ed astratta, di legge o di contratto, né rilevano la natura pubblica del datore di lavoro e la distinzione fra impiego di ruolo e non di ruolo, perché la diversità di trattamento può essere giustificata solo da elementi precisi e concreti di differenziazione che contraddistinguono le modalità di lavoro e che attengano alla natura ed alle caratteristiche delle mansioni espletate (Regojo Dans, cit., punto 55; negli stessi termini Corte di Giustizia 5.6.2018, in causa C-677/16, Montero Mateos, punto 57 e con riferimento ai rapporti non di ruolo degli enti pubblici italiani Corte di Giustizia 18.10.2012, cause C-302/11 e C-305/11, Valenza; 7.3.2013, causa C-393/11, Bertazzi);

e) la clausola 4 «osta ad una normativa nazionale, ... la quale escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un'autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l'anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, da parte di questa medesima autorità, come dipendente di ruolo nell'ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata esclusione sia giustificata da ragioni oggettive il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto di lavoro a tempo determinato non configura una ragione oggettiva di tal genere» (Corte di Giustizia 18.10.2012 in cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Valenza e negli stessi termini Corte di Giustizia 4.9.2014 in causa C-152/14 Bertazzi).

7. I richiamati principi non sono stati smentiti dalla sentenza 20.9.2018, in causa C-466/17, Motter, con la quale, a seguito di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Trento, la Corte di Giustizia ha statuito che la clausola 4 dell'Accordo Quadro, in linea di principio, non osta ad una normativa, quale quella dettata dall'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994, che «ai fini dell'inquadra-

mento di un lavoratore in una categoria retributiva al momento della sua assunzione in base ai titoli come dipendente pubblico di ruolo, tenga conto dei periodi di servizio prestati nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato in misura integrale fino al quarto anno e poi, oltre tale limite, parzialmente, a concorrenza dei due terzi».

È significativo osservare che a detta conclusione la Corte è pervenuta dopo avere dichiarato espressamente di volersi porre in linea di continuità con la propria giurisprudenza, richiamata ai punti 26, 33, 37, 38, quanto alla rilevanza dell'anzianità, alla nozione di ragione oggettiva, alla non decisività delle diverse forme di reclutamento e della natura temporanea del rapporto, e la statuizione è stata resa valorizzando le circostanze allegate dal Governo Italiano, che aveva fatto leva sul criterio di favore previsto dall'art. 489 del d.lgs. n. 297/1994, come integrato dalla legge n. 124/1999, nonché sulla necessità di raggiungere «un equilibrio tra i legittimi interessi dei lavoratori a tempo determinato e quelli dei lavoratori a tempo indeterminato, nel rispetto dei valori di meritocrazia e delle considerazioni di imparzialità e di efficacia dell'amministrazione su cui si basano le assunzioni mediante concorso» (punto 51).

Particolare rilievo assumono, dunque, per comprendere la *ratio* della decisione, i punti 47 e 48 nei quali si afferma che possono configurare una ragione oggettiva «gli obiettivi invocati dal governo italiano, consistenti, da un lato, nel rispecchiare le differenze nell'attività lavorativa tra le due categorie di lavoratori in questione e dall'altro nell'evitare il prodursi di discriminazioni alla rovescia nei confronti dei dipendenti pubblici di ruolo assunti a seguito del superamento di un concorso generale», obiettivi che possono essere legittimamente considerati rispondenti a una reale necessità «fatte salve le verifiche rientranti nella competenza esclusiva del giudice del rinvio».

Poiché, ad avviso del Collegio, la lettura della pronuncia deve essere complessiva, non possono essere svalutate, come ha fatto il Ministero ricorrente nel corso della discussione orale, le affermazioni contenute ai punti 33-34 e 37-38, quanto alla non decisività della diversa forma di reclutamento ed alla necessità che la disparità di trattamento sia giustificata da «elementi precisi e concreti che contraddistinguono la condizione di impiego di cui trattasi», sicché la verifica che il giudice nazionale, nell'ambito della cooperazione istituita dall'art. 267 TFUE, è chiamato ad effettuare riguarda tutti gli aspetti che assumono rilievo ai sensi della clausola 4 dell'Accordo Quadro, ivi compresa l'effettiva sussistenza nel caso concreto delle ragioni fatte valere dinanzi alla Corte di Lussemburgo dallo Stato Italiano per giustificare la disparità di trattamento.

8. Quanto alla comparabilità degli assunti a tempo determinato con i docenti di ruolo valgono le considerazioni già espresse da questa Corte con le sentenze richiamate al punto 6 e con l'ordinanza n. 20015/2018 che, valorizzando il principio di non discriminazione e le disposizioni contrattuali che si riferiscono alla funzione docente, ha ritenuto di dovere riconoscere il diritto dei supplenti temporanei a percepire, in proporzione all'attività prestata, la retribuzione professionale docenti.

In quelle pronunce si è evidenziato, ed il principio deve essere qui ribadito, che la disparità di trattamento non può essere giustificata dalla natura non di ruolo del rapporto di impiego, dalla novità di ogni singolo contratto rispetto al precedente, dalle modalità di reclutamento del personale nel settore scolastico e dalle esigenze che il sistema mira ad assicurare.

Né la comparabilità può essere esclusa per i supplenti assunti ai sensi dell'art. 4, comma 3, della legge n. 124/1999 facendo leva sulla temporaneità dell'assunzione, perché la pretesa differenza qualitativa e quantitativa della prestazione, oltre a non trovare riscontro nella disciplina dettata dai CCNL succedutisi nel tempo, che non operano distinzioni quanto al contenuto

della funzione docente, non appare conciliabile, come la stessa Corte di Giustizia ha rimarcato, «con la scelta del legislatore nazionale di riconoscere integralmente l'anzianità maturata nei primi quattro anni di esercizio dell'attività professionale dei docenti a tempo determinato» (punto 34 della citata sentenza Motter), ossia nel periodo in cui, per le peculiarità del sistema di reclutamento dei supplenti, che acquisiscono punteggi in ragione del servizio prestato, solitamente si collocano più le supplenze temporanee, che quelle annuali o sino al termine delle attività didattiche.

È, pertanto, da escludere che la disciplina dettata dall'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994 possa dirsi giustificata dalla non piena comparabilità delle situazioni a confronto e, comunque, dalla sussistenza di ragioni oggettive, intese nei termini indicati nei punti che precedono.

9. Più complessa è l'ulteriore verifica che la Corte di Giustizia ha demandato al giudice nazionale in relazione all'obiettivo di evitare il prodursi di discriminazioni «alla rovescia» in danno dei docenti assunti *ab origine* con contratti a tempo indeterminato, discriminazioni che, ad avviso del Ministero ricorrente, si produrrebbero qualora in sede di ricostruzione della carriera si prescindesse dall'abbattimento, perché in tal caso il lavoratore a termine, potendo giovare del criterio di cui all'art. 489 d.lgs. n. 297/1994, potrebbe ottenere un'anzianità pari a quella dell'assunto a tempo indeterminato, pur avendo reso rispetto a quest'ultimo una prestazione di durata temporalmente inferiore.

L'argomento non è privo di pregio, ma non può essere ritenuto decisivo per affermare *tout court* la conformità alla direttiva della norma di diritto interno, innanzitutto perché la verifica non può essere condotta in astratto, bensì deve tener conto della specificità del caso concreto, nel quale, in ipotesi, potrebbe anche non venire in rilievo l'applicazione della disposizione sopra indicata, sulla quale la Corte di Giustizia ha fatto leva nell'affermare che l'abbattimento potrebbe essere ritenuto applicazione del principio del *pro rata temporis*.

Si è già detto, infatti, che la clausola 4 dell'Accordo Quadro attribuisce un diritto incondizionato che può essere fatto valere dal singolo lavoratore dinanzi al giudice nazionale e non può essere paralizzato da una norma generale ed astratta. Corollario del principio è che la denunciata discriminazione deve essere verificata in relazione alla fattispecie concreta dedotta in giudizio e pertanto, ove la norma che legittima la diversità di trattamento si leghi, nell'intento del legislatore, a presupposti giustificativi non necessariamente sussistenti in relazione ai singoli rapporti, non si può escludere che la medesima norma possa essere ritenuta discriminatoria in un caso e non nell'altro, dipendendo la sua giustificazione dalla ricorrenza di condizioni che vanno verificate non in astratto bensì con riferimento al singolo rapporto.

9.1. L'applicazione diretta della clausola 4 chiama il giudice nazionale a seguire un procedimento logico secondo il quale occorre: a) determinare il trattamento spettante al preteso "discriminato"; b) individuare il trattamento riservato al lavoratore comparabile; c) accertare se l'eventuale disparità sia giustificata da una ragione obiettiva.

Nel rispetto di queste fasi perché il docente si possa dire discriminato dall'applicazione dell'art. 485 d.lgs. n. 297/1994, che, si è già detto al punto 5, è la risultante di elementi di sfavore e di favore, deve emergere che l'anzianità calcolata ai sensi della norma speciale sia inferiore a quella che nello stesso arco temporale avrebbe maturato l'insegnante comparabile, assunto con contratto a tempo indeterminato per svolgere la medesima funzione docente. Ciò implica che il trattamento riservato all'assunto a tempo determinato non possa essere ritenuto discriminatorio per il solo fatto che dopo il quadriennio si operi un abbattimento, occorrendo invece verificare anche l'incidenza dello strumento di compensazione favorevole, che pertanto, in sede di giudizio di comparazione, va eliminato dal computo complessivo dell'anzianità, da

effettuarsi sull'intero periodo, atteso che, altrimenti, si verificherebbe la paventata discriminazione alla rovescia rispetto al docente comparabile.

In altri termini un problema di trattamento discriminatorio può fondatamente porsi nelle sole ipotesi in cui l'anzianità effettiva di servizio, non quella virtuale ex art. 489 d.lgs. n. 297/1994, prestata con rapporti a tempo determinato, risulti superiore a quella riconoscibile ex art. 485 dlgs. n. 297/1994, perché solo in tal caso l'attività svolta sulla base del rapporto a termine viene ad essere apprezzata in misura inferiore rispetto alla valutazione riservata all'assunto a tempo indeterminato.

92. Nel calcolo dell'anzianità occorre, quindi, tener conto del solo servizio effettivo prestato, maggiorato, eventualmente, degli ulteriori periodi nei quali l'assenza è giustificata da una ragione che non comporta decurtazione di anzianità anche per l'assunto a tempo indeterminato (congedo ed aspettativa retribuiti, maternità e istituti assimilati), con la conseguenza che non possono essere considerati né gli intervalli fra la cessazione di un incarico di supplenza ed il conferimento di quello successivo, né, per le supplenze diverse da quelle annuali, i mesi estivi, in relazione ai quali questa Corte da tempo ha esclusa la spettanza del diritto alla retribuzione (Cass. n. 21435/2011, Cass. n. 3062/2012, Cass. n. 17892/2015), sul presupposto che il rapporto cessa al momento del completamento delle attività di scrutinio.

Si dovrà, invece, tener conto del servizio prestato in un ruolo diverso da quello rispetto al quale si domanda la ricostruzione della carriera, in presenza delle condizioni richieste dall'art. 485, perché il medesimo beneficio è riconosciuto anche al docente a tempo indeterminato che transiti dall'uno all'altro ruolo, con la conseguenza che il meccanismo non determina alcuna discriminazione alla rovescia.

9.3. Qualora, all'esito del calcolo effettuato nei termini sopra indicati, il risultato complessivo dovesse risultare superiore a quello ottenuto con l'applicazione dei criteri di cui all'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994, la norma di diritto interno deve essere disapplicata ed al docente va riconosciuto il medesimo trattamento che, nelle stesse condizioni qualitative e quantitative, sarebbe stato attribuito all'insegnante assunto a tempo indeterminato, perché l'abbattimento, in quanto non giustificato da ragione oggettiva, non appare conforme al diritto dell'Unione.

Come già ricordato nel punto 6.1 lett. a), la clausola 4 dell'accordo quadro ha effetto diretto ed i giudici nazionali, tenuti ad assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale che deriva dalle norme del diritto dell'Unione ed a garantirne la piena efficacia, debbono disapplicare, ove risulti preclusa l'interpretazione conforme, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (Corte di Giustizia 8.11.2011, Rosado Santana punti da 49 a 56).

Non è consentito, invece, all'assunto a tempo determinato, successivamente immesso nei ruoli, pretendere, sulla base della clausola 4, una commistione di regimi, ossia, da un lato, il criterio più favorevole dettato dal T.U. e, dall'altro, l'eliminazione del solo abbattimento, perché la disapplicazione non può essere parziale né può comportare l'applicazione di una disciplina diversa da quella della quale può giovare l'assunto a tempo indeterminato comparabile.

10. Nella fattispecie non osta all'applicazione dei richiamati principi la circostanza che l'originaria ricorrente abbia domandato il riconoscimento ai fini della ricostruzione della carriera di rapporti a termine che si collocano temporalmente in data antecedente all'entrata in vigore della direttiva 1999/70/CE.

Non può essere invocato il principio di diritto affermato da questa Corte con la sentenza n. 22552/2016 perché in quel caso si discuteva della legittimità della reiterazione dei contratti a termine, il cui carattere abusivo non poteva essere affermato sulla base della normativa europea sopravvenuta, mentre nella specie viene in rilievo la correttezza del decreto di ricostru-

zione della carriera adottato dall'Ufficio Scolastico nel gennaio 2008, nella vigenza della direttiva.

11. La sentenza impugnata non è conforme ai principi di diritto sopra enunciati perché, pur avendo la Corte territoriale correttamente richiamato la giurisprudenza della Corte di Giustizia formata in relazione all'interpretazione della clausola 4, non risulta che nella quantificazione dell'anzianità riconoscibile alla C. abbia tenuto conto dei periodi di interruzioni dei rapporti a termine, che, seppure "brevi e sporadici", non potevano concorrere a determinare l'anzianità complessiva della docente.

Il ricorso va pertanto accolto in detti limiti e la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte territoriale indicata in dispositivo che procederà ad un nuovo esame, attenendosi ai principi di diritto che, sua base di quanto osservato nei punti che precedono, di seguito si enunciano:

a) l'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994, che anche in forza del rinvio operato dalle parti collettive disciplina il riconoscimento dell'anzianità di servizio dei docenti a tempo determinato poi definitivamente immessi nei ruoli dell'amministrazione scolastica, viola la clausola 4 dell'Accordo Quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, e deve essere disapplicato, nei casi in cui l'anzianità risultante dall'applicazione dei criteri dallo stesso indicati, unitamente a quello fissato dall'art. 489 dello stesso decreto, come integrato dall'art. 11, comma 14, della legge n. 124/1999, risulti essere inferiore a quella riconoscibile al docente comparabile assunto *ab origine* a tempo indeterminato;

b) il giudice del merito per accertare la sussistenza della denunciata discriminazione dovrà comparare il trattamento riservato all'assunto a tempo determinato, poi immesso in ruolo, con quello del docente *ab origine* a tempo indeterminato e ciò implica che non potranno essere valorizzate le interruzioni fra un rapporto e l'altro, né potrà essere applicata la regola dell'equivalenza fissata dal richiamato art. 489;

c) l'anzianità da riconoscere ad ogni effetto al docente assunto a tempo determinato, poi immesso in ruolo, in caso di disapplicazione dell'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994 deve essere computata sulla base dei medesimi criteri che valgono per l'assunto a tempo indeterminato.

12. Alla Corte territoriale è demandato anche il regolamento delle spese del giudizio di legittimità, ad eccezione di quelle relative al rapporto processuale con gli intervenienti, in relazione alle quali va disposta l'integrale compensazione in ragione della novità e della complessità della questione controversa.

Non sussistono le condizioni richieste dall'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115/2002 per il raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei limiti indicati in motivazione. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, quanto al rapporto processuale fra le parti principali, alla Corte d'Appello di Genova in diversa composizione.

Compensa integralmente le spese del giudizio di legittimità relative agli intervenienti.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 15 ottobre 2019.

Sindacato giuscontabile sulle transazioni pubbliche

NOTA A CORTE DEI CONTI, SEZIONE GIURISDIZIONALE LOMBARDIA,
SENTENZA 19 LUGLIO 2019 N. 196

*Giustina Noviello**

La sentenza della Corte dei Conti (Sezione Lombardia) n. 196 del 2019 ha condannato un dipendente (apicale) della società Expo 2015 e due dipendenti (sempre apicali) di altre due società *in house* (una del comune di Milano e l'altra della regione Lombardia), il primo quale autore di danno diretto al proprio ente e gli altri due quali autori di danno cd. obliquo *ex art. 1, co. 4, L. n. 20 del 1994 ad altra amministrazione* (ovvero, ad Expo 2015).

Nel caso di specie, la fattispecie di **danno erariale** per violazione del principio di economicità dei contratti pubblici attiene a fornitura (di elevato importo economico, oltre quattro milioni di euro) di essenze arboree per il progetto di Expo 2015 - opera complementare rispetto a quella principale per la realizzazione della cd. piastra del sito, conferita senza procedura di evidenza pubblica, bensì con aggiudicazione diretta, in base a potere di deroga attribuito dalla legge al commissario di Expo 2015 - ed è stata individuata dalla Corte nel **costo superiore a quello effettivo**, sulla scorta di verifiche di *audit* basate sul valore di mercato e sulla forbice tra il prezzo pagato al sub-fornitore e quello pagato dal committente Expo.

Oggetto del giudizio contabile non è stata, dunque, la legittimità o meno della procedura di affidamento seguita (che, per i profili penali, è stata oggetto di separato giudizio, definito con la sentenza della Corte d'Appello penale di Milano n. 598 del 2019), bensì *“la congruità o meno del prezzo pagato in tale procedura di acquisto, che ridonda in termini di danno erariale”*.

Tra Expo 2015 spa e l'appaltatore ATI Mantovani era intervenuta una più ampia transazione per alcune riserve iscritte nell'appalto principale, comprensiva del corrispettivo per la fornitura arborea *de qua* (è utile ricordare che le transazioni nelle quali è parte Expo 2015 sono sottoposte al parere preventivo dell'Avvocatura Generale dello Stato, *ex art. 33, d.l. n. 90/2014* e dell'ANAC, mediante l'Unità Operativa Speciale istituita *ex art. 30, d.l. n. 90/2014*).

In tema di **transazioni pubbliche**, risultano di particolare interesse due affermazioni della decisione in questione.

In primo luogo, il Giudice contabile ha ritenuto che, nel sindacare la ragionevolezza di una transazione intervenuta tra una p.a. (o tra una società *in house*, quale Expo 2015 spa) e un appaltatore-fornitore privato, pur valutando il contesto temporale e storico (nella specie, connotato da urgenza) della tran-

(*) Avvocato dello Stato.

sazione ed il diverso “peso” negoziale delle parti contraenti, la Corte dei conti può valutare la congruità, secondo ordinari parametri di mercato, del valore delle voci di credito vantate dalle parti concilianti, e se le stesse fossero disancorate da detti parametri di mercato, è configurabile un danno erariale da transazione illogica o abnorme.

In particolare, la sentenza afferma (capo 6, parte in diritto) che “... *le poste-base di una transazione, perchè questa sia logicamente ben impostata su corretti presupposti fattuali e giuridici basici, devono essere oggettive e parametrare a prezzi reali di mercato. Non possono infatti essere soppesate e comparate in una equa valutazione transattiva voci “gonfiate” o sopravvalutate soggettivamente da una delle parti in potenziale lite*”; e specifica che il sindacato della Corte dei conti sulla congruità-ragionevolezza del prezzo pagato, “... *secondo notori indirizzi, non impinge nell’insindacabile merito decisionale, ma nella ragionevolezza della scelta transattiva e, specificamente, nella corretta valutazione delle poste inserite in tale accordo scritto per una loro corretta valutazione in vista dell’esito finale*”.

La questione attiene al sottile confine tra la insindacabilità nel merito di scelte discrezionali effettuate da una p.A. ed il legittimo sindacato di tali scelte discrezionali, che non possono mai essere arbitrarie, irragionevoli o *contra legem*.

Si tratta del noto principio della insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, regola sancita per la magistratura contabile dall’art. 1, co. 1, l. n. 20 del 1994 (come novellato dalla l. n. 639/1996), dalla quale scaturisce un considerevole contenzioso, analogamente a quanto avviene per i giudizi dinanzi al Giudice amministrativo, in relazione alla preclusione di sindacare il merito degli atti della p.a., salvo che la scelta discrezionale non trasmodi in evidente eccesso di potere.

Anche nella giurisprudenza contabile ritroviamo un’ampia casistica con riguardo alla regola della insindacabilità nel merito, tra l’altro proprio in relazione alle scelte transattive effettuate da una p.A., ritenute vagliabili solo se abnormi, illogiche, altamente diseconomiche o contrarie a fini istituzionali (cfr. C. conti, sez. Lombardia, 31.7.2017 n. 126; sez. Puglia, 24.2.2017, n. 80; sez. Campania, 29.2.2012 n. 250; sez. Abruzzo, 5.1.2012 n. 1; sez. controllo Umbria, n. 123/2015, tutte in www.corteconti.it).

In secondo luogo, la sentenza sottolinea le differenze in sede transattiva, a seconda che sia coinvolta o meno una pubblica Amministrazione, evidenziando che gli spazi di reciproca rinuncia sono tendenzialmente illimitati qualora a transigere sia un soggetto privato che disponga in tale contesto di denari propri, a cui potrebbe rinunciare anche in modo consistente per esigenze, anche psicologiche, di “qualità della vita” (che un contenzioso evitato innegabilmente assicura), ma se a transigere sia invece un soggetto pubblico (a cui una società *in house* è equiparata) i parametri valutativi sono decisamente più

ristretti e maggiormente, se non quasi esclusivamente, ancorati a risparmi di spesa (sia gestionali che per contenziosi), a tutela delle casse pubbliche e della collettività che vi contribuisce finanziariamente.

Sul punto, la sentenza afferma che *“un ente pubblico e una società in house non godono dunque di un arbitrio transattivo, riconoscibile ad un privato, ma devono pur sempre avere come parametro l’equilibrio di bilancio che impone una attenta e oculata valutazione delle poste in transazione”*; e ricorda che *“sia in sede di controllo che di giurisdizione contabile, sulla scorta degli insegnamenti della Consulta di recente ribaditi e meritoriamente affinati, la c.d. “umanizzazione” della finanza, dei precetti contabili e dei concetti finanziari, rimarca l’evidente interconnessione tra equilibri di bilancio e garanzia dei diritti sociali dei cittadini, ed in tale ottica anche una cattiva impostazione di una pur opportuna transazione lede l’obiettivo ultimo di un equilibrio di bilancio valevole per ogni società in house e per i suoi soci pubblici”*.

Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, sentenza 19 luglio 2019 n. 196 - Pres. ff. rel. Vito Tenore - Giudizio nei confronti di: A.P. (avv.ti Domenico Ielo, Giovanni Mangialardi e Paola Iati); A.G.R. (avv.ti Aldo Travi, Vincenzo Mariconda e Francesca Pace); D.C. (avv. Paolo Redaelli Faini).

FATTO

1. Con atto di citazione depositato il 20.6.2018, la Procura regionale citava in giudizio i tre convenuti in epigrafe, esponendo quanto segue:

a) che da fonte giornalistica erano pervenute notizie alla Procura attrice su possibili danni erariali arrecati alla società pubblica Expo 2015 spa quale stazione appaltante dei lavori per la realizzazione della c.d. Piastra del sito per l’esposizione universale 2015, e, in particolare, in relazione alla fornitura di essenze arboree, quale opera complementare affidata allo stesso appaltatore ATI esecutore dell’opera principale (tra IMPRESA DI COSTRUZIONI ING. E. MANTOVANI Spa Mandataria, SO.CO.STRA.MO S.r.l., successivamente receduta dall’ATI, COVECO - CONSORZIO VENETO COOPERATIVO S.C.P.A., oggi KOSTRUTTIVA S.C.P.A., SIELV Spa alla quale è subentrata SIELV BILFINGER FACILITY MANAGEMENT S.r.l. e VENTURA Spa, poi estromessa dall’ATI) con atto aggiuntivo n. 1 del 23.10.2013, riguardante diversi altri lavori complementari non compresi nel progetto iniziale, il tutto in attuazione dell’art. 57, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006;

b) che, in particolare, con il suddetto atto aggiuntivo n. 1 del 23.10.2013, di importo pari a € 6.400.285,82 (di cui € 6.325.219,74 per lavori e € 75.066,08 per oneri della sicurezza), la società pubblica Expo 2015 aveva affidato, con determina 11.7.2013 dell’am.re delegato, all’appaltatore, tra l’altro, la cennata fornitura di essenze arboree per l’importo di € 4.360.973,20, computato con il ribasso del -15% rispetto all’importo del progetto esecutivo redatto dalla società Metropolitana Milanese spa per il valore di € 5.130.556,71, nonostante l’aggiudicazione dell’opera principale con il più elevato ribasso del -42%;

c) che, su incarico di Expo 2015 conferito nel corso dell’esecuzione dei lavori contrattuali

dell'appalto c.d. "Piastra", la Sernet Riqualficazioni s.r.l. aveva eseguito in data 29.4.2015 e 25.5.2015, con i criteri metodologici dell'*audit* amministrativo, economico e finanziario, le attività di verifica della congruità dei prezzi applicati e riconosciuti all'impresa appaltatrice per la definizione delle opere e delle forniture complementari, incluse negli atti aggiuntivi;

d) che sulla scorta di tale verifica-*audit* in atti, ancorata alla progettazione esecutiva ed al computo metrico delle essenze, era stato possibile riconoscere la congruità economica dell'importo di € 2.086.766,77, computato sul subcontratto di fornitura con Zelari Euroambiente per € 1.639.618,00 e sul contratto di consulenza agronoma con Land Milano s.r.l. per € 10.000,00, con la maggiorazione del 15% per spese generali e del 10% per l'utile d'impresa, e che pertanto, rispetto al prezzo effettivamente riconosciuto e liquidato da Expo 2015, risultava un extra-margine contrattuale riconosciuto in favore dell'ATI Mantovani per complessivi € 2.274.206,43, configurante danno erariale per violazione del principio di economicità dei contratti pubblici;

e) che, in via subordinata, il computo dell'extra-margine contrattuale gravante sulla società pubblica Expo 2015 per la fornitura delle essenze arboree poteva essere quantificato in € 1.616.406,43 sulla scorta dell'ipotesi alternativa prospettata nell'*audit* suddetto, con la possibile "validazione" degli ulteriori oneri riconosciuti dall'appaltatore nei confronti di Zelari Euroambiente per € 400.000,00 e dell'asserito integrale importo della consulenza Land (per ulteriori Euro 120.000,00) oltre le spese generali e l'utile;

f) che in sede di invito a dedurre, tale danno erariale di € 2.274.206,43 era stato inizialmente ascritto a quattro soggetti:

- all'amministratore delegato Expo 2015 (...) per il predetto difetto dell'economicità nello scambio negoziale corrispettivo, autorizzato con la determinazione a contrarre ex art. 11 comma 2 D. Lgs. 163/2006, in data 11.7.2013;

- al direttore generale della Divisione Constructing and Dismantling dell'ente pubblico in forma societaria Expo 2015 Spa, nonché responsabile unico del procedimento, ing. A.P., per la carente e lacunosa attività propositiva, istruttoria e di vigilanza di natura manageriale, sulla economicità della determinazione del prezzo della fornitura complementare (ribassato con sconto del solo 15% a fronte di un ben maggior sconto del 42% effettuato in generale dall'appaltatore sulla base d'asta dell'appalto Piastra), accettato dalla stazione appaltante in palese difformità dalle condizioni di mercato più favorevoli alla pubblica amministrazione (art. 10 lett. b ed f, d.lgs. 163/2006) e per la assenza di verifiche sulla esecuzione della fornitura di essenze arboree e, in particolare, sulla corrispondenza tra prestazioni previste nel progetto e valore delle forniture realmente eseguite;

- all'ente amministrativo, Metropolitana Milanese spa, società *in house* del Comune di Milano, ed al dipendente/professionista ing. D.C., che avevano curato la progettazione esecutiva propeedeutica alle prestazioni complementari, la determinazione del computo metrico estimativo ed il valore di mercato della fornitura arborea, con la indicazione di valori economici maggiorati e palesemente difformi dalle condizioni di mercato, i quali erano stati utilizzati dalla stazione appaltante per la determinazione, in sede negoziale, dei prezzi della fornitura complementare delle essenze arboree (art. 90, d.lgs. 163/2006);

- all'ente amministrativo, "Infrastrutture Lombarde" spa (ILSPA), società *in house* della Regione Lombardia, ed al direttore generale/professionista ing. G.R., che aveva commesso errori tecnico-amministrativi e di gestione dei processi nelle attività di ausilio tecnico a supporto e assistenza (verifica di tempi, risorse, costi di realizzazione) del responsabile unico del procedimento e nell'interesse della stazione appaltante, in particolare nella verifica di economicità

del prezzo e dello sconto nello scambio contrattuale (v. art. 3, par. 3.2, punti 2-7 della convenzione di servizio 31.3.2012 Ilspa-Expo 2015-Regione Lombardia e verbali riunioni indicati a pp. 39-40 della citazione attorea);

g) che, all'esito dell'esame delle deduzioni degli invitati e di audizioni personali, la Procura attrice aveva ritenuto di adottare il decreto di archiviazione *ex art.* 69, d.lgs. n. 174 del 2016 per le posizioni soggettive di (...) (ritenuto versare in buona fede sia nel prescegliere, quale commissario unico di Expo 2015, per esigenze di celerità dei lavori c.d. Piastra, l'affidamento diretto non concorrenziale *ex art.* 57, co. 5, lett. a, d.lgs. n. 163 del 2006 in luogo della procedura negoziata concorrenziale *ex art.* 57, co. 6, d.lgs. cit. sulla scorta di una valutazione della condotta deliberativa *ex ante* di prognosi postuma, sia nell'affidarsi ai propri organi tecnici per la fissazione di un congruo prezzo per la fornitura complementare) e delle società *in house*/enti amministrativi ILSPA spa e Metropolitane Milanese spa (alle quali non era ascrivibile una *culpa in vigilando* su condotte illecite dei propri dipendenti C. e R.), confermando invece l'ipotesi accusatoria nei confronti dei tre convenuti in epigrafe;

h) che la condotta negligente ascritta ai convenuti riguardava dunque l'evidente extra-margine di utile di € 2.274.206,43, percepito dall'ATI Mantovani con il suddetto affidamento diretto, con percentuale macroscopicamente difforme, quasi del 50%, dalle condizioni di mercato oggettivamente più favorevoli per la società Expo 2015, qualora la medesima avesse svolto con l'ordinaria diligenza la comparazione tra i valori economici concorrenziali, agevolmente desumibili con l'accertamento di congruità sui valori rilevabili per l'andamento del mercato;

i) che detto affidamento diretto era stato preceduto nella sequenza procedimentale, per la iniziale formulazione ed il successivo miglioramento dell'offerta economica:

1) da un'attività di progettazione esecutiva svolta dall'ing. C. per conto della società *in house* "Metropolitana Milanese spa", deficitaria nei profili di stima economica delle condizioni dello scambio contrattuale, con fissazione di valori economici maggiorati e palesemente difformi dalle condizioni di mercato, i quali sono stati utilizzati dalla stazione appaltante per la determinazione dei prezzi della fornitura complementare delle essenze arboree (art. 2 e 90, d.lgs. 163/2006); 2) da una attività procedimentale svolta dall'ing. P. nella qualità di dirigente della società pubblica Expo 2015 nonché di responsabile unico del procedimento, carente e lacunosa nei profili di proposta, di tutela e di vigilanza manageriale sulla determinazione del prezzo, sui parametri di convenienza, di trasparenza e di economicità nell'interesse della stazione appaltante, che era risultato gravemente pregiudicato dall'iniquità delle clausole negoziate all'esito della corrispondenza commerciale e delle riunioni istruttorie (v. artt. 2 e 10, lett. b ed f, d.lgs. 163/2006); 3) da un'attività di assistenza e di supporto tecnico ed amministrativo svolta dall'ing. R. per conto della società *in house* "Infrastrutture Lombarde" spa (ILSPA) di cui era direttore generale, con modi lacunosi e carenti, non adeguati né idonei a verificare nell'interesse della stazione appaltante, le condizioni di economicità dello scambio contrattuale da negoziare per la fornitura complementare delle essenze arboree (v. convenzione di servizio ILSPA - R.L. - EXPO);

j) che tali condotte, riconducibili ad un danno diretto ad Expo 2015 spa per il P., dipendente di detta società, e ad un danno ad ente (società pubblica Expo 2015 spa) diverso da quello di appartenenza (c.d. danno obliquo *ex art.* 1, l. n. 20 del 1994) arrecato da soggetti (gli ingg. C. e R.) dipendenti di distinte società palesemente *in house* (M.M. del Comune di Milano e ILSPA della Regione Lombardia), erano connotate da dolo contabile o, in via gradata, da colpa grave, stante anche l'elevata professionalità dei convenuti.

Tutto ciò premesso, la Procura chiedeva la condanna in solido (o in via gradata *pro quota*, ma

in eguali misure) dei tre convenuti al pagamento della somma di euro 2.274.206,43, oltre accessori dalla data dell'evento lesivo, non opponendosi al rito abbreviato di cui all'art. 130, d.lgs. n. 174 del 2016.

2. Si costituiva l'ing. A.P., difeso dagli avv. Ielo, Mangialardi e Iati, formulando preliminarmente istanza di applicazione del rito abbreviato ex art. 130 del d.lgs. n. 174 del 2016, ed eccependo in via subordinata in rito e nel merito quanto segue:

a) che, preliminarmente, la citazione era nulla, ai sensi dell'art. 86, comma 2, lett. e) e comma 6 del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, per mancata indicazione delle condotte attive o omissive ascrivibili al P, convenuto per la sola posizione funzionale rivestita;

b) che, nel merito, la vicenda oggetto di causa andava contestualizzata nell'arco temporale di Expo Milano in cui l'Italia (e la città di Milano) aveva accumulato un ritardo notevole nella preparazione dell'evento internazionale, aveva avuto tempistiche stringenti per realizzare opere essenziali e non più rinviabili per il completamento dell'intervento (bonifiche, fondazioni clusters, fondazioni Padiglione Italia, fondazioni Expo Center e Padiglione Zero) e per la gestione di molte opere complementari dell'appalto Piastra attraverso singoli procedimenti pubblicitari che non sarebbero stati altrimenti più temporalmente compatibili con l'obiettivo di apertura dell'Esposizione Universale entro l'1 maggio 2015;

c) che, anche per la fornitura arborea oggetto di causa, si era fatto ricorso a procedura di affidamento diretto non concorrenziale ex art. 57, co. 5, lett. a, d.lgs. n. 163 del 2006 per le predette esigenze di urgenza, non essendo andata a buon fine una previa gara pubblica di sponsorizzazione e non essendoci tempo per una nuova gara, né la RTI Mantovani era disponibile alla sottomissione come variante: pertanto non essendoci parametri concorrenziali da rispettare, il prezzo pagato a ATI Mantovani non poteva essere parametrato a valori di mercato, considerando anche la *"simmetrica debolezza della stazione appaltante, il cui potere decisionale era ormai ristretto in uno spazio angusto delimitato dall'emergenza e dalla dipendenza tecnica dall'appaltatore principale"*;

d) che la fornitura doveva riguardare piante c.d. "di pronto effetto" (delle quali fossero percepibili da subito la dimensione e l'importanza) con una particolare tecnologia agronomica scarsamente utilizzata in Italia (c.d. *"air pot"*) per la quale il prezzo delle essenze arboree non era presente nell'elenco prezzi del Comune di Milano e lo stesso era stato pertanto determinato sulla base delle analisi di mercato utilizzate per la determinazione dei prezzi della fornitura con posa delle essenze arboree indicate ai punti 4.2 e 4.3 della comparsa difensiva;

e) che in sede penale, il contestato abuso d'ufficio per aver il P. concordato con l'ATI Mantovani l'affidamento diretto della fornitura di essenze arboree per un importo (4,3 milioni di euro) di gran lunga superiore all'effettivo valore della gara (circa 1,6 milioni di euro), in assenza dei presupposti previsti dalla legge per potere procedere a tale tipologia di affidamento e omettendo di verificare la congruità dei prezzi, aveva portato ad una assoluzione con sentenza Gip Milano 25.5.2018 n. 18/815, confermata in appello da C. app. Milano, sez. II penale, n. 598 del 25 marzo 2019 (doc. 4 e 5 difesa);

f) che era inipotizzabile la contestata incongruità del corrispettivo versato da Expo 2015 spa all'appaltatore per la fornitura complementare arborea *de qua*, in quanto lo stesso si inseriva in un più ampio percorso transattivo, poi vantaggiosamente intervenuto (con rinuncia delle parti "ad ogni reciproca pretesa" in relazione al contratto principale, agli atti di sottomissione e agli atti aggiuntivi), tra Expo 2015 spa e l'appaltatore ATI Mantovani per alcune riserve iscritte nell'appalto Piastra, e in tale contesto Expo 2015 spa aveva incaricato un soggetto esterno (Sernet) di valutare il peso di possibili reciproche concessioni, individuando un prezzo avulso dal mer-

cato ma a soli fini transattivi, la cui base di partenza per la negoziazione era stato il computo metrico associato al progetto esecutivo fornito da MM Spa; tuttavia la finalità della relazione era stabilire anche *“una rivalutazione ragionevole degli Atti Aggiuntivi”* da utilizzare come base per un eventuale accordo transattivo con l'appaltatore (cfr. relazione, pag. 10);

g) che la rinuncia alla rivalutazione degli Atti Aggiuntivi non era stata valorizzata nell'atto transattivo, ma della rivalutazione si era tenuto conto nella determinazione dell'importo complessivo da corrispondere all'appaltatore in via transattiva, come si desumeva dalla relazione del RUP sulle risultanze dell'istruttoria condotta in merito alla verifica di congruità tecnico economica dell'atto transattivo (cfr. relazione del RUP del 28 luglio 2016, doc. 8 difesa) e dalla relazione di accompagnamento all'atto transattivo da stipularsi con il RTI Mantovani del 29 dicembre 2015 (doc. 9 difesa).

h) che il corrispettivo (d'appalto) che la stazione appaltante aveva pattuito con l'appaltatore era stato considerato eccessivo dalla Procura alla luce di un ulteriore parametro erroneo, ovvero quello del corrispettivo (di subfornitura) che l'appaltatore aveva pattuito con il proprio fornitore, dimenticando che una transazione equa non va vista in relazione alla congruità dello scambio economico nell'ambito di una procedura di affidamento, ma alla congruità delle reciproche concessioni inerenti al rapporto giuridico, tenuto conto anche dei tempi ristretti, della mancanza di concorrenza in doveroso affidamento diretto (che imponeva di valutare la congruità dello scambio non in astratto, ma all'interno del contesto in cui si poneva) e della predetta *“simmetrica debolezza della stazione appaltante, il cui potere decisionale era ormai ristretto in uno spazio angusto delimitato dall'emergenza e dalla dipendenza tecnica dall'appaltatore principale”*;

i) che comunque, pur essendo quella in esame una fornitura, già con riferimento agli appalti ordinari, esisteva una prassi di mercato in forza della quale l'appaltatore ricavava un extramargine dalle prestazioni affidate in subappalto, variabile a seconda della forza contrattuale dell'appaltatore sul subappaltatore, e che il legislatore aveva posto un limite a tale margine ai sensi dell'art. 118, comma 4, del d.lgs n. 163 del 2006; tale extramargine atteneva comunque esclusivamente ai rapporti privatistici tra appaltatore e subappaltatore ed è del tutto estranea al rapporto tra stazione appaltante e affidatario e quindi non può essere il presupposto da cui assumere un danno erariale per la stazione appaltante;

j) la assenza di dolo (escluso già in sede penale) e di colpa grave in capo all'ing. P., Rup di un appalto assai complesso, quello c.d. Piastra, connotato altresì da riparti di competenze interne tecnico-specialistiche illustrate in comparsa: in particolare la Direzione Lavori era stata attribuita ad IlpsA, vero regista dell'operazione a partire dal 23 maggio 2013, allorquando “di fatto” l'Ing. R. era divenuto Direttore Tecnico della fase esecutiva dei lavori e, inoltre, ciascuna opera complementare era stata negoziata dall'ing. P. con l'AD di Mantovani (Dott. ...), essenze arboree incluse, con relativa trattativa negoziale, chiusasi con una riduzione del 15% rispetto al prezzo indicato come congruo nei computi metrici estimativi elaborati da M.M. Spa;

k) che non spettava al P. il controllo di congruità del prezzo dell'impianto arboreo, in quanto M.M. spa era responsabile della progettazione delle opere Expo secondo la convenzione redatta da Expo 2015 Spa con il Comune di Milano (azionista di MM Spa), delle Opere Complementari e delle Varianti, verificato dai validatori selezionati da Expo 2015 spa con procedura competitiva, mentre la verifica di congruità dei ribassi sulle opere complementari spettava a Ilspa in forza della Convenzione - tra Expo 2015 spa, Regione Lombardia e Ilspa che, all'articolo 3, paragrafo 3.2 punti 3), 4), 5) e, in particolare, 6), precisava che Ilspa si impegnavano a svolgere *“l'assistenza ed il supporto tecnico, giuridico e amministrativo al Re-*

sponsabile del Procedimento ed alla Stazione Appaltante per la gestione di eventuali varianti in corso d'opera, per l'affidamento di eventuali opere complementari e la redazione dei relativi addenda contrattuali, nonché per la gestione di eventuali riserve e degli eventuali, conseguenti, contenziosi con i soggetti esecutori delle Opere"; pertanto era stata Ilspa a fare verifiche sulla congruità dei prezzi, come confermato dai verbali di cantiere indicati a p. 31, nt. 3 della comparsa, mentre l'ing. P. era stato gestore e supervisore della procedura, ruolo diverso da chi deve svolgere attività specialistiche inerenti alla stessa, quali la congruità dei prezzi, valutazione specialistica che si può prestare a un controllo solo estrinseco (in termini di manifesta irragionevolezza) e non intrinseco, soprattutto in materia assai complessa, come ben colto dalla sentenza penale d'appello sui fatti che ha altresì rimarcato la alta competenza tecnico giuridica del CdA di Expo 2015 rispetto a quella del P. e del (...);

l) che la quantificazione del danno operata dalla Procura era comunque erronea, in quanto ancorata all'extramargine a favore dell'ATI Mantovani, che è invece la mera misura del guadagno dell'appaltatore e non la misura della perdita della stazione appaltante. La misura della perdita della stazione appaltante era da individuare, eventualmente, nella minor somma che la stazione appaltante avrebbe potuto spendere, costringendo l'ATI ad un maggiore sconto, circostanza non dimostrata dalla Procura;

m) che dal danno contestato andava comunque scomputato il lucro conseguito da Expo 2015 spa dalla vantaggiosa transazione con ATI Mantovani, comportante minori spese di oltre 220.000.000 euro (pari a 96 volte l'importo del danno erariale contestato) e nella quale la fornitura arborea, con relativo prezzo, era stata un elemento basilare per la positiva chiusura dell'accordo;

n) che comunque vi erano ampi presupposti per un forte esercizio del potere riduttivo dell'addebito.

Tutto ciò premesso, la difesa, qualora non fosse accolta l'istanza di rito abbreviato, chiedeva preliminarmente la declaratoria di nullità della citazione e, nel merito, il rigetto della domanda o comunque, una adeguata valutazione dell'*utilitas* goduta da Expo 2015 spa. In via gradata, invocava un congruo esercizio del potere riduttivo dell'addebito.

3. Si costituiva l'ing. A.G.R., difeso dagli avv. Travi, Mariconda e Pace, eccependo quanto segue:

a) che le contestazioni attoree riguardavano asserite inadempienze del R. in relazione alle convenzioni 5 maggio 2011 e 31 marzo 2012 affidate però ad Ilspa, società *in house* con autonoma personalità giuridica, per attività di assistenza rispetto ad Expo 2015, inerenti alla realizzazione della nota manifestazione espositiva (cfr. art. 3 della convenzione); pertanto l'ipotizzato 'rapporto di servizio' che radicherebbe la giurisdizione contabile, si sarebbe instaurato fra Regione Lombardia ed Expo 2015, o fra Regione Lombardia ed Ilspa, ma non fra l'ing. R. ed Expo 2015, in quanto Regione Lombardia, e per essa Ilspa, aveva assunto le obbligazioni previste nella convenzione ed era perciò tenuta ad espletarle nei confronti di Expo 2015;

b) che, in ogni caso, tali convenzioni 5 maggio 2011 e 31 marzo 2012 non ponevano a carico di Ilspa attività rilevanti per la valutazione economica della fornitura di essenze arboree in discussione, nè la congruità dei prezzi di affidamento, ma riguardavano solo un ausilio per le procedura di gara e non per gli affidamenti diretti;

c) che l'ing. R. non era mai stato nominato, né da Expo 2015 né da altri, quale responsabile del procedimento, o co-responsabile del procedimento in questione, avendo avuto solo compiti tecnici consulenziali interni, senza rilevanza esterna;

d) che, con Convenzione stipulata in data 25 febbraio 2011 fra Expo 2015 Spa, Comune di Milano e Metropolitana Milanese Spa (doc. n. 3 difesa), Expo 2015 spa aveva affidato la pre-

disposizione del progetto di tutte le opere (incluse quelle complementari) inerenti alla c.d. Piastra alla società Metropolitana Milanese spa, alla quale era stato altresì conferito l'incarico di redigere i computi metrici estimativi correlati alle varie fasi progettuali;

e) che, con gara indetta con bando pubblicato in data 29 aprile 2011 (doc. 4 difesa), Expo 2015 aveva affidato alla Conteco spa (in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di concorrenti costituito con Rina Check S.r.l. e No Gap Controls s.r.l.) la *“verifica delle Progettazioni afferenti le Opere di costruzione del Sito per l'esposizione universale e, in particolare, la Piastra ed i Manufatti Architettonici, necessari alla realizzazione del Sito EXPO 2015”* e, all'art. 3.3. e nella premessa del contratto stipulato fra EXPO e Conteco era precisato che l'incarico di verifica affidato al Raggruppamento guidato da tale società doveva ritenersi finalizzato, fra l'altro, ad accertare *“la coerenza, congruità e completezza del quadro economico, relativo a ciascuna delle Opere, in tutti i suoi aspetti”* nonché *“l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati”* e alla Conteco il capitolato (doc. 5 difesa) attribuiva, all'art. 1, la verifica su *“ciascun progetto preliminare, definitivo ed esecutivo ... afferenti le Opere di costruzione del Sito per l'esposizione universale e, in particolare, la c.d. Piastra (...)”* nonché gli ulteriori manufatti complementari alla Piastra, fra cui il *“Verde interno al sito”*, tant'è che nell'art. 2.8. del capitolato, era previsto che il predetto Raggruppamento dovesse avvalersi, oltre che di un esperto in valutazioni economiche, anche di un esperto in architettura del paesaggio;

f) che il maggior ruolo di Conteco rispetto ad Ilspa nei rapporti con Expo 2015 era rimarcato dalla formulazione delle rispettive convenzioni: nel conferimento dell'incarico a Conteco si parlava di congruità, completezza, adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati, mentre nel conferimento dell'incarico ad Ilspa per la successiva fase realizzativa si parlava di assistenza tecnico amministrativa e di gestione dei processi al fine di valutare e verificare tempi risorse e costi e scopi relativamente alla realizzazione delle opere; anche l'art. 3.2 n. 6 della convenzione, con riferimento alle c.d. opere complementari (fra le quali erano ricomprese anche le forniture di essenze per il verde), confermava la mancata attribuzione ad Ilspa di compiti di verifica prezzi; l'art. 3.2, comma 2 della convenzione del marzo 2012, attribuiva comunque ad Ilspa, e dunque all'ing. R., un mero supporto in corso d'opera, riguardante cioè la fase successiva agli affidamenti, nell'ambito della quale, in particolare, per controllo dei costi doveva intendersi la verifica dei costi impegnati dalla Stazione Appaltante, al fine di consentire a quest'ultima la formulazione delle previsioni sull'osservanza del budget;

g) che l'ing. R. in Ilspa ricopriva all'epoca dei fatti l'incarico di direttore generale ed aveva una competenza essenzialmente di ordine tecnico-organizzativo, e non di ordine economico o di attuazione delle convenzioni predette, ivi compresi i profili di verde arboreo (affidati da Ilspa agli ing. (...)).

Tutto ciò premesso, la difesa dell'ing. R. chiedeva il rigetto della domanda e, in via subordinata, una più limitata ascrizione causale e psicologica, a titolo di colpa grave e non di dolo, del danno contestato, con ampio esercizio del potere riduttivo dell'addebito.

4. Si costituiva l'ing. D.C., difeso dall'avv. Radaelli Faini, eccependo quanto segue:

a) la carenza di giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti dell'Ing. C., quale progettista dipendente della MM spa, responsabile dell'integrazione specialistica nella progettazione della c.d. Piastra di Expo e che, inoltre, la società MM spa non era legata ad Expo spa da rapporto di servizio;

b) la carenza di giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti dell'Ing. C., quale progettista dipendente della MM spa, che aveva agito quale progettista dell'opera pubblica Piastra secondo un ordinario incarico di natura specialistica del tutto identico a un qualunque incarico

professionale conferito ad una società di progettazione, senza che con ciò si determinasse il sorgere di un rapporto di servizio;

c) l'assenza di un danno erariale, in quanto l'importo di € 2.274.206,43 di extramargine contestato dalla Procura per sopravvalutazione delle piante arboree non poteva certamente costituire un danno erariale patito da Expo 2015 spa, in quanto l'importo era stato stralciato dal conto finale riconosciuto alla RTI Mantovani (importo di € 29.500.000,00) nell'ambito della più ampia transazione intervenuta tra la Expo 2015 e la ATI Mantovani, avallata dalla Avvocatura dello Stato e dall'Anac;

d) la carenza di legittimazione passiva della Metropolitana Milanese e dunque del C., in quanto la Convenzione originaria e gli atti integrativi erano stati predisposti e stipulati da Expo spa e dal Comune di Milano e la società MM spa si era limitata ad aderirvi;

e) che l'azione promossa dalla Procura Generale era improponibile in quanto aveva i caratteri di una vera e propria azione finalizzata alla protezione risarcitoria dell'interesse particolare di Expo spa e non del buon andamento della P.A.;

f) che il credito era prescritto a fronte di fatti risalenti al 2012;

g) che le condotte contestate dalla Procura non erano ascrivibili all'ing. C., ma ad altri tecnici interni a M.M. spa: nel caso della "Piastra" il progettista responsabile delle opere e dei relativi progetti, ivi comprese le opere a verde, era l'Ing. (...) e non l'Ing. D.C., mero "Responsabile dell'integrazione delle diverse discipline specialistiche", e mai Progettista Responsabile di una qualsiasi disciplina specialistica, compreso il progetto verde e relativo computo metrico, seguito dal (...) valendosi anche di consulenti esterni, quali Pan associati srl (come dichiarato in sede penale dal (...): cfr. doc. 10 difesa);

h) che al progetto iniziale erano state apportate delle modifiche e di tale modifiche la Sernet, autrice dell'*Audit* alla base dell'azione erariale, non ne aveva tenuto conto anche ai fini di un mero raffronto tra il progetto iniziale di Piastra (comprensivo anche della fornitura e posa in opera del verde) e quanto poi stralciato ed eseguito da ATI Mantovani;

i) che vi erano dubbi sulla attendibilità e completezza dei riferimenti e dei dati acquisiti dalla Società Sernet Riqualficazioni dagli archivi della Società Expo 2015, sulla base dei quali la società stessa aveva desunto le considerazioni *Audit* in merito alla congruità degli importi contrattuali;

j) che la scelta delle modalità e dei contenuti dell'affidamento della fornitura delle essenze arboree allo stesso Appaltatore della c.d. Piastra, erano state di diretta ed univoca iniziativa e responsabilità della Stazione Appaltante, anche per quanto concerne il valore economico pattuito nell'ambito della sottoscrizione dell'A.A. n. 1 del 23.10.2013 e non spettava al Progettista firmatario degli elaborati tecnico economici del relativo progetto, che in ogni caso non era l'Ing. C.;

k) che difettava comunque l'elemento psicologico dell'illecito ipotizzato e che, comunque, in via gradata, l'evento dannoso per cui è causa era stato determinato anche dal comportamento di persone rimaste del tutto estranee al presente giudizio, in quanto non evocate dalla Procura.

Ciò premesso, la difesa chiedeva, qualora fossero state respinte le preliminari eccezioni di difetto di giurisdizione e di prescrizione della domanda, il rigetto della domanda e, in via gradata, una più equa determinazione del *quantum* contestato.

5. Con provvedimento 10.7.2019 assunto all'esito di coevo rito camerale, il Collegio non ammetteva la definizione del giudizio attraverso rito abbreviato richiesto dalla sola difesa dell'ing. P., stante il motivato dissenso scritto del 20.6.2019 in atti, ribadito in udienza camerale, della Procura in ordine alla entità della somma offerta, pari ad euro 75.806,88. Pertanto, con il consenso di tutte le parti (e in particolare della difesa del convenuto P., che aderiva alla im-

mediata conversione del rito abbreviato in ordinario nella medesima giornata) si procedeva con successivo rito ordinario, nella medesima udienza, questa volta pubblica, nel corso della quale la Procura attrice e la difesa delle parti convenute sviluppavano i rispettivi argomenti. Quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va affermata preliminarmente la giurisdizione contabile sulla questione *sub iudice*, in base all'art. 12, co. 1, t.u. 19 agosto 2016, n. 175, che devolve alla “*giurisdizione della Corte dei conti le controversie per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*”, essendo incontestato tra le parti che sia Expo 2015 spa (soggetto danneggiato), sia Metropolitane Milanesi spa, sia Infrastrutture Lombarde spa (Ilspa), società alle cui dipendenze lavoravano gli apicali dirigenti qui convenuti, sono società *in house*, secondo i noti parametri giurisprudenziali e oggi normativi, da tempo ben sunteggiati, tra le altre, nella sentenza 9 marzo 2018 n. 49 di questa Sezione, nella ancor più recente delibera 20 giugno 2019 n. 11/2019 delle SS.RR. in sede di controllo e nella sentenza 22 maggio 2019 n. 16/2019 delle SS.RR. in speciale composizione, ai cui argomenti è sufficiente riportarsi.

2. Conseguenziale a tale affermata giurisdizione sulle società *in house* è quella sui dipendenti e amministratori di tali società, essendo pacifico, secondo consolidati indirizzi della Cassazione e giuscontabili espressi in molteplici “filoni” di danno erariale, che questa Corte possa convenire sia la persona giuridica (o l'associazione in taluni giudizi) che le persone fisiche materialmente autrici della condotta attiva o omissiva foriera di danno (*ex pluribus* Cass., sez. un., 14 settembre 2017, n. 21297; id., sez. un., 31 luglio 2017, n. 18991; id., sez. un., 10 settembre 2013, n. 20701; id., sez. un., 2 dicembre 2013, n. 26935; id., sez. un., 9 gennaio 2013, n. 295; id., sez. un., 3 marzo 2010, n. 5019; id., sez. un., 27 aprile 2010, n. 9963; id., sez. un., 23 settembre 2009, n. 20434; C. conti, sez. Piemonte, 13 gennaio 2015, n. 1; C. conti, sez. Lombardia, 12 luglio 2017, n. 112; id., sez. Abruzzo, 27 maggio 2015, n. 45; id., sez. III app., 10 marzo 2015, n. 138; C. conti, sez. II app., 1 giugno 2012, n. 347), così disattendosi le eccezioni formulate da talune difese degli evocati.

Pertanto tutti e tre i convenuti ben possono essere giudicati da questa Corte quali dirigenti di società *in house* che hanno fornito, nella prospettazione accusatoria, contributi concausali al danno ipotizzato dalla Procura: l'ing. P. quale dipendente della danneggiata Expo 2015 spa, autore di danno diretto al proprio ente, gli ingg. C. e R. quali dipendenti di Metropolitane Milanesi spa e Ilpsa spa, autori di danno obliquo ad altra amministrazione (art. 1, co. 4, l. n. 20 del 1994), ovvero ad Expo 2015 spa.

Le qualifiche dirigenziali rivestite dai tre convenuti e le contestazioni commissive ed omissive mosse dalla Procura, evidenziano la palese inerenza dei contributi (anche omissivi) degli evocati a mansioni e compiti propri, quali dipendenti apicali delle tre società coinvolte: pertanto alcun ruolo “meramente consulenziale” (in assenza di rapporto di servizio con il danneggiato) è stato agli stessi contestato dalla Procura, né appare comunque ipotizzabile, come vorrebbero talune difese (es. del R. e del C.) per svilire il ruolo rivestito dai propri assistiti, essendo stati i convenuti qui citati per mancate o erronee valutazioni di stima rientranti palesemente nelle mansioni lavorative a fronte dei compiti istituzionalmente o convenzionalmente attribuiti alle rispettive società *in house*.

Va quindi respinta anche l'eccezione della difesa del C., che riterrebbe ipotizzabile solo un eventuale danno al Comune di Milano, azionista del proprio datore Metropolitane Milanesi spa, ben potendosi invece configurare anche un danno obliquo a terzi (Expo 2015 spa, società *in house*) ex art. 1, co. 4, l. n. 20 del 1994, qui azionato dalla Procura.

Parimenti inconferente appare l'eccezione della difesa del R. circa la carenza di giurisdizione di questa Corte per la inipotesizzabilità di un *rapporto di servizio* tra lo stesso ed Expo 2015 spa, e tra Ilpsa spa e Expo 2015 spa, non venendo qui in gioco tale rapporto, mai presupposto o contestato dalla Procura, ma un danno obliquo arrecato dall'ing. R., quale dirigente Ilpsa spa, ad Expo 2015 spa. E identiche conclusioni valgono per l'analoga eccezione della difesa del C.

3. Va poi, sempre in via preliminare, superata l'eccezione di rito prospettata dalla difesa del P. di nullità della citazione attorea per mancata indicazione delle condotte attive o omissive ascrivibili allo stesso, asseritamente convenuto per la sola posizione funzionale rivestita, essendo invece evidente secondo il Collegio, da una serena lettura dell'ampia citazione, come la Procura fondi la propria pretesa sulla base del contenuto di una convenzione tra le Società *in house* indicata in fatto e delle mansioni attribuite ai tre convenuti dirigenti, nei rispettivi ruoli, e mal esercitate nella prospettazione accusatoria. E su tale chiara contestazione le difese dei tre convenuti, ivi compreso il P., hanno preso dettagliata e puntuale posizione, in pieno e accettato contraddittorio.

L'eccezione va dunque respinta.

4. Va poi disattesa l'ulteriore eccezione di prescrizione formulata da talune difese, essendo evidente che la conoscenza della voce di danno qui azionata, ovvero da incongruità dell'extramargine economico liquidato da Expo 2015 srl a favore di Ati Mantovani, derivi dalle relazioni della Sernet Riqualficazioni s.r.l. a fronte di controlli eseguiti in data 29.4.2015 e 25.5.2015, con i criteri metodologici dell'*audit* amministrativo trasmesse dal dr. (...) alla Procura ordinaria e che il rinvio a giudizio per le parallele indagini penali risalga al 18.9.2017 (v. sentenza C app. Milano 598/2019 in doc. 5 difesa P.). Tra l'altro, l'esborso all'ATI risulta essere avvenuto il 23.9.2015: pertanto, quale che sia il *dies a quo* tra tali eventi, la domanda è tempestiva.

5. Nel merito, la vicenda all'esame della Sezione attiene ad una fornitura di essenze arboree necessarie per attuare l'importante e blasonato progetto di Expo 2015, per un importo di Euro 4.360.973,20, al netto di un ribasso del 15% rispetto al valore di stima stabilito nel progetto stesso, redatto da Metropolitana Milanese spa. L'appalto, previsto in un atto aggiuntivo sottoscritto dalla soc. Expo 2015 con l'ATI di cui era mandataria l'Impresa di Costruzioni Mantovani, è stato pacificamente conferito nell'esercizio del potere di deroga attribuito dalla legge al commissario di Expo 2015, dr. (...), per l'attuazione delle iniziative legate a tale manifestazione e tale scelta è stata considerata non configurare un reato (abuso d'ufficio), per il (...) ed il P., con sentenza n. 598 del 2019 della Corte d'Appello di Milano, in atti, confermativa della sentenza di primo grado (doc. 4 e 5 difesa P.).

Nella prospettiva accusatoria, il costo della fornitura sarebbe stato ben superiore a quello effettivo sulla scorta delle verifiche di *audit* della Sernet Riqualficazioni srl a firma ing. (...), che avevano accertato e documentato un rilevante extra margine: quest'ultimo sarebbe stato di 2.274.206,43 euro, in base ad un primo conteggio; sarebbe stato di 1.616.406,43 euro, in base ad un secondo conteggio (pag. 10 della citazione). La Procura nella citazione identifica il danno erariale nell'importo più elevato, pari ad Euro 2.274.206,43, oltre rivalutazione ed interessi.

È incontestato tra le parti, soprattutto dopo la sentenza n. 598 del 2019 della Corte d'Appello di Milano in atti (doc. 5 difesa P., confermativa di quella di primo grado) con cui è stata esclusa l'ipotesi di reato doloso (abuso d'ufficio) in capo al dr. (...) e all'ing. P. nella procedura di aggiudicazione seguita (per assenza sia dell'elemento oggettivo che soggettivo), che i poteri in deroga all'evidenza pubblica riconosciuti al Commissario Expo 2015, (...), consentissero l'acquisto arboreo con la più snella procedura di aggiudicazione diretta seguita. Il tema del pre-

sente giudizio è tuttavia ben distinto e riguarda la congruità o meno del prezzo pagato in tale procedura di acquisto, che ridonda in termini di danno erariale.

È parimenti pacifico in punto di incongruità di costo, essendo dato oggettivo acclarato in modo imparziale anche dall'Audit Sernet Riqualficazioni, che vi sia una notevole forbice tra prezzo pagato al proprio sub fornitore da ATI Mantovani e quello pagato dal committente Expo 2015 all'ATI Mantovani e che la riduzione praticata ad Expo 2015 sia stata del 15%, con un extramargine dell'appaltatore pari ad una somma oscillante tra 2.274.206,43 e 1.616.406,43 euro.

Di contro a tale tesi accusatoria però, la asserita congruità del prezzo pagato alla ATI Mantovani, oggettivamente e incontestabilmente più elevato del dovuto, si fonderebbe su varie concorrenti ragioni prospettate dalle difese e così schematizzabili:

- a) l'inserimento di tale elevato compenso della fornitura arborea in una più ampia transazione tra ATI Mantovani ed Expo 2015, avente ad oggetto diverse poste economiche di considerevole rilevanza,
- b) l'assenza di imprese concorrenti che avrebbero potuto portare ad un più forte ribasso del prezzo di aggiudicazione della fornitura, stante la procedura d'urgenza seguita,
- c) la maggior forza contrattuale dell'appaltatore principale ATI Mantovani rispetto a Expo 2015 spa per l'urgenza che connotava la fornitura *de qua*, l'esito negativo di una pregressa gara per la fornitura e l'impossibilità di indire rapidamente una nuova gara in vista dell'imminente Esposizione.

6. Pur condividendo la Sezione, come si vedrà nel prosieguo, alcuni acuti spunti delle accurate difese in punto di doverosa valutazione della fattispecie *sub iudice* nell'ambito di un percorso transattivo complessivo tra Expo 2015 spa e ATI Mantovani fatto di reciproche concessioni, confermate dallo lo stesso ing. (...) (responsabile delle attività Audit di Sernet Riqualficazioni) con le dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento penale, secondo il quale "*tale vantaggio (l'extramargine dell'appaltatore n.d.r.) è stato accertato in una misura oscillante tra 2.5 e 5 milioni di euro circa. Preciso che di questo importo, circa 2 milioni sono da attribuire all'affidamento della fornitura di essenze arboree ... in sede di transazione, si è certamente tenuto conto di questa minore valutazione ai fini di un accordo globale*" (cfr. pag. 4 verbale di assunzione di informazioni ex art. 362 c.p.p. nell'ambito del procedimento penale R.G.N.R. n. 19661/14, doc. 6 difesa P.), tuttavia va chiaramente affermato quanto segue: quale che sia il contesto temporale e transattivo in cui si inserisce la vicenda in esame, da gestire con comprensibile rapidità da Expo 2015 spa (per gli obiettivi espositivi da raggiungere nei tempi programmati), le poste-base di una transazione, perchè questa sia logicamente ben impostata su corretti presupposti fattuali e giuridici basilari, devono essere oggettive e paramtrate a prezzi *reali* di mercato. Non possono infatti essere soppesate e comparate in una equa valutazione transattiva voci "gonfiate" o sopravvalutate soggettivamente da una delle parti in potenziale lite.

L'errore metodologico delle difese è dunque questo: ritenere *ex post* "buona" e ragionevole qualsiasi transazione tra ATI Mantovani ed Expo 2015 spa per ragioni economiche-temporali e di "forza" delle parti e quindi ritenere eque tutte le poste di questa transazione, a prescindere dal loro *reale* valore di mercato, che, ad avviso del Collegio, deve invece necessariamente essere il punto di partenza corretto della trattativa.

È noto a chiunque abbia, in qualsiasi contesto, pubblico o privato, affrontato una transazione, una conciliazione, un bonario componimento, che una soluzione stragiudiziale offra margini valutativi più ampi di una soluzione contenziosa, addirittura ancorati a motivazioni o parametri etici, psicologici, emotivi, di immagine da tutelare, di valutazione costi-benefici etc.

Tuttavia, se tali margini sono tendenzialmente illimitati qualora a transigere sia un soggetto privato che disponga in tale contesto di denari propri, a cui potrebbe rinunciare anche in modo consistente per esigenze di “qualità della vita” (che un contenzioso evitato innegabilmente assicura), se a transigere sia invece un soggetto pubblico, a cui una società *in house* è equiparata (quanto meno in ordine alla tutela delle finanze dei soci pubblici), i parametri valutativi sono decisamente più ristretti e maggiormente, se non quasi esclusivamente, ancorati a risparmi di spesa (sia gestionali che per contenziosi), a tutela delle casse pubbliche e della collettività che vi contribuisce finanziariamente.

Un ente pubblico e una società *in house* non godono dunque di un arbitrio transattivo, riconoscibile ad un privato, ma devono pur sempre avere come parametro l’equilibrio di bilancio che impone una attenta e oculata valutazione delle poste in transazione. Del resto, sia in sede di controllo che di giurisdizione contabile, sulla scorta degli insegnamenti della Consulta di recente ribaditi e meritoriamente affinati, la c.d. “umanizzazione” della finanza, dei precetti contabili e dei concetti finanziari, rimarca l’evidente interconnessione tra equilibri di bilancio e garanzia dei diritti sociali dei cittadini, ed in tale ottica anche una cattiva impostazione di una pur opportuna transazione lede l’obiettivo ultimo di un equilibrio di bilancio valevole per ogni società *in house* e per i suoi soci pubblici.

Ed allora, come ben colto dalla attrice Procura, assume centrale rilevanza la congruità-ragionevolezza del prezzo pagato da Expo 2015 per la fornitura arborea, il cui sindacato da parte di questa Corte, secondo notori indirizzi, non impinge nell’insindacabile merito decisionale, ma nella ragionevolezza della scelta transattiva e, specificamente, nella corretta valutazione delle poste inserite in tale accordo scritto per una loro corretta valutazione in vista dell’esito finale. E dunque, se ATI Mantovani ha spuntato dai subfornitori un buon prezzo, e se è giusto che ne abbia un ragionevole ricavo nel rivendere le essenze arboree ad Expo 2015, il punto essenziale oggetto di causa è l’entità di tale utile, scaricato su Expo 2015 spa, oggettivamente incongruo secondo parametri di mercato ben colti dall’*audit* in atti (e ben coglibile dai convenuti all’epoca dei fatti), non contestato nella sua metodologia e nei suoi approdi valutativi dai convenuti (se non per le predette valutazioni esterne economiche-temporali-transattive, avulse dalla valutazione-stima in sé) e alla luce degli abbattimenti riconosciuti ad Expo 2015 per le restanti prestazioni principali, pari a circa il 42%, mentre qui l’abbattimento, pur in una comprensibile *ratio* transattiva, è stato del solo 15%. Tale *Audit* ha inoltre ben considerato la specifica fornitura e, dunque, le tipologie di piante c.d. “di pronto effetto” impiantante con particolare tecnologia agronomica scarsamente utilizzata in Italia (c.d. “*air pot*”), così superandosi eccezioni difensiva tese a rimarcare il peculiare valore delle piante oggetto di causa.

Sviluppando il forte e nel contempo suggestivo argomento della difesa del P., ribadito in udienza, per dimostrare la congruità del prezzo pagato da Expo 2015 spa (rispetto alla prospettazione accusatoria), secondo cui “*La dipendenza del prezzo dalla domanda sta all’economia come la differenza tra diritti e obblighi sta al diritto. Valutare la congruità di un corrispettivo in modo scisso dal mercato è un’operazione talmente abnorme da essere assimilabile all’esame di un contratto scisso dalla causa o dall’esame di un atto amministrativo scisso dalla sua finalità pubblicistica*”, va rimarcato da parte del Collegio come tale parallelismo, ispirato da un visione pan-economica della vita e delle relazioni contrattuali, se può valere (ma non nella sua assolutezza) nei rapporti di libero mercato tra soggetti privati, non è pienamente calzante se a transigere sia una PA (o una società *in house*), retta da regole procedurali che non sono “forma”, ma “sostanza” e da garanzie costituzionali di buon andamento e di integrità delle finanze pubbliche che esprimono tutela finale dei diritti dei contribuenti e dei cittadini tutti (art.

97 cost.). Pertanto, le logiche economiche recedono e soccombono (o, perlomeno, vanno con le stesse coordinate) rispetto alle preminenti regole logico-giuridiche espressive di macrovalori costituzionali, quali la tutela delle risorse collettive attraverso oculate spese, prevalenti su (o perlomeno concorrenti con) regole di mera domanda/offerta di beni e servizi e di raggiungimento di un accordo o di un obiettivo Espositivo.

Ma anche a voler seguire un ragionamento di matrice economica, l'irragionevolezza, ben coglibile nella specie, è rappresentata dalla macroscopica forbice tra prezzo spuntato da ATI Mantovani al suo sub fornitore e quello preteso dal committente Milano 2015 spa: un utile di impresa assai rilevante per l'ATI e sicuramente giovevole ai propri azionisti, ma sul quale la controparte Expo 2015 spa, attraverso i suoi dirigenti (e dunque il P.) e coloro i quali ebbero ruolo attivo nella valutazione di congruità del prezzo della fornitura arborea (il C. ed il R., oltre agli altri soggetti di seguito indicati), avrebbe dovuto esprimere dissenso pattuendo un importo ben inferiore.

Non rileva dunque, nel modo più assoluto, la complessità del quadro normativo in materia di gare che ha portato alla assoluzione penale del dr. (...) e dell'ing. P., ben rimarcata nei suoi referenti nazionali e comunitari e nei peculiari poteri in deroga dalla sentenza n. 598 del 2019 della Corte d'Appello di Milano citata. Infatti, in questa sede viene in esame solo e soltanto un dato ben più semplice e non oggetto di incertezze interpretative o dubbi ermeneutici: ovvero il non corretto valore degli impianti arborei acquistati da Expo 2015 da ATI Mantovani a prezzo incongruo.

7. Tuttavia, e in conclusione sul punto, la voce di danno erariale contestata dalla Procura in modo meccanicistico sulla scorta dell'*Audit* citata, pur evidente nella sua esistenza (ovvero l'*an*), può essere solo una base di riferimento attendibile circa il *quantum*, ma sulla stessa va previamente valutato il contributo concausale di altri soggetti qui non evocati e va poi accordato un distinto e successivo esercizio del potere riduttivo dell'addebito, tenendo conto di tre circostanze:

A) dell'inevitabile contributo concausale al danno cagionato ad Expo 2015 spa dalle due società Metropolitana Milanese spa e Infrastrutture Lombarde spa (Ilpsa), quali persone giuridiche qui non evocate, in cui sono strutturalmente incardinati i due convenuti ingg. C. e R. Se difatti è vero, come sopra chiarito, che sono citabili in giudizio anche amministratori e dipendenti di persone giuridiche, quali materiali autori del danno ad altra amministrazione, è altrettanto vero, come ben colto anche in sede di accurata discussione orale dal prof. Travi, che il lavoro degli stessi si inserisce "organicamente" in un apparato sovraperonale, la persona giuridica (qui società *in house*), che ha uomini e mezzi (e un CdA) per coadiuvare i suoi dirigenti per una corretta scelta nei compiti gestionali agli stessi attribuiti dall'interna organizzazione d'impresa e dalle convenzioni che legano le due predette società qui coinvolte alla P.A. o ad altre società pubbliche (Expo 2015 spa). Del resto, che ci sia stato un assenso societario alle valutazioni dell'ing. P. emerge nitidamente dalla sentenza penale n. 598 del 2019 della Corte d'Appello di Milano citata che, a pag. 24, testualmente riconosce l'avallo del CdA di Expo 2015, che "*ha seguito costantemente l'evoluzione della questione essenze arboree*", alle stime del P. Non può parimenti ritenersi che i due ulteriori convenuti ingg. C. e R., quasi fossero "un parafulmine societario", siano gli "unici" autori della negligente valutazione sul valore della fornitura arborea, e dunque del danno obliquo ad essi contestato, essendo ben ravvisabile una concorrente responsabilità degli enti di appartenenza non citati in giudizio dalla attrice Procura. E in tale evenienza, se a fronte di condotte dolose, la solidarietà passiva tra amministratore (o dipendente) e società non porrebbe alcun problema di scomputo risarcitorio dal *quantum* contestato al solo evocato in giudizio, in caso invece, come quello in

esame (v. *infra*), di condotte gravemente colpose, occorre farsi carico della detrazione della quota parte di danno ascrivibile all'ente di appartenenza della persona fisica citata in via esclusiva in giudizio; ed analoga valutazione va fatta in ordine alla condotta dell'ing. P., unico evocato per il danno diretto ad Expo 2015 spa, la cui società non è considerabile estranea alla scelta omissiva o superficiale del convenuto, che non può ritenersi autore esclusivo di una colpa grave in parte anche "di apparato";

B) del contributo concausale della società Conteco spa (raggruppamento di imprese), parimenti con convenuta in questa sede e che, come rettamente eccepito dalla difesa del R. anche in udienza, aveva ricevuto compiti di verifica aggiuntivi e prevalenti rispetto a quelli di Ilpsa, essendosi visti attribuiti, sulla base dell'art. 3.3 del contratto Expo 2015-Conteco (doc. 4 difesa R.), compiti di validazione e verifica sulla "coerenza, congruità e completezza del quadro economico, relativo a ciascuna delle Opere, in tutti i suoi aspetti" nonché su "l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati" e in base al capitolato del contratto stipulato fra EXPO e Conteco un ruolo centrale nella verifica su "ciascun progetto preliminare, definitivo ed esecutivo ... afferenti le Opere di costruzione del Sito per l'esposizione universale e, in particolare, la c.d. Piastra (...)" nonché sugli ulteriori manufatti complementari alla Piastra, fra cui il "Verde interno al sito", (artt. 1.1 e 2.8. del capitolato in doc. 5 difesa R.); a ciò aggiungasi che era previsto che il predetto Raggruppamento dovesse avvalersi, oltre che di un esperto in valutazioni economiche, anche di un esperto in architettura del paesaggio; inoltre, sulle modalità di svolgimento della verifica, all'art. 6 dello stesso contratto era previsto che la verifica dovesse essere svolta dal Raggruppamento Conteco "in contraddittorio con EXPO e i Progettisti, nel rispetto del quadro complessivo delle esigenze e degli obiettivi di EXPO", nonché in stretta collaborazione con il RUP;

C) dei concorrenti elementi valutativi, incidenti questa volta sulla riduzione dell'addebito, rimarcati dalle difese nei punti a)-c) del precedente paragrafo 5.

Dunque, alla stregua di tali considerazioni, la pur ragionevole quantificazione del danno operata dalla Procura non è condivisibile nella sua assolutezza, in quanto ancorata esclusivamente all'extramargine a favore dell'ATI Mantovani, che è invece la mera misura del guadagno dell'appaltatore e non la misura della perdita della stazione appaltante. La misura della perdita della stazione appaltante è la minor somma che la stazione appaltante avrebbe potuto spendere, costringendo l'ATI ad un maggiore sconto, qui determinabile in via ragionevolmente presuntiva-equitativa.

Stante la oggettiva attendibilità dell'Audit svolto in data 29.4.2015 e 25.5.2015 da Sernet Riqualificazioni s.r.l., soggetto terzo di elevata competenza esplicitamente (o implicitamente) riconosciuta dagli stessi convenuti, appare ragionevole al Collegio ritenere congrua, quale punto di partenza, la valutazione da detta *Audit* svolta in via subordinata, che computa l'extra-margine contrattuale gravante sulla società pubblica Expo 2015 per la fornitura delle essenze arboree in € 1.616.406,43 con la "validazione" degli ulteriori oneri riconosciuti dall'appaltatore nei confronti di Zelari Euroambiente per € 400.000,00 e dell'integrale importo della consulenza Land (per ulteriori Euro 120.000,00) oltre le spese generali e l'utile.

Sulla scorta di tale stima di € 1.616.406,43 della Sernet, ed alla luce dell'apporto concausale di soggetti non evocati in giudizio (M.M. spa, Ilpsa spa, Conteco, a cui sono ragionevolmente ascrivibili 180.000 euro di quota danno ciascuna, per un totale di 540.00000 euro), di concausali colpe "di apparato" attribuibili alla stessa Expo 2015 spa (a cui è parimenti ascrivibile la somma di 180.000 euro, quale quota di danno) e di ragionevoli presupposti per l'esercizio, sul residuo danno, del potere riduttivo dell'addebito (inserimento del costo di fornitura in una transazione complessiva tra Expo 2015 ed ATI Mantovani; assenza di altre imprese nella for-

nitura arborea di affidamento diretto non concorrenziale ex art. 57, co. 5, lett. a, d.lgs. n. 163 del 2006; urgenza procedimentale nell'acquisto dettata da obiettivi espositivi ostativi a gare e che rendevano più "forte" contrattualmente ATI Mantovani), equo appare dunque rideterminare in **euro 800.000,00** la somma residua da addebitare ai convenuti.

Tale somma va imputata a titolo di danno diretto al P. e a titolo di danno indiretto al C. ed al R. (nella di seguito indicata quota ad essi attribuibile, già detratto quanto ascrivibile alle rispettive società e alla Conteco, qui non evocate), con riparto tra gli stessi in modo non paritetico *pro-quota*, ma secondo i criteri infraprecisati, non potendosi assumere una condanna in solido, non essendo dimostrato alcun profilo doloso (anche nella più lata accezione giuscontabile) nella condotta *de qua*, connotata solo da evidente colpa grave per carente valutazione della congruità del prezzo determinato e pagato. Del resto, anche in sede penale (v. la già citata sentenza n. 598 del 2019 della Corte d'Appello di Milano, pp. 31 segg.) è stato palesemente escluso qualsiasi profilo di dolo nella vicenda *de qua* e, specificamente, in un possibile accordo tra i vertici di Expo 2015 e ATI Mantovani per fissare consapevolmente un prezzo di acquisto più elevato per le essenze arboree per "liberare risorse in favore dell'appaltatore".

Dal danno contestato non può invece, evidentemente, essere scomputato il lucro conseguito da Expo 2015 spa dalla favorevole transazione con ATI, come richiesto da talune difese, essendo fisiologico addivenire ad una buona transazione, che non è tecnicamente un "vantaggio", ma un'ordinaria scelta gestionale tesa a non patire esborsi maggiori in contenzioso e a pagare "il giusto" nella peculiare situazione economica e gestionale del momento.

7. Circa, infine, la ascrizione di tale importo ai convenuti, giova premettere, in via generale, che qualora un procedimento amministrativo o un laborioso accordo tra soggetti pubblici o privati (come nella specie) attribuisca a taluni soggetti compiti di ausilio, di collaborazione istruttoria, di supporto o di assistenza ad altri, tali mansioni, necessariamente esplicate attraverso termini e concetti generali da norme, capitolati o contratti (non potendosi esemplificare o tipizzare in modo casistico la multiforme tipologia degli incumbenti di una gara o di una attività complementare e accessoria alla stessa), non vanno interpretate dai soggetti investiti in ottica formale, statica e contemplativa dell'altrui *agere* (nella specie di Metropolitane Milanesi spa, autrice dei valori economici della fornitura), ma le stesse vanno intese come un ruolo fattivo, di attenta e costante reale verifica, anche critica, dei profili materiali, tecnici, giuridici ed economici coinvolti nell'oggetto del procedimento o dell'accordo. E ciò vale anche qualora si utilizzino, da parte delle società dei tre convenuti, dei collaboratori o dei tecnici ulteriori (intraneei o estranei) per svolgere alcune attività formalmente assegnate ai tre convenuti (si pensi all'utilizzo dell'ing. (...) o della Pan associati srl accanto all'ing. C.).

Da qui discende la evidente colpa grave, per inerzia e superficialità, di tutti i convenuti, che non trasmoda però in dolo, in totale carenza di prova su tale più elevato elemento psicologico.

Inoltre, a confutazione dei suggestivi argomenti della acuta difesa del R., ripresi in modo più sfumato anche nelle memorie dei restanti convenuti, la qualifica apicale gestionale in un ente (o in una società *in house*), ovvero di direttore generale, non rappresenta una esimente politica, testualmente prevista dall'art. 1, co. 1-ter, dalla l. n. 20 del 1994 per il solo vertice politico (salvo che quest'ultimo non faccia scelte gestionali, ben sindacabili da questa Corte), dovendo il direttore generale, in quanto tale e quale organo amministrativo o tecnico, valersi dei suoi collaboratori di settore per svolgere bene il proprio compito, ovvero "raggiungere il risultato" oggetto dell'incarico conferito ad Ilspa spa da Expo 2015 (ben valorizzato anche in sede penale nella citata sentenza n. 598 del 2019 della Corte d'Appello di Milano pp. 31 segg.), ovvero valutare e verificare correttamente e puntualmente, tra l'altro, tempi, risorse, costi e scopi re-

lativamente alla realizzazione delle opere Piastra, tra cui, dunque, anche l'impianto arboreo complementare. Il rivendicato tecnicismo della materia arborea e della stima dei relativi valori non è dunque una esimente per nessuno dei convenuti, tutti tenuti, quali apicali e ben remunerati dirigenti e valendosi dei propri selezionati collaboratori, ad un puntuale "risultato" manageriale di corretta esecuzione di opere e forniture e di congrua spesa per Expo 2015 spa, venuto meno nel caso di specie, pur nell'encomiabile risultato complessivo dell'Esposizione nella sua interezza, che questa sentenza non intende scalfire.

Alla luce di tale criterio guida, ha dunque ben colto la Procura attrice nel ravvisare una corresponsabilità (ma nei limiti sopra precisati) di tutti gli attuali convenuti, dirigenti apicali delle tre predette società.

8. Venendo quindi al conclusivo riparto *inter partes* della sopra rideterminata somma di 800.000,00 euro imputabile ai convenuti, ad avviso del Collegio evidente appare, in primo luogo, il maggior apporto dei convenuti C. e R. rispetto all'ing. P., in cui *status* di RUP ha comportato, come rettamente rimarcato dai propri difensori, un ruolo di gestore e supervisore della procedura, ruolo diverso da chi deve svolgere attività specialistiche inerenti alla stessa, quali la congruità dei prezzi devoluta convenzionalmente ad Ilspa e Conteco, valutazione specialistica che si può prestare a un controllo solo estrinseco (in termini di manifesta irragionevolezza) e non intrinseco da parte di Expo 2015. È comunque ascrivibile al P. una innegabile carente e lacunosa attività propositiva, istruttoria e di vigilanza di natura manageriale, sulla economicità della determinazione del prezzo della fornitura complementare.

Più prestante appare invece il ruolo dell'ing. R., che contrariamente a quanto sostenuto dai propri patroni, proprio in base alle convenzioni in atti tra Expo 2015 spa e Ilspa spa, si vede riconosciuto un ruolo determinante nella istruttoria tesa anche alla valutazione di congruità del prezzo e dell'extramargine oggetto di causa: difatti con una prima convenzione (del 5 maggio 2011 in doc. 1 difesa R.), veniva affidato ad Ilspa l'incarico di provvedere "*allo svolgimento delle attività tecnico-amministrative di supporto e di assistenza alla Stazione Appaltante EXPO e al Responsabile Unico del Procedimento, nell'espletamento delle procedure di gara ad evidenza pubblica per la realizzazione delle opere di costruzione del sito per l'Esposizione Universale 2015*" (art. 2). Più in particolare "*ILSPA [avrebbe dovuto coadiuvare] ed assistere EXPO - secondo procedure concordate tra le Parti - nella predisposizione degli atti e documenti necessari ai fini dell'avvio e dello svolgimento delle procedure di gara sino alla stipula dei relativi contratti, connessi alla realizzazione delle Opere, restando fermo che la redazione della documentazione di gara, la titolarità della stessa e la responsabilità delle procedure di gara è di esclusiva spettanza della Stazione Appaltante*" (art. 3.2). Rivendicare un ruolo servente di mero supporto e assistenza alla Stazione Appaltante e al RUP nella predisposizione di atti e documenti, circoscritta alle sole procedure di gara e con esclusione, al riguardo, di qualsivoglia potere decisionale, riservato alla Stazione Appaltante Expo 2015, significherebbe abdicare a qualsiasi compito di ausilio istruttorio, relegando il ruolo dell'ing. R. alla mera contemplazione statica degli altrui errori di stima. Né vi è in atti alcun riscontro su doverose osservazioni o rilievi critici del R., pur costantemente presente in tutti i verbali "di cantiere" in atti, sull'abnorme extramargine riconosciuto ad ATI Mantovani. Il ruolo assegnato dalla convenzione ad Ilspa, e dunque al suo apicale dirigente R., non era dunque contemplativo, ma propositivo, di riscontro, di rilievo su errori, omissioni o sopravvalutazioni di stima: la testuale "*attività tecnico-amministrative di supporto e di assistenza alla Stazione Appaltante EXPO e al Responsabile Unico del Procedimento, nell'espletamento delle procedure di gara ad evidenza pubblica*" di cui alla convenzione 5 maggio 2011 in atti, e "*l'assi-*

stenza ed il supporto tecnico, giuridico e amministrativo al Responsabile del Procedimento ed alla Stazione Appaltante per la gestione di eventuali varianti in corso d'opera, per l'affidamento di eventuali opere complementari e la redazione dei relativi addenda contrattuali, nonché per la gestione di eventuali riserve e degli eventuali, conseguenti, contenziosi con i soggetti esecutori delle Opere” di cui all’art. 3 della convenzione 31 marzo 2012 in atti, non sono infatti una mera attività quasi “segretariale”, come vorrebbe comprensibilmente degradarla la abile difesa del convenuto, ma una attività tecnico-giuridica di supporto al Responsabile Unico del Procedimento ed alla Stazione Appaltante, doverosamente attenta, tesa a scrutinare la bontà delle condizioni di gara e di contratto, *in primis* i valori e le stime in campo da altri sviluppate (nella specie, M.M. - Metropolitana Milanese, soggetto distinto dalla controparte della convenzione con cui Ilspa, e dunque il R., aveva assunto formale impegno di verifica e supporto nell’interesse di Expo 2015 spa proprio per vagliare la correttezza dell’altrui lavoro, ovvero di Metropolitana Milanese). Ben rientrava dunque, anche in chiave critica e correttiva, nei compiti *tecnico-giuridici* del qualificato convenuto anche la valutazione economica, da altri sviluppata (M.M.), della fornitura di essenze arboree in discussione connessa e *complementare* (nozione testualmente annoverata in convenzione) alla gara “madre”.

Parimenti evidente appare la responsabilità dell’ing. C., nonostante il segnalato utilizzo dell’ing. (...) e di Pan associati srl, per l’attività di progettazione esecutiva (propedeutica alle prestazioni complementari) e la determinazione del computo metrico estimativo ed il valore di mercato della fornitura arborea svolte per conto della società *in house* “Metropolitana Milanese spa”, deficitarie nei profili di stima economica delle condizioni dello scambio contrattuale, con fissazione di valori economici maggiorati e palesemente difformi dalle condizioni di mercato, i quali sono stati utilizzati dalla stazione appaltante per la determinazione dei prezzi della fornitura complementare delle essenze arboree.

A fronte dunque di un danno rideterminato nel predetto minor importo di euro 800.000,00 ad oggi già rivalutati, può ascrivere all’ing. A.P. la somma di euro 200.000,00, all’ing. D.C. la somma di euro 300.000,00 e all’ing. G.R. la somma di euro 300.000,00, importi per tutti ad oggi già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo, da versare ad Expo 2015 spa. A tali somme vanno condannati i convenuti.

Alla soccombenza seguono le spese di lite, liquidate come da dispositivo.

9. Va da ultimo rimarcato, in via conclusiva, come l’encomiabile riuscita complessiva dell’Esposizione universale Expo 2015, che pur ha portato innegabile blasone e ritorno economico alla città di Milano, alla Lombardia ed al Paese-Italia, e che ha espresso doti gestionali non comuni di uomini e donne impegnati nell’organizzazione, non resta ovviamente offuscata da fatti di occasionale gravemente colposa *mala gestio*, quale quello in esame, che una più attenta ed oculata stima, tra l’altro agevole, avrebbe potuto e dovuto evitare.

P. Q. M.

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Lombardia, CONDANNA A.P. al pagamento di euro 200.000,00 già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo; A.G.R. al pagamento di euro 300.000,00 già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo; D.C. al pagamento di euro 300.000,00 già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo.

Condanna altresì i convenuti al pagamento delle spese di lite, da dividere in tre parti eguali, che si liquidano in complessivi euro 1472,31.

Così deciso in Milano il 10.7.2019

Sulla legittimazione ad impugnare la proroga dello scioglimento del consiglio comunale ed inoltre sulla “eccezionalità” della proroga

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE TERZA, SENTENZA 12 NOVEMBRE 2019 N. 7762

La sentenza in rassegna ha accolto il nostro appello in materia di proroga dello scioglimento del consiglio comunale ex art. 143 TUEL, dichiarando l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse dei ricorrenti, sia nella qualità di ex sindaco ed ex consiglieri ad essere reintegrati nella carica, alla luce dell'accertamento ormai definitivo (a seguito di ben due sentenze del Consiglio di Stato) della legittimità dello scioglimento del consiglio comunale, sia nella qualità di cittadini - elettori ad ottenere un più rapido ritorno alle consultazioni elettorali, atteso che l'azione popolare di cui all'art. 9 TUEL non può essere utilizzata per far valere azioni che non sono di spettanza dell'ente locale nell'interesse del quale si dichiara di agire. Sul punto il Consiglio Stato richiama precedenti del TAR Lazio, affermando di aderirvi convintamente. Si tratta quindi della prima pronuncia del Consiglio di Stato che afferma tale principio.

Il Consiglio Stato ha altresì escluso (richiamando un proprio precedente n. 5782/2017) che l'interesse all'impugnazione possa derivare dalla sottoposizione degli amministratori locali a giudizio di incandidabilità (nella specie pendente in Cassazione) atteso che lo scioglimento del Consiglio comunale prescinde dall'accertamento di responsabilità del singolo amministratore ed è rimedio attraverso il quale il legislatore ha inteso ovviare ad una condizione patologica dell'ente nel suo complesso.

Il ricorso di primo grado è stato comunque dichiarato improcedibile per consumazione dell'ipotetico interesse al sollecito ritorno alle urne, considerato che nelle more le elezioni si sono tenute.

Nel merito, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello precisando, in linea generale, che “l'eccezionalità” richiesta per la proroga si lega necessariamente all'eccezionalità della situazione che ha determinato lo scioglimento del consiglio comunale, non potendo ipotizzarsi “una c.d. doppia eccezionalità, la prima, tale da determinare la misura dissolutoria, e la seconda, del tutto diversa dalla prima, tale da giustificare la proroga”. La nozione eccessivamente lata di eccezionalità propugnata dagli appellati e condivisa dal giudice di primo grado condurrebbe, infatti, secondo il Consiglio di Stato, ad una interpretazione *contra Constitutionem*, esponendo l'istituto della proroga al serio rischio di indeterminatezza, conformemente a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza del 24 luglio 2019, n. 195 in relazione all'art. 143, comma 7 *bis* del TUEL.

*Wally Ferrante**

(*) Avvocato dello Stato.

Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 12 novembre 2019 n. 7762 - Pres. F. Frattini, Est. M. Nocelli - Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo di Lecce (avv. gen. Stato) contro OMISSIS (avv.ti L. Ancora e P. Quinto).

(...)

3. L'appello è fondato, per le ragioni che qui di seguito si espongono.

4. Quanto al primo motivo di appello (pp. 3-6 del ricorso), relativo al difetto di legittimazione attiva in capo agli originari ricorrenti ad impugnare il provvedimento di proroga dello scioglimento del consiglio comunale di - OMISSIS -, si deve osservare che esso è fondato.

4.1. Con la sentenza - OMISSIS - del 18 ottobre 2018 questo Consiglio di Stato ha accertato la legittimità dello scioglimento del consiglio comunale di - OMISSIS - e, con la successiva sentenza - OMISSIS - del 4 febbraio 2019, questo stesso Consiglio ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione proposto contro tale sentenza.

4.2. Gli odierni appellati non avrebbero potuto dunque aspirare, a seguito dell'eventuale annullamento del decreto presidenziale impugnato nel presente giudizio, né a riottenere le cariche elettive precedentemente rivestite né ad alcuna utilità, nemmeno di ordine morale, per essere ormai sancita, in modo definitivo, la legittimità della misura dissolutiva disposta per le gravi infiltrazioni mafiose nel Comune e le conseguenti irregolarità in ogni settore della vita amministrativa dell'ente, come questo Consiglio di Stato ha rilevato nella già menzionata sentenza - OMISSIS - del 2018.

4.3. Il ricorso di prime cure, dunque, non potrebbe giammai avere un effetto ripristinatorio né, per tale ragione, il suo eventuale accoglimento potrebbe mai essere posto a base di pretese risarcitorie, conseguendo il mancato ripristino della carica elettiva direttamente allo scioglimento del consiglio comunale disposto, con il d.P.R. del 17 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 143 del T.U.E.L. e confermato definitivamente da questo Consiglio di Stato con le predette sentenze - OMISSIS - del 2018 e - OMISSIS - del 2019, in sede di revocazione.

4.4. Neppure gli odierni appellati potrebbero rivendicare un interesse all'annullamento del provvedimento impugnato di proroga nella loro qualità di cittadini-elettori, in ossequio al consolidato orientamento giurisprudenziale, al quale questo Consiglio di Stato qui convintamente aderisce, secondo cui *«l'impugnazione dello scioglimento dell'organo consiliare non è annoverabile tra le azioni proponibili dai singoli elettori ai sensi del richiamato art. 9 del TUEL, e ciò in quanto la misura dissolutiva di cui all'art. 143, mentre incide sulle situazioni soggettive dei componenti degli organi elettivi, i quali, per effetto di essa, vengono a subire una perdita di status, non altrettanto incide su quella dell'ente locale, titolare di posizioni autonome e distinte, che, anzi, nella misura vede uno strumento di tutela e di garanzia dell'Amministrazione»*, sicché *«l'azione popolare in questa sede proposta per impugnare lo scioglimento [...] e la nomina di una Commissione straordinaria per la provvisoria gestione del medesimo, risulta inammissibile per difetto di legittimazione, perché lo strumento offerto dall'art. 9 del TUEL non può essere articolato per far valere azioni che non sono di spettanza dell'ente locale nell'interesse del quale si dichiara di agire (Cass. Civ., Sez. I, 10 giugno 2016, n. 11994)»* (T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I, 15 dicembre 2017, n. 12424 e, più di recente, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I, 28 ottobre 2019, n. 12355).

4.5. Va anche escluso che l'interesse ad agire possa avere, in simili casi, natura strettamente "morale", posto che *«il provvedimento di scioglimento ex art. 143 TUEL si basa sull'accertata diffusione sul territorio della criminalità organizzata e non ha natura di provvedimento "sanzionatorio", non avendo finalità repressive nei confronti di singoli, ma risponde allo scopo*

fondamentale di salvaguardare la funzionalità dell'amministrazione pubblica» (cfr. T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I, 29 marzo 2018, n. 3542; T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I, 3 maggio 2019, n. 5584).

4.6. Né l'interesse alla impugnazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 143 T.U.E.L. può correlarsi alla possibilità che gli amministratori, facenti parte degli organi sciolti, siano stati sottoposti al giudizio di incandidabilità previsto dall'art. 143, comma 11, T.U.E.L., atteso che *“lo scioglimento del Consiglio comunale prescinde dall'accertamento di responsabilità di singoli soggetti ed è rimedio attraverso il quale il legislatore ha inteso ovviare ad una condizione patologica dell'ente nel suo complesso»* e *«il provvedimento di scioglimento non è quindi la conseguenza di responsabilità del singolo amministratore»* (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2017, n. 5782).

4.7. Inoltre il giudizio di incandidabilità, come mostrano i suoi esiti ancora non definitivi nel caso di specie in quanto il decreto - OMISSIS - del 17 maggio 2019 della Corte d'Appello di Lecce è stato impugnato in cassazione, è autonomo e separato ed ha un esito che non è automaticamente determinato dallo scioglimento del Comune, postulando una valutazione delle singole posizioni in nome del diritto costituzionale all'elettorato passivo, per verificare che collusioni o condizionamenti abbiano determinato una cattiva gestione della cosa pubblica (Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2017, n. 516).

4.8. Discende da quanto detto che gli originari ricorrenti non avevano alcuna legittimazione ad impugnare la proroga dello scioglimento del consiglio comunale né in quanto ex amministratori né in qualità di cittadini-elettori di - OMISSIS -.

5. Non convincono le contrarie argomentazioni svolte dal primo giudice per affermare la legittimazione dei ricorrenti in prime cure.

5.1. L'azione dei ricorrenti, va qui ricordato, era diretta a contestare la sussistenza dei motivi posti a base della proroga dello scioglimento, negando che ricorressero i casi eccezionali di cui all'art. 143, comma 10, del T.U.E.L., ma questa contestazione può essere correlata all'esclusivo interesse, in ipotesi riconoscibile in capo all'ex sindaco e agli ex consiglieri, ad essere reintegrati nella loro carica, non già ad ottenere un più rapido ritorno alle consultazioni elettorali, interesse, da questi fatto valere nel presente giudizio, di cui essi non sono né possono essere riconosciuti portatori in qualità di cittadini-elettori.

5.2. Il provvedimento di proroga, in altri termini, è sì contestabile in sede giurisdizionale avanti al giudice amministrativo da parte dei componenti del disciolto organo consiliare, ma solo se e nella misura in cui tale contestazione, per vizi propri del medesimo provvedimento - ad esempio per la sua tardività - o per vizi derivati dallo scioglimento medesimo, possa condurre al reinsediamento dei soggetti eletti, risultato da escludersi nel caso di specie, come detto, per l'accertata definitiva legittimità del predetto scioglimento, e non già quando l'eventuale annullamento possa portare a nuove, più ravvicinate, elezioni.

5.3. Non sussiste dunque legittimazione dei componenti della disciolta amministrazione comunale, nemmeno quali cittadini-elettori, ad impugnare il provvedimento di proroga per far valere un siffatto interesse.

5.4. Erra il primo giudice quando, nel sopravvalutare il senso e la portata della *“democrazia elettorale”* e nell'enfatizzare l'interesse alla legittimità del procedimento elettorale e alla data di svolgimento delle elezioni, giunge ad adombrare una superlegittimazione dell'ex sindaco e degli ex consiglieri del Comune, legittimazione che non è loro riconosciuta dall'art. 9 del T.U.E.L., soprattutto a fronte dell'ormai accertata legittimità della misura dissolutiva, con effetto di giudicato nei loro confronti, e in palese contrasto con la contraria, consolidata giu-

risprudenza, anche del medesimo Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sopra richiamata in ordine al difetto di legittimazione popolare degli ex amministratori.

5.5. Nemmeno la legittimazione dei ricorrenti in prime cure può configurarsi, o ipotizzarsi, come ha ritenuto il primo giudice, per via del fatto che le motivazioni del provvedimento di proroga, nel valutare l'operato del consiglio comunale reinsediatosi dopo l'iniziale annullamento della misura dissolutoria, inciderebbero sulla loro immagine agli occhi dell'elettorato, perché un siffatto interesse è e resta di mero fatto e non può certo abilitarli ad impugnare la proroga.

5.6. Discende da quanto detto l'inammissibilità dell'originario ricorso.

6. In ogni caso, anche volendo ammettere per ipotesi, *quod non est*, che sussistesse l'unico, reale, concreto interesse degli originari ricorrenti ad ottenere una legittima, sollecita, fissazione delle nuova tornata elettorale nel termine "naturale" del 21 ottobre 2018, come ha affermato il primo giudice, questi nel momento della decisione avrebbe comunque dovuto prendere atto che, in assenza di misura sospensiva non concessa dal medesimo Tribunale, le elezioni si sarebbero svolte di lì a poco, nella successiva tornata elettorale del 26 maggio 2019, con la conseguente consumazione irreversibile di tale preteso interesse, ormai per la sua definitiva consumazione, e declaratoria di improcedibilità del ricorso ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a.

6.1. Va quindi accolto anche il secondo motivo di appello (p. 6 del ricorso), con il quale le pubbliche amministrazioni appellanti hanno eccepito l'erronea mancata declaratoria di improcedibilità dell'originario ricorso, né in senso contrario giova eccepire, come fanno gli odierni appellati, che le valutazioni amministrative e politiche di segno negativo sull'operato degli ex amministratori di - OMISSIS -, nel periodo di reinsediamento di 3 mesi, valutazioni poste a base del provvedimento di proroga, avrebbero avuto un presunto riflesso diretto sull'immagine dei ricorrenti in primo grado, tanto da incidere sulla loro decisione di non partecipare alla competizione elettorale, poiché si tratta di interesse di mero fatto, come detto, e comunque l'affermazione di un legame tra tali valutazioni e la libera decisione di candidarsi - come nel caso di - OMISSIS - - o meno è del tutto aleatoria, soggettiva, opinabile e sfornita di qualsivoglia convincente elemento di prova.

7. Quanto sin qui esposto e deciso in ordine ai due primi motivi di appello già sarebbe ampiamente sufficiente a far dichiarare inammissibile e/o, a tutto concedere, improcedibile l'originario ricorso erroneamente delibato dal primo giudice, ma cionondimeno, per l'importanza delle questioni, di diritto e di fatto, in questo giudizio dibattute e per l'esigenza di garantire giustizia anche sul piano sostanziale, ritiene questo Collegio, scrutinando il terzo motivo dell'appello (pp. 6-17 del ricorso), di dover esaminare nel merito anche le censure, di cui al primo motivo dell'originario ricorso, accolto dal Tribunale con assorbimento di tutti gli altri motivi, non riproposti dagli odierni appellati.

8. Il primo giudice muove anzitutto dall'inquadramento dell'istituto di cui all'art. 143, comma 10, del T.U.E.L.

8.1. Dalla mera lettura del testo legislativo emergerebbe, a suo avviso, che l'evento della proroga dello scioglimento è considerato non certo "naturale" e/o "conseguenziale" a una, sia pure impeccabile e incisiva, gestione commissariale, ma disponibile solo in casi "eccezionali", come iniziativa "eventuale".

8.2. Già, infatti, lo scioglimento dell'organo elettivo si connota quale misura di prevenzione per fronteggiare un'emergenza straordinaria, priva di finalità repressive nei confronti dei singoli amministratori e posta al fine di salvaguardia della pubblica collettività (v., *inter multas*, Cons. St., sez. III, 22 giugno 2018, n. 3828, Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2014, n. 727), sicché sarebbe coerente con tale impostazione considerare la sua proroga come un evento

ancor più straordinario, da legarsi a circostanze diverse dalla mera continuazione dell'operato della commissione prefettizia che, inserendosi comunque nella gestione dell'ente, *naturaliter* ne affronta le problematiche preesistenti, al fine di rimuovere l'evento di pericolo per l'ordine pubblico quale desumibile dal complesso degli effetti derivanti dai "collegamenti" o dalle "forme di condizionamento" della criminalità organizzata locale.

8.3. Dovrebbe sussistere, pertanto, una motivazione molto rilevante e legata alla peculiarità del caso di specie per allontanare ulteriormente lo svolgersi della "*democrazia elettorale*" che caratterizza l'affidamento ordinario della gestione di un ente locale.

8.4. Ebbene, nel caso di specie, tale "eccezionalità", che deve essere legata alle esigenze specifiche della gestione commissariale e alla ritenuta evidenza di necessitare dell'ulteriore periodo semestrale, non si riscontrerebbe, ad avviso del primo giudice.

8.5. Dalle motivazioni addotte, rispettivamente, per chiedere e disporre la proroga, si legge piuttosto la rilevata volontà di continuare la gestione commissariale secondo la ordinaria attività svolta fino alla conclusione naturale del periodo di diciotto mesi e non il riscontro di una particolare situazione di "eccezionalità", che avrebbe imposto la proroga in questione in riferimento a iniziative che solo la commissione stessa avrebbe potuto assumere o continuare a gestire e non l'amministrazione di nuova elezione.

9. Occorre rilevare che tale motivazione, anzitutto, è errata in diritto e merita riforma.

9.1. Ben evidente è, infatti, che il concetto di eccezionalità, di cui all'art. 143, comma 10, c.p.a., necessariamente si lega all'eccezionalità della situazione che ha determinato lo scioglimento del consiglio comunale, non potendo ipotizzarsi, come sembra postulare il primo giudice, una c.d. doppia eccezionalità, la prima, tale da determinare la misura dissolutiva, e la seconda, del tutto diversa dalla prima, tale da giustificare la proroga.

9.2. È insita nella stessa natura della proroga l'esigenza di proseguire, nel tempo, gli effetti dell'originario provvedimento prorogato al fine di consentire che questo possa continuare ad esplicare la propria efficacia per tutte le ragioni che ne hanno giustificato l'iniziale adozione e non è logicamente sostenibile che i motivi della prolungata efficacia debbano essere del tutto diversi e avulsi rispetto a quelle originarie ragioni al cospetto di una misura, come quella straordinaria dello scioglimento del consiglio comunale, adottata proprio al fine di contrastare l'infiltrazione mafiosa negli organi politici e amministrativi dell'ente locale.

9.3. Non è perciò condivisibile la tesi sostenuta dagli appellati, ancora nella memoria depositata l'8 ottobre 2019 (p. 19), secondo cui la proroga dovrebbe presupporre «*un surplus rigoristico nelle motivazioni poste a base della decisione di prolungamento dello scioglimento che dia conto della presenza di elementi nuovi, imprevisti e la cui soluzione necessiti dell'ulteriore sospensione degli organi elettivi (con sacrificio della democrazia rappresentativa)*».

9.4. La lettura dell'art. 143, comma 10, c.p.a. offerta dal primo giudice che ha seguito tale tesi, proprio per le ragioni esposte, contrasta frontalmente, prima ancora che in generale con la *ratio* dell'istituto della proroga, già sul piano letterale, e nello specifico, con la volontà del legislatore, il quale si è premurato di chiarire che il decreto di scioglimento conserva i suoi effetti per un periodo da dodici mesi a diciotto mesi, prorogabili fino ad un massimo di ventiquattro mesi in casi eccezionali, «*al fine di assicurare il regolare funzionamento dei servizi affidati alle amministrazioni, nel rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa*».

9.5. Il legislatore ha cioè presupposto che il termine massimo di diciotto mesi, di norma, sia sufficiente per la commissione straordinaria ad assicurare il ripristino della legalità gravemente compromessa nell'ente e il ritorno al regolare funzionamento dei servizi ad esso affidati, nel

rispetto dei principi sanciti dall'art. 97 Cost., ma ha voluto ammettere la possibilità, eccezionale, che la misura del commissariamento possa giungere sino a ventiquattro mesi proprio per consentire che questa azione di ripristino, di fronte ad esigenze concrete che richiedano più tempo, non si interrompa per il solo scadere del termine massimo ordinario di diciotto mesi.

9.6. Si deve trattare certo di esigenze concrete, gravi, che necessitano di adeguata motivazione, ma esse non devono presentare necessariamente un carattere di straordinarietà sopravvenuto, ulteriore o diverso, rispetto alle esigenze che la commissione straordinaria si è trovata a fronteggiare all'atto del suo insediamento per effetto della misura dissolutiva dovuta all'infiltrazione mafiosa del Comune, misura che ha già in sé il carattere della straordinarietà, quale *extrema ratio* dell'ordinamento, a tutela delle libertà democratiche, contro la minaccia dell'infiltrazione mafiosa nella vita politica e amministrativa dell'ente locale.

9.7. La proroga non è, cioè, una misura straordinaria che si assomma ad una misura straordinaria, ma la mera prosecuzione temporale dell'unica misura straordinaria in presenza di stringenti ragioni finalizzate al regolare funzionamento dei servizi affidati alle pubbliche amministrazioni.

9.8. A fronte di questa primaria necessità, tutelata dall'art. 97 Cost. e ritenuta prevalente dal legislatore in un non irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, non vi è alcuna compromissione delle libertà democratiche se la prosecuzione della misura straordinaria è motivata con riferimento all'azione di ripristino della legalità intrapresa dalla commissione straordinaria, soprattutto ove si consideri, nel caso di specie, l'interruzione della sua attività conseguente all'originario annullamento della misura dissolutiva, disposto dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma.

9.9. Ciò non vuol dire, come si legge nella sentenza impugnata, che si dovrebbe altrimenti ritenere naturale la proroga del commissariamento ogni qual volta si sia in presenza di sentenze di primo grado, sospese nella loro efficacia solo alcuni mesi dopo dal giudice d'appello, ma solo che tale esigenza di ripristino può porsi con maggior forza ed evidenza nel caso in cui l'azione della commissione sia stata interrotta per effetto della statuizione annullatoria resa in primo grado e il reinsediamento dell'amministrazione comunale poi definitivamente disciolta.

9.10. E tanto è accaduto nel caso di specie, ove la disciolta amministrazione comunale, una volta reinsediatasi temporaneamente, nel lasso di tre mesi, per effetto della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, ha posto in essere una serie di atti intesi a revocare l'azione fino a quel momento svolta dalla commissione.

10. Quanto ai timori, prospettati dagli appellati nella memoria depositata l'8 ottobre 2019 (pp. 30-33), secondo cui una diversa interpretazione, come quella qui seguita, implicherebbe un *vulnus* degli artt. 5, 97, 114, 118 e 120 Cost., ne è manifesta l'infondatezza, perché proprio l'innegabile collegamento tra l'esigenza di proseguire nell'opera di ripristino della legalità, non conclusa nei 18 mesi, e gli elementi, concreti, univoci e rilevanti, che hanno condotto alla misura dissolutiva, pone al riparo l'istituto della proroga in esame dal dubbio di essere eccessivamente ampia, nei suoi presupposti applicativi, e di schiudere la strada all'indeterminatezza del potere governativo anche nella decisione del suo prolungamento temporale, finalizzato ad evitare che il mero scadere dei diciotto mesi comprometta l'efficace ripristino della legalità, da parte della gestione commissariale, «*al fine di assicurare il regolare funzionamento dei servizi affidati alle amministrazioni, nel rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa*», come prevede il già richiamato art. 143, comma 10, del T.U.E.L.

10.1. È al contrario la nozione eccessivamente lata di eccezionalità, propugnata dagli appellanti e condivisa dal primo giudice, slegata com'è da ogni rapporto, invece necessario, rispetto alle primigenie ragioni poste a base dello scioglimento e alle conseguenti esigenze del commissariamento, che condurrebbe ad una interpretazione *contra Constitutionem*, proprio in ossequio a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza - OMISSIS - del 24 luglio 2019, poiché, come questa Sezione ha rilevato nel far propri gli insegnamenti della Corte (v., di recente, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105), una simile interpretazione, non chiarendo con precisione se e quando si sia al cospetto di casi eccezionali, espone l'istituto al serio rischio di indeterminatezza.

10.2. Anche nella materia dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali, quale espressione del diritto della prevenzione antimafia, occorre garantire il rispetto dei fondamentali principi di tassatività sostanziale e di tassatività processuale, enucleati dalla sentenza - OMISSIS - del 27 febbraio 2019 della Corte costituzionale, a tutela, in questa materia, delle libertà democratiche e dell'esercizio della sovranità popolare.

10.3. Sul piano della tassatività sostanziale, infatti, la sentenza - OMISSIS - del 24 luglio 2019 della Corte costituzionale, va qui ricordato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 1, del d.l. n. 113 del 2018, che aveva inserito il comma 7-bis nell'art. 143 del T.U.E.L., e ha rilevato che, mentre per l'attivazione del potere di scioglimento del consiglio comunale o provinciale occorre che gli elementi in ordine a collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso, raggiungano un livello di coerenza e significatività tali da poterli qualificare come «concreti, univoci e rilevanti» (art. 143, comma 1, del T.U.E.L.), invece, quanto alle «condotte illecite gravi e reiterate», di cui al comma 7-bis censurato avanti alla Corte, è sufficiente che risultino mere «situazioni sintomatiche», sicché il presupposto positivo del potere sostitutivo prefettizio «è disegnato dalla disposizione censurata in termini vaghi, ampiamente discrezionali e certamente assai meno definiti di quelli del potere governativo di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali, pur essendo il primo agganciato a quest'ultimo come occasionale appendice procedimentale».

10.4. Proprio la sentenza - OMISSIS - del 24 luglio 2019 della Corte costituzionale ha confermato il principio, fondamentale in ogni Stato di diritto come il nostro, secondo cui ogni potere amministrativo, non escluso dunque quello di proroga qui contestato, deve essere «determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa», per usare le parole della Corte costituzionale (sent. - OMISSIS - del 24 luglio 2019, appena citata, che richiama la sentenza n. 115 del 7 aprile 2011 della stessa Corte costituzionale sull'interpretazione dell'art. 54, comma 4, del T.U.E.L.).

11. La richiesta di proroga, da parte della Prefettura di Lecce, e la relazione del Ministro dell'Interno al Presidente della Repubblica, come si è già accennato, si fondano su tre elementi essenziali:

- a) gli interventi sul fenomeno delle occupazioni abusive degli alloggi popolari;
- b) la gestione del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo;
- c) l'ultimazione dei progetti in campo urbanistico avviati per la gestione del Comune.

12. Nessuno di questi tre elementi, ad avviso del primo giudice, giustificerebbe la proroga della gestione commissariale, ma le considerazioni della sentenza impugnata ancora una volta, e anche nel merito, non meritano condivisione.

13. In relazione al primo punto, di cui alla lett. a), il settore degli alloggi popolari e dell'edilizia residenziale pubblica, infatti, il primo giudice evidenzia come l'emersione di «*gravi lacune ed illegittimità*», principalmente in tema di monitoraggio della situazione in relazione all'«oc-

cupazione abusiva» costituirebbe un accenno alquanto generico e risalente a quanto già osservato a sostegno del precedente scioglimento e valutato in dettaglio nella sentenza di accoglimento dallo stesso Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma.

13.1. L'affermazione della commissione, ripresa dalla Prefettura, per la quale la commissione aveva trasferito le competenze sul controllo dell'abusivismo alla Polizia Locale, avviando una fattiva collaborazione con - OMISSIS -, al fine di scongiurare il protrarsi di situazioni di illegalità, «contrastando in modo efficace le occupazioni abusive con ogni opportuna iniziativa», apparirebbe, ad avvio della sentenza impugnata, altrettanto generica e non indicativa della necessità di un ulteriore periodo di sei mesi, ben potendo un'amministrazione subentrante, eletta dai cittadini, provvedere ugualmente in tal senso.

13.2. Sul punto, peraltro, il Collegio di prime concorda con quanto prospettato dai ricorrenti, secondo i quali la situazione dell'edilizia residenziale pubblica era caratterizzata da una "pluridecennale" difficile gestione per via delle occupazioni abusive verificatesi ed era sussistente in molti altri comuni salentini, fermo restando che è la stessa normativa regionale pugliese (di cui alla L.R. n. 54 del 2014 e ss. mm.) a disporre che il rilascio degli immobili possa essere predisposto da - OMISSIS -, quale ente proprietario degli immobili, mentre l'ente locale ha solo una funzione "ancillare", potendo mettere a disposizione la Polizia Locale su espressa richiesta - OMISSIS - stessa, sicché non sarebbe stato chiarito in cosa sia consistita la situazione di "eccezionalità" invocata dalla commissione e dalla Prefettura.

13.3. Queste argomentazioni non possono essere condivise perché, tra i motivi che avevano condotto allo scioglimento del Comune, era stato evidenziato come, al momento dell'inseadimento della commissione straordinaria, vi fosse l'assenza totale di un quadro attendibile della situazione degli alloggi popolari e la presenza solo di informazioni approssimative, spesso non attuali, sugli occupanti.

13.4. L'organo di gestione straordinaria, oltre a destinare la responsabile di tale settore ad altro incarico, senza titolarità di settore, ha trasferito le relative competenze alla polizia municipale e ha realizzato una fattiva collaborazione con - OMISSIS -, mediante una fitta corrispondenza e una serie di riunioni e incontri presso la sede comunale, proprio al fine di scongiurare il protrarsi di situazioni di illegalità e per contrastare in modo efficace le occupazioni abusive con ogni opportuna iniziativa.

13.5. Gli ultimi dati forniti dalla commissione straordinaria hanno consentito di avere un quadro preciso della situazione, con dati esatti che, fino al quel momento, non si erano mai avuti.

13.6. È stata, inoltre, accertata una situazione particolarmente delicata in un edificio, ove ben sette alloggi risultano occupati abusivamente, quattro dei quali occupati da nuclei familiari fortemente controindicati e con la presenza di minori, alcuni dei quali seguiti dal servizio sociale per via di provvedimenti dell'autorità giudiziaria minorile.

13.7. Ben evidente dunque appare l'eccezionalità della situazione, delineatasi all'atto dello scioglimento del consiglio comunale, e la gravità di un panorama amministrativo che, al momento della proroga, mostrava ancora criticità non risolvibili in temi brevi e necessitanti, quindi, di ulteriore monitoraggio per poter essere seguite con la massima attenzione, fino all'effettivo sgombero in condizioni di sicurezza.

13.8. D'altronde, come bene ha rilevato l'Avvocatura Generale dello Stato nell'atto di appello (pp. 11-12 del ricorso), sebbene la normativa disponga che il rilascio degli immobili sia disposto da - OMISSIS - quale ente proprietario degli immobili, è innegabile l'importanza dell'attività di supporto all'amministrazione locale soprattutto a fronte delle situazioni di grave disagio sociale come quelle rappresentate.

13.9. Non condivisibile è, pertanto, la valutazione del primo giudice che, in un contesto amministrativo altamente problematico e inquinato come quello della disciolta amministrazione comunale, ha inteso negare l'eccezionalità della situazione relativa all'edilizia residenziale pubblica, connotata da un grave disordine amministrativo e dalla presenza di soggetti occupanti non immuni da sospetti antimafia.

14. Anche in relazione al secondo punto, di cui alla lett. *b*), e cioè al c.d. "SPRAR" (Sistema di protezione richiedenti asilo e rifugiati), il primo giudice ha criticato il riferimento agli ammanchi di cassa, che però risultavano verificati dallo stesso precedente Sindaco che ne aveva fatto documentata segnalazione alle autorità penali competenti, segnalazione da cui era scaturito anche un contenzioso legale in cui la stessa commissione straordinaria aveva ritenuto di costituirsi in giudizio a sostegno delle ragioni del Comune, secondo l'impostazione della precedente amministrazione, poi disciolta.

14.1. Anche in questo caso quindi, secondo la sentenza impugnata, non si evincerebbero le ragioni di "eccezionalità", se non quelle di proseguire in un *iter* ordinario, che ben avrebbe potuto perpetuare una nuova amministrazione eletta, anche in riferimento alla nuova gara bandita per l'individuazione di un soggetto giuridico affidabile, come pure evidenziato nella relazione prefettizia.

14.2. Pure questa valutazione non è condivisibile perché la commissione straordinaria si è trovata a fronteggiare notevoli criticità, segnatamente correlate alla *mala gestio* del progetto sotto il profilo contabile e della rendicontazione rispetto ai finanziamenti ricevuti dallo Stato e, sul punto, la commissione si è impegnata nel ripristino della legalità, attuata mediante l'indizione di una nuova gara, che ha individuato un soggetto giuridico affidabile, al fine di continuare a garantire i servizi di accoglienza integrata e il relativo procedimento amministrativo, tuttavia, nel 2018 non risultava ancora definito anche a causa delle criticità del progetto SPRAR.

14.3. Anche in questo caso la gravità della situazione venutasi a creare, ben diversamente da quanto ha ritenuto il primo giudice, e la necessità di continuare a ripristinare e, infine, assicurare una corretta gestione, amministrativa ed economica, del centro destinato all'accoglienza dei richiedenti asilo, configurava sicuramente, ai fini dell'art. 143, comma 10, del T.U.E.L., la situazione di eccezionalità, negata invece dal primo giudice, anche a fronte delle chiare risultanze emergenti dalla relazione della commissione straordinaria depositata il 4 settembre 2018 in adempimento dell'ordinanza istruttoria - OMISSIS - del 2018 del medesimo Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

15. Infine, anche in relazione al terzo punto, di cui *supra* alla lett. *c*) del § 11, riguardante i richiamati *iter* di completamento dell'affidamento di due beni confiscati alla criminalità organizzata e il relativo percorso avviato con la Regione Puglia nonché l'esigenza di chiudere numerosi contenziosi pendenti, di partecipare a bandi per l'acquisizione di finanziamenti destinati alla rigenerazione urbana e di deliberare debiti fuori bilancio asseritamente contratti dalla disciolta amministrazione nei tre mesi del proprio reinsediamento, ad avviso della sentenza impugnata si tratterebbe di elementi riconducibili all'ordinario svolgimento della gestione commissariale e non alla eccezionalità di una peculiare situazione di cui si occupava l'organo straordinario alla scadenza del suo mandato di diciotto mesi, sia pure interrotto - ma poi ripreso - nei tre mesi indicati.

15.1. Così non è, tuttavia, e anche su questo punto la sentenza impugnata merita decisa riforma.

15.2. La proposta di proroga si è fondata, infatti, anche sugli interventi della gestione straordinaria in un altro settore rilevante della vita amministrativa dell'ente e, cioè, il settore urba-

nistico, per il quale è stato dato avvio, da parte dei commissari, ad alcune procedure per la partecipazione a numerosi bandi finalizzati ad acquisire i finanziamenti destinati ad interventi di miglioramento del decoro urbano e, in particolare, l'associazione al confinante Comune di - OMISSIS - per accedere al finanziamento per la rigenerazione urbana.

15.3. Non va trascurato che il sindaco, reinsediatosi per tre mesi dopo l'annullamento della misura dissolutiva, aveva preannunciato l'azzeramento di ogni forma di collaborazione con il Comune di - OMISSIS - e la commissione si è trovata a riprendere l'*iter* amministrativo dopo la battuta d'arresto imposta dalla poi disciolta amministrazione comunale.

15.4. Una situazione analoga si era poi verificata anche con riguardo alla costituzione di un punto di informazione turistica, del quale il Comune di - OMISSIS - era del tutto sprovvista, iniziativa che nuovamente la commissione straordinaria non ha potuto portare a termine, attesa la intervenuta revoca, da parte del sindaco reinsediatosi, della delibera commissariale con la quale era stata disposta l'apertura di tale punto informazioni in uno stabile di proprietà comunale ubicato nel Parco all'ingresso della città, laddove è stata invece prevista, da parte del sindaco, l'apertura di un bar.

15.5. Anche questa iniziativa della commissione, non conclusa al momento della richiesta proroga, si è inserita nel contesto di una più ampia, lunga, faticosa, ostacolata azione volta al ripristino della legalità nel Comune di - OMISSIS -, azione che ha incontrato la forte resistenza non solo della disciolta amministrazione comunale, reinsediata temporaneamente per tre mesi, ma anche di un contesto ambientale fortemente compromesso nel quale, al di là del fisiologico e democratico dissenso tra i cittadini rispetto alle iniziative gestorie prese dalla commissione, si sono avuti veri e propri atti intimidatori, probabilmente non avulsi da logiche mafiose, come quello - niente affatto democratico e risalente al 12 aprile 2019, nel fervore della campagna elettorale - della busta recapitata presso la casa comunale e recante un chiaro messaggio intimidatorio alla commissione straordinaria, del seguente tenore: «chi si fa i cazzi suoi campa cent'anni e campare è meglio ve lo dice un amico» (p. 16 del ricorso).

15.6. Avvertimento, questo, che ben lascia intravedere il clima di pesante intimidazione, che ancora contraddistingue la vita politica di - OMISSIS -, e mostra ancora una volta, ove ve ne fosse bisogno, l'eccezionalità della situazione, che certo non può essere liquidata in modo semplicistico e riduttivo, come sostengono gli appellati allorché, quasi ignorando tutto questo, parlano del «corretto svolgimento della campagna elettorale» (p. 30 della memoria depositata l'8 ottobre 2019), come la conferma del fallimento dell'opera di risanamento, avviata in modo tanto difficoltoso dalla commissione, se è vero che proprio lo sconcerto derivante da tali episodi, e altri consimili (di cui è stato oggetto il candidato sindaco - OMISSIS -, poi ritiratosi dalla competizione elettorale), hanno indotto il Prefetto di Lecce a convocare il 19 aprile 2019 una riunione tecnica di coordinamento delle forze di polizia proprio nella città di - OMISSIS -, al fine di dare un segnale della presenza dello Stato sul territorio proprio dopo i gravissimi episodi occorsi nei giorni immediatamente precedenti.

16. Di qui, per tutte le ragioni esposte, il ricorrere di tutte le ragioni di eccezionalità, nei sensi sopra indicati, che ai sensi dell'art. 143, comma 10, del T.U.E.L. pienamente hanno giustificato la proroga del commissariamento, erroneamente annullata dal primo giudice, se è vero che tutte le ragioni della proroga, sin qui esaminate, si ricollegano direttamente al grave quadro indiziario, che aveva giustificato lo scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni mafiose, come aveva già rilevato questo Consiglio di Stato nella sentenza - OMISSIS - del 18 ottobre 2018, nell'evidenziare, al § 2.2., questo «vasto quadro indiziario relativo alla pervasività del pericolo di influenza dell'organizzazione di stampo mafioso, proprio in settori che assumono,

per così, valore 'sintomatico' quali quelli dell'urbanistica, della gestione dei rifiuti, degli appalti, degli alloggi popolari e delle assunzioni».

17. Quanto al quarto motivo di appello (pp. 17-20 del ricorso), con il quale le amministrazioni appellanti contestano nel merito la fondatezza delle altre censure in primo grado assorbite dalla sentenza impugnata, si deve qui rilevare che gli appellati, costituitisi, non hanno in questa sede riproposto dette censure assorbite appunto dalla sentenza impugnata e, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., la loro mancata tempestiva proposizione ne preclude l'esame anche a questo Collegio, con la conseguente inammissibilità del motivo di appello, tendente ad ottenerne il rigetto nel merito, per difetto di interesse.

18. Da quanto esposto discende che l'appello debba essere accolto per le ragioni sopra esposte e che, in integrale riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto in prime cure dagli odierni appellati debba essere dichiarato inammissibile, improcedibile e, comunque, infondato anche nel merito.

19. Gli appellati, stante la loro soccombenza, devono essere condannati a rifondere le spese del doppio grado del giudizio nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

19.1. Rimane a loro definitivo carico anche il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in prime cure, mentre essi vanno condannati a versare il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Ministero dell'Interno e dall'Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Lecce, lo accoglie nei suoi primi tre motivi, dichiarando inammissibile il quarto, e per l'effetto dichiara inammissibile, improcedibile e, comunque, respinge anche nel merito il ricorso proposto in prime cure da - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS - e - OMISSIS -.

Condanna - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS - e - OMISSIS - a rifondere in favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri le spese del doppio grado del giudizio, che liquida nell'importo di € 5.000,00 (€ 2.000,00 per il primo grado ed € 3.000,00 per il secondo grado), oltre gli accessori come per legge.

Pone definitivamente a carico di - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS - e - OMISSIS - il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in prime cure.

Condanna in solido - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS - e - OMISSIS - a corrispondere il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello da parte delle Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Ministero dell'Interno e dall'Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Lecce.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, d. lgs. n. 196 del 2003 (e degli artt. 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità e di ogni altro dato concernente il Comune di - OMISSIS -, il Comune di - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS -, - OMISSIS - e - OMISSIS -.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019.

Incarichi legali. Applicazione disciplina appalti? In riferimento alla sentenza Tar Campania - Salerno Sezione Prima 11 luglio 2019, n. 1271

*Carmela Pluchino**

La sentenza del TAR Salerno ha acceso nuovamente i riflettori su un tema “caldo”, sensibile, qual’è l’affidamento dei servizi legali, su cui si sono pronunciati il Consiglio di Stato, diversi TAR con pronunce non univoche, la Corte dei Conti e l’ANAC (con le linee guida n. 12 adottate con la delibera n. 907 del 24 ottobre 2018), all’esito di una consultazione pubblica che ha acquisito anche le osservazioni del Consiglio Nazionale Forense, dei Ministeri interessati, degli *stakeholders*, a dimostrazione dell’interesse trasversale che il tema riveste.

L’ANAC vista la rilevanza dell’argomento e le richieste di chiarimenti pervenute, ha scartato la cd. “opzione zero” o meglio di non intervento e ha adottato le linee guida non vincolanti sull’“Affidamento dei servizi legali”.

Peraltro, dalla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici non possiamo ricavare dati significativi sui servizi legali, in quanto nel previgente quadro normativo, l’affidamento dei servizi legali non era assoggettato all’obbligo di acquisizione del CIG, nemmeno ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, in considerazione della qualificazione degli stessi come contratti di prestazione d’opera intellettuale.

La recente pronuncia oggetto d’esame a mio avviso non è condivisibile, ma ci può aiutare a individuare dei punti fermi, con tutte le cautele del caso.

Il TAR della Campania è stato chiamato a valutare la legittimità (con riferimento agli artt. 4 e 17 del Codice 50/2016) di un provvedimento di revoca di una procedura di gara per l’affidamento dell’incarico di rappresentanza e difesa in giudizio del Comune di Scafati e delle relative determinate, compresa la revoca dell’aggiudicazione, nonché dell’affidamento diretto a favore di un altro Avvocato già incarico sulla base di una Convenzione per la difesa innanzi ai Giudici civili, quindi con una “estensione” alla rappresentanza e difesa innanzi ai Giudici amministrativi.

Nel procedere alla preliminare qualificazione giuridica dell’oggetto dell’affidamento (lo svolgimento dell’attività legale per conto del Comune) sulla base della dicotomia: “prestazione d’opera intellettuale”/ espletamento di servizi legali riconducibile all’appalto di servizi, il TAR ha riesumato un orien-

(*) Avvocato dello Stato.

Costituisce il presente scritto la relazione dell’Autrice al Convegno: “Incarichi legali. Applicazione disciplina appalti? In riferimento alla sentenza ...”, tenutosi presso il Tar Lazio, Sala Tozzi, Roma in data 29 ottobre 2019.

tamento minoritario e superato dalla evoluzione normativa e giurisprudenziale (siamo di fronte ad un “ritorno al passato”), appigliandosi al precedente orientamento del Consiglio di Stato - Ad. Plen. n. 14/2011; sentenza n. 2730 dell’11 maggio 2015 - (senza tenere conto del recente parere del Consiglio di Stato del 3 agosto 2018 sulle linee guida ANAC; ed in contrasto con altre pronunce dei Giudici amministrativi: ad es. la sentenza del TAR Emilia Romagna - Parma n. 3 del 14 gennaio 2019), ha fatto riferimento alla delibera n. 19/2009 della Corte dei Conti - Sezione regionale di controllo per la Basilicata, alla determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 dell’AVCP: tutti provvedimenti intervenuti nella vigenza del precedente codice dei contratti pubblici.

Il TAR Salerno ha ritenuto che l’affidamento dei servizi legali, con la conseguente applicazione delle norme del Codice in tema di appalti di servizi, è configurabile quando l’oggetto non si esaurisce nel patrocinio legale a favore dell’ente ma si configura come modalità organizzativa di un servizio, più complesso e articolato, traendo un argomento di prova in tal senso dall’art. 68 del Codice che richiede, per l’affidamento di tali servizi, l’indicazione delle “specifiche tecniche” fissate dal Committente, condizione questa incompatibile con un contratto di patrocinio legale singolo e puntuale.

Ha ricondotto invece quest’ultima ipotesi a una mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (quello legale), da adeguare alle utilità indicate dall’ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato, dando risalto alle disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore, che - testuali parole del TAR Salerno - *“non può soggiacere ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell’aleatorietà dell’iter del giudizio, della non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali delle prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici”*.

Questa argomentazione non mi sembra convincente o meglio sufficiente.

A parte la considerazione che, laddove si qualificasse la difesa in giudizio come lavoro autonomo e non appalto, si applicherebbe l’articolo 7, commi 6 e ss. del D.Lgs. n. 165/2001 che contengono esattamente gli stessi principi dell’art. 4 del Codice attuale, in ogni caso la sentenza di cui stiamo discutendo non tiene conto che gli incarichi agli Avvocati sono comunque “esclusi” dal campo di stretta applicazione delle regole del Codice, con gli opportuni “distinguo” che vedremo.

La procedura selettiva non può e non deve riferirsi né all’esito, né agli importi fissi. Tuttavia, gli Avvocati come tutti i professionisti sono tenuti a presentare un preventivo: è sulla base di questo che le Pubbliche Amministrazioni possono comunque predeterminare gli aspetti economici e regolatori del servizio, al fini della selezione del Legale da scegliere.

Del resto, ai fini dell'applicazione del Codice dei contratti la distinzione tra "servizi" e "prestazioni" professionali non riveste rilevanza. Nel recepire le direttive appalti, l'art. 3, comma 1, lett. p), il d.Lgs. n. 50/2016 chiarisce (ma già era chiaro con il Codice D.Lgs. n. 163/2006) che è operatore economico anche una "persona fisica", "che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi". È da ricordare che, all'art. 17, comma 1, n. 4, la Direttiva 2006/123 (direttiva Bolkestein), che regola le prestazioni di servizi nel mercato interno, qualifica espressamente le attività degli avvocati come "prestazioni di servizi".

Quindi non è questa la chiave di volta.

Nel percorso motivazionale, il TAR richiama poi l'attenzione sulla necessità di collocare l'attività del professionista legale nell'ambito dell'"amministrazione della giustizia", settore distinto e speciale rispetto ai settori dell'attività amministrativa regolati dal Codice dei contratti pubblici, e sul fatto che la disciplina speciale dettata per i servizi di ingegneria e architettura, conferma l'inesistenza di un principio generale di equiparazione tra singole prestazioni d'opera e servizi, intesi come complesso organizzato di utilità erogate con prestazioni ripetute ed organizzate.

Conclude quindi per la configurabilità, nella fattispecie esaminata, di un appalto di servizi, in quanto *"di quest'ultimo presenta non solo i requisiti della predeterminazione sia del corrispettivo che dell'arco temporale di durata, ma anche l'indicazione di un servizio di consulenza legale avulso dal mero contenzioso in atto e riguardante anche vicende da cui l'ente ritenga possano scaturire future controversie, richiedendosi altresì la presenza del professionista presso la sede dell'ente"*.

Ora, e veniamo ai punti fermi ricavabili dalla pronuncia del TAR Campania, nessuno mette in dubbio che è difficile pensare l'Avvocato come un appaltatore in senso stretto, che il carattere fiduciario connota sicuramente in modo preponderante la professione e cozza con l'applicazione del criterio del "massimo ribasso" o con l'estrazione a sorte da appositi elenchi, ma occorre anche fare i conti con il quadro normativo e giurisprudenziale attuale, con l'evoluzione che è intervenuta.

Infatti, nel previgente quadro normativo, la giurisprudenza amministrativa e contabile aveva distinto il singolo incarico di patrocinio legale (configurato come contratto d'opera intellettuale) dall'attività di assistenza e consulenza giuridica (qualificata come appalto di servizi).

Nel primo caso il prestatore d'opera, pur avendo l'obbligo di compiere un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del rischio, esegue il servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione (il che è comunque discutibile: difficile immaginare oggi un avvocato solitario, senza supporto organizzativo).

Nel secondo caso, la qualificazione come appalto di servizi era giustifi-

cata dal fatto che l'attività di assistenza e consulenza giuridica, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera (autonomia rispetto al committente), si differenzia perché la prestazione è eseguita con organizzazione di mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, oltre al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale. Il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un "quid pluris".

Quindi si riteneva che la scelta fiduciaria del patrocinatore legale fosse esclusivamente soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione (seguendo il Consiglio di Stato, n. 2730 dell'11 maggio 2012); mentre l'attività di assistenza e consulenza giuridica dovesse essere affidata nel rispetto degli artt. 20 e 27 del D.Lgs. n. 163/2006.

Su questa impostazione ha sicuramente inciso la disciplina del Codice attuale, integrato dal Correttivo, dettata dall'art. 17, comma 1, lett. d) (rubricata "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi") che elenca alcune tipologie di servizi legali che esclude dall'ambito di applicazione del Codice.

Al successivo art. 140 invece sono assoggettati a un particolare regime pubblicitario i servizi di cui all'Allegato IX del Codice, nei quali rientrano anche i "Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)".

Dal dato letterale possiamo ricavare dunque che, oltre ai servizi legali esclusi (puntualmente elencati all'art. 17), vi sono altre tipologie di servizi legali, da ricondurre nella categoria di cui all'Allegato IX e che devono ritenersi soggette alla disciplina codicistica, sia pure con alcune differenziazioni in tema di pubblicità.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 2017/2018 sulle Linee guida, ha tracciato il confine, riproponendo, al fine della individuazione della modalità di affidamento degli incarichi legali, la distinzione tra: incarico conferito *ad hoc*, per una esigenza specifica e puntuale dell'Amministrazione, come tale rientrante nella fattispecie del "contratto d'opera" (art. 2222 c.c.) - in quanto attinente a prestazioni erogate "*con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente espletata secondo un incarico non continuativo o periodico ma puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno manifestatosi (la difesa e rappresentanza in una singola causa)*", e gestione continuativa e periodica del servizio, con organizzazione di mezzi e assunzione autonoma del rischio (fattispecie omologa all'appalto dei servizi).

Ha quindi ricondotto l'affidamento della singola prestazione professionale nell'ambito dell'art. 17 del Codice (contratti esclusi), mentre l'affidamento seriale (gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico nell'unità di tempo considerata, di regola un triennio) viene ricondotto nello spettro ap-

plicativo dell'Allegato IX, senza che rilevi alcuna distinzione sotto il profilo prestazionale.

La disciplina viene, dunque, modulata diversamente a seconda della tipologia di contratti aventi ad oggetto servizi legali che vengono in rilievo e non alla natura e oggetto della prestazione professionale.

Tale impostazione ha il pregio di risolvere l'apparente antinomia fra le disposizioni sui servizi legali presenti nel Codice dei contratti, mantenendo la tradizionale distinzione tra contratto d'opera professionale e appalto di servizi e consentendo alle Amministrazioni, nell'esercizio della propria discrezionalità, di attingere allo strumento più appropriato per far fronte alle diverse esigenze (considerando le dimensioni dell'Ente, la tipologia del contenzioso).

Anche l'ANAC, in adesione a tale impostazione, ha individuato la disciplina applicabile (art. 17/allegato IX) in funzione della natura contrattuale e non prestazionale dell'incarico (incarico episodico/incarico continuativo), fermo restando che i servizi non ricompresi nell'art. 17 (ad es. consulenza non correlata ad una lite esistente) rientrano giocoforza nell'ambito applicativo dell'Allegato IX.

Quindi, secondo le linee guida n. 12, sulla base del combinato disposto degli artt. 4 e 17 del Codice, gli incarichi costituenti "contratto d'opera intellettuale" devono essere affidati tramite procedimenti comparativi idonei al rispetto dei principi sanciti dall'art. 4 (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità); mentre gli affidamenti relativi ad incarichi integranti appalti di servizi, menzionati nell'Allegato IX e soggetti alla disciplina dettata dagli artt. 140 e seguenti del Codice, implicano e richiedono l'esperimento di rituali procedure di gara ad evidenza pubblica, sia pure con la semplificazione relativa alle soglie (art. 35) ed alla pubblicità.

Tale ricostruzione impone alle stazioni appaltanti la corretta individuazione del fabbisogno, anche allo scopo di evitare il frazionamento artificioso della commessa, vietato dall'art. 51 del Codice.

Fermo restando che, ai sensi degli artt. 1 e 5 del R.D. n. 1611/33 la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato e di quelle non statali autorizzate ai sensi dell'art. 43 del R.D. spetta all'Avvocatura dello Stato ed è possibile richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro solo per ragioni assolutamente eccezionali (ad. es. in caso di conflitto di interessi) previo parere dell'Avvocato generale.

L'affidamento a terzi è possibile, inoltre, sempre che non siano presenti idonee professionalità all'interno della stazione appaltante.

In ogni caso, a prescindere dalla procedura selettiva utilizzata per la scelta del professionista cui affidare l'incarico legale, occorre considerare criteri che valorizzino la competenza rispetto all'elemento prezzo.

Le maggiori difficoltà applicative e criticità sono emerse per gli **affidamenti degli incarichi difensivi occasionali (art. 17, comma 1, lett. d).**

Non ritengo condivisibile l'impostazione secondo cui l'affidamento di un incarico puntuale di patrocinio legale costituisce un contratto "estraneo" all'applicazione del Codice, e non un contratto "escluso" (nel senso di esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione ma pur sempre nominato dal Codice e assoggettato ai principi dettati dall'art. 4); con conseguente assoggettamento, in ossequio al principio costituzionale del buon andamento (art. 97 Cost.), soltanto ai principi generali dell'azione amministrativa.

Tale impostazione comporterebbe solo l'obbligo di motivare la scelta del professionista e i criteri utilizzati per la selezione, al di fuori di qualunque procedimento. Si è anche rilevato che l'art. 4 costituisce un "arretramento" rispetto al previgente art. 27 D.Lgs. n. 163/2006 che obbligava ad una procedura con almeno cinque inviti (l'art. 4 attuale non prevede un numero minimo di soggetti da consultare).

Non milita a sostegno di tale tesi nemmeno il Considerando 25 della Direttiva 2014/24 che, nell'escludere i servizi legali dall'ambito oggettivo di applicazione, comporta come conseguenza semplicemente la riespansione del potere di regolamentazione in capo al legislatore nazionale.

A tale proposito la **Corte di Giustizia, 6 giugno 2019, C-264/18**, chiamata dalla Corte Costituzionale del Belgio (nell'ambito di una controversia in merito all'esclusione, ad opera della normativa belga di trasposizione della Direttiva 2014/24, di determinati servizi legali dalle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici) a pronunciarsi sulla validità dell'art. 10, lettera c) e lettere d), i), ii) e v) della Direttiva 2014/24, alla luce dei principi di parità di trattamento e di sussidiarietà, nonché degli articoli 49 e 56 TFUE, ha ribadito che *"Dal fatto che il legislatore dell'Unione ha escluso dall'ambito di applicazione della Direttiva 2014/24 i servizi di cui all'art. 10, lettere c) e d), i), ii) e v) discende necessariamente che esso ha, in tal modo, ritenuto che spettava ai legislatori nazionali determinare se tali servizi dovessero essere soggetti alle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici..."*.

Appare poi indifferente, ai nostri fini, che il Legislatore comunitario non distingua, come quello nazionale, fra contratto d'opera e contratto di appalto, dal momento che l'ordinamento comunitario si interessa della fase della selezione del contraente, essenzialmente, data la caratterizzazione in termini di esplicazione del potere pubblico, rimettendo ai legislatori nazionali il compito di regolare il regime paritetico, relativo alle obbligazioni contrattuali, in cui si colloca il problema della qualificazione in termini di contratto d'opera/contratto d'appalto.

Inoltre un'altra considerazione merita rilievo ed induce ad aderire all'impostazione del Consiglio di Stato.

L'attuale Codice non configura i servizi legali come del tutto esclusi dall'applicazione del Codice, dal momento che riserva ad una parte di essi (quelli inclusi nell'Allegato IX) il regime generale di applicazione del Codice, anche

se con alcune semplificazioni legate alle soglie e alla pubblicità. Invece, nel Codice previgente, i servizi legali, ricompresi nell'Allegato II B (rif. Art. 20 D.Lgs. n. 163/2006) erano indistintamente caratterizzati da un regime di esclusione. Quindi possiamo concludere che il legislatore del Codice attuale ha voluto rafforzare il legame tra tali servizi e l'evidenza pubblica.

È da ritenere, quindi, che ai sensi dell'art. 4 del Codice, applicabile ai "contratti esclusi" (indifferentemente di lavori, servizi e forniture, e dunque anche ai servizi legali, a prescindere dal fatto che siano inquadrabili nel contratto d'opera piuttosto che nell'appalto in senso stretto), l'affidamento dei relativi contratti avviene nel rispetto dei principi richiamati.

Attenendoci poi ad una approccio sistematico, non avrebbe senso prevedere da un lato servizi legali pacificamente vincolati dal Codice *in toto* (v. Allegato IX), dall'altro, servizi legali, di contenuto prestazionale sostanzialmente analogo, del tutto svincolati dal Codice.

Quindi il punto di equilibrio lo troviamo nel ritenere che, per i servizi legali ex art. 17, il regime sia quello dei contratti esclusi, come prevede letteralmente l'art. 17, e non quello dei contratti "estranei", totalmente "estranei", caratterizzati dall'assenza di vincoli procedurali.

D'altra parte, chi ritiene che si applichino solo i principi generali dell'azione amministrativa, deve anche considerare che l'art. 1 della Legge n. 241/1990 richiama espressamente anche i principi contenuti nell'art. 4 del Codice.

I principi di **economicità** (accertare la congruità ed equità del compenso, nel rispetto dei parametri stabiliti da ultimo con D.M. n. 37/2018; anche se il risparmio di spesa non può essere il criterio-guida nella scelta), **efficacia** (tenendo conto che trattasi di obbligazioni di mezzi e non di risultato), **imparzialità, parità di trattamento, trasparenza** (adeguato livello di conoscibilità delle procedure di selezione), **proporzionalità** (requisiti di partecipazione proporzionati all'oggetto e al valore dell'appalto), **pubblicità** (avviso pubblico) sono stati declinati dettagliatamente nelle Linee guida ANAC.

All'obiezione avanzata al riguardo, di violazione del divieto di *gold plating*, si può replicare che l'atto di regolazione non ha prescritto alcuna procedura da seguire per l'affidamento degli incarichi legali esclusi dal Codice dei contratti, né ha previsto come obbligatorio il confronto di più preventivi, ma ha declinato i principi dell'art. 4, tenendo conto delle peculiarità dei servizi legali ed anche delle indicazioni contenute nella Comunicazione interpretativa della Commissione Europea 2006/C/179/02.

Si è suggerito il ricorso alla costituzione di **elenchi di professionisti**, magari articolati in diversi settori di competenza, all'esito di una procedura trasparente e aperta, previo avviso finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse. Sarebbe legittimo prevedere un numero massimo di iscritti? Mentre l'ipotesi della scelta per sorteggio rappresenta una soluzione estrema, non compatibile con la natura dell'incarico legale.

Sicuramente occorre adottare dei “temperamenti”.

Come ha rilevato il Consiglio di Stato nel parere n. 2017/2018, il principio di rotazione non può essere applicato con le stesse modalità degli altri servizi.

La Stazione appaltante garantisce l’equa ripartizione degli incarichi, onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni professionisti, ferma restando la necessità che il profilo selezionato sia adeguato all’oggetto e alla competenza professionale richiesta per lo svolgimento dell’incarico da affidare.

Solo per gli affidamenti di incarichi di minore rilevanza, ad esempio perché seriali o di importo contenuto, è possibile applicare il criterio della rotazione. In ogni caso la stazione appaltante indica in modo chiaro nell’avviso pubblico per la costituzione degli elenchi i criteri di selezione, il relativo procedimento e gli eventuali limiti al numero di incarichi conferibili.

Il possesso di inderogabili **requisiti di moralità** come principio di ordine pubblico trova applicazione anche negli affidamenti dei contratti in tutto o in parte esclusi dall’applicazione del Codice. Per gli incarichi legali di cui all’articolo 17 la stazione appaltante può non esigere il rigore formale di cui all’art. 80 e gli istessi vincoli procedurali ma ha comunque l’obbligo di verificare in concreto il possesso dei requisiti generali di cui allo stesso articolo.

Anche nel caso di appalti esclusi dall’ambito di applicazione del Codice, le stazioni appaltanti hanno facoltà di richiedere, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, **requisiti minimi di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali.**

I **conflitti di interesse** nell’esecuzione dell’incarico conferito all’Avvocato sono regolati dal Codice deontologico forense (art. 24, in particolare). Nel caso di costituzione di un elenco di professionisti, la valutazione dell’assenza di una situazione di conflitto di interesse va effettuata al momento dell’affidamento del contratto, al fine di evitare una ingiustificata restrizione della libertà di iniziativa economica.

L’affidamento diretto ad un professionista determinato è possibile, secondo l’ANAC, nel rispetto dei principi elencati dall’art. 4 del Codice, solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali, che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre.

Nei casi di consequenzialità tra incarichi (ad es. diversi gradi di giudizio) o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto dell’incarico legale in affidamento, che siano stati positivamente conclusi, l’affidamento diretto al medesimo professionista può rispondere ai principi di efficienza ed efficacia e, quindi, al migliore soddisfacimento dell’interesse pubblico; in osservanza dei principi di trasparenza e pubblicità, tale opzione va indicata nel bando o nell’avviso relativo all’affidamento del primo incarico, con richiesta di formulazione dell’offerta anche per la prestazione opzionale.

L’affidamento diretto può ritenersi conforme ai principi di cui all’art. 4

del Codice in caso di “assoluta particolarità” della controversia ovvero della consulenza, ad esempio per la novità del “*thema decidendum*”, tale da giustificare l’affidamento al soggetto individuato dalla stazione appaltante.

È stato espunto il riferimento ai casi di “urgenza”, in quanto la costituzione di appositi elenchi consente di velocizzare l’iter di affidamento.

Resta fermo che, quando le esigenze del mercato suggeriscono di assicurare un maggiore confronto concorrenziale, anche per i contratti “esclusi” le stazioni appaltanti, nell’esercizio della propria discrezionalità, possono ricorrere alle **procedure ordinarie** previste per gli appalti sopra soglia o a quelle semplificate per gli appalti sotto soglia.

Si è anche registrato un orientamento particolarmente rigoroso del giudice contabile. La Corte dei Conti (Sezione regionale di controllo per l’Emilia Romagna - delibera n. 105/2018) ha ritenuto che l’affidamento del singolo servizio legale non ha carattere fiduciario e quindi va trattato alla stregua di qualsiasi affidamento di servizi, diversamente dal Consiglio di Stato che invece considera essenziale l’elemento della fiduciarità nella scelta dell’Avvocato.

Secondo la Corte dei Conti si applicano le regole in materia di selezione pubblica e, in particolare, il principio di rotazione, l’obbligo di redigere un apposito regolamento interno, il divieto di affidamento diretto.

Anche dopo l’emanazione del nuovo Codice l’ente deve preliminarmente operare una ricognizione interna finalizzata ad accertare l’impossibilità, da parte del personale, a svolgere l’incarico.

Con la sentenza n. 334 del 6 febbraio 2017, il TAR Sicilia - Palermo, nel giudicare l’affidamento di un appalto di servizi legali alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, ha rimarcato come debba essere assicurata la massima partecipazione mediante una procedura di tipo comparativo idonea a permettere a tutti gli aventi diritto di partecipare, in condizioni di parità e ugualianza, alla selezione per la scelta del contraente. Secondo i giudici contabili tali indicazioni sono pienamente condivisibili, consentendo, inoltre, di assicurare il migliore utilizzo delle risorse pubbliche.

Le procedure di affidamento dei servizi legali di cui all’Allegato IX del Codice dei contratti pubblici.

Per i contratti di valore inferiore alle soglie fissate dall’art. 35 comma 1, lett. d) e comma 2, lett. c) del Codice i servizi legali di cui all’Allegato IX devono essere affidati secondo quanto previsto per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria dalle disposizione del Codice e dalle Linee guida n. 4.

Per i contratti di valore pari o superiore alle soglie fissate dall’art. 35 comma 1, lett. d) e comma 2, lett. c) del Codice la pubblicazione degli avvisi e dei bandi è disciplinata dagli articoli 140, per i settori speciali, e 142 per i

settori ordinari. Per i restanti aspetti della procedura trovano applicazione le disposizioni del Codice relative ai contratti di appalto di valore pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Per quanto riguarda il **criterio di aggiudicazione**, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. b), sarebbe consentito anche l'utilizzo del criterio del "minor prezzo" solo per i contratti di valore inferiore 40.000 euro. Tuttavia, la natura dei servizi in questione e l'importanza degli interessi coinvolti rendono preferibile, anche per gli affidamenti di minore valore, l'utilizzo del criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa", individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo, che consente di selezionare il contraente attraverso sub-criteri tali da valorizzare la qualità del professionista.

Nell'applicazione dei criteri di aggiudicazione occorre tenere conto del carattere "fiduciario" che permea gli incarichi legali, che induce, richiede di valutare, oltre alla componente economica, anche gli aspetti di natura soggettiva, legati alla professionalità e competenza.

In ausilio a tale esigenza dobbiamo considerare che con l'elenco di cui all'art. 95 viene superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, che caratterizzava il regime precedente. Nella valutazione delle offerte possono essere presi in considerazione profili di carattere soggettivo, che consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta (v. *curriculum*, percorso professionale). Il Consiglio di Stato si è espresso in tal senso (17 gennaio 2018, n. 279).

Traendo le conclusioni, si può affermare che le apparenti incongruenze tra carattere fiduciario e criteri selettivi si possono superare, senza una chiusura a priori alla impostazione prospettata da ultimo dal Consiglio di Stato, tenendo conto delle peculiarità dei servizi legali e dei conseguenti adattamenti.

Occorre preservare le caratteristiche della professione legale ma non incidendo "a monte", creando una "zona franca", estranea ad ogni regola del Codice, ad ogni criterio di valutazione, consentendo l'affidamento di incarichi singoli solo con un obbligo di motivazione; ma "a valle", ammettendo una procedura selettiva con tutti i temperamenti necessari, recuperando le peculiarità dell'oggetto dell'affidamento nel definire i criteri di selezione, nonché i requisiti di capacità tecnica e professionale, economica e finanziaria.

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Salerno (Sezione Prima), sentenza 11 luglio 2019 n. 1271 - Pres. F. Riccio, Est. F. Maffei.

(...)

2.1.- In via preliminare, ai fini dell'individuazione del quadro normativo in forza del quale vagliare la fondatezza delle sollevate censure, il Collegio reputa necessario qualificare l'oggetto della procedura selettiva, poi revocata, di cui il ricorrente è risultato aggiudicatario. In altri termini, preliminare alla deliberazione delle domande proposte dal ricorrente è la qua-

lificazione dell'affidamento avente ad oggetto lo svolgimento della dedotta attività legale per conto del Comune resistente alla stregua di prestazione d'opera intellettuale ovvero di espletamento di servizi legali, come tale riconducibile al contratto di appalto di servizi con conseguente applicazione del D.Lgs. n. 50/2016.

Con la sentenza n. 2730 dell'11 maggio 2015, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha stigmatizzato la differenza ontologica che, "ai fini della qualificazione giuridica delle fattispecie e delle ricadute ad essa conseguenti in materia di soggezione alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, connota l'espletamento del singolo incarico di patrocinio legale, occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, rispetto all'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Tali elementi di differenziazione consentono, infatti, di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica.

A sostegno dell'assunto depone, in prima battuta, il rilievo che le disposizioni che riguardano i "servizi legali" non rappresentano affatto una novità introdotta nell'ordinamento interno a seguito della direttiva 2004/18/CE, in quanto già il D.Lgs 17 marzo 1995, n. 157 ("Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi"), indicava, nell'allegato 2, una serie di servizi, tra cui i "servizi legali", relativamente ai quali non si applicava la disciplina generale nella sua integralità ma solo alcune disposizioni del citato decreto legislativo e, segnatamente: l'eventuale pubblicazione dell'avvenuta aggiudicazione (art. 8, co. 3); l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di definire le "specifiche tecniche" del servizio nei capitolati d'onori o nei documenti contrattuali relativi a ciascun appalto (art. 20), obbligo quest'ultimo, soggetto peraltro a deroghe (art. 21). Tutta una serie di servizi erano poi esclusi, in via integrale, dall'assoggettamento alle norme del decreto. Veniva precisato, inoltre, nell'ottavo "considerando" delle premesse alla direttiva 1992/50/CE, trasfusa nel citato D.Lgs. n. 157/1995, che "la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto; nel caso in cui la prestazione del servizio si fondi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, detta prestazione esula dal campo d'applicazione della presente direttiva".

Detto dato storico consente di lumeggiare la riproposizione della nozione di servizi legali nella legislazione, comunitaria e nazionale, successiva, nel senso di limitare l'ambito di operatività della categoria ai soli affidamenti di servizi legali conferiti mediante un appalto - ovvero un contratto caratterizzato da un *quid pluris*, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità - rispetto al contratto di conferimento dell'incarico difensivo specifico, integrante mero contratto d'opera intellettuale, species del genus contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto *ratione materiae* abbracciata dal legislatore comunitario. In altre parole, il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa

non si esaurisce (cfr. determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture).

In tal senso depone, sul piano normativo, anche la prescrizione che, per l'affidamento di tali servizi, pretende l'indicazione delle specifiche tecniche fissate dal committente (art. 68 del codice), così configurando la condizione, non compatibile con un mero contratto di patrocinio legale isolato, per permettere l'apertura dell'appalto alla concorrenza (cfr. il ventinovesimo "considerando" alla direttiva n. 18 del 2004). Ed ancora, una conferma in tal senso può desumersi dal quarantasettesimo "considerando" della medesima direttiva n. 18/2004 alla stregua dei condivisibili rilievi svolti da Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Basilicata deliberazione n. 19/2009. "Posto che negli appalti pubblici di servizi, i criteri di aggiudicazione non devono influire sull'applicazione delle disposizioni nazionali relative alla remunerazione di taluni servizi, quali ad esempio le prestazioni degli architetti, degli ingegneri o degli avvocati", il prezzo di tali servizi, così determinato, di per sé solo, non sarebbe idoneo a garantire quella valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza, che ammette soltanto l'applicazione di uno dei due criteri di aggiudicazione, quello del prezzo più basso e quello della offerta economicamente più vantaggiosa. Da quanto precede non sembra, dunque, che il legislatore comunitario si sia preoccupato di regolare le modalità di affidamento dei contratti del tutto esclusi dall'ambito della disciplina degli appalti pubblici. Tra questi, il contratto di lavoro autonomo avente a oggetto il patrocinio legale, stipulato con un'amministrazione aggiudicatrice".

Le norme in tema di appalti di servizi vengono, in definitiva, in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato.

Si può così affermare, in adesione alla parabola argomentativa tracciata dalla richiamata deliberazione n. 19/2009 della Corte dei conti, sez. reg. Basilicata, che, solo con riguardo ad un appalto così strutturato, l'obbligo del committente di indicare, adeguandole alla natura del servizio, le specifiche tecniche che consentono di definire l'oggetto dell'appalto e le modalità della prestazione, assume concreta valenza selettiva delle offerte presentate proprio nell'ambito di un servizio organizzato e strutturato.

Per converso, il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici.

Lo stesso codice dei contratti pubblici, nel dettare una specifica disciplina, di natura speciale, dei servizi di ingegneria e di architettura volta a enucleare un sistema di qualificazione e di selezione per determinate tipologie di prestazioni d'opera, conferma l'inesistenza di un principio generale di equiparazione tra singole prestazioni d'opera e servizi intesi come complesso organizzato di utilità erogate con prestazioni ripetute ed organizzate.

Si deve aggiungere che, come osservato da attenta dottrina, l'attività del professionista nella difesa e nella rappresentanza dell'ente è prestazione d'opera professionale che non può essere qualificata in modo avulso dal contesto in cui si colloca, id est l'ambito dell'amministrazione

della giustizia, settore statale distinto e speciale rispetto ai campi dell'attività amministrativa regolati del codice dei contratti pubblici.

Resta inteso che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare".

2.2.- In applicazione di tali principi, ritiene il Collegio che la fattispecie all'esame debba qualificarsi alla stregua di appalto di servizi, in quanto di quest'ultimo presenta non solo i requisiti della predeterminazione sia del corrispettivo che dell'arco temporale di durata, ma anche l'indicazione di un servizio di consulenza legale avulso dal mero contenzioso in atto e riguardante anche vicende da cui l'ente ritenga possano scaturire future controversie, richiedendosi altresì la presenza del professionista presso la sede dell'ente.

Non v'è dubbio che tali elementi corroborino la qualificazione cui si è pervenuti, poiché:

- il Comune ha inteso affidare al prescelto avvocato non soltanto la rappresentanza ed il patrocinio legale dell'ente, ma anche espressamente l'attività di consulenza legale;
- nell'avviso pubblico testualmente si afferma che il legale individuato avrebbe dovuto assicurare la costituzione in giudizio dell'Amministrazione nelle controversie individuate, sulla cui opportuna instaurazione lo stesso difensore sarebbe stato tenuto a pronunciarsi.

Svolgere servizi legali (come tali da affidare ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016) a favore di un ente pubblico non può voler dire soltanto accettare mandati ad litem per il breve periodo di 18 mesi, nei casi ritenuti opportuni dall'Amministrazione da patrocinare.

Ritiene il Collegio che, nella specie, emerga, viceversa, la volontà dell'ente di affidare ad un esterno la cura complessiva dei propri interessi giuridici; cura che non si risolve nell'instaurazione di o nella resistenza in singoli giudizi, seppur ripetuti nel tempo, bensì nella valutazione globale e complessiva degli interessi dell'ente, in una visione unitaria che comprende non solo, come è indefettibile, il quomodo della difesa, ma anche l'an di qualsivoglia iniziativa, sia giudiziale che stragiudiziale; nonché l'organizzazione materiale del servizio, che deve essere tale da non risultare sporadica, bensì idonea, per così dire, a consentire all'Amministrazione di affidare all'esterno ogni incombente materiale legato alla tutela giudiziale e stragiudiziale.

In definitiva, il Collegio ritiene che l'appalto in esame sia riconducibile ai settori speciali e alla disciplina di cui agli artt. 114-120 Codice Appalti, alla luce delle (ancora attuali) coordinate ermeneutiche di cui alla Adunanza Plenaria n. 14 del 2011.

Pertanto, nel caso di specie, l'assoggettamento della scelta del contraente alle disposizioni di evidenza pubblica non è conseguente all'assunzione di un mero auto-vincolo da parte del Comune, ma scaturisce dall'applicazione di principi pubblicistici cogenti.

(...)

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Profili di illegittimità di atti degli enti locali. L'istituto del cd. annullamento straordinario governativo (art. 138 d.lgs. 267/2000)

PARERE DEL 16/11/2017-544677, AL 37632/2017, AVV. MARIA VITTORIA LUMETTI

I Sindaci di diversi comuni hanno adottato un provvedimento contingibile e urgente *ex artt.* 50 e 54 del d.lgs. n. 267/2000 ordinando l'espletamento di incombenzi burocratici ai cittadini che volessero partecipare ai bandi degli U.T.G. finalizzati al reperimento di posti di accoglienza temporanea per i richiedenti asilo.

I Prefetti venivano informati dell'adozione dei provvedimenti dalle stesse Amministrazioni comunali e da componenti politiche e della c.d. società civile.

Il Ministero dell'Interno richiedeva a questa Avvocatura la redazione di un parere “[...] tenuto conto della proliferazione dell'adozione della cennata tipologia di ordinanza - assunta a vero e proprio “modello” da numerosi Amministratori locali di Comuni siti in diverse province (...) - e della complessità della questione, nonché della possibile strumentalizzazione delle iniziative che saranno assunte sul territorio [...]”.

La tematica d'interesse, per la sua complessità e per l'impatto nell'ordinamento, necessita una trattazione puntuale, che tocchi tutte le rilevanti questioni problematiche sottese.

Dagli atti risulta che in generale le ordinanze in considerazione siano state adottate facendo un uso c.d. cumulativo dei poteri riconosciuti al Sindaco dagli artt. 50 c. V e 54 c. IV d.lgs. n. 267/2000.

La normativa in esame, come noto, disciplina i poteri di adozione di ordinanze da parte del Sindaco quale “rappresentante della comunità locale” in caso di “emergenze sanitarie o di igiene pubblica” (art. 50 c. V) e nella veste di “ufficiale del Governo” rispetto all'incolumità pubblica e alla sicurezza urbana (art. 54 c. IV).

Entrambi i poteri sono giustificati solo per situazioni non differibili, in ragione dell'inevitabilità di un pericolo imminente (di qui l'urgenza), della straordinarietà dell'evento (di qui la contingibilità), dell'improrogabilità dell'intervento (carattere della necessità). Inoltre tali atti devono conservare l'efficacia solo per il tempo necessario al perdurare dello stato di necessità (di qui la temporaneità).

Tutti questi requisiti devono essere riconoscibili, delineati ed oggetto di motivazione puntuale nell'atto, in ragione della natura c.d. aperta del potere, idoneo ad incidere anche sul diritto vigente, pur sempre, comunque, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (già in questo senso Corte Cost., sent. n. 8/1956).

Quanto si dice è sufficiente perché possa essere riconosciuto un esercizio illegittimo del potere dei vari Sindaci nei casi in esame.

Riguardo all'art. 54 comma 5 T.U.E.L. la giurisprudenza del Consiglio di Stato è pacifica: il potere che l'art. 54 comma 5, T.U.E.L. riconosce al Sindaco, può essere da questo attivato solamente quando si tratti di affrontare situazioni di carattere eccezionale e impreviste, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico: tali requisiti non ricorrono quando le Pubbliche amministrazioni possono adottare i rimedi di carattere ordinario (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2016 n. 2090).

Si evidenzia altresì anche l'eterogeneità delle materie richiamate, riferibili per lo più a livelli di governo superiori (violazione degli artt. 50 e 54 del d.lgs. n. 267/2000 per la mancanza, per come è strutturato il provvedimento, del carattere di temporaneità dell'impatto sull'ordinamento giuridico; eccesso di potere per sviamento, in quanto il Sindaco ha utilizzato poteri tipici, attribuiti dal Legislatore per la cura degli interessi pubblici conseguenti ad eventi straordinari ed imprevedibili, per finalità diverse ed estranee alla sua competenza).

Questo aspetto sembra rivelare anche la violazione del riparto di competenze previsto nell'art. 117 Cost., nonché nel d.lgs. n. 142/2015, di recepimento della direttiva 2013/33/UE, che ha espressamente demandato alle Prefetture la gestione dell'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale.

In ultimo, la previsione di oneri informativi in capo a soggetti privati mostra un eccesso di potere per illogicità manifesta, in quanto l'Amministrazione comunale potrebbe agevolmente richiedere i nominativi e i dettagli dei flussi direttamente alle Prefetture competenti, che peraltro già provvedono anche all'identificazione dei soggetti (v. sui c.d. C.A.S. art. 11 c. IV d.lgs. n. 267/2000).

Ciò prova un ulteriore profilo di eccesso di potere per sviamento, in quanto il Comune utilizza il proprio potere per fini diversi da quelli per cui gli sono stati concessi, cioè per dissuadere la partecipazione dei privati ai bandi per l'accoglienza dei richiedenti asilo predisposti dalle Prefetture.

Questa circostanza rivela inoltre la posizione confliggente del Comune rispetto allo stesso interesse pubblico perseguito dalle U.T.G., che devono provvedere all'adozione delle misure più opportune ai fini dell'art. 11 del d.lgs. n. 142/2015, relative all'individuazione dei c.d. C.A.S., centri temporanei di accoglienza d'urgenza per la gestione dei flussi non assorbiti dallo S.P.R.A.R.

Ciò sinteticamente rilevato rispetto ai profili d'illegittimità degli atti esaminati, occorre accertare se sia possibile operare una "sezione" delle ordinanze rispetto al contenuto, cioè alla riferibilità del potere concretamente esercitato all'art. 50 c. V o 54 c. IV d.lgs. n. 267/2000.

Può già anticiparsi, vista anche la trattazione unitaria dei profili d'illegittimità, come, nel caso di specie, non sembra possibile riconoscere l'operatività dell'istituto della c.d. invalidità parziale.

L'atto amministrativo, infatti, è geneticamente unico e, di regola, il vizio di una parte qualsiasi di esso, comporta la caducazione dell'intero.

L'inverso principio, eccezionale, opera solo in caso di atti risultanti da procedimento partecipativo plurisoggettivo in cui solo la partecipazione di uno risulti viziata, oppure in caso d'invalidità di un elemento accidentale del provvedimento.

Secondo un certo orientamento, peraltro minoritario, pare preferibile riconoscere l'invalidità parziale di un atto (con discutibile applicazione analogica della c.d. nullità parziale *ex art.* 1419 c. I c.c. operante nell'ambito del diritto privato, c.d. diritto tra pari) ogni qualvolta sia possibile distinguere compiutamente le parti valide dalle invalide, ovvero le sezioni riferite all'esercizio di un potere rispetto alle altre.

Il caso in esame non sembra sussumibile in nessuna delle due ipotesi tipiche rappresentate.

Inoltre, dalla lettura del provvedimento, appare arduo, se non proprio impossibile, procedere alla selezione dei presupposti e dei motivi di esercizio del potere *ex art.* 50 c. V e 54 c. IV d.lgs. n. 267/2000, già solo per l'unicità della natura dell'ordine impartito.

Così ricostruita la natura "monolitica" dell'ordinanza esaminata, occorre ora analizzare i poteri che residuano in capo all'Amministrazione per la rimozione dell'atto invalido.

Si ritiene preferibile il ricorso all'istituto del cd. annullamento straordinario governativo di cui all'art. 138 d.lgs. n. 267/2000.

Il potere esecutivo, infatti, anche successivamente alla riforma costituzionale del 2001, ha mantenuto il potere d'annullamento degli atti illegittimi degli enti locali *ex art.* 138 d.lgs. n. 267/2000, che può essere operato in ogni tempo, anche in pendenza di ricorso giurisdizionale, purché ricorrano gravi motivi d'interesse pubblico (v. Cons. St., sez. I, parere n. 1313/2003).

In materia rilevano l'art. 2, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, per il quale "*sono sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri*

p) le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato", nonché l'art. 138, comma 1, del testo unico sugli enti locali 18 agosto 2000, n. 267, per il quale "In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità".

Nel rispetto del procedimento ivi previsto, l'art. 138 T.U.E.L. - quale chiave di volta del sistema - ha attribuito al Governo della Repubblica nella sua collegialità, e non al Ministro dell'Interno o al Prefetto, il potere di disporre "*l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi*" (tranne gli atti delle Regioni e delle Province Autonome, come statuito dalla sentenza della Corte costituzionale 21 aprile 1989, n. 229), e dunque, ove ne sussistano i presupposti, anche degli atti formalmente amministrativi, emessi dal Sindaco quale ufficiale del Governo o dello stato civile.

L'attribuzione in linea di principio di un tale potere al Governo (in sede centrale e non nella sua articolazione territoriale) ha interessato anche di recente la giurisprudenza, la quale ha fornito indicazioni precise sul potere di annullamento degli atti degli organi degli enti locali (Cons. Stato Sez. III, 1 dicembre 2016, n. 5048), anche tenendo conto dei dibattiti che si erano in precedenza sviluppati soprattutto in ordine alla sussistenza o meno dei poteri impliciti (sul punto Cons. St, sez. VI, sent. n. 3076/2008, che tiene comunque fermo che "*l'adozione di ogni misura non può che includere anche il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal sindaco quale ufficiale di governo, che risultano essere illegittimi o che comunque minano la menzionata unità di indirizzo*".

In materia rilevano l'art. 2, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, per il quale "*sono sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri ... p) le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato*" nonché l'art. 138, comma 1, del testo unico sugli enti locali 18 agosto 2000, n. 267, per il quale "*In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con d.P. R, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità*".

Tale conclusione, che richiede comunque l'adozione del previo avviso di procedimento *ex art.* 241/1990, consente l'annullamento in ogni caso, qualunque siano le norme citate nei provvedimenti dei Sindaci.

Non si ritiene invece agevolmente percorribile la soluzione dell'annullamento dell'atto dell'ente locale direttamente ad opera del Prefetto. Tale soluzione alternativa, frutto di un'interpretazione giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, sent. n. 3076/2008) e dell'applicazione della teorica dei c.d. poteri impliciti (sempre con il rispetto delle garanzie procedurali), non sembra, infatti, essere in linea con il suddetto recente orientamento del Consiglio di Stato posto che la sussistenza di un generale potere di annullamento (desumibile dal sopra riportato art. 7 del T.u.p.s., oltre che dal d.lg. n. 1199 del 1971 sulla disciplina dei ricorsi gerarchici) anche da parte della autorità superiore, non è messo in discussione solo quando sussista un rapporto di sovraordinazione di natura gerarchica.

Ed invero, nella specie, difetterebbe il suddetto rapporto di sovraordinazione gerarchica e di conseguenza il potere del Prefetto di annullare l'atto dell'ufficiale del governo.

È dunque preferibile seguire la soluzione dell'annullamento governativo ai sensi dell'art. 138 TUEL considerato che, in aggiunta a quanto suesposto, l'attribuzione in linea di principio del suddetto potere al Governo, **in sede centrale e non nella sua articolazione territoriale**, consente di evitare il rischio che il giudice amministrativo, anche alla luce del recente orientamento giurisprudenziale inaugurato nel 2016 e sopra illustrato, possa intervenire annullando l'atto di annullamento d'ufficio per il vizio di incompetenza relativa o per "*difetto assoluto di attribuzione*", che di per sé comporterebbe addirittura la nullità *ex art. 21 septies* della legge n. 241 del 1990.

Si evidenzia, pertanto, l'opportunità di dare un assetto diverso agli interessi in gioco e che prescinda da una risoluzione giudiziaria, in quanto l'aleatorietà della tutela cautelare non consente di configurarla come strumento determinante ai fini della soluzione definitiva e rapida della controversia.

Ed invero, in disparte il fatto che resterebbero comunque fermi gli effetti destinati a scaturire all'esito della più ampia cognizione della definizione di merito, permarrebbe la difficoltà di provare il requisito del *periculum in mora* previsto dal comma 1 dell'art. 55 del c.p.a., per forza di cose difficilmente configurabile in concreto nella gran parte dei casi o comunque, anche qualora prospettabile, non determinante ai fini della motivazione del pregiudizio grave ed irreparabile (impossibilità - di fatto - di ospitare migranti nel territorio comunale nelle more del giudizio amministrativo a causa dell'intralcio ai progetti SPRAR che si riverbera sul diritto dei richiedenti asilo ad una sistemazione decorosa).

Di qui il rischio che l'apprezzamento del giudice cautelare possa pregiudicare gli interessi di codesto Ministero. In ogni caso, una volta radicati i ricorsi, qualunque sia la valutazione della opportunità di investire il T.A.R. della tutela d'urgenza da parte dell'Avvocatura dello Stato, sarà sempre possibile proporre motivi aggiunti qualora le ordinanze sindacali vengano prorogate oltre i termini ivi previsti.

In conclusione, per tutte le ragioni suesposte, si suggerisce di emettere, in quanto maggiormente rispondente agli interessi pubblici, il provvedimento di annullamento governativo.

Si resta comunque a disposizione in ordine all'eventuale impugnazione delle suddette ordinanze innanzi al T.A.R.

Sul predetto parere si è espresso in senso conforme il Comitato Consultivo in data 13 novembre 2017.

Si resta a disposizione per quanto altro occorrer possa.

Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare. L'eventuale esperimento dell'*actio nullitatis*

PARERE DEL 14/03/2018-137948-137949, AL 37243/2017, AVV. GIOVANNI PALATIELLO

1. Con la nota in riscontro è stato chiesto a questa Avvocatura Generale un parere di massima in ordine alla possibilità, per il privato, di rinunciare, con atto unilaterale redatto da notaio, al diritto di proprietà su un bene immobile a rischio di dissesto idrogeologico (c.d. “rinuncia abdicativa”).

In particolare nella richiesta di parere vengono segnalati, *“soltanto a titolo esemplificativo e non esaustivo, tre episodi accaduti nella sola Provincia di Genova, in cui i proprietari di terreni con evidenti problemi di dissesto geologico e relativo rischio di franamento su condomini e strade pubbliche sottostanti, nonché i titolari di appartamenti dichiarati pericolanti ed inabitabili, hanno rinunciato alle rispettive proprietà sul presupposto che i beni resisi vacanti siano acquisiti in proprietà dello Stato ai sensi dell’art. 827 c.c., con conseguente accollo in capo all’Erario di tutti i costi necessari per le opere di consolidamento, demolizione, manutenzione, ecc., relativi ai beni stessi”*.

A seguito di tale rinuncia, in virtù dell’art. 827 c.c., il quale prevede che *“i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato”*, si determina un (automatico) acquisto (non rifiutabile) a titolo originario della proprietà di tale aree al patrimonio dello Stato, con la conseguente assunzione, in capo all’Erario, della responsabilità (sia civile: ex artt. 2051 e 2053 c.c., che penale: cfr. art. 449 c.p.) per i danni che dovessero occorrere a cose e/o a persone nel caso di crollo e/o rovina dell’immobile. Tutto ciò, senza una previa autorizzazione o quantomeno comunicazione a favore dello Stato.

1.1. Con nota del 30 gennaio 2018 il Ministero della Giustizia - Ufficio Centrale degli Archivi Notarili ha fatto pervenire le proprie osservazioni sulla predetta questione di massima, condividendo le perplessità sollevate da codesta Avvocatura distrettuale in ordine alla validità di tali atti di rinuncia abdicativa.

1.2. Si rende, dunque, necessario procedere ad una breve disamina dell’istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà, al fine di valutare la legittimità di questa prassi assolutamente pregiudizievole per lo Stato.

2. In generale la rinuncia è facoltà insita nella titolarità di ciascun diritto, e deve perciò considerarsi consentita.

Nella specie, essendo il diritto di proprietà immobiliare disponibile, deve ritenersi generalmente ammessa la rinuncia unilaterale allo stesso, salvo le eccezioni che verranno di seguito illustrate.

2.1 D’altro canto, la libertà negoziale dei soggetti dell’ordinamento e la stessa proprietà privata sono specificamente riconosciute e tutelate dalla Co-

stituzione (cfr. artt. 4, comma 1, e 42, comma 2), per cui, anche sotto questo profilo, l'atto negoziale di rinuncia alla proprietà immobiliare (costituente esercizio di quella libertà negoziale e delle facoltà dominicali) deve ritenersi ammesso, a condizione che non si ponga in contrasto con i divieti ed i limiti previsti dalla stessa Carta Fondamentale (artt. 2, 41, comma 2, 42, comma 2).

2.2. Del resto, la "vacanza" dell'immobile - che, ai sensi dell'art. 827 c.c., ne determina l'acquisto al patrimonio dello Stato - non può che conseguire ad un atto unilaterale di rinuncia, in senso esattamente parallelo a quanto previsto dall'art. 586 c.c. in tema di successione *mortis causa* in mancanza di altri successibili.

Nell'ambito della successione ereditaria è sicuramente consentito all'erede di rinunciare all'immobile ereditario con le forme di cui all'art. 519 c.c.; in mancanza di altri successibili l'immobile verrebbe acquistato dallo Stato *ex art. 586 c.c.*: negare, in linea generale, la rinunciabilità al diritto di proprietà immobiliare, in precedenza pervenuto al rinunciante per atto *inter vivos*, (ed il conseguente acquisto in capo allo Stato *ex art. 827 c.c.*) implicherebbe una ingiustificata asimmetria rispetto alla disciplina della successione *mortis causa*.

2.2.1. In senso contrario, tuttavia, si è sostenuto che l'art. 827 c.c. sarebbe una mera norma "di chiusura", avente la funzione di evitare, con l'entrata in vigore del nuovo codice del 1942, che permanessero beni immobili privi di proprietario: ciò significherebbe che la norma non è idonea a dar luogo all'acquisto a titolo originario da parte dello Stato degli immobili oggetto di rinuncia unilaterale (1). Tale ultimo assunto però non può essere condiviso, in considerazione delle ragioni storiche che hanno portato all'introduzione dell'art. 827 c.c.: il previgente codice italiano del 1865 (c.d. Codice Pisanelli), infatti, non conteneva alcuna norma analoga e pertanto era sorto un dibattito in dottrina circa la sorte dei beni immobili rinunciati, fra chi riteneva che dovessero confluire nel patrimonio statale, seguendo il modello del *code civil*, e chi riteneva che fossero suscettibili di occupazione. Il legislatore del 1942 ha inserito l'art. 827 c.c. proprio per porre fine a questa discussione, optando per la prima soluzione.

Del resto, l'art. 827 c.c., nella sua attuale formulazione, è disposizione vigente dell'ordinamento obiettivo, e ad essa occorre dare un'interpretazione utile, in senso necessariamente evolutivo: la tesi che negasse, in radice, la possibilità di rinunciare alla proprietà immobiliare con atto unilaterale, anche al di là dell'ipotesi contemplata dall'art. 519 c.c., renderebbe, di fatto, inapplicabile il predetto art. 827 c.c., determinandone, in pratica, l'abrogazione in via interpretativa; il che, come è evidente, costituisce un approdo esegetico non consentito.

(1) Così T.A.R. della Puglia, sede di Bari, 17 settembre 2008 n. 2131.

3. Tanto premesso in ordine all'ammissibilità, in generale, dell'istituto in esame, giova, altresì, rammentare che la rinuncia c.d. "abdicativa" al diritto di proprietà su un bene immobile - ammessa dalla dottrina maggioritaria, mentre in giurisprudenza non si rinvergono sul tema pronunce specifiche della Suprema Corte ed i giudici di merito hanno espresso, al riguardo, orientamenti divergenti (2) - viene generalmente ricostruita come negozio giuridico unilaterale, non recettizio, trascrivibile solo contro il rinunciante, che produce un effetto diretto, e cioè l'estinzione del diritto di proprietà su quell'immobile, ed un effetto indiretto, e cioè l'acquisto della proprietà di quell'immobile, a titolo originario, da parte dello Stato *ex art. 827 c.c.*; tale ultimo acquisto in capo all'Erario è automatico, nel senso che non richiede accettazione, e non è rifiutabile poiché l'ordinamento giuridico non ammette l'esistenza di immobili "vacanti".

È opinione largamente condivisa in dottrina che tale predetta rinuncia abdicativa non sia espressamente prevista dalla legge e dal codice civile: trattasi, dunque, di un negozio giuridico unilaterale **atipico**, la cui ammissibilità viene generalmente desunta:

a) dalle ipotesi tipizzate di rinuncia, c.d. "liberatoria", nelle quali il legislatore consente, accanto alla rinuncia al diritto di proprietà, anche l'effetto, ulteriore e peculiare, della liberazione del rinunciante dall'obbligazione *propter rem* di contribuzione alle spese, anche per il passato, oltre che per il futuro (cfr. artt. 882, 888, 1070 e 1104 c.c.);

b) dagli artt. 1350 n. 5) e 2643 n. 5) c.c., i quali prevedono, rispettivamente, che debbano farsi per iscritto e che debbano essere trascritti "*gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati ai numeri precedenti*", tra i quali vi è anche il diritto di proprietà.

Infine, un'ulteriore conferma a favore dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa, viene ricavata dall'evidente disparità di trattamento tra le tipologie di beni che si verificherebbe ove non si consentisse al privato di disfarsi dei beni immobili, posto che il legislatore prevede che i beni mobili abbandonati, divenendo *res nullius*, possano diventare oggetto di occupazione *ex art. 923 c.c.*

3.1. Rileva la Scrivente che la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare presenta un indubitabile **contenuto patrimoniale**, perché determina la fuoriuscita di un bene immobile dal patrimonio del rinunciante che, quindi, risulta ridotto rispetto alla sua consistenza originaria.

(2) In senso contrario all'ammissibilità dell'istituto si segnalano Trib. Genova, sent. 23 marzo 1991, n. 946, nonché le pronunce del T.A.R. della Puglia, sede di Bari, 17 settembre 2008 n. 2131 e 17 settembre 2009 n. 2081; *contra* (e dunque in senso favorevole alla ammissibilità della c.d. rinuncia abdicativa), cfr. Trib. Rovereto, ordinanza 22 maggio 2015; propende, invece, per una tesi intermedia, Trib. Genova, III sezione civile, ordinanza 1 marzo 2018 che, dopo aver affermato l'ammissibilità in generale della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, ha giudicato nullo l'atto dismissivo posto in essere nella fattispecie per illiceità della relativa causa in concreto.

4. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 1324 c.c., alla rinuncia abdicativa deve ritenersi applicabile il secondo comma dell'art. 1322 c.c. per cui occorre indagare, caso per caso, la causa dell'atto dismissivo della proprietà immobiliare al fine di valutarne **la meritevolezza** secondo l'ordinamento giuridico (3).

4.1. Con riferimento al negozio unilaterale atipico di rinuncia abdicativa, la dottrina prevalente rinviene la relativa causa nella mera dismissione del diritto: la rinuncia abdicativa sarebbe, dunque, un "patto nudo", la cui funzione si identifica con la sola dismissione del diritto, alla quale è rivolta la manifestazione di volontà, con la conseguenza che tale negozio sarebbe in sé sempre meritevole di tutela e non si potrà mai avere nullità per illiceità della causa.

4.1.1. Tale ricostruzione appare difficilmente condivisibile in quanto, da una parte, sembra ispirata alla visione ottocentesca assoluta del diritto dominicale, che considera solo il diritto di godere e disporre pienamente del bene, senza tenere conto della funzione sociale della proprietà *ex art. 42, co. 2, Cost.*, e degli ulteriori limiti alle prerogative e facoltà dominicali ricavabili dal disposto degli artt. 2 e 41, comma 2, della Carta Fondamentale e, dall'altra, non è in linea con la moderna concezione della causa del negozio giuridico, quale funzione economico-individuale dell'atto, detta anche causa in concreto (4).

5. Sul piano causale, dunque, ogni qualvolta l'atto di rinuncia venisse posto in essere dal privato al solo fine, egoistico, di trasferire in capo all'Erario *ex art. 827 c.c.* - e dunque in capo alla collettività intera - i costi necessari per le opere di consolidamento, di manutenzione, o di demolizione dell'immobile, facendo ricadere sullo Stato anche la responsabilità (sia civile: *ex artt. 2051 e 2053 c.c.*, che penale: *cf. art. 449 c.p.*) per i danni che dovessero in futuro occorrere a cose e/o a persone nel caso di crollo e/o rovina del medesimo immobile, tale atto di rinuncia sarebbe nullo in ragione della non meritevolezza e/o illiceità della relativa causa in concreto *ex artt. 1322 e 1343 c.c.* perché in palese contrasto con le istanze solidaristiche immanenti nella funzione sociale della proprietà *ex art. 42 Cost.*, e (comunque) con gli obblighi di solidarietà economica e sociale desumibili dall'art. 2 *Cost.*, nonché con il limite del rispetto della sicurezza dei consociati *ex art. 41, comma 2, Cost.*, l'una e gli altri costituenti limite inderogabile delle prerogative dominicali *ex art. 832 c.c.*

5.1. Una violazione di tali limiti (con la conseguente nullità dell'atto dismissivo *ex artt. 1322 e 1343 c.c.*), potrebbe riscontrarsi, in concreto, ed a

(3) La prevalente giurisprudenza di legittimità identifica la nozione di meritevolezza con quella di liceità della causa *ex art. 1343 c.c.*, sostenendo che un contratto è meritevole di tutela allorquando non sia in contrasto con norme imperative, ordine pubblico e buon costume (*cf. Cass. 2288/04, 7832/98, 1061/91, 3142/80*).

(4) Per tale intendendosi "... lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (*cd. causa concreta*), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato" *cf. Cass. n. 10490/2006*.

titolo puramente esemplificativo, quando la rinuncia sia diretta a liberarsi: di terreni con evidenti problemi di dissesto idrogeologico, con conseguente accollo in capo all'Erario di tutti i costi necessari per le opere di consolidamento, demolizione e manutenzione relativi ai beni stessi; di edifici inutilizzabili e diruti, per liberarsi dei costi di demolizione; della parte inquinata (da terzi) di un unico terreno acquistato (potendosi ammettere anche la rinuncia parziale), per far gravare sullo Stato le spese di bonifica con beneficio diretto della zona limitrofa rimasta oggetto di proprietà privata.

6. In disparte il profilo causale, sopra approfondito, alla medesima conclusione della possibile nullità della rinuncia c.d. abdicativa alla proprietà immobiliare (nelle ipotesi delineate nel precedente punto 5.1), sembrerebbe doversi pervenire anche per un'altra ragione di ordine sistematico, connessa all'applicabilità dell'art. 1345 c.c. (motivo illecito) anche ai negozi unilaterali, riconosciuta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità.

Ed invero, l'art. 1345 c.c., dettato in materia contrattuale, prevede che *“Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un **motivo illecito comune ad entrambe**”*. Da tale norma si ricava il principio generale secondo il quale il motivo in funzione del quale ciascuna parte si determina a porre in essere un negozio giuridico rimane generalmente estraneo al contenuto del contratto e sia, pertanto, giuridicamente irrilevante qualunque sia l'importanza che assuma per il singolo, salvo che:

- per entrambe le parti l'accordo rifletta un medesimo motivo (*“comune”*);
- il motivo comune sia *“illecito”*, cioè contrario a norma imperativa o ai *boni mores*;
- il motivo illecito comune sia stato esclusivo, cioè determinate del consenso.

Qualora ricorrano queste condizioni, il **contratto è illecito** e pertanto, in virtù dell'art. 1418 c.c., **nullo**.

Dalla disciplina in esame potrebbe trarsi la conclusione che l'art. 1345 c.c. non possa trovare applicazione, per il tramite dell'art. 1324 c.c., agli atti giuridici unilaterali, poiché rispetto a questi ultimi, mancando la comunanza dei motivi illeciti determinanti, a causa dell'unilateralità dell'atto posto in essere, le ragioni che hanno spinto la parte sarebbero sempre irrilevanti da un punto di vista giuridico.

Tuttavia, due sono le considerazioni che posso essere portate a sostegno della tesi contraria e quindi a favore dell'applicabilità dell'art. 1345 c.c. anche agli atti unilaterali.

In primo luogo, si può rilevare come il Legislatore abbia espressamente riconosciuto rilevanza al motivo illecito, anche quando questo non sia comune (cfr. artt. 788 e 626 c.c., in materia, rispettivamente, di donazione e testamento).

Non può, dunque, escludersi che il motivo illecito, qualora sia il solo che abbia determinato il soggetto al compimento dell'atto unilaterale, possa inficiare il negozio giuridico rendendolo nullo (ex artt. 1324, 1345 e 1418 c.c.) anche ove, come nell'ipotesi di rinuncia alla proprietà, non si tratti di un atto bilaterale e, quindi, non si possa parlare di "motivo... comune".

In secondo luogo, la giurisprudenza, soprattutto in materia di diritto del lavoro, ha affermato che: "**La norma dettata dall'art. 1345 c.c. che, derogando al principio secondo il quale i motivi dell'atto di autonomia privata sono di regola irrilevanti, eccezionalmente qualifica illecito il contratto determinato da un motivo illecito comune alle parti, in virtù del disposto di cui all'art. 1324 c.c., trova applicazione anche rispetto agli atti unilaterali, laddove essi siano finalizzati esclusivamente al perseguimento di scopi riprovevoli ed antisociali, rinvenendosi l'illiceità del motivo, al pari della illiceità della causa, a mente dell'art. 1343 c.c., nella contrarietà dello stesso a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume**" (cfr. massima della sent. **Cassazione civile, sez. II, 19 ottobre 2005, n. 20197**; ex plurimis Cass. lav. **755/82, 1017/85, 4747/95, 7188/01, 11191/02, 11633/02, 10189/04**). Nel caso di specie deciso dalla Corte di Cassazione, quest'ultima, dopo aver affermato tale principio, era giunta alla conclusione secondo la quale "*sussistendone le condizioni di fatto, deve qualificarsi affetto da motivo illecito e quindi nullo, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c., l'atto di recesso da un rapporto di agenzia che, diretto nei confronti di un agente costituito in forma di società di persone, risulti ispirato dalla sola finalità di rappresaglia e di ritorsione nei confronti del comportamento sindacale tenuto dai soci di quest'ultima, dovendosi ritenere un siffatto motivo contrario alle norme imperative poste a tutela delle libertà sindacali dei lavoratori, norme che, in ragione del valore e della tutela che lo stesso dettato costituzionale assegna al "lavoro", nella sua accezione più ampia, appaiono estensibili, al di fuori dei rapporti di lavoro subordinato, a tutti coloro che svolgono attività lavorativa, anche se in forma parasubordinata o autonoma*" (cfr. massima della sent. Cassazione civile, n. 20197/2005 cit.).

La Corte di Cassazione giunge ad applicare l'art. 1345 c.c. anche agli atti unilaterali, tramite l'art. 1324 c.c., analizzando la *ratio* della prima norma "*da individuarsi nell'esigenza di evitare gli abusi del diritto, ricorrente quando l'atto di autonomia privata sia finalizzato esclusivamente al perseguimento di scopi riprovevoli ed antisociali*". Questa medesima finalità, infatti, può ben può essere posta anche a "*presidio di quelle situazioni soggettive che potrebbero essere pregiudicate dal compimento di atti unilaterali, esclusivamente o prevalentemente determinati da siffatte finalità. Sicché, se in tema di atti bilaterali o plurilaterali, la finalità illecita determinante per essere tale, necessariamente deve essere riferibile a tutti i partecipi, il requisito della relativa comunanza non è, ovviamente, esigi-*

bile, per la contraddizione che non lo consente, quando la stessa infici un atto unilaterale, non altrimenti motivato o determinato anche da ragioni concorrenti di minore rilevanza ed il movente illecito sia riconoscibile, (...) occorrendo che l'illiceità sia rivelata da elementi obiettivi esteriori, evidenziando il relativo collegamento con l'atto; l'onere della relativa prova naturalmente incombe sulla parte che allega l'invalidità dell'atto" (cfr. sent. Cassazione civile, n. 20197/2005 cit.).

Pertanto, alla luce della suddetta giurisprudenza di legittimità, affinché il motivo illecito di un atto unilaterale assuma rilevanza giuridica, comportandone la nullità *ex art. 1418 c.c.* è necessario che:

1. il motivo sia illecito;
2. il motivo illecito sia la ragione determinante del soggetto che pone in essere l'atto unilaterale;
3. il motivo illecito sia oggettivamente riconoscibile dall'atto, o, comunque, sia ragionevolmente desumibile da elementi estrinseci.

Alla luce di quanto fin qui affermato, può, dunque, ritenersi - ad avviso della Scrivente - che **l'atto di rinuncia al diritto di proprietà**, qualora sia unicamente diretto al perseguimento di finalità non consentite dall'ordinamento giuridico, come quella di voler far ricadere sullo Stato, per il tramite dell'art. 827 c.c., la responsabilità dei danni provocati dall'immobile esposto a rischi idrogeologici, possa considerarsi - in disparte il profilo causale - **comunque nullo per illiceità dei motivi ex artt. 1324, 1345 e 1418 c.c.**, ove il motivo illecito sia la ragione esclusiva dell'atto e sia evincibile dal contenuto di quest'ultimo e/o dalle circostanze obiettive che ne hanno preceduto e/o accompagnato la redazione.

6.1. Orbene, al di là dell'eventualità, effettivamente "scolastica" e residuale, che il motivo illecito determinante sia espressamente enunciato nell'atto dismissivo, il relativo (ovviamente, non semplice) onere probatorio potrà essere assolto allegando e dimostrando elementi obiettivi estrinseci (quali, ad esempio, l'inclusione dell'immobile nei piani del rischio idrogeologico redatti dall'Autorità di Bacino; precedenti e documentati episodi alluvionali che abbiano interessato il bene; ordinanze contigibili ed urgenti emesse dal Sindaco quale Ufficiale di Governo con riferimento alla zona in cui ricade il bene, etc.) dai quali sia possibile desumere, con il necessario grado di verisimiglianza *ex artt. 2727 e ss. c.c.*, che l'atto dismissivo aveva, quale unica finalità, quella di accollare allo Stato le spese di manutenzione e ripristino del bene, unitamente alla responsabilità (civile e penale) per i futuri dissesti.

Potrà anche farsi ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio (c.d. "percepiente") al fine di verificare se l'immobile oggetto di rinuncia versasse in stato di dissesto idrogeologico o fosse inquinato, onde, poi, in caso positivo, inferirne la nullità dell'atto dismissivo per le ragioni sopra evidenziate.

7. Sotto altro profilo, ma sempre connesso all'aspetto causale del negozio

giuridico, l'atto dismissivo del bene immobile (nei casi enunciati nel punto 5.1. del presente parere) posto in essere con l'unico intento di far ricadere sullo Stato (e, dunque, sull'intera collettività) gli oneri connessi alla titolarità del diritto di proprietà, nonché le eventuali future responsabilità (e senza alcuna previa accettazione da parte dell'Erario) potrebbe essere considerato in frode alla legge, e quindi **nullo in virtù dell'art. 1344 c.c.**, poiché obiettivamente volto (sfruttando la combinazione dell'effetto abdicativo dell'atto di rinuncia e dell'effetto acquisitivo *ex lege* in capo allo Stato del bene dismesso) al conseguimento di un risultato in contrasto con i limiti costituzionali, - come tali "imperativi" e, dunque inderogabili - delle facoltà e prerogative dominicali, tra l'altro eludendo le discipline legislative (altrettanto inderogabili) in materia di "allineamento catastale" (cfr. art. 29, comma 1-*bis*, L. 52/1985), in materia urbanistica (cfr. art. 40 L. 47/1985 ed artt. 30 e 46 d.p.r. 380/2001) ed in materia di prestazione energetica (cfr. art. 6, co. 3, d.lgs. 192/05), le quali, nella prassi, vengono generalmente ritenute non applicabili con riferimento alle ipotesi di rinuncia immobiliare meramente abdicativa, al di fuori dello schema della donazione.

7.1. Un siffatto negozio unilaterale di rinuncia potrebbe, infine, essere considerato nullo perché in contrasto con il generale divieto di **abuso del diritto**, laddove la rinuncia venga posta in essere al solo fine (utilitaristico ed egoistico) di trasferire in capo alla collettività gli oneri connessi alla titolarità del bene e la relativa responsabilità per gli eventuali futuri danni (fermo restando quanto si dirà nel successivo punto 10 con riferimento alle situazioni pregresse), e, dunque, per una finalità che, sotto altro angolo prospettico, può qualificarsi meramente emulativa *ex art. 833 c.c.*, e, come tale, disapprovata dall'ordinamento.

8. Al contrario, la rinuncia immobiliare potrebbe ritenersi ammissibile quando abbia ad oggetto un terreno semplicemente non produttivo, e quindi manchi, in concreto, quell'intento elusivo ed egoistico che caratterizza le ipotesi sopra esaminate.

9. Nelle ipotesi delineate nel precedente punto 5.1, l'effetto giuridico acquisitivo, in capo all'Erario, dell'immobile (in dissesto idrogeologico, inquinato, o soltanto diruto e/o pericolante) - ed il conseguente passaggio, in astratto, della responsabilità per i futuri eventi dannosi - si produce automaticamente per effetto della manifestazione di volontà esternata dal privato nell'atto di rinuncia (c.d. principio consensualistico), e permane fin quando non intervenga un accertamento giudiziale della nullità dell'atto stesso.

Nelle predette ipotesi, al fine di rimuovere dal mondo giuridico il predetto effetto acquisitivo e, con esso, le connesse conseguenze dannose per l'Erario è, pertanto, necessario esperire l'azione giudiziale di nullità *ex artt. 1421 e 1422 c.c.*, di regola imprescrittibile.

L'onere probatorio grava integralmente *ex art. 2697, co. 1. c.c.* sul De-

manio attore e potrà essere ragionevolmente assolto con le modalità indicate nel punto 6.1. del presente parere.

10. In ogni caso, in tutti i casi di rinuncia meramente abdicativa, ritiene questa Avvocatura Generale che rimanga ferma la responsabilità del rinunciante ex artt. 2043, 2051 e 2053 c.c. per i danni a cui questi abbia dato causa con il fatto proprio omissivo, cioè con l'omissione, in passato, dei necessari ed ineludibili interventi di manutenzione e messa in sicurezza del proprio immobile.

Tale illecito - in quanto omissivo - presenta, infatti, natura permanente e cessa solo con il compimento dell'attività doverosa (che, nel caso in esame, è evidentemente mancata) e, dunque, non viene meno per effetto della mera dismissione del bene.

Siffatta conclusione appare coerente con il peculiare atteggiarsi dell'istituto della rinuncia meramente abdicativa la quale, secondo la comune opinione della dottrina, non può mai comportare la liberazione del rinunciante dalle obbligazioni pregresse, mancando una espressa previsione legislativa che lo consenta, invece rintracciabile nelle ipotesi tipizzate di rinuncia c.d. "liberatoria".

Ad ulteriore conforto dell'interpretazione che qui si sostiene, osserva la Scrivente come - in base al disposto dell'art. 882, comma 3, c.c. (5) dettato con riferimento ad un'ipotesi tipizzata di rinuncia (cfr. secondo comma) - anche nei casi di rinuncia c.d. liberatoria (nei quali, cioè, in linea di principio, il Legislatore ha previsto la liberazione del rinunciante dagli obblighi pregressi) non è consentito al medesimo rinunciante di sottrarsi a quelle obbligazioni alle quali abbia dato luogo con "il fatto proprio".

Il disposto del terzo comma dell'art. 882 c.c. sembrerebbe, dunque, lasciar intendere che, nel caso di rinuncia alla proprietà immobiliare, la regola generale, espressione del precetto del "*neminem laedere*", sia nel senso che il rinunciante continua a rispondere delle obbligazioni derivanti dalle proprie condotte passate (commissive e/o omissive), tanto è vero che il Legislatore ha avvertito la necessità di ribadire tale regola proprio nel disciplinare un'ipotesi di rinuncia liberatoria, che, di per sé, comporta la liberazione dalle obbligazioni pregresse.

Non può non rilevarsi, in conclusione, come, anche per il rispetto dei principi di leale collaborazione e di buona fede in senso oggettivo, il rinunciante sia comunque chiamato a dare comunicazione al Demanio dell'atto dismisiivo.

11. Alla luce delle considerazioni che precedono, si suggerisce al Ministero della Giustizia in indirizzo di invitare i Consigli Notarili ad adoperarsi affinché i propri iscritti che riceveranno (o abbiano ricevuto) atti di rinuncia

(5) Ai sensi dell'art. 882, comma 3, c.c. "*la rinuncia non libera il rinunciante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui abbia dato causa col fatto proprio*".

alla proprietà immobiliare verificchino che ne sia data comunicazione al competente ufficio dell' Agenzia del Demanio, al fine di consentire a quest'ultimo di adottare tutte le iniziative ritenute opportune anche a tutela della pubblica incolumità, nelle more dell'eventuale esperimento dell'*actio nullitatis*, da valutarsi attentamente caso per caso, in base alle indicazioni che precedono.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti e/o approfondimenti che dovessero essere necessari.

Sulla questione oggetto del presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 2 febbraio 2018.

Procedimenti di volontaria giurisdizione a seguito di rifiuto ovvero di esecuzione con riserva delle formalità ipotecarie

PARERE DEL 19/11/2018-592486, AL 17455/2008, AVV. ANNA LIDIA CAPUTI IAMBRENGHI

Si riscontrano le note a margine contenenti richiesta di parere a quesiti multipli.

*** **

Il primo quesito enucleabile dai punti 1a) e 1b) sostanzialmente attiene alla legittimazione attiva del Conservatore alla proposizione del reclamo alla Corte d'Appello avverso il provvedimento di accoglimento della domanda di cancellazione dell'ipoteca *ex combinato* disposto degli artt. 2888 c.c. e 113 delle disp. att. al c.c.

Rileva codesta Agenzia che, nonostante la formulazione della norma (che abilita al reclamo solo l'interessato e nei confronti del provvedimento di rigetto), nel silenzio del legislatore, si può enucleare la possibilità che il reclamo sia proposto anche dal Conservatore rispetto al provvedimento di accoglimento, possibilità che potrebbe ricavarsi da:

a) la reclamabilità *ex art. 739 c.p.c.*, ad iniziativa delle "parti", di tutti i provvedimenti emessi in camera di Consiglio;

b) l'interesse del Conservatore, in quanto custode della regolarità della tenuta dei registri immobiliari, ad evitare un *vulnus* al sistema e ai principi della pubblicità immobiliare;

c) l'interesse dello stesso all'accertamento della legittimità del suo operato in relazione ad eventuali successivi procedimenti di cognizione instaurati al fine di accertarne la responsabilità.

Inoltre, aggiunge ancora codesta Agenzia, potrebbe ipotizzarsi, stante la natura di volontaria giurisdizione della procedura *de quo* e la facoltà di reclamo concessa *ex art. 740 c.p.c.* al pubblico ministero, una iniziativa impugnatoria da parte di quest'ultimo non solo *motu proprio*, ma su "*attività propulsiva*" del Conservatore, con la possibilità di formulare, invece che un autonomo reclamo, una sorta di motivata richiesta rivolta al pubblico ministero affinché quest'ultimo, a tutela di rappresentati interessi pubblicistici, eserciti il potere "*impugnatorio espressamente riconosciuto dall'art. 740 c.p.c. proponendo reclamo alla competente Corte d'Appello*". Sulla questione questo Generale Ufficio osserva.

L'art. 2888 c.c. contempla il caso di rifiuto del Conservatore di procedere alla cancellazione di un'iscrizione ipotecaria ed indica alla parte che si assume lesa dal comportamento negativo del Conservatore, un facile rimedio per ovviare all'eventuale illegittimità di tale rifiuto, consistente nel reclamo, con un procedimento in camera di consiglio al Tribunale nella cui circoscrizione si trova l'ufficio del Conservatore. Il procedimento ha per oggetto l'obbligazione

del Conservatore di eseguire la cancellazione e presuppone che la questione sorga fra chi richiede la cancellazione ed il conservatore medesimo (GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 2784-2899*, Bologna-Roma, 1973, 452; RUBINO, *L'ipoteca mobiliare ed immobiliare*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XIX, Milano, 1956, 541).

Dalla formulazione letterale dell'art. 2888 citato (*il richiedente può proporre reclamo all'autorità giudiziaria*) si ricava che il procedimento ha chiaramente natura facoltativa, potendosi in alternativa adire le normali vie contenziose, con citazione del Conservatore e dei controinteressati. Il rimedio apprestato dal legislatore ha quindi lo scopo di offrire una procedura celere, alternativa alla via ordinaria, tanto che è la stessa autorità giudiziaria, investita del reclamo, che può, ai sensi dell'art. 113 disp. att., al c.c., ordinare che la domanda sia proposta nella forma ordinaria.

Da tali premesse discendono i seguenti corollari:

1) trattasi di procedimento camerale, non preordinato alla composizione di un conflitto di interessi, ma alla verifica e/o al controllo in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti per l'esecuzione della formalità;

2) non è previsto il contraddittorio con il soggetto che, a suo tempo, ha chiesto l'iscrizione ipotecaria, essendo contemplata come unica parte il soggetto istante e cioè quello interessato alla cancellazione (debitore, terzo acquirente, terzo datore di ipoteca ed in generale chi vanti un interesse concreto ed attuale alla cancellazione dell'ipoteca);

3) il provvedimento conclusivo, deprivato della risoluzione di un conflitto di interessi, non è idoneo a passare in giudicato.

Sulla base di tali premesse, si dubita fortemente della possibilità che il Conservatore possa assumere la qualità di parte nel procedimento *de quo*, premessa, essa qualità, della legittimazione ad impugnare il provvedimento di accoglimento reso dal Tribunale (*ex multis* Cass. 16177/2016, idem 6480/1998).

Inoltre è proprio il legislatore ad escludere la qualità di parte in capo al Conservatore allorchè dello stesso ne prevede la mera audizione, qualità di parte che, di contro, è esclusivamente ed unicamente attribuita al richiedente la cancellazione, questo sì portatore di un interesse qualificato.

Del resto, ove si ponga attenzione ai connotati della procedura delineata dal combinato disposto degli artt. 2888 c.c. e 113 disp. di att. al c.c., non si può prescindere dal *dictum* della Suprema Corte che in sentenza n. 3272/2015 ha affermato, quanto alla funzione del procedimento *de quo*, essere lo stesso preordinato al "*regolamento secondo legge dell'interesse pubblico alla pubblicità immobiliare*".

Si legge infatti nella citata sentenza:

"La distinzione operata dallo stesso legislatore è coerente con l'interpretazione per la quale il procedimento speciale disciplinato dall'art. 2888 c.c. e art. 113 disp. att. c.c., non può avere ad oggetto la risoluzione di un con-

flitto di interessi, ma soltanto il regolamento secondo legge dell'interesse pubblico alla pubblicità immobiliare. Esso è perciò esperibile nei confronti del solo conservatore dei registri immobiliari qualora la parte istante assuma che, pur essendo state rispettate le formalità di cui agli artt. 2882 o 2884 e 2886 c.c., il conservatore rifiuti di procedere alla cancellazione di un'iscrizione. Qualora invece la parte contesti il diritto all'iscrizione ipotecaria di colui che questa iscrizione ha richiesto ed ottenuto, il relativo accertamento va fatto in contraddittorio con questa persona, portatrice di un interesse contrario alla cancellazione medesima (arg. ex art. 113 disp. att. c.c.) e perciò la parte istante dovrà agire in via contenziosa per ottenere una pronuncia sull'esistenza del suo diritto alla cancellazione ovvero sull'inesistenza del diritto della controparte all'iscrizione. Soltanto in tale seconda eventualità si avrà una pronuncia idonea al giudicato, quindi ricorribile per cassazione.

Qualora invece si segua la via del procedimento camerale, il provvedimento conclusivo, essendo destinato a regolare l'attività del conservatore, non è idoneo a passare in giudicato. Mancano, infatti, statuizioni destinate a risolvere un conflitto di interessi e ad incidere su diritti col carattere della decisorietà”.

In sostanza la Suprema Corte nell'interpretazione del combinato disposto degli artt. 2888 c.c. e 113 delle disp. att. al c.c., affida al procedimento camerale la verifica e/o il controllo in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti documentali per la mera esecuzione della formalità richiesta della cancellazione ipotecaria, requisiti, quindi, che possono essere solo di natura estrinseca e formale. In caso di accoglimento il Tribunale ordina la cancellazione ed il Conservatore ha l'obbligo di ottemperare all'ordine del Tribunale.

Non sembra infatti che, rispetto ad un controllo, si ripete estrinseco e formale, possano sussistere situazioni di *vulnus* al sistema ed ai principi della pubblicità immobiliare, che, comunque anche il giudice camerale è tenuto a rispettare.

In conclusione, si ritiene che una iniziativa impugnatoria del Conservatore contrasti con la connotazione del procedimento *de quo* in quanto rimedio facoltativo, improntato alla celerità, deprivato di interessi confliggenti, inidoneo ad assurgere a giudicato. Ciò, tuttavia, non esclude che in casi del tutto eccezionali, a fronte di difficoltà tecniche sulla eseguibilità del provvedimento emesso in sede di reclamo, nel silenzio del legislatore, ben possa essere proposta non una impugnazione in senso tecnico (che sarebbe incompatibile con l'assenza della qualità di parte), ma una richiesta di chiarimenti e/o indicazioni specifiche e puntuali sulla ridetta eseguibilità del provvedimento alla Corte d'Appello.

Quanto alla responsabilità del Conservatore, ritiene questa Avvocatura che proprio l'essere il Conservatore titolare di una “*funzione pubblica*”, lo colloca al di fuori di un potenziale conflitto di interessi, ne esclude, si ripete,

la qualità di parte, con la conseguenza che il provvedimento emesso in sede di reclamo non fa stato nell'eventuale successivo giudizio in via ordinaria. Senza contare che proprio una iniziativa impugnatoria potrebbe esporre lo stesso a pretese risarcitorie per inadempimento o ingiustificato ritardo, laddove l'ottemperanza lo porrebbe sicuramente al riparo dalle stesse.

Quanto, infine, alla possibilità ventilata di sollecitare al gravame il pubblico ministero, si osserva come la stessa sia al di fuori della lettera della legge.

Solo per completezza si rappresenta che i precedenti giurisprudenziali di merito citati da codesta Agenzia, risultano recessivi rispetto al *dictum* del giudice della nomofilachia sopra riportato.

*** **

Più delicata appare la legittimazione al reclamo da parte del pubblico ministero che da codesta Agenzia, nel silenzio del legislatore, viene ricavata dalla reclamabilità, in generale, dei provvedimenti camerale *ex art.* 739 c.p.c. e dalla facoltà attribuita al pubblico ministero dall'art. 740 c.p.c. di impugnare i decreti che devono essere pronunciati "*sentito il pubblico ministero*" secondo la previsione dell'art. 738 comma 2 c.p.c. (casi di c.d. audizione del pubblico ministero).

Tale assunto, e cioè la legittimazione al reclamo da parte del pubblico ministero, deve coordinarsi necessariamente con i principi generali in ordine al ruolo rivestito dal pubblico ministero nel processo civile.

I primi due commi dell'art. 72 c.p.c., scandiscono, infatti, la diversità dei poteri spettanti nel processo civile al pubblico ministero: interveniente nelle cause che egli stesso avrebbe potuto proporre (art. 70 primo comma n. 1 c.p.c.), rispetto a quelli attribuitigli nella residua ipotesi di intervento obbligatorio o facoltativo. Di conseguenza la giurisprudenza della Suprema Corte, relativamente ai procedimenti camerale, distingue la legittimazione del pubblico ministero agente da quella del pubblico ministero soltanto interveniente, con la conseguenza che questi ha il potere di impugnazione solo nei procedimenti che egli stesso avrebbe potuto iniziare (cfr. Cass. SS.UU. 9743/2008).

La trasposizione di tali principi al caso di specie, consente di ritenere che l'intervento del pubblico ministero nella procedura di cui al combinato disposto degli artt. 2888 c.c. e 113 disp. att. al c.c., sia previsto a garanzia della corretta applicazione della legge, ma non anche a tutela di una posizione di parte sostanziale o processuale del rapporto che compete soltanto nei casi in cui a tale Ufficio è consentita anche l'esperibilità dell'azione. Diversamente il procedimento *de quo* delinea soltanto una partecipazione alla stregua di quanto previsto in via generale dall'art. 70 comma 1 n. 5 c.p.c., non connessa ad un potere di iniziativa giudiziaria, e, dunque, non riconducibile ai casi di cui al numero 1 del primo comma del ridetto art. 70 ("*causa che egli stesso potrebbe proporre*").

In via di sintesi e per completezza, si pone l'accento sulla specificità,

(enucleabile anche dalla *sedes materiae* dell'istituto) del procedimento disciplinato dal combinato disposto degli artt. 2888 c.c. e 113 disp. att. al c.c. che sembra escludere una estensione analogica della disciplina generale di cui agli artt. 739 e 740 del c.p.c. (arg. ex art. 11 delle disp. prel. al c.c.)

Le considerazioni che precedono, pur se conformi ai richiamati principi espressi dal giudice della nomofilachia, non precludono naturalmente le diverse valutazioni riservate al pubblico ministero che, nell'esercizio delle proprie prerogative, può apprezzare l'esistenza dei margini per proporre reclamo dinanzi alla Corte di Appello.

*** **

Il secondo quesito, enucleabile dai punti 2, 2a) e 2b) delle note a riscontro, attiene sostanzialmente alla reclamabilità in Corte d'Appello del provvedimento reso dal Presidente del Tribunale ex art. 745 c.p.c. in caso di rifiuto o di ritardo da parte del Conservatore nel ricevere i titoli e le note di cui all'art. 2674 c.c.

Ed infatti nei suoi due commi, la norma da ultimo citata, distingue tra il caso in cui il Conservatore ha facoltà di rifiutare di ricevere titoli e note, da quello in cui egli ha l'obbligo di non riceverli. In entrambi i casi, con riguardo all'ipotesi del rifiuto di trascrivere, è stato poi inserito l'art. 113 *bis*, disp. att. al c.c. il quale permette al richiedente di utilizzare la procedura di cui all'art. 745 c.p.c.

Codesta Agenzia esattamente sottolinea la diversità della costruzione normativa costituita dal combinato disposto degli artt. 2674 c.c., 113 *bis* disp. att. al c.c. e 745 c.p.c. rispetto a quella disciplinata dall'art. 2888 c.c. e 113 disp. att. c.c. sopra esaminata, in quanto nella prima non vi è alcun riferimento alla reclamabilità alla Corte d'Appello del provvedimento presidenziale, nemmeno da parte del richiedente. Nell'assoluto silenzio del legislatore, codesta Agenzia si chiede se la reclamabilità possa farsi discendere dall'art. 739 c.p.c., il quale stabilisce, con riferimento ai provvedimenti camerale, che "... *contro i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello ...*". A tal proposito, è opportuno sottolineare infatti, che, in virtù del disposto dell'art. 742 *bis* c.p.c. il legislatore estende le disposizioni del Capo VI del Titolo II (ove è collocato l'art. 739 c.p.c.) "... *a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti ...*".

Sulla questione questo Generale Ufficio osserva.

In dottrina molto discusso è l'aspetto della impugnabilità del decreto conclusivo del procedimento *de quo*.

La reclamabilità ai sensi dell'art. 739 c.p.c. è sostenuta da quella parte della dottrina che attribuisce natura camerale al procedimento, riportandolo nell'alveo dei procedimenti di volontaria giurisdizione.

Secondo questa parte della dottrina, oltre che reclamabile, il provvedi-

mento è anche revocabile *ex art.* 742 c.p.c. (cfr. REDENTI, in *Diritto processuale civile*, III, 3° Ed. Milano 1957, 410; MONTESANO, ARIETA in *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova 2002, 1554).

Secondo altra parte della dottrina, la forma del provvedimento ne impedisce l'impugnabilità, non potendosi neppure fare applicazione degli artt. 739 e 742 c.p.c., in quanto non richiamati e relativi ai diversi procedimenti camerale (cfr. MICHELI, *In tema di impugnabilità del decreto emesso dal Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 745 c.p.c.*, in *RDPr*, 1956, II, 280).

Altra parte ancora della dottrina ritiene che il decreto pronunciato all'esito del procedimento *de quo* sia un vero e proprio provvedimento decisorio, sia pur privo della forma della sentenza, insuscettibile di gravame al giudice superiore in assenza di una espressa disposizione che ne preveda e ne regoli la impugnazione, ma ricorribile in Cassazione *ex art.* 111 Cost. (cfr. PETRUCCI, *Copia e collazione di atti pubblici* in *E.d.D.* X, Milano, 1962, 640). Altri, infine, concludono per l'inopponibilità del provvedimento, conclusione cui pervengono considerando la natura contenziosa del procedimento, che preclude l'applicabilità degli artt. 739 e 742 c.p.c., l'assenza di mezzi di impugnazione per esso previsti. Secondo questa parte della dottrina, in caso di rigetto dell'istanza, il richiedente può promuovere un autonomo giudizio per le vie ordinarie, nel quale il provvedimento presidenziale non fa stato, per ottenere una pronuncia, con efficacia di giudicato, sulla legittimità o meno del rifiuto al rilascio della copia (cfr. EVANGELISTA, *Copia, collazione e riproduzione di atti e di documenti* in *EG*, IX, Roma, 1988, 4; TRISORIO LIUZZI, *Copia e collazione di atti*, in *Digesto Civ.*, IV, Torino, 1989, 405).

Di fronte a questo ventaglio di opinioni, questo Generale Ufficio, ritiene costituisca miglior partito seguire il *dictum* della Suprema Corte, la quale, come del resto sottolineato anche da codesta Agenzia, è intervenuta nel senso di ritenere inammissibile sia il reclamo alla Corte d'Appello, sia il ricorso per Cassazione *ex art.* 111 Cost.

Ed infatti è stato ritenuto inammissibile il reclamo alla Corte d'Appello - ai sensi dell'art. 739 c.p.c. - sottolineando che tale norma prevede il reclamo, con ricorso alla Corte d'Appello, avverso i decreti pronunciati dal Tribunale in camera di Consiglio, mentre il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 745 è un provvedimento del Presidente del Tribunale (e non del Tribunale) con conseguente impossibilità di proporre reclamo (cfr. Cass. 6628/2008; *idem* 7529/2003).

Inoltre, può ritenersi ormai consolidato l'orientamento secondo cui è inammissibile il ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost., trattandosi del provvedimento conclusivo di un procedimento che non comporta esplicazione di una attività giurisdizionale in sede contenziosa, in quanto non ha ad oggetto la risoluzione di un conflitto di interessi, ma il regolamento secondo legge dell'interesse pubblico alla pubblicità immobiliare e non suscettibile di pas-

saggio in giudicato, ben potendo le parti interessate adire la normale via contenziosa per ottenere una pronuncia sull'esistenza del loro diritto (cfr. Cass. 4523/1998; idem 9234/1996; idem 370/1995; idem 10917/1993).

È appena il caso di sottolineare che la giurisprudenza di merito, meno recente, risulta recessiva rispetto al *dictum* della Suprema Corte.

Da ultimo e per completezza, argomentazioni a favore della non reclamabilità possono trarsi, secondo quanto correttamente evidenziato da codesta Agenzia, dalla formulazione letterale dell'art. 113 *bis* disp. att. al c.c. e dal trattamento differenziato dell'Istituto in esame rispetto agli altri disciplinati rispettivamente dagli artt. 113 e 113 *ter* disp. att. al c.c., come pure dalla *ratio* del sistema che tende a privilegiare l'esigenza di procedere quanto prima all'esecuzione di una formalità ovvero di escluderla.

*** **

Le considerazioni che precedono consentono di rispondere al quesito formulato al punto 3b) delle note a riscontro relativo alla legittimazione a proporre reclamo in Corte d'Appello nei casi previsti e disciplinati dal combinato disposto degli artt. 2674 *bis* c.c. e 113 *ter* delle disp. att. al c.c.

Sul punto va comunque segnalato il recente arresto della Suprema Corte che in sentenza 4410/2017 così si esprime:

“Il provvedimento della Corte d'Appello con il quale si conclude, ex artt. 2674-bis c.c. e 113 ter disp. att. dello stesso codice, il procedimento sul reclamo proposto avverso la trascrizione o l'iscrizione con riserva al fine di conservare gli effetti della formalità, non è impugnabile con il ricorso di cui all'art. 111 Cost., trattandosi di un procedimento “lato sensu” cautelare a contraddittorio non pieno, nel quale le parti interessate ai sensi dell'art. 113-ter cit., vengono semplicemente sentite, diretto a far sì che, ove sorgano gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità o iscrivibilità di un determinato atto, l'interessato possa ottenere, in via provvisoria, l'attuazione della pubblicità immobiliare, ed il cui oggetto è il solo accertamento della gravità e fondatezza dei dubbi in questione, essendo la definitiva pronuncia sulla sussistenza del diritto e sull'effettuazione della pubblicità rimessa ad un eventuale giudizio contenzioso”.

La reiterazione da parte del giudice della nomofilachia di principi che escludono il contraddittorio pieno, l'assenza di un conflitto di interessi, la non formazione del giudicato, avendo come premessa solo la sussistenza di dubbi sulla trascrivibilità o la iscrivibilità di un determinato atto, depongono ancora una volta per escludere una legittimazione del Conservatore alla proposizione del reclamo, salvo i casi eccezionali indicati con riferimento al primo quesito.

*** **

Al quesito formulato al punto n. 4), afferente al patrocinio di questo Generale Ufficio, sembra potersi rispondere richiamando il *dictum* della Suprema Corte in ordine alla natura non contenziosa dei procedimenti *de quo* e relativi

corollari, i quali consentono la partecipazione diretta del Conservatore finalizzata alla sua audizione da parte dell' autorità giudiziaria

È appena il caso di rilevare che questo Generale Ufficio resta sempre a disposizione a fronte di ogni richiesta di patrocinio.

*** **

Da ultimo, con riferimento al quesito n. 5), relativo alle spese di lite, si ritiene esaustivo il *dictum* del giudice di legittimità che, relativamente al provvedimento contenente condanna, ne ammette la ricorribilità in Cassazione ai sensi dell' art. 111 della Costituzione, limitatamente a tale capo di sentenza anche da parte del Conservatore.

Ed infatti in sentenza n. 15131/2015 si legge: *“Il procedimento avverso il rifiuto del Conservatore dei registri immobiliari (oggi direttore dell' Agenzia del territorio) di eseguire una trascrizione, previsto dall' art. 745 c.p.c., cui rinvia l' art. 113 bis disp. att. ha natura di volontaria giurisdizione non contenziosa, avendo esso ad oggetto non la risoluzione di un conflitto di interessi, ma il regolamento, secondo la legge, dell' interesse pubblico alla pubblicità immobiliare, cosicché in esso non è ravvisabile una parte vittoriosa o soccombente, tanto che il presidente del tribunale si limita a “sentire” il Conservatore e il relativo provvedimento è insuscettibile di passare in giudicato; non può, pertanto, in tale procedimento, provvedersi alla condanna alle spese, che, se assunta, legittima al ricorso per cassazione, ai sensi dell' art. 111 Cost., avendo tale pronuncia valenza decisoria”*.

Su tutto quanto dianzi esposto è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.

Successione dell'Agencia Nazionale all'Agencia del demanio nell'amministrazione, destinazione e gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata: sui giudizi pendenti

PARERE DEL 01/02/2019-62557-62558, AL 11463/2018,

AVV. TI FRANCESCA SUBRANI, PAOLA MARIA ZERMAN

Quesito

Con nota del 5 marzo 2018, l'Agencia del demanio ha richiesto a questo G.U. un parere in merito alla competenza dell'Agencia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (d'ora innanzi anche "Agencia Nazionale"), succeduta all'Agencia del demanio nelle competenze relative all'amministrazione, destinazione, monitoraggio e gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata (1), a pagare i debiti oggetto di giudizi pendenti al tempo della sua istituzione, con particolare riguardo al caso di sentenze di condanna pronunciate nei confronti dell'Agencia del demanio per non essere stata la successione dichiarata nel corso del processo.

Con nota del 2 febbraio 2018, l'Agencia Nazionale ha posto alla Scrivente analogo quesito, chiedendo altresì, per il caso di risposta positiva quanto alla successione nei debiti, delucidazioni in merito alle modalità con le quali reperire le risorse necessarie, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 44, d.lgs. n. 159/2011, novellato dalla L. n. 161/2017.

In entrambe le richieste di parere si rappresenta che l'avv. (...) - nominato (nel 2001) dall'Agencia del demanio, allora competente, amministratore finanziario nell'ambito della confisca di un ingente patrimonio in danno del sig. (...) (2) - ha notificato un atto di precetto sia all'Agencia del demanio che all'Agencia Nazionale, intimando a entrambe il pagamento della somma di € 501.332,00. Gli atti di precetto seguono la notifica della sentenza n. 1868/2017 del Tribunale di Palermo, che ha accertato il diritto dell'avv. (...) al compenso per l'attività svolta dal 2001 al 2007. L'Agencia Nazionale rappresenta altresì che il patrimonio confiscato non pare sufficiente a coprire i costi di gestione

(1) In particolare, all'art. 7, comma 2, del d.l. n. 4 del 2010 è previsto che "A decorrere dalla nomina di cui all'articolo 2, comma 2 [nomina del Direttore dell'Agencia Nazionale], cessa l'attività del Commissario straordinario per la gestione e la destinazione dei beni confiscati ad organizzazioni criminali e vengono contestualmente trasferite le funzioni e le risorse strumentali e finanziarie già attribuite allo stesso Commissario, nonché, nell'ambito del contingente indicato al comma 1, lettera a), le risorse umane, che restano nella medesima posizione già occupata presso il Commissario. L'Agencia subentra nelle convenzioni, nei protocolli e nei contratti di collaborazione stipulati dal Commissario straordinario. L'Agencia, nei limiti degli stanziamenti di cui all'articolo 10, può avvalersi di esperti e collaboratori esterni".

(2) Con decreto emesso dal Tribunale di Palermo in data 30 giugno 1995, confermato dalla Corte d'appello di Palermo in data 30 giugno 1999 e divenuto definitivo in data 2 giugno 2000 in forza di sentenza della Corte di cassazione.

(si dubita, in particolare, della possibilità di distogliere dall'attuale impiego i compensi aziendali oggetto di confisca (3), a tutela dei creditori e dei livelli occupazionali).

Nelle more del giudizio innanzi al Tribunale di Palermo, con d.l. n. 4 del 2010, è stata com'è noto istituita l'Agenzia Nazionale, alla quale sono state attribuite le competenze in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati alla criminalità organizzata che prima erano dell'Agenzia del demanio (4). Nessuna delle parti ha fatto risultare tale evento nel processo in corso, che è proseguito tra le parti originarie, e la sentenza è stata resa solo nei confronti dell'Agenzia del demanio originaria convenuta. Il Tribunale di Palermo ha accolto parzialmente la domanda dell'avv. (..) e condannato quest'ultima Agenzia a corrispondergli la somma di € 1.788.136,86.

L'Agenzia del demanio ha proposto appello avverso tale decisione, tuttora pendente, e la Corte di appello di Palermo ha sospeso l'efficacia esecutiva della sentenza limitatamente alla somma eccedente € 500.000,00.

L'avv. (..) ha notificato all'Agenzia del demanio altresì un atto di pignoramento presso terzi.

Considerazioni

1) La successione dell'Agenzia Nazionale all'Agenzia del demanio nell'amministrazione, destinazione e gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata, con particolare riferimento ai processi in corso al tempo dell'istituzione dell'Agenzia Nazionale.

Ritiene la Scrivente di poter confermare, al riguardo, il parere reso il 13 aprile 2010 (prot. n. 130714), sebbene con riferimento a una proposta transattiva e non all'esecuzione di una sentenza di condanna. Si trattava infatti di una vicenda analoga a quella qui in esame, di compensi da corrispondere a un professionista che aveva svolto attività di amministratore in epoca precedente all'istituzione dell'Agenzia Nazionale.

Tale parere va confermato, in particolare, nella parte in cui vi si afferma

(3) La confisca ha avuto per oggetto, più precisamente, quote di società la cui attività è stata proseguita ai sensi dell'art. 48, comma 1, lett. B) del d.lgs. n. 159/2011.

(4) Il d.l. n. 4/2010, convertito con modificazioni dalla L. 31 marzo 2010, n. 50, ha regolato la successione nelle competenze modificando la l. n. 575 del 1965 (si veda oggi il d.lgs. n. 159 del 2011, c.d. Codice antimafia), che le attribuiva all'Agenzia del demanio. Le norme debbono essere intese nel senso del globale passaggio all'Agenzia Nazionale di tutti i rapporti, attivi e passivi, inerenti alle competenze oggetto di trasferimento, quale che ne sia la fonte.

Sul subentro nella gestione dei beni si veda il parere reso da questo G.U. in data 13 maggio 2016 (prot. n. 235800), sia pure con riferimento ai beni provenienti da confische disposte per reati ambientali e all'esito di procedimenti riguardanti l'immigrazione clandestina; si veda altresì la convenzione sottoscritta dall'Agenzia del demanio e dall'Agenzia Nazionale in data 11 febbraio 2016, nelle cui premesse si legge che l'Agenzia Nazionale è subentrata all'Agenzia del demanio in tutti i compiti di gestione, e che ha ormai raggiunto un elevato livello di autonomia gestionale.

che, con il trasferimento delle competenze in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati dell'Agenzia del demanio all'Agenzia Nazionale, si è verificata una sorta di successione universale, "nel senso che per le competenze trasferite si realizza il passaggio da un soggetto a un altro di una pluralità di rapporti giuridici attivi e passivi", con effetto immediato.

Va precisato tuttavia, trattandosi di un aspetto rilevante nel caso qui in esame, che il fenomeno verificatosi in forza del d.l. n. 4/2010 appare assimilabile (sul piano descrittivo), più che a una successione *mortis causa*, al trasferimento di un ramo di azienda, essendosi realizzata la successione in una pluralità di rapporti giuridici, attivi e passivi, senza estinzione del soggetto dante causa (5).

Tale fenomeno è regolato sul versante processuale, è ormai pressoché pacifico (6), dall'art. 111 c.p.c., a mente del quale "Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo

(5) L'estinzione del soggetto dante causa è il presupposto per l'applicabilità dell'art. 110 c.p.c., si abbia o meno successione universale. V. LUISO, *Successione nel processo*, in *Enc. Giur.*, XXX, p. 1. Con riguardo alla successione nel *munus* fra enti pubblici, l'A. osserva che si ha, sul piano sostanziale, una vera e propria successione nei diritti e negli obblighi, che sono sorti per il perseguimento dell'interesse pubblico oggetto del trasferimento. Sicché l'ente successore diviene titolare anche dei diritti e degli obblighi che erano già nati al momento in cui avviene la successione, ed è quindi responsabile anche per i debiti che siano stati contratti dall'ente predecessore, sempre in vista della cura di quel *munus* pubblico. Sul piano del processo avremo l'applicazione dell'art. 111, e non dell'art. 110 c.p.c. (p. 10 s.).

(6) Poche le opinioni diverse; v. per tutti PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, per il quale (con riferimento però agli obblighi aventi ad oggetto la restituzione di cose determinate) l'efficacia esecutiva della sentenza nei confronti di un soggetto diverso dalle parti del giudizio sarebbe ammissibile soltanto a favore dei successori e mai contro. *Contra* LUISO, *op. loc. ult. cit.* Quanto poi agli argomenti che l'autorevole A. oppone alla stessa ammissibilità di una successione nel debito pecuniario (p. 101) - la non indifferenza, per il creditore, della persona del debitore e della garanzia offerta dal suo patrimonio *ex art. 2740 c.c.* -, essi non sarebbero comunque spendibili nel caso in esame, in cui la successione (anche) nelle situazioni giuridiche passive è avvenuta in forza di legge. Per l'ammissibilità in generale di una successione nel debito v. JANNI, *Riflessi processuali del trasferimento all'ENEL delle aziende elettriche*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 279, il quale osserva che il principio che si oppone alla cedibilità del debito senza il consenso del creditore non si applica nell'ambito del diritto pubblico, ossia quando non è più questione del potere di disposizione dei privati, e il pregiudizio alle ragioni del creditore è esclusa in radice dalla qualità del nuovo debitore. Cfr. NICOLÒ, *Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 273 ss., per il quale dovrebbe invece applicarsi l'art. 110 c.p.c. nei casi - tra i quali potrebbe rientrare quello qui in esame - in cui momento consequenziale immediato del trasferimento sia la necessaria prosecuzione dell'attività (diversamente dall'ordinario trasferimento di azienda, in cui l'attività dell'acquirente del complesso dei rapporti aziendali è autonoma e non causalmente collegata all'attività del dante causa); conforme RODOTÀ, *Rapporti privati e leggi di nazionalizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 95 ss.; sostenne l'applicabilità, nel caso della nazionalizzazione delle imprese elettriche, dell'art. 110 c.p.c. anche SATTA, *Nazionalizzazione delle imprese elettriche e interruzione del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 256 ss., per il quale l'art. 111 c.p.c. "non si applica se non alle alienazioni volontarie". Tale soluzione non è stata poi accolta dalla giurisprudenza della S.C., per la quale insuperabili difficoltà testuali si oppongono all'applicabilità, anche in via analogica, dell'art. 110 c.p.c. ai casi in cui il soggetto dante causa non "viene meno" (v. S.U. 28 settembre 1968, n. 2988).

prosegue tra le parti originarie”, e “In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso. La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione” (7).

Il processo in corso non è destinato a subire alcuna interruzione, e la partecipazione ad esso del successore a titolo particolare è soltanto eventuale: anche nel caso in cui, come in quello qui in esame, egli non partecipi al processo, la sentenza farà comunque stato e sarà eseguibile anche nei suoi confronti, per il disposto dell'art. 111, comma 4, c.p.c. (8).

La dottrina ha ampiamente chiarito che, nei casi in cui il soggetto giuridico alienante non venga meno, l'acquirente succede non già nel processo, ma nel rapporto sostanziale (o nel rapporto litigioso) (9). Non rileva pertanto, nel caso qui in esame, che i fatti oggetto del giudizio fossero precedenti all'istituzione del nuovo soggetto e al trasferimento ad esso dei rapporti e delle competenze (10). Il processo è legittimamente continuato nei confronti dell'Agenda dante causa, che lo ha proseguito in veste di sostituto processuale dell'Agenda Nazionale (11).

(7) V. Cass. 00/9894, secondo cui “Nell'ipotesi di successione a titolo particolare tra enti con trasferimento "ex lege" di una parte di beni e rapporti ad un nuovo ente senza estinzione di quello i cui beni e rapporti sono in parte trasferiti - nella specie subingresso dell'Ente Poste nei rapporti attivi e passivi già facenti capo alla amministrazione PP.TT. senza soppressione del soggetto, Ministro, in precedenza titolare di essi - la successione nel processo è disciplinata dall'art. 111 c.p.c. e il successore a titolo particolare (Ente Poste trasformato in Poste Italiane s.p.a.) è legittimato a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza resa nei confronti del Ministro PP.TT. e relativa ad un rapporto pertinente all'Amministrazione soppressa”; v. anche S.U. 68/2988, cit., cui si è conformata la successiva giurisprudenza della S.C.; in materia di trasferimento di azienda, v. tra le altre Cass. 90/8219, secondo cui: “mentre la cessione del contratto di cui agli art. 1406 c.c. ss. si riferisce a prestazioni non ancora eseguite ed ha l'effetto di sostituire il terzo, col consenso dell'altra parte, nella posizione dell'originario obbligato, la successione nei contratti di cui all'art. 2558 c.c. ha effetti più ampi, potendo intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale e quindi anche nella fase contenziosa conseguente ad una domanda di esatto adempimento, di garanzia per vizi e di risoluzione per inadempimento, assumendo, in tal caso, il cessionario dell'azienda la posizione di successore a titolo particolare nel diritto controverso anche agli effetti del disposto dell'art. 111 c.p.c.”.

(8) LUISO, *L'esecuzione "ultra partes"*, Milano, 1984, p. 282 ss.

(9) v. per tutti VACCARELLA, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, in *Trattato della trascrizione* diretto da GAZZONI e GABRIELLI, vol. II, Torino, 2014, p. 355. Cfr. Cass. pen., sez. I, 16 febbraio 2011, n. 8767, per la quale la creazione di un apposito organo avente competenza specifica nello stesso ambito dell'amministrazione statale, “induce *ex se* legittimazione del nuovo organo competente, senza necessità di una disciplina transitoria intertemporale”.

(10) In tal senso Trib. Lagonegro, sent. n. 45 del 27 marzo 2018; secondo cui “Con la creazione del nuovo ente pubblico deputato alla gestione dei beni sequestrati e confiscati e con l'espressa attribuzione ad esso delle relative funzioni (nonché delle strumentali) [...] si è al contempo determinato, da un lato, un fenomeno di successione tra enti pubblici, dall'altro un fenomeno successorio dal lato passivo del rapporto creditorio dedotto in giudizio”, al quale sono applicabili i principi generali dettati dal Codice civile in tema di successione del debito ove non derogati dalla specifica normativa regolatrice della vi-

Nel caso in esame, oggetto delle richieste di parere è la successione in una specifica posizione debitoria (12), la quale tuttavia non può essere considerata isolatamente essendo parte di un unitario complesso di rapporti, attivi e passivi, al cui trasferimento si applica l'art. 111 c.p.c. La norma vincola il successore, ancorché rimastovi estraneo, all'esito del processo, costringendo l'alienante a rimanere in giudizio (di regola) in veste di sostituto processuale.

Succeduta l'Agenzia Nazionale in tutti i rapporti, attivi e passivi, inerenti le competenze ad essa trasferite, non sembra possibile distinguere tra rapporti originati da fatti anteriori al trasferimento e rapporti originati da vicende successive, quale che ne sia la fonte, né tra rapporti già accertati o pacifici e rapporti *sub judice* al tempo del trasferimento. I processi in corso, sia o non sia il trasferimento fatto constare, proseguono tra le parti originarie, fatta salva la facoltà del successore di intervenire (senza subire le preclusioni di cui all'art. 269 c.p.c. (13)).

Deriva da quanto detto che, nel caso in esame, tenuta al pagamento delle somme pretese dall'avv. (...) deve ritenersi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, nei cui confronti la sentenza spiega la sua efficacia *ex art.* 111⁴

cenda; Trib. Palermo, ord. del 12 dicembre 2017, R.g. n. 7291/2017; Trib. Catania, sent. n. 3582 del 20 settembre 2017; Trib. Palermo, sent. n. 970 del 27 febbraio 2017; *contra* App. Catanzaro, sent. n. 220 del 29 aprile 2016, ma tale minoritario orientamento non pare, per le ragioni dette, da condividere, né per vero appare congruamente motivato.

(11) V. ancora VACCARELLA, *Trascrizione*, cit., p. 356 ss.: la sostituzione processuale in parola è uno strumento di salvaguardia per la controparte, per la quale dalla sopravvenuta successione non deve derivare alcun onere. V. Cass. 09/22424, per la cui massima "La cessione di credito determina la successione a titolo particolare del cessionario nel diritto controverso, cui consegue, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., la valida prosecuzione del giudizio tra le parti originarie e la conservazione della legittimazione da parte del cedente, in qualità di sostituto processuale del cessionario, anche in caso d'intervento di quest'ultimo fino alla formale estromissione del primo dal giudizio, attuabile solo con provvedimento giudiziale e previo consenso di tutte le parti"; conf. Cass. 07/15674: "Ogni qualvolta la cessione di un credito avvenga nel corso del procedimento, l'attività sino a quel momento svolta e le pronunce eventualmente emesse trovano la loro disciplina nell'art. 111 c.p.c. e non nell'art. 105 c.p.c., assumendo il successore a titolo particolare nel diritto controverso la posizione di parte e non quella di terzo. Ne consegue che tale successione lo espone, indipendentemente dall'estromissione del dante causa, agli effetti della decisione pronunciata, che è da lui impugnabile e fruibile in sede esecutiva". Minoritaria è la posizione di chi (v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2012, p. 455 ss.) ritiene che la sostituzione richieda necessariamente l'allegazione di agire in tale veste; per un caso di sostituzione processuale dal lato passivo, sicuramente ammissibile, v. artt. 144 e 149 del d.lgs. 209/2005, c.d. codice delle assicurazioni private.

(12) Il debito nei confronti dell'avv. (...). La successione nel debito è anch'essa soggetta, secondo la migliore dottrina (v. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, rist. 2005, p. 627, per il quale la cessione del debito espone il cessionario agli effetti del processo che abbia ad oggetto il debito, anche se il processo si sia instaurato prima della cessione), alla disciplina dell'art. 111 c.p.c. (che letteralmente si riferisce al diritto controverso, ma che si applica più in generale alla successione a titolo particolare nella posizione giuridica controversa); v. anche JANNI, *Riflessi processuali del trasferimento all'ENEL delle aziende elettriche*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 283.

(13) VACCARELLA, *op. loc. cit.*

c.p.c. sebbene l'evento successorio non sia stato dichiarato nel corso del giudizio (14).

La questione esaminata suggerisce comunque l'opportunità di un più stretto coordinamento tra le due agenzie ai fini della gestione delle liti tuttora pendenti e, più in generale, dei rapporti trasmessi in forza del D.L. n. 4 del 2010.

Conclusioni

In conclusione, l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, succeduta *ex lege* all'Agenzia del demanio in tutte le situazioni, attive e passive, relative all'amministrazione e gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata, deve ritenersi competente a pagare anche i debiti sorti prima di tale trasferimento di competenze e oggetto di giudizi pendenti al tempo della sua istituzione, e ciò anche nei casi in cui la successione non venga dichiarata nel corso del processo. La sentenza resa nei confronti dell'Agenzia del demanio, infatti, farà stato nei suoi confronti per il disposto dell'art. 111, comma 4, c.p.c.

(14) A diversa conclusione non potrebbe condurre la considerazione che, nel caso in esame, il trasferimento dei rapporti è avvenuto in forza di legge e non per contratto. Le esigenze che stanno alla base della disciplina di cui all'art. 111 c.p.c. - come detto, la tutela della controparte - sussistono infatti anche in caso di trasferimento "coattivo" del diritto, che il legislatore non ebbe in mente ma che è di verifica, nella pratica, non infrequente; v. ancora JANNI, *Riflessi processuali del trasferimento all'ENEL delle aziende elettriche*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 282.

Spese di viaggio ammesse a rimborso (comprehensive anche delle spese di vitto e alloggio?): interpretazione art. 6, comma 3, L. 23 ottobre 2003, n. 286

PARERE DEL 01/02/2019-63444, AL 45093/2018, AVV. DIANA RANUCCI

Con la nota in epigrafe, codesta Amministrazione ha chiesto alla Scrivente di esprimere il proprio parere in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 6, comma 3, della L. 23 ottobre 2003, n. 286, a tenore del quale *“Le spese di viaggio per la partecipazione dei membri dei Comitati alle riunioni di cui ai commi 1 e 2 sono a carico dei bilanci dei Comitati cui ciascun membro appartiene”*.

In applicazione poi del successivo comma 4, tali spese di viaggio gravano sul capitolo 3106 del bilancio dello Stato, in dotazione al Maeci.

L'art. 6, comma 1, L. 286/2003, precisa che nei Paesi in cui esiste più di un Comitato degli Italiani all'Estero (di seguito anche “Comites”), è istituito il Comitato dei Presidenti di cui fa parte il Presidente di ciascun Comites.

È altresì previsto che detto Comitato si riunisca almeno una volta l'anno su convocazione del coordinatore eletto tra i suoi membri e almeno una volta l'anno dietro convocazione dell'Ambasciatore italiano presso il Paese in cui si trovano i Comites.

Tanto premesso, codesto Ministero intende conoscere se tra le “spese di viaggio”, di cui all'art. 6 citato, possano ricomprendersi, oltre alle ordinarie spese di trasporto, anche quelle di diaria relative a vitto e alloggio, sostenute in occasione della trasferta.

Riferisce codesta Amministrazione che in realtà un problema sul punto non si era mai posto, poiché, in base a prassi consolidata, la dizione spese di viaggio è sempre stata intesa come comprensiva anche delle spese per vitto e alloggio, e che la questione si è posta solo di recente, in relazione alla comunicazione dell'Ufficio centrale del Bilancio presso il Ministero degli Affari esteri e cooperazione internazionale, resa in data 20 settembre 2018, che, andando di contrario avviso rispetto alla prassi in uso, ha segnalato che la corresponsione della diaria, intesa come rimborso delle spese per vitto e alloggio e non come indennità di trasferta, non risulta coerente con l'interpretazione restrittiva adottata dalla Ragioneria Generale dello Stato, che limita il rimborso delle spese di viaggio alla sola spesa di trasporto; e ciò in quanto *“nel caso di specie, non si tratta di erogare un trattamento missione effettuata per conto dell'amministrazione pubblica”* (nota del Ragioniere Generale dello Stato, n. 193719 del 13 agosto 2018).

Al contrario, come detto, codesta Amministrazione ha sempre ritenuto rimborsabili anche le spese attinenti a vitto e alloggio, pur in termini di rimborso forfettario mediante una diaria, e ciò in base alla Circolare n. 4 del 6 di-

cembre 2007, avente ad oggetto le “Erogazioni di finanziamenti in denaro ai COMITES per le spese relative al loro funzionamento. Capitoli 3103 e 3106”, ed al conforme Parere dell’UCB del Maeci dell’11 agosto 2005 n. 904/14675.

La Circolare n. 4/2007, finalizzata alla semplificazione e razionalizzazione delle procedure di erogazione dei finanziamenti annuali ai Comitati degli Italiani all’Estero, include infatti tra le spese ammesse a rimborso, incidenti sui Capitoli 3103 e 3106 (quest’ultimo previsto per il Comitato dei Presidenti), “...*le spese di viaggio per la partecipazione alle riunioni dei COMITES dei membri non residenti nel capoluogo della circoscrizione, ad esempio: eventuali spostamenti all'interno della circoscrizione per contatti con la collettività e le associazioni italiane. A tale proposito vale la pena ricordare che è ammesso a rimborso il costo del mezzo di trasporto più conveniente, più un'eventuale diaria il cui valore sarà stabilito dal capo dell'Ufficio consolare sulla base del costo della vita locale*” (lett. D) punto 8), e “... *le spese di viaggio, vitto e alloggio per la partecipazione di esperti o consulenti alle riunioni del COMITES per la trattazione di questioni specifiche...*” (punto 14).

L’interpretazione adottata dalla prassi operativa di codesta Amministrazione veniva altresì avallata dal parere dell’11 agosto 2005, reso dall’Ufficio Centrale di Bilancio istituito presso il MAE, secondo cui “*sia la legge n. 286 del 2003 che la relazione tecnica consentono a codesta Direzione Generale di individuare voci di spesa che gravano sul capitolo 3106 tenendo comunque presente un limite invalicabile per gli oneri di cui trattasi*” (prot. n. 904/14675).

Nello stesso senso è la Relazione Tecnica di accompagnamento al disegno di legge presentato in Parlamento, ai sensi dell’art. 11-ter, comma 2, della L. 5 agosto 1978, n. 468, ove è chiarito che la quantificazione dell’onere delle spese di viaggio di cui all’art. 6 della L. 286/2003, pari ad euro 226.000,00 annui, è stata calcolata facendo riferimento sia alle spese di trasporto che alla diaria.

Più precisamente ivi si legge che “*si è ipotizzato, sulla scorta dell’esperienza maturata, un costo unitario di circa 1.190 euro per viaggio a copertura della diaria e delle spese di trasporto. L’importo risultante è quello indicato di euro 226.000 a partire dal 2004*” (cfr. Relazione tecnica, lett. B, pag. 5). Dunque, la locuzione “spese di viaggio”, ex art. 6, comma 3, L. 286/2003, risulterebbe comprendere sia le spese di trasporto che quelle di vitto e alloggio.

Pertanto, alla luce di una visione sistematica dell’anzidetto corpo normativo e amministrativo, codesta Amministrazione ha per prassi ritenuto rimborsabili tanto i costi di trasporto quanto quelli di diaria.

Tanto premesso, ritiene questa Generale Avvocatura che la consolidata interpretazione dell’art. 6, comma 3, L. 286/2003, adottata da codesta Amministrazione, non si ponga in contrasto con le disposizioni che regolamentano

la materia in esame, considerato che la disciplina esaminata non preclude di ricomprendere tra le “spese di viaggio” anche quelle di diaria, anzi sembrando al contrario che ne ammetta esplicitamente la possibilità.

Infatti, nella Circolare MAE n. 4 del 6 dicembre 2007 è espressamente previsto il rimborso delle “.. spese di viaggio, vitto e alloggio per la partecipazione [perfino, n.d.r.] di esperti o consulenti alle riunioni del COMITES per la trattazione di questioni specifiche...”.

Sicchè, considerato che il rilievo dell’UCB presso il Maeci riguarda solo il trattamento economico dei Presidenti dei Comites, senza nulla eccepire in ordine agli esperti che pure ai sensi della Circolare n. 4/2007 possono sostenere spese di viaggio e di diaria per la partecipazione alle riunioni del Comites, sembrerebbe che consentire tale rimborso a tale ultima categoria di soggetti ma non ai Presidenti costituirebbe un’evidente disparità di trattamento, ingiustificata anche alla luce delle diverse prerogative.

Altresì, come correttamente rilevato da codesta Amministrazione, i Presidenti dei Comitati degli Italiani all’Estero, pur non essendo pubblici dipendenti in missione in senso stretto, esercitano tuttavia una funzione rappresentativa, considerata la natura istituzionale dei Comites e delle relative riunioni, e svolgono attività di riconosciuto interesse pubblico (cfr. l. n. 286/2003, art. 2).

Infatti, il Comitato costituisce l’organo di rappresentanza democratica degli Italiani all’estero nei rapporti con le rappresentanze diplomatico - consolari (art. 1 l. 286), così potendosi ritenere che, in occasione delle trasferte disciplinate dall’art. 6, i Presidenti possano considerarsi come svolgenti un pubblico servizio.

Conseguentemente, la prassi fino ad oggi adottata da codesta Amministrazione, nel senso di ritenere rimborsabili sia le spese di viaggio che la diaria, non sembra illegittima, essendo invece conforme all’attuale panorama normativo. L’interpretazione estensiva della locuzione “*spese di viaggio*”, contenuta nel comma 3 dell’art. 6 della l. n. 286/2003, si giustifica anche in considerazione dell’esigenza - da ritenersi implicitamente sottesa alla disposizione - di tenere i membri dei Comitati indenni da oneri connessi e correlati alla loro partecipazione alle riunioni, tanto più ove si consideri che costoro non sono dipendenti pubblici, ma comuni cittadini, i quali sottraggono tempo alle loro ordinarie attività e sostengono spese - altrimenti destinate ad essere rimborsate solo parzialmente - per assolvere al *munus publicum* - assimilabile ad una funzione pubblica elettiva - che sono chiamati a svolgere.

È perciò possibile sostenere che, come risulta dalla relazione tecnica al disegno di legge e dalla ivi indicata copertura finanziaria, la norma, riferendosi alle sole “*spese di viaggio*”, *minus dixit quam voluit*, dovendo perciò intendersi che quella locuzione sia riferita **non soltanto** alle spese di trasporto, ma anche alle altre spese - come quelle di vitto e alloggio - comunque **necessa-**

riamente ed inevitabilmente correlate al viaggio che il componente del Comitato è tenuto ad affrontare per assicurare la sua partecipazione alle riunioni periodiche previste dalla stessa norma.

Fermo quanto sopra, tuttavia, questa Avvocatura, nutrendo dubbi circa la conformità alla previsione normativa dell'art. 6 comma 3, l. n. 286/2003 della prassi che sembrava essere stata finora seguita, di erogare ai Presidenti dei COMITES il rimborso forfettario, comprensivo di spese di viaggio e di vitto e alloggio, nella misura di euro 1196,00 prevista nella Relazione tecnica, ha richiesto a codesta Amministrazione di specificare se i rimborsi in discorso siano stati in passato effettuati nella detta misura omnicomprensiva ovvero a seguito di documentazione di spesa presentata dai singoli Presidenti.

Con mail del 22 gennaio 2019, codesto Maeci ha chiarito i seguenti punti:

A) i Comites sono tenuti a presentare ogni anno un bilancio preventivo, che indica l'ammontare delle spese che si intendono affrontare in un dato esercizio finanziario, e un bilancio consuntivo, che giustifica come i fondi ricevuti sono stati spesi.

B) L'effettivo finanziamento assegnato a ciascun Comites sul capitolo 3106 non viene calcolato forfettariamente ma è determinato sulla base dei fondi complessivamente disponibili sul capitolo e sulla base del numero di riunioni cui il presidente del Comites si prevede parteciperà e dei costi locali.

C) Come spiega la Relazione tecnica alla legge 286/2003, il valore di € 1190 era stato calcolato come previsione di spesa media sulla base dello stanziamento iniziale, previsto dalla legge nel 2003, pari a € 226.000. Il finanziamento del capitolo per il corrente, nonché per il passato, esercizio finanziario è di circa € 69.000, con conseguente ricaduta sulla cifra di € 1190, che era stata all'epoca di fatto calcolata tenendo conto del numero complessivo dei viaggi dei Presidenti dei Comites interessati allora operativi. Peraltro, non tutti i Comites hanno accesso ai fondi del capitolo 3106, ma soltanto quelli presenti in Paesi dove operano più Comites (ad esempio, Francia, Svizzera, Belgio, Germania, Argentina, Australia, Stati Uniti, etc) perché questa è la condizione prevista dall'**art. 6 della 286/2003, commi 1 e 2.**

D) Di fatto, posto che il valore dello stanziamento complessivo sul capitolo esprime il limite massimo dei finanziamenti erogabili ai Comites che ne hanno fatto richiesta, ciascun Comites troverà nella rispettiva disponibilità dei fondi il limite massimo entro il quale il proprio Presidente potrà sostenere spese di viaggio per la partecipazione alle riunioni di cui al citato art. 6.

E) Le spese, sostenute entro il limite dell'erogazione annuale ai singoli Comites che ne hanno fatto richiesta (bilancio preventivo), devono essere giustificate, in particolar modo in occasione della presentazione dei bilanci consuntivi, il cui controllo è affidato ai locali Consolati che ne verificano la rispondenza con le voci di riferimento (art. 3, comma 7, della legge 286/2003).

Tuttavia, precisa ancora codesto Maeci, che per quanto riguarda i

Presidenti dei Comites, solo le spese di trasporto dovevano essere documentate come effettivamente sostenute; per quanto riguarda le spese di vitto e alloggio, invece, queste erano corrisposte sotto forma di diaria, percepita in base al numero dei giorni considerati in ciascun viaggio, calcolata a forfait.

Questa Avvocatura ritiene opportuna la modifica della prassi sinora seguita da codesta Amministrazione, ritenendosi che anche le spese di vitto e alloggio sostenute dai Presidenti, per la partecipazione alle riunioni di cui all'art. 6 devono essere documentate, al pari delle spese di trasporto, e rimborsate nel doppio limite, da un lato, delle somme assegnate annualmente al singolo COMITES e, dall'altro, delle spese effettivamente documentate.

Tale interpretazione della norma sembra essere la più aderente alla *ratio* della stessa, nonché conforme ai principi di ragionevolezza, proporzione, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. ed art. 1 L. n. 241/1990, sottesi alla nota della Ragioneria Generale, dalla quale è scaturita la richiesta di parere in epigrafe.

In conclusione, alla luce delle considerazioni esposte, questa Generale Avvocatura concorda con codesta Amministrazione circa la correttezza di una interpretazione dell'art. 6, comma 3, L. n. 286/2003, che comprenda nella nozione di spese di viaggio anche le spese di vitto e alloggio, purchè, come detto, nel limite delle spese effettivamente sostenute e documentate e comunque nel limite delle somme assegnate annualmente al singolo COMITES.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, che si è espresso in conformità nella seduta del 17 gennaio 2019.

Profili risarcitori in materia di danno alla salute a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto; misura degli interessi legali da applicare ai fini della liquidazione delle sentenze di condanna

PARERE DEL 20/02/2019-103029, AL 47857/2018, AVV. GAETANA NATALE

Con nota Prot. n. 34733 del 20 novembre 2018 codesto Ministero richiede un parere sulle seguenti due questioni:

1) se in presenza di pronunce giurisdizionali che non lo escludano, sia possibile scomputare dagli importi dovuti a titolo di risarcimento per danni da emotrasfusioni non soltanto l'indennizzo già percepito *ex lege* 210/92 ma anche l'indennizzo percepiendo e quali siano le corrette modalità di calcolo di tale indennizzo futuro: il dato statistico ufficiale relativo all'aspettativa di vita media fornito dall'Istat oppure l'anacronistica normativa del R.D. 9 ottobre 1922 n. 1403;

2) se sia possibile applicare il comma 4 dell'art. 1284 c.c. sulle somme liquidate nelle sentenze di condanna per danno alla salute conseguente ad emotrasfusioni.

A riguardo lo Scrivente Organo Legale osserva quanto segue.

1) Quanto alla prima questione si osserva preliminarmente che il principio della *compensatio lucri cum damno* o dell'*aliunde perceptum* non è sancito espressamente in uno specifico articolo del codice civile italiano del 1942 (contrariamente al codice civile tedesco, § 249 BGB "Schadensersatz"), ma risponde *ex art.* 1223 c.c. ad una logica redistributiva degli effetti positivi e negativi scaturenti non solo dal fatto illecito produttivo del danno, ma anche dall'inadempimento qualificato in tema di responsabilità contrattuale.

Per molto tempo ci si è chiesti se la *compensatio* fosse un principio generale o solo una regola operativa, ossia una tecnica di liquidazione del danno. Con ben quattro ordinanze (Cass. civ. Sez. III, Ord., 22 giugno 2017, n. 15534, n. 15535, n. 15536, n. 15537) detta questione è stata rimessa alle SS.UU. della Corte di Cassazione, che con quattro sentenze nn. 12564, 12565, 12566, 12567 pubblicate il 22 maggio 2018 ha cercato di chiarire in quali casi e in che termini sia possibile o meno sottrarre dal complessivo importo dovuto al danneggiato a titolo di risarcimento del danno gli emolumenti di carattere indennitario versati dagli assicuratori privati o sociali ovvero da enti pubblici, specie previdenziali.

In particolare, la sentenza Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 22 maggio 2018, n. 12565, partendo dal quesito "*se la compensatio possa operare come regola generale del diritto civile ovvero in relazione soltanto a determinate fattispecie*"; "*se nella liquidazione del danno debba tenersi conto del vantaggio che la vittima abbia comunque ottenuto in conseguenza del fatto illecito*", perce-

pendo emolumenti versatigli non solo da assicuratori privati, bensì anche "da assicuratori sociali, da enti di previdenza, ovvero anche da terzi, ma comunque in virtù di atti indipendenti dalla volontà del danneggiante" ha stabilito quanto segue: "Conclusivamente, a risoluzione del contrasto di giurisprudenza, va enunciato il seguente principio di diritto: Il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità assicurativa derivante da assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto".

Tale sentenza ha, inoltre, ricordato che la *compensatio* opera come regola generale "in tutti i casi in cui sussista una coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio, con l'effetto di assicurare al danneggiato una reintegra del suo patrimonio completa e senza duplicazioni. Questa Corte, anche a Sezioni Unite, ha infatti affermato che l'indennizzo corrisposto al danneggiato, ai sensi della L. 25 febbraio 1992, n. 210, a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto deve essere integralmente scomputato dalle somme spettanti a titolo di risarcimento del danno, venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero della Salute) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo". Alla medesima conclusione era giunta la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato Ad. Plen., Sent., 23 febbraio 2018, n. 1). Il Consiglio di Stato, infatti, chiamato a stabilire, "se la somma spettante a titolo risarcitorio per lesione della salute conseguente alla esalazione di amianto nei luoghi di lavoro sia cumulabile con l'indennizzo percepito a seguito del riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio ovvero se tale indennizzo debba essere decurtato dal risarcimento del danno" con la sentenza n. 1 del 2018, ha enunciato il principio di diritto secondo cui "la presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario".

Nel caso di specie, dunque, è indubbio che debba scomputarsi dalle somme erogate a titolo di risarcimento quanto percepito a titolo di indennizzo. In virtù della *ratio* della *compensatio* - volta ad evitare che la vittima goda di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo - è ragionevole ritenere che dagli importi dovuti a titolo risarcitorio

debba essere scomputato sia l'indennizzo già percepito che l'indennizzo percepito *ex lege* 210/92.

La Suprema Corte di Cassazione ha, infatti, chiarito con le sentenze sopra richiamate che occorre fare sempre riferimento al cd. "***purpose af benefit***", ossia allo scopo del beneficio, ponendo la *compensatio* in una prospettiva valoriale con un approccio multilivello secondo i Principles of European Tort law-PETL, art. 10:103.

Quanto alle modalità concrete di scomputo si ritiene che questo debba essere effettuato sulla base di parametri aggiornati, poiché i coefficienti allegati al R.D. n. 1403 del 1922 non sono oggi più attuali a causa dell'allungamento della vita media. Infatti, la vita media della popolazione italiana si è notevolmente accresciuta nel secolo trascorso tra il 1922 ed il 2018. Nel 2018 l'Istituto Nazionale di Statistica ha determinato la speranza di vita alla nascita per la popolazione italiana in 80,2 anni per gli uomini ed 84,9 anni per le donne. Sul punto si è espressa anche la Cassazione che con sentenza del 5 giugno 2012, n. 8985 ha stabilito: "*occorre tenere conto dell'aumento della vita media e della diminuzione del tasso di interesse legale e, onde evitare una divergenza tra il risultato del calcolo tabellare ed una corretta e realistica capitalizzazione della rendita, prima ancora di "personalizzare" il criterio adottato al caso concreto, si deve "attualizzare" lo stesso, o aggiornando il coefficiente di capitalizzazione tabellare o non riducendo più il coefficiente a causa dello scarto tra vita fisica e vita lavorativa*". Inoltre, già in precedenza la Cassazione aveva ritenuto desueti tali indici affermando che: "*detta tabella fu calcolata sulla base delle tavole di sopravvivenza della popolazione italiana desunte dai censimenti del 1901 e del 1911 e sulle statistiche mortuarie degli anni 1910-1912. Rispetto a quella data, la vita media degli italiani si è allungata di circa 25 anni*" (Sent. 4186/2004). Infine, con sentenza 20615/2015 la Cassazione civile ha affermato "*il giudice di merito resta libero di adottare i coefficienti di capitalizzazione che ritiene preferibili, purché aggiornati e scientificamente corretti*".

Si segnala a tal proposito la recente, anche se ancora isolata, sentenza n. 31543 del 6 dicembre 2018 con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha dichiarato legittima l'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* mediante scomputo, dall'importo liquidabile a titolo risarcitorio, non solo delle somme in concreto percepite dal danneggiato a titolo indennitario *ex lege* 210/92 al momento della decisione, ma anche del valore della rendita indennitaria mediante tecnica di capitalizzazione anticipata rispetto alla aspettativa di vita del medesimo (soluzione molto più favorevole a codesto Ministero), evidenziando il collegamento con i principi espressi dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12567/2018, in tema di scomputo dal risarcimento del danno del valore capitale dell'indennità di accompagnamento di cui alla legge 11

febbraio 1980 n. 18, e la correttezza dell'operazione di capitalizzazione anticipata per mantenere omogenei i termini di raffronto tra poste risarcitorie (che vengono liquidate in relazione anche alle conseguenze dannose prevedibili per l'aspettativa di vita futura) e poste indennitarie in detrazione.

2) In relazione alla seconda questione la Scrivente ritiene che non si applichi l'art. 1284, 4 comma, cod. civ. (ossia, gli interessi previsti nei casi di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali) alle somme liquidate per danni da emotrasfusione. A riguardo la Cassazione con sentenza del 7 novembre 2018, n. 28409 ha affermato che *"Il saggio d'interesse previsto dall'art. 1284, comma 4, c.c. si applica esclusivamente in caso di inadempimento di obbligazioni di fonte contrattuale, dal momento che, qualora tali obbligazioni derivino, invece, da fatto illecito o dalla legge, non è ipotizzabile nemmeno in astratto un accordo delle parti nella determinazione del saggio, accordo la cui mancanza costituisce presupposto indefettibile di operatività della disposizione"* (sul punto cfr. altresì Cass. civ. Sez. III Sent., 28 febbraio 2017, n. 5042). Di recente la Cassazione ha chiarito che sia gli interessi compensativi ex art. 1282 c.c. sia gli interessi moratori ex art. 1224 c.c., sebbene abbiano una causa diversa, svolgono la stessa funzione di remunerazione del capitale. Gli interessi, invece, previsti dall'art. 1284, comma 4, attengono esclusivamente alle transazioni commerciali, avendo come funzione quella di impedire i ritardi nel soddisfacimento dei crediti delle imprese.

Pertanto, alla luce del recente orientamento giurisprudenziale, individuata la *ratio* alla base delle norme codicistiche concernenti gli interessi, si deve concludere che anche in mancanza di un espresso richiamo del comma 1 dell'art. 1284 cod. civ. nelle sentenze di condanna per danni da emotrasfusione, questo primo comma dell'articolo citato, e non il quarto, debba applicarsi in sede di liquidazione delle somme risarcitorie da parte di codesta Amministrazione. Dunque, la pretesa volta ad ottenere la liquidazione degli interessi, ai sensi del comma 4 dell'art. 1284 c.c., risulta priva di fondamento.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che nella seduta del 17 gennaio 2019 si è espresso in conformità.

**Articolo 303, comma 1, D.P.R. n. 43/1973
(T.U.L.D.): applicabilità alle irregolarità in
materia di origine riscontrate all'esportazione**

PARERE DEL 27/03/2019-174096, AL 20792/2018, AVV. ANNA LIDIA CAPUTI IAMBRENGHI

Nella nota a riscontro codesta Agenzia chiede di conoscere se la disposizione di cui all'art. 303 del T.U.L.D. - che punisce con sanzione pecuniaria l'operatore economico, importatore dichiarante in dogana, nel caso in cui non vi sia corrispondenza delle merci alla realtà relativamente al valore, alla qualità e alla quantità nonché, in virtù della sentenza n. 10118/17 della Corte di Cassazione, anche all'origine - possa essere applicata in via di interpretazione analogica e/o estensiva anche all'operatore economico, esportatore, che fornisce informazioni non corrette, sempre relativamente alle merci, informazioni che, confluendo nei certificati di circolazione EUR1/EUR-MED e A.TR sono destinati a scortarle quali prove dell'origine preferenziale unionale delle stesse.

Riferisce ancora codesta Agenzia che la sua struttura territoriale, verificata allo stato l'insussistenza di una specifica e puntuale previsione normativa sanzionatoria, optava per la sussunzione nella disposizione di cui all'art. 303 T.U.L.D. anche delle informazioni rese in sede di esportazione.

Tanto in virtù delle conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia UE nella sentenza resa nella causa C-293/04, che ha precisato essere *“la finalità del controllo a posteriori”* quella *“di verificare l'esattezza dell'origine indicata nel certificato che costituisce elemento costitutivo del diritto”* e l'ingiusta discriminazione tra identici comportamenti essendo irrilevante la circostanza che gli stessi siano stati posti in essere all'importazione piuttosto che all'esportazione.

Tuttavia codesta Agenzia, stante la portata generale della questione, richiede un approfondimento della stessa alla luce del principio di legalità di cui all'art. 3 del D.Lgs 472/1997 e dei canoni di ermeneutica legislativa di cui all'art. 12 delle disp. prel. al c.c.

Su tali aspetti questo Generale Ufficio osserva.

Le considerazioni svolte in sede di struttura territoriale si appalesano suscettibili di utile apprezzamento soprattutto se si considera che il testo di cui all'art. 303 citato risale al 1973, allorché il contesto economico/giuridico non conosceva fenomeni quali la globalizzazione e la delocalizzazione, fenomeni di cui ha preso atto anche la Suprema Corte di Cassazione allorché ne ha esteso l'ambito applicativo anche alle violazioni riscontrate in materia di origine, ritenendo che nel concetto di *“qualità”* di una merce rientri anche qualsiasi caratteristica, proprietà o condizione che serva a determinarne la natura e a distinguerla da altre simili: *“... dunque vi rientra anche l'origine (o la provenienza) in quanto elemento sintomatico delle specificità del prodotto”* (Corte di Cassazione sentenza n. 10118/2017).

Vanno però segnalate ragioni di perplessità che nascono da un approccio a monte e cioè ai principi che attengono alla materia sanzionatoria.

Come ben noto, la competenza in materia doganale è senza ombra di dubbio comunitaria, tranne che per i profili sanzionatori i quali, per una scelta politica del legislatore unionale, vengono demandati ai singoli Stati membri, sia per la definizione della fattispecie astratta, che per il *quantum* della sanzione da applicare, nel rispetto dei principi contenuti nell'art. 42 del Reg. U.E. 952/2013 che così si esprime: *“Ciascuno Stato prevede sanzioni applicabili al caso di violazioni di norme doganali. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive”*.

Orbene, ad avviso della scrivente, è dubbio che una eventuale estensione analogica dell'art. 303 al caso sottoposto possa essere idonea a soddisfare i canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività appena citati che si appalesano cogenti.

Il comma 1 dell'art. 303 prevede una pena pecuniaria in misura fissa oscillante dai 103 ai 516 euro, ma suscita perplessità la trasposizione di tale sanzione all'esportatore sia in termini di effettività, proporzionalità che di dissuasività non essendo chiaro a cosa vada parametrata tale sanzione se cioè al singolo certificato emesso sulla base di tale dichiarazione, ovvero ai colli e/o container contenenti le merci avviate all'esportazione.

Ma altrettanta perplessità suscita la sanzione alternativa determinata in misura proporzionale ai maggiori diritti recuperati di cui al successivo comma 3, posto che nel caso delle esportazioni non vi sono diritti doganali da recuperare.

In altri termini, dal punto di vista sanzionatorio, non vi è simmetria tra esportazioni ed importazioni.

Ne discende che la materia delle irregolarità riscontrate all'esportazione in termini di sanzioni, non appare allo stato coperta da disposizione normativa astratta conforme ai principi di cui all'art. 42 citato.

E ciò non appare trascurabile stante la rilevanza economica del fenomeno afferente alla certificazione dell'origine preferenziale delle merci in esportazione, come già esattamente ricordato dalla struttura territoriale, sicché si considera necessario colmare il vuoto legislativo, in ossequio agli obblighi di appartenenza alla Comunità Europea, nel rispetto dei principi enunciati dal legislatore comunitario.

È appena il caso di rilevare che restano ferme le sanzioni previste dall'ordinamento nazionale in caso di rilascio di false dichiarazioni in sede di attestazione del possesso dei requisiti che legittimano l'origine preferenziale della merce in esportazione.

Su quanto dianzi esposto, è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.

Regime sanzionatorio previsto dall'art. 303 del T.U.L.D. ed in particolare sulla determinazione del *quantum* della sanzione doganale

PARERE DEL 27/03/2019-175652, AL 41784/2017, AVV. ANNA LIDIA CAPUTI IAMBRENGHI

Nella nota a margine codesta Agenzia chiede di conoscere il parere di questo Generale Ufficio in ordine al regime sanzionatorio previsto dall'art. 303 del T.U.L.D. nel caso di dichiarazione doganale contenente "più singoli". Ed infatti ciascuna dichiarazione doganale (c.d. "bolletta"), può essere relativa a una sola partita di merce ovvero a più partite, omogenee o eterogenee. Mentre nel primo caso la dichiarazione si compone di un solo elemento, detto "singolo", nel secondo è composta di più "singoli". Gli operatori possono, in sostanza, decidere come effettuare le operazioni doganali, secondo insindacabili criteri di convenienza economica.

Orbene sia l'art. 222 del Reg. UE 2447/2015 che l'art. 198 del Reg. Cee 2454/93 prevedono testualmente che: "*Qualora una dichiarazione in dogana comporti più articoli le indicazioni relative a ciascun articolo sono considerate costituire una dichiarazione separata*".

In particolare codesta Agenzia chiede di conoscere se, in presenza di accertate difformità tra quanto dichiarato e quanto accertato in ciascuno di essi: a) le sanzioni previste dall'art. 303 citato debbano applicarsi a ciascun singolo, ovvero alla dichiarazione complessivamente considerata; b) se, in caso di più singoli, si possa applicare la compensazione tra importi a debito e credito; c) se in caso di commissione di un solo errore, si possa dar luogo all'applicazione di due sanzioni.

Su tali problematiche questo Generale Ufficio osserva che le questioni sottoposte attengono, sostanzialmente, al regime sanzionatorio e più in particolare alla determinazione del *quantum* della sanzione doganale, elemento essenziale dell'atto che la irroga.

In questa prospettiva, fondamentale premessa metodologica è costituita dal disposto dell'art. 42 del Reg. UE 952/2013 che, in vigore dall'1 maggio 2016, attua una ripartizione delle competenze tra UE e singoli Stati (ad opera dell'art. 3, lett. a) del T.F.U.E., nella versione modificata del Trattato di Lisbona) ed introduce una riserva a favore del legislatore degli Stati membri relativamente all'intera materia sanzionatoria, nel rispetto dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni.

Codesta Agenzia esprime l'avviso che sulla base del mutato quadro normativo - costituito dall'introduzione dell'art. 42 citato e dalla depenalizzazione del contrabbando semplice che finisce per sanzionare in maniera più lieve una fattispecie dolosa rispetto a quella colposa di cui all'art. 303 citato - il disposto di cui agli artt. 198 del Reg. CE 2454/1993 e 222 Reg. U.E. 2447/2015, rela-

tivo alla parcellizzazione della unica dichiarazione in più singoli, non possa più ritenersi applicabile in materia di sanzioni, “*allo scopo di evitare di violare le ripartizioni delle competenze tra Unione e Stati membri*” “*laddove deve aversi riguardo alla sola disciplina interna (artt. 282 e 303 T.U.L.D.) rispettando però i limiti previsti dall’art. 42 del Reg. UE 952/2013*” (così a pag. 4, primo capoverso della nota a riscontro).

Tali affermazioni suscitano tuttavia perplessità in quanto se è pur vero che la materia sanzionatoria rientra nella competenza interna degli Stati membri, è altresì vero ed intuitivo che deve esservi corrispondenza tra gli obblighi formali e sostanziali imposti all’operatore economico, a monte, e la fattispecie sanzionatoria, a valle, come pure deve esservi corrispondenza e/o conformità delle sanzioni con i principi sanciti dalle norme comunitarie.

Inoltre, il disposto contenuto nell’art. 42 citato, non costituisce un “*limite per il legislatore nazionale*”, ma va inteso nel senso che questi, nell’esercizio della facoltà di scelta della sanzione più appropriata, debba attenersi al rispetto dei canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività.

Ne consegue che, come già evidenziato nella pregressa nota prot. 16407/BU del 9 febbraio 2015, richiamata da codesta Agenzia, non appare possibile discostarsi dalla previsione normativa di cui agli artt. 198 e 222 dei trattati citati e che la locuzione “*Qualora una dichiarazione in dogana comporti più articoli le indicazioni relative a ciascun articolo sono considerate costituire una dichiarazione separata*” sia espressione di un principio generale volto, come colà esattamente rilevato, ad assicurare equità tra gli operatori economici.

Ne discendono i seguenti corollari: a) la sanzione andrà applicata a ciascun singolo; b) non potrà attuarsi una compensazione orizzontale tra importi a debito e a credito.

È evidente, comunque, come poi tali concetti vadano armonizzati con le singole norme sanzionatorie attualmente previste dall’ordinamento interno il cui scrutinio evidenzia *in primis* la fattispecie di cui all’art. 303 T.U.L.D. come modificato dall’art. 11, comma 4 del D.L. 16/2012, che individua, tra le condotte sanzionate, le discrasie tra l’accertato ed il dichiarato che attengono alla qualità, quantità, valore delle merci.

La norma non menziona più la dichiarazione relativa all’origine, che è frequentissima nell’ambito dei trattamenti tariffari agevolati ovvero nei dazi antidumping, sicchè, mentre la giurisprudenza di merito e la dottrina richiamavano il principio di tassatività ed il divieto di analogia in *malam partem*, ritenendo l’omissione una scelta ben precisa del legislatore, la giurisprudenza della Suprema Corte ha escluso tale approccio ermeneutico, ritenendo la dichiarazione afferente all’origine delle merci, ipotesi implicita contenuta nell’art. 303 citato (cfr. Cass. 14042/2012).

Sul punto si richiama altresì la consultazione già resa da questo Generale Ufficio con nota prot. 442848 del 12 novembre 2012.

La norma, nel primo comma, enuclea una fattispecie sanzionatoria: alla difformità tra quanto dichiarato e quanto accertato non comportante rideterminazione dei diritti di confine, si applica una sanzione da € 103 a € 516. Impropiamente si parla e/o si configura tale fattispecie come violazione formale. Ma tale approccio non appare condivisibile. Quella prevista dal primo comma non è una violazione formale, perché la relativa definizione è contenuta nell'art. 10 L. 212/2000 la quale prevede, per essere tale (e cioè violazione formale), la non applicabilità della sanzione e cioè la non punibilità (cfr. Cass. Ord. 14158/2018). Nel caso di specie è lo stesso legislatore che ne prevede la punibilità e cioè l'applicazione della sanzione anche allorché la irregolarità contenuta nella dichiarazione non abbia dato luogo a recupero di diritti doganali.

Nel caso in cui la discrasia tra quanto accertato e quanto dichiarato comporti un recupero di diritti di confine, sono previste nel comma 3 dello stesso articolo sanzioni non più proporzionali, come in passato, rispetto all'entità dell'accertato (da 1 a 10 volte), ma sanzioni pecuniarie parametriche a scaglioni, secondo i diritti pretesi dall'Ufficio e sempre che il fatto non costituisca un reato più grave.

La tesi qui esposta trova conforto nel *dictum* della Suprema Corte che con riferimento all'art. 303 T.U.L.D. ha affermato come esso "... *contempla una unica fattispecie sanzionatoria, poiché il comma 3 non prevede una fattispecie legale diversa rispetto a quella di cui al comma 1, ma ne configura una circostanza aggravante comportante soltanto una maggiorazione dell'entità della stessa sanzione contemplata nel comma*" (cfr. in termini Cass. n. 3467/2014 punto 36.1).

Ma nell'ordinamento interno è prevista una ulteriore disposizione sanzionatoria in cui è sussumibile la fattispecie della differenza tra il dichiarato e l'accertato comportante il recupero di diritti di confine e che va individuata nell'art. 292 T.U.L.D. nella versione attuale della sua avvenuta depenalizzazione ai sensi dell'art. 1 del D.lgs. 6/2016.

Si richiama ancora una volta il *dictum* della Suprema Corte che ha qualificato il già reato di contrabbando cosiddetto intraspettivo previsto dall'art. 292 T.U.L.D. come un reato a forma libera, in cui soltanto l'evento è precisato e consiste nella sottrazione di merci al pagamento dei diritti di confine. Chiarisce la Suprema Corte che esso "*non prescrive condotte specifiche, prevedendo esclusivamente l'introduzione sul territorio nazionale di merci estere in evasione dei diritti di confine per la protezione della potestà tributaria dello Stato*" (così Cass. Penale n. 5870/2011, conforme a Cass. Ord. 2169/2019).

La depenalizzazione attuata con il D.lgs. 6/2016 rende la fattispecie astratta di cui all'art. 292 assimilabile a quella di cui all'art. 303 comma 3 T.U.L.D. non rilevando nemmeno più l'elemento psicologico in quanto, ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. 472/1997, nelle violazioni punite con la sanzione

amministrativa, ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

Tuttavia, ad avviso della scrivente, la previsione normativa di cui all'art. 303 T.U.L.D. resta tuttora applicabile in quanto rispetto a quella di cui all'art. 292, è connotata da "specialità", attenendo proprio alla fattispecie della discrasia contenuta nella dichiarazione relativa alla qualità (origine), quantità, valore delle merci.

In via di sintesi, pare a questo Generale Ufficio che la sanzione di cui al comma 1 dell'art. 303 citato si possa applicare a ciascun singolo nella misura in cui non vi siano diritti di confine da recuperare. Diversamente si applicheranno le sanzioni di cui al terzo comma.

È appena il caso di rilevare che resta impregiudicata la possibilità di applicare la disciplina del concorso formale, qualora più favorevole e laddove ne ricorrano le condizioni (art. 12, comma 1, D.lgs. 472/1997), e, per l'operatore economico, chiedere l'applicazione del beneficio di cui all'art. 20, comma 4 della L. 449/1997.

Quanto al terzo quesito, appare evidente come le disposizioni impartite nella nota prot. 16407/2015 siano state applicate in maniera illogica dall'Ufficio doganale (quanto meno con la duplicazione ex ufficio dei "singoli"), non potendo la commissione di un solo errore dar luogo all'applicazione di una duplice sanzione.

Sul presente parere è stato sentito il comitato consultivo di questa Avvocatura Generale che si è espresso in conformità nella seduta del 22 marzo 2019.

Il limite di durata massima delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative

PARERE DEL 30/04/2019-237815-237816, AL 9773/2019, AVV. ROBERTO PALASCIANO

Con nota prot. n. 30315 del 9 luglio 2018 la Regione Autonoma della Sardegna - Assessorato degli Enti Locali, Finanze ed Urbanistica - Direzione Generale Enti Locali e Finanze, premesso di apprestarsi a predisporre gli atti finalizzati all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica volta all'affidamento in concessione per finalità turistico-ricreative della pertinenza demaniale nota come "ex Ospedale Marino" in Cagliari, ha richiesto alla Direzione Regionale Sardegna dell'Agenzia del Demanio *"di voler esprimere parere relativamente alla possibilità, fermi restando i caratteri di precarietà e temporaneità della concessione demaniale marittima, di superare il limite temporale massimo di durata del titolo concessorio (20 anni) previsto per le concessioni a destinazione turistico-ricreative dall'art. 3, comma 4-bis, D.L. 05/10/1993, n. 400"*.

A sostegno della richiesta, l'Amministrazione regionale ha rappresentato che l'area demaniale in questione necessita di *"rilevanti lavori di riqualificazione e rimessa in pristino, i quali presumibilmente richiederanno un periodo di ammortamento superiore al ventennio"* ed ha quindi prospettato il rischio che, laddove la concessione fosse messa a bando per una durata non superiore a venti anni, la procedura vada deserta per mancato interessamento degli operatori economici.

La Regione ha quindi chiesto alla competente Direzione Regionale dell'Agenzia del Demanio *"di voler chiarire se l'Amministrazione regionale possa o no stabilire un limite temporale superiore a 20 anni per il titolo concessorio relativo al bene di cui all'oggetto, laddove ciò risultasse indispensabile al fine di un esito positivo della procedura ad evidenza pubblica da espletare, considerata l'entità degli investimenti richiesti, che necessitano di un rilevante lasso di tempo per l'ammortamento"*.

La Direzione Regionale Sardegna dell'Agenzia del Demanio con nota prot. n. 8349 del 11 settembre 2018 ha quindi richiesto all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari di pronunciarsi sulla richiesta di parere avanzata dalla Regione Sardegna, chiedendo in particolare se, eventualmente attraverso un'applicazione analogica di altre disposizioni - quali il comma 4 dell'art. 3-bis del D.L. 351/2001 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della L. n. 410/2001), che per le concessioni e locazioni di valorizzazione di immobili statali stabilisce un periodo di durata *"commisurato al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e comunque non eccedente i cinquanta anni"*, o l'art. 168 del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), che prevede che la durata delle concessioni di servizi e lavori

pubblici debba essere determinata dalla stazione appaltante nel bando di gara *“non potendo in ogni caso essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito”* - possa ritenersi legittimo che *“nel predisponendo bando di gara per l’affidamento in concessione del cespite la RAS possa prevedere un termine cinquantennale”*.

Con nota prot. 32029 del 5 ottobre 2018 l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari, dopo una puntuale ricostruzione del quadro normativo vigente in materia di concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative (per le quali l’art. 3, comma 4-*bis*, D.L. n. 400/1993 stabilisce il limite di durata massima di venti anni), ha rilevato che *“nel caso di specie, caratterizzato dalla necessità dello svolgimento di importanti lavori per il recupero dell’immobile in oggetto ... si possa affermare che l’ipotesi possa rientrare nel campo di applicazione del codice degli appalti, senza obbligo di rispettare il limite di durata di 20 anni”*; tuttavia, stante il carattere di massima della questione, ha ritenuto di dovere sottoporre la richiesta di parere all’avviso di questa Avvocatura Generale.

Preliminarmente, proprio in ragione della rilevanza e del carattere di massima della questione, con nota prot. n. 140399 del 11 marzo 2019 questa Avvocatura Generale ha ritenuto opportuno interessare anche la Direzione Generale dell’Agenzia del Demanio, anche al fine di conoscere l’eventuale esistenza di circolari o prassi interne.

Con nota prot. n. 4317 del 21 marzo 2019 la Direzione Legale, Contenzioso e Rapporti Istituzionali dell’Agenzia del Demanio ha rappresentato di ritenere inappropriato alla fattispecie il riferimento sia al codice degli appalti (*“in quanto le concessioni ivi contemplate attengono all’acquisizione di beni, servizi e opere da parte delle amministrazioni pubbliche, mentre nel caso in esame si opera nell’ambito di procedure di godimento di immobili pubblici”*) sia al comma 4 dell’art. 3-*bis* del D.L. n. 351/2001 (in quanto *“la disposizione detta una speciale disciplina in materia di valorizzazione di immobili di particolare rilievo (prevalentemente beni artistico-storici e comunque diversi dal demanio necessario)”*). A seguito di un’attenta disamina delle varie disposizioni che presiedono all’uso delle diverse tipologie di beni dello Stato (ivi, compreso, per quanto specificamente attiene alle concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, il D.L. n. 400/1993, che prevede *“la durata massima di 20 anni in ragione della entità della rilevanza delle opere da realizzare”*), la Direzione Generale ha concluso che *“il quadro di massima delineato ... sembra evidenziare l’attenzione che il legislatore ha sempre avuto in ordine alla durata dell’uso dei beni pubblici da parte dei soggetti terzi proprio in ragione della funzione dei beni stessi”*.

Tanto premesso, in relazione al richiesto parere si osserva quanto segue.

Appare opportuno procedere preliminarmente ad una breve illustrazione della normativa, sia interna che comunitaria, vigente nella materia che ne occupa.

La disciplina interna sulla durata delle concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative è contenuta nel D.L. n. 400/1993, conv. in L. n. 494/1993, che (per quanto qui interessa) al comma 4-*bis* dell'art. 3 stabilisce (nel testo vigente, come modificato prima dall'art. 1, comma 253, della L. n. 296/2006 e poi dall'art. 11, comma 1, lett. c), della L. n. 217/2011) che le concessioni in questione *“possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare”*.

Tale disciplina ha costituito il risultato di una riforma che il Legislatore nazionale ha operato per adeguare la normativa interna ai principi di derivazione comunitaria.

Come puntualmente ricordato dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari nella nota prot. 32029 del 5 ottobre 2018, invero l'originaria disciplina in materia - la quale si basava, in estrema sintesi, da un lato, sulla durata legale di sei anni delle concessioni e sul rinnovo automatico delle stesse alla scadenza (cfr. art. 1, comma 2, del D.L. n. 400/1993) e, dall'altro, sul cd. diritto di insistenza in favore del concessionario (art. 37 cod. nav.) - aveva dato luogo all'apertura di una procedura di infrazione dell'UE nei confronti dell'Italia, in quanto il rinnovo automatico delle concessioni alla scadenza ed il diritto di insistenza in favore del concessionario erano ritenuti contrastanti con i principi comunitari in tema di libertà di stabilimento e di concorrenza.

Al fine di chiudere la procedura di infrazione, il Legislatore nazionale (con l'art. 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009 e l'art. 11 della L. n. 217/2011) ha quindi abrogato le disposizioni interne che prevedevano forme di rinnovo automatico delle concessioni alla scadenza o comunque diritti di insistenza in favore del concessionario, stabilendo per le concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative la durata massima di venti anni (art. 3, comma 4-*bis*, cit.).

Per completezza, si osserva altresì che il comma 18 dell'art. 1 del D.L. n. 194/2009, conv. in L. n. 25/2010 (come modificato dall'art. 34-*duodecies*, comma 1, del D.L. n. 179/2012) ha disposto che, *“nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi ... con finalità turistico-ricreative”* (revisione ad oggi non ancora attuata), *“il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020, fatte salve le disposizioni di cui all'art. 3, comma 4-*bis*, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494”* (ossia fermo restando il limite massimo di venti anni stabilito da tale ultima disposizione).

Tale disposizione di proroga legale automatica è stata sottoposta a vaglio di compatibilità con il diritto comunitario e la Corte di Giustizia, con sentenza del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, in sede di rinvio pregiudiziale, ha ritenuto tale meccanismo di proroga legale delle concessioni, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati, contrastante con i principi comunitari di libera concorrenza e stabilimento (e, più precisamente, con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e con l'art. 49 TFUE).

La pronuncia della Corte di Giustizia (per quanto maggiormente interessa nella presente sede) contiene importanti affermazioni di principio in ordine all'inquadramento nell'ambito del diritto comunitario delle concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative.

La Corte di Giustizia ha infatti affermato che le concessioni in questione devono essere considerate alla stregua di autorizzazioni finalizzate a consentire lo svolgimento di attività economiche che prevedono l'utilizzo di risorse naturali scarse, e come tali rientrano nel campo di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi o Direttiva Bolkestein), il quale, in ossequio ai principi di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e concorrenza, stabilisce che:

“1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti e autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”.

Da quanto precede, in relazione alle concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, dalla normativa comunitaria emerge, per un verso, la necessità della scelta del concessionario sulla base di procedura ad evidenza pubblica e, dall'altro, il contrasto con i principi comunitari di forme di proroga o rinnovo automatico della concessione ovvero di diritti di insistenza in favore del concessionario, senza che tuttavia venga previsto un termine massimo di durata della concessione, materia che è quindi rimessa alla legislazione nazionale (e, più precisamente, alla competenza esclusiva sta-

tale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione, vertendosi in materia di tutela della concorrenza: sul punto, tra le tante, Corte Cost. n. 109/18 e n. 1/19, più avanti diffusamente citate) e che non sembra sindacabile nei limiti del rispetto dei principi generali di ragionevolezza e proporzionalità.

Come già evidenziato, la disciplina interna prevede allo stato, per le concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, un limite di durata massima di venti anni *“in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare”* (art. 3, comma 4-bis, del D.L. n. 400/1993).

Al riguardo, attesa l'inequivoca formulazione della norma, nessun dubbio sembra potersi prospettare in ordine al carattere perentorio ed indisponibile del termine massimo in questione, tenuto altresì conto che anche la proroga legale automatica delle concessioni in essere stabilita in via transitoria dal citato comma 18 dell'art. 1 del D.L. n. 194/2009, conv. in L. n. 25/2010 - proroga che la Corte di Giustizia ha ritenuto in contrasto con i principi comunitari con la sentenza appena richiamata e che recentemente il Consiglio di Stato, con sentenza n. 873/2013, ha ritenuto di dovere disapplicare proprio in conseguenza della pronuncia della Corte di Giustizia - ha comunque espressamente *“fatte salve le disposizioni di cui all'art. 3, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494”*, ossia il limite massimo di venti anni stabilito da tale ultima disposizione (sul punto, si veda per tutte Tar Lazio n. 5573/17, ove si legge che *“l'inciso “fatte salve le disposizioni di cui all'art. 3, comma 4 bis, del d.l. n. 400/1993” pone un limite massimo alle suddette concessioni, le quali, in ogni caso, possono avere una durata compresa tra i sei ed i venti anni”* e che *“conseguentemente, non possono ritenersi prorogate ex lege le concessioni ... che abbiano già una durata ventennale o ultraventennale”*).

Del resto, l'insuperabilità del termine massimo di legge di venti anni per le concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative ha trovato recente affermazione anche nella giurisprudenza costituzionale.

In particolare, la Consulta con sentenza n. 109 del 30 maggio 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della Legge della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 10 del 21 aprile 2017 (Disposizioni in materia di demanio marittimo regionale e demanio marittimo stradale, nonché modifiche alle leggi regionali 17/2009, 28/2002 e 22/2006), nella parte in cui, per le concessioni aventi finalità turistico-ricreative relative a beni che insistono nella laguna di Marano-Grado, fissava in quaranta anni il termine di durata massima del titolo, osservando che *“la disciplina inerente alla durata delle concessioni demaniali marittime è di esclusiva competenza legislativa dello Stato, in quanto immediatamente attinente alla materia della «tutela della concorrenza» ex art. 117, secondo comma, lettera e)”* e che *“tale competenza ... è stata esercitata dallo Stato con la previ-*

sione, contenuta nel comma 4-bis dell'art. 03 del d.l. n. 400 del 1993 ... con la quale è stato fissato, in modo uniforme per l'intero territorio nazionale, un termine di durata delle concessioni aventi finalità turistico-ricreative, quali quelle considerate dalla norma impugnata, nel massimo pari ad anni venti, palesemente diverso da quello, sempre nel massimo, previsto dalla legge regionale in esame”.

Sulla base delle medesime argomentazioni la Consulta con sentenza n. 1 del 9 gennaio 2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della Legge della Regione Liguria n. 26 del 10 novembre 2017 (Disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative) nella parte in cui stabiliva una durata delle concessioni non inferiore a venti anni e non superiore a trenta anni, osservando che *“la fissazione, ivi disposta, di una durata minima (20 anni) e massima (30 anni) delle “nuove” concessione demaniali viene a disciplinare, infatti, un oggetto - la durata, appunto, dell'affidamento in concessione - che è riservato alla competenza dello Stato in materia di tutela della concorrenza. E su tale materia incide, per di più, in modo particolarmente accentuato, in ragione della eccessiva estensione della durata delle concessioni in atto, poiché, anche alla luce del diritto europeo, «durate eccessive stimolano gestioni inefficienti»”.*

Ciò posto, tenuto conto che la normativa interna stabilisce espressamente per le concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative un termine di durata massima di venti anni, occorre verificare se, come prospettato dalla Direzione Regionale Sardegna dell'Agenzia del Demanio, alla fattispecie che ne occupa possano essere applicate altre disposizioni, quali il comma 4 dell'art. 3 *bis* del D.L. n. 351/2001 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della L. n. 410/2001), che per le concessioni e locazioni di valorizzazione di immobili statali stabilisce un periodo di durata *“commisurato al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e comunque non eccedente i cinquanta anni”*, o l'art. 168 del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), che prevede che la durata delle concessioni di servizi e lavori pubblici debba essere determinata dalla stazione appaltante nel bando di gara *“non potendo in ogni caso essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito”*.

Sul punto, si ritiene di dovere convenire con il contrario avviso espresso dalla Direzione Legale, Contenzioso e Rapporti Istituzionali dell'Agenzia del Demanio con nota prot. n. 5071 del 21 marzo 2019.

Come correttamente ivi evidenziato, invero, il comma 4 dell'art. 3-*bis* del D.L. 351/2001 (di cui la Direzione Regionale Sardegna dell'Agenzia del Demanio ha prospettato una eventuale applicazione in via analogica) detta una speciale disciplina in materia di valorizzazione di immobili di particolare ri-

lievo, prevalentemente beni artistico-storici e comunque diversi dal demanio necessario, in funzione della successiva alienazione: trattasi all'evidenza di fattispecie radicalmente distinta dalle concessioni di aree del demanio marittimo (rientranti nel demanio necessario e come tali escluse da qualsivoglia procedura di alienazione), per le quali oltretutto, come più volte evidenziato, è dettata una disciplina speciale (quella di cui al D.L. n. 400/1993), la quale preclude alla radice la possibilità di estendere analogicamente norme relative a diverse fattispecie, difettando il requisito sostanziale della *lacuna legis*.

Anche l'applicazione della disciplina di cui al Codice dei Contratti Pubblici in materia di concessioni di lavori e servizi pubblici - che l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari nella nota prot. 32029 del 5 ottobre 2018 ha ritenuto prospettabile "*nel caso di specie, caratterizzato dalla necessità dello svolgimento di importanti lavori per il recupero dell'immobile in oggetto*" - appare difficilmente sostenibile.

Occorre invero considerare che, come pure rilevato dalla Direzione Legale, Contenzioso e Rapporti Istituzionali dell'Agenzia del Demanio con nota prot. n. 5071 del 21 marzo 2019, le concessioni di lavori e servizi pubblici sono finalizzate a consentire all'Amministrazione concedente l'acquisizione di opere o servizi pubblici attraverso un soggetto terzo, il concessionario, a cui è affidata la gestione dell'opera o del servizio pubblico.

La concessione di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative non è affatto finalizzata a conseguire un'opera o un servizio pubblico, ma è invece lo strumento attraverso cui si attribuisce ad un soggetto terzo il godimento di un'area demaniale per l'esercizio di un'attività economica privata connotata da una *ratio* totalmente diversa, non essendo funzionale al soddisfacimento di interessi pubblici ma dell'interesse economico privato del concessionario.

Del resto, l'inapplicabilità alle concessioni di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative della disciplina sugli appalti pubblici è stata espressamente affermata anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 14 luglio 2016 resa nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 in precedenza richiamata, che ha affermato il principio per cui "*le concessioni per l'esercizio di attività turistico-ricreative su aree demaniali marittime e lacustri non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi in quanto vertono non su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore bensì sull'autorizzazione ad esercitare un'attività economica*". Più precisamente, nei paragrafi da 44 a 47 della pronuncia si legge che "*secondo il considerando 57 della direttiva 2006/123, le disposizioni della medesima riguardanti i regimi di autorizzazione non attengono alla conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la fornitura di un determinato servizio che rientra nelle norme relative agli appalti pubblici. Ne risulta che le disposizioni relative ai regimi di autorizzazione della direttiva 2006/123 non sono applicabili a*

concessioni di servizi pubblici che possano, in particolare, rientrare nell'ambito della direttiva 2014/23. A tale riguardo occorre ricordare che una concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario e che questi dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione ... Orbene, nei procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi”.

Anche la giurisprudenza amministrativa interna, sulla base delle medesime argomentazioni, ha recentemente escluso che alle concessioni di beni pubblici demaniali possa trovare applicazione la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 50/2016 per le concessioni di servizi e lavori pubblici (per tutte, Tar Lazio n. 5686/18 e n. 9344/2018).

Né sembra potersi valorizzare in senso contrario la circostanza che per lo sfruttamento commerciale dell'area in questione siano necessari rilevanti lavori di riqualificazione e riduzione in pristino, essendo invero fisiologico che un'impresa che riceve in concessione un bene demaniale per finalità turistico-ricettive debba svolgere una serie di lavori strumentali all'avvio della propria attività economica, senza che ciò valga a modificare la natura e la qualificazione giuridica del titolo concessorio, tenuto anche conto che il più volte richiamato comma 4-bis dell'art. 3 del D.L. n. 400/1993 prevede che la durata della concessione possa essere graduata dall'Amministrazione concedente fino ad un massimo di venti anni proprio *“in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare”*.

In conclusione, alla luce di quanto precede, si ritiene che nella fattispecie la concessione per finalità turistico-ricettive della pertinenza demaniale nota come *“ex Ospedale Marino”* in Cagliari non possa essere affidata per una durata superiore a venti anni.

Resta peraltro impregiudicata la valutazione dell'Amministrazione, laddove risultassero preminenti altri interessi pubblici, quali il recupero e la valorizzazione del complesso immobiliare, avuto anche riguardo al vincolo storico artistico cui lo stesso risulta sottoposto (per quanto si evince dalla nota prot. 32029 del 5 ottobre 2018 dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari) ovvero la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici potenzialmente pregiudicati dallo stato di degrado dell'area, in ordine all'opportunità di perseguire tali interessi pubblici attraverso strumenti diversi dalla concessione di beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative.

Sulla questione, per i suoi profili di massima, è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, che, nella seduta del 17 aprile 2019, si è espresso in conformità.

Si rimane a disposizione per quanto altro possa occorrere.

Possibilità per la P.A. di addivenire ad una transazione con imprese attinte da interdittive antimafia e di procedere alla alienazione straordinaria dei veicoli ai sensi del co. 446, l. 147/13 (legge di stabilità 2014)

PARERE DEL 06/05/2019-248196, AL 17653/2018, AVV. CARMELA PLUCHINO

In riscontro alla nota prot. n. 5285 del 25 gennaio 2019, si osserva quanto segue.

La Scrivente, con nota del 21 maggio 2018, ha reso il parere in oggetto sulla possibilità di addivenire ad una transazione con imprese attinte da interdittive antimafia e, in subordine, di procedere all'alienazione straordinaria dei veicoli, di cui al comma 446 della legge n. 147/2013 (legge di stabilità 2014).

Evidenziando la mancanza di precisi riferimenti giurisprudenziali sul tema, sulla base dell'interpretazione del quadro normativo di riferimento (in particolare, dell'art. 94 del D.Lgs. n. 159/2011), si è ritenuto possibile per l'Amministrazione prefettizia stipulare contratti di transazione con le suddette imprese per il pagamento di prestazioni pregresse e, per le stesse ragioni, promuovere un'alienazione straordinaria, ai sensi dell'art. 1 co. 446 della Legge n. 147/2013.

Occorre dare atto del recente orientamento del Consiglio di Stato (cfr. Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018, n. 3), intervenuto in concomitanza con il parere reso dalla Scrivente cui si fa seguito, alla luce del quale si rendono opportune le seguenti considerazioni.

Al Supremo Consesso in Adunanza Plenaria sono state sottoposte le seguenti questioni:

a) se la previsione di cui al comma 1, lett. g), dell'art. 67 del Codice delle leggi antimafia possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell'impresa di somme dovute a titolo risarcitorio, in relazione ad una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto;

b) se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata.

L'art. 67 da ultimo citato dispone nel senso che segue: *“Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere:*

[...]

g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali”.

La problematica segnalata attiene alla riconducibilità o meno alle *“altre erogazioni dello stesso tipo”* di eventuali crediti di natura risarcitoria, defini-

tivamente accertati in sede giurisdizionale, tenuto conto che una interpretazione letterale sembrerebbe escludere che il risarcimento del danno presenti una *eadem ratio* rispetto ai “contributi, finanziamenti o mutui agevolati”, pure enucleati nella norma in commento, mentre una interpretazione logico-sistemica dovrebbe indurre a riconoscere carattere “aperto” all’elenco delle ipotesi di cui alla lettera g).

A conforto di tale seconda ipotesi viene richiamata la sentenza dell’Adunanza Plenaria 5 giugno 2012, n. 9 che, con riferimento al previgente art. 4 D.Lgs. n. 90 del 1994 (di analogo tenore dell’attuale art. 67 D.Lgs. n. 159/2011) ha statuito che “*l’ampia clausola di salvaguardia contenuta nella citata prescrizione è idonea a ricomprendervi quelle... in cui la matrice indennitaria sia più immediatamente percepibile rispetto a quella compensativa sottesa ad ogni altra tipologia di erogazione*”, evidenziando che “*non si vede perché nella suddetta ratio dovrebbero rientrare unicamente le erogazioni dirette ad arricchirlo (l’imprenditore colpito da interdittiva) e non anche quelle dirette a parzialmente compensarlo di una perdita subita, sussistendo per entrambe il pericolo che l’esborso di matrice pubblicistica giovi ad un’impresa soggetta ad infiltrazioni criminali*”.

L’Adunanza Plenaria, nella recente sentenza n. 3/2018, ha ritenuto che la questione ad essa sottoposta trovi soluzione nella definizione in termini di “incapacità” *ex lege* dell’effetto derivante dalla interdittiva antimafia sulla persona (fisica o giuridica) da essa considerata, richiamando la *ratio* della disciplina delle interdittive antimafia e le finalità di tali misure, come enucleate dalla giurisprudenza in materia, per concludere nel senso che “*il provvedimento di cd. “interdittiva antimafia” determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247)*”.

L’Adunanza Plenaria ha statuito, dunque, che la formulazione della norma di cui all’art. 67, comma 1, lett. g) debba interpretarsi nel senso dell’impossibilità di percepire anche somme dovute a titolo di risarcimento del danno, richiamando la precedente Adunanza Plenaria n. 9/2012 e sottolineando che, se è pur vero che “*si riferisce specificatamente ad erogazioni di matrice “indennitaria” e non “risarcitoria”... è altrettanto vero che si è ivi affermato (e si intende ribadire nella presente sede) come la finalità del legislatore è, in generale, quella di evitare ogni “esborso di matrice pubblicistica” in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali. In sostanza - ed è questa la ratio della norma - il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l’art. 67, comma 1, lett. g) del Codice delle leggi antimafia non può che*

essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A.... Gli istituti espressamente contemplati dal legislatore (contributi, finanziamenti, mutui agevolati) rientrano tutti nella più ampia categoria delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, di modo che lo “stesso tipo” entro il quale rientrano le “altre erogazioni” interdette, ben può essere inteso come il genus delle obbligazioni pecuniarie poste a carico della Pubblica Amministrazione, quale che ne sia la fonte e la causa”.

Dall'inquadramento dell'effetto prodotto dall'interdittiva antimafia in termini di “incapacità” discende l'irrelevanza del problema dell'intangibilità del giudicato, e ciò perché *“l'impossibilità di erogazione non consegue ad una “incisione” del giudicato, per così dire “sterilizzandone” gli effetti, bensì consegue alla incapacità del soggetto (che astrattamente sarebbe) titolare del diritto da esso nascente a percepire quanto spettantegli... Infatti, l'obbligazione risarcitoria della Pubblica Amministrazione, definitivamente accertata in sede giudiziaria, resta intatta ed indiscutibile; né può ipotizzarsi alcuna incisione del provvedimento amministrativo (e dei suoi effetti) sul giudicato. L'interdittiva antimafia, dunque, non incide sull'obbligazione dell'Amministrazione, bensì sulla “idoneità” dell'imprenditore ed essere titolare (ovvero a persistere nella titolarità) del diritto di credito... L'inidoneità ad essere (temporaneamente) titolare del diritto non può che comportare anche l'impossibilità di farlo valere nei confronti del debitore, in particolare postulando la tutela del credito in sede giurisdizionale. Viceversa, una volta che venga meno l'incapacità determinata dall'interdittiva, quel diritto di credito, riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato, “rientra” pienamente nel patrimonio giuridico del soggetto, con tutte le facoltà ed i poteri allo stesso connessi, ivi compresa l'actio iudicati dal quale era temporaneamente uscito, e ciò non in quanto una “causa esterna” (il provvedimento di interdittiva antimafia) ha inciso sul giudicato, ma in quanto il soggetto che è stato da questo identificato come il titolare dei diritti ivi accertati torna ad essere idoneo alla titolarità dei medesimi”.*

In conclusione, l'Adunanza Plenaria ha enunciato i seguenti principi di diritto:

a) il provvedimento di cd. interdittiva antimafia determina una particolare forma di incapacità *ex lege* parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto - persona fisica o giuridica - è precluso avere con la Pubblica Amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159;

b) l'art. 67, co. 1, lett. g) del D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159, nella parte in cui prevede il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, *“contributo, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello*

Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali”, ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività d'impresa.

Alla luce dell'attuale orientamento giurisprudenziale e della *ratio* della normativa in questione va dunque interpretato il disposto dell'art. 94 del Codice delle Leggi antimafia che prescrive che *“1. Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.*

2. Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dal contratto fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”.

Per completezza, occorre anche dare atto degli orientamenti giurisprudenziali successivi alla decisione dell'Adunanza Plenaria succitata.

In particolare, il Consiglio di Stato (sez. III, 28 settembre 2018, n. 5578), con riferimento alla clausola di salvaguardia concernente il *“pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*, ha affermato che il dato letterale e sistematico consente l'applicazione della suddetta clausola di salvaguardia esclusivamente nel caso di recesso dai contratti, ma non anche nell'ipotesi di revoca dei finanziamenti, ed ha ritenuto tale interpretazione coerente con i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria n. 3/2018.

D'altro canto, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (cfr. sentenza 4 gennaio 2019, n. 3), in contrasto con quanto affermato dalla III Sezione del Consiglio di Stato nella decisione da ultimo citata, ha invece ritenuto applicabile la clausola di salvaguardia in questione sia al recesso dai contratti, sia alla revoca dei finanziamenti, sostenendo che tale conclusione non sia in contrasto con il recente approdo dell'Adunanza Plenaria n. 3/2018.

Al riguardo, occorre anche dare atto del fatto che la Sezione Regionale di Controllo - Napoli della Corte dei Conti, cui erano stati trasmessi gli *“atti transattivi alienazione veicoli confiscati”*, non li ha ammessi al visto ed alla

conseguente registrazione ed ha chiesto chiarimenti (cfr. nota del 31 gennaio 2019), ritenendo che l'assunto relativo alla *“possibilità per l'amministrazione prefettizia di stipulare contratti di transazione con imprese attinte da interdittive antimafia per il pagamento di prestazioni pregresse, e per le stesse ragioni, promuovere un'alienazione straordinaria ai sensi dell'art. 1 comma 446 della legge n. 147/2013”* sembra porsi in contrasto con quanto di recente stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2018 - a cui il Giudice contabile ha aderito -, nel senso che *“la previsione contenuta nel comma 1, lettera g, dell'art. 67 del decreto legislativo n. 159/2011, va interpretato nel senso che è preclusa all'imprenditore (persona fisica o giuridica) la titolarità della posizione soggettiva che lo renderebbe idoneo a ricevere somme dovutegli, a qualunque titolo, dalla Pubblica Amministrazione anche se riferite a prestazioni pregresse all'intervento del provvedimento comminante l'interdittiva antimafia... Il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l'art. 67, comma 1, lett. g), del codice delle leggi antimafia non può che essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A...”*.

La Sezione Regionale di controllo della Corte dei Conti, infine, nella camera di consiglio del 3 aprile 2019, ha deliberato la non ammissione al visto.

La rigorosa posizione assunta di recente dal Consiglio di Stato, che ha configurato, come conseguenza dell'interdittiva antimafia, *“una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247)”*, precludendo all'impresa attinta dal provvedimento prefettizio di conseguire *“ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione”*, a prescindere dalla natura indennitaria, risarcitoria o corrispettiva della obbligazione pecuniaria a carico della Pubblica Amministrazione, induce a ritenere che sia esclusa anche la possibilità di stipulare contratti di transazione per il pagamento delle prestazioni pregresse con le società interdette, finché non ritornino *in bonis*.

Ciò appare in linea con la configurata *“inidoneità dell'imprenditore ad essere titolare (ovvero a persistere nella titolarità) del diritto di credito. Il soggetto colpito dalla misura interdittiva, che pure potrebbe astrattamente essere titolare dei diritti riconosciutigli dalla sentenza passata in giudicato, risulta tuttavia essere, per ragioni diverse ed esterne, incapace ad assumere o a mantenere (per il tempo di durata degli effetti dell'interdittiva) la titolarità non già dei soli diritti accertati con la sentenza, ma, più in generale, di tutte le posizioni giuridiche comunque riconducibili all'ambito delineato dall'art. 67 del Codice delle leggi antimafia”* e con la *ratio legis* di *“impedire ogni attri-*

buzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l'art. 67, comma 1, lett. g), del codice delle leggi antimafia non può che essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A. ”.

Per quanto, infine, concerne la richiesta di parere in ordine alla possibilità di promuovere l'alienazione straordinaria dei veicoli prevista dall'art. 1 comma 446 della legge n. 147/2013, si osserva quanto segue.

Tale comma dispone nel senso che *“Decorso inutilmente il termine di cui al comma 445, la Prefettura - Ufficio territoriale del Governo notifica al soggetto titolare del deposito l'atto recante la determinazione all'alienazione, anche relativamente ad elenchi di veicoli, ed il corrispettivo cumulativo. L'alienazione si perfeziona, anche con effetto transattivo ai sensi degli articoli 1965 e seguenti del codice civile, con il consenso del titolare del deposito, comunicato alla Prefettura - Ufficio territoriale del Governo, entro e non oltre i quindici giorni successivi alla notifica. L'alienazione è comunicata dalla Prefettura - Ufficio territoriale del Governo al pubblico registro automobilistico competente per l'aggiornamento delle iscrizioni, senza oneri”.*

Il successivo comma 447 prevede che *“Con decreto dirigenziale del Ministero dell'Interno, di concerto con l'Agenzia del demanio, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità dell'alienazione e delle attività ad essa funzionali e connesse. Il corrispettivo dell'alienazione è determinato dalle amministrazioni procedenti in modo cumulativo per il totale dei veicoli che ne sono oggetto, tenuto conto del tipo e delle condizioni dei veicoli, dell'ammontare delle somme dovute al soggetto titolare del deposito in relazione alle spese di custodia, nonché degli eventuali oneri di rottamazione che possono gravare sul medesimo soggetto”* e - a mente del comma 449 - *“La somma eventualmente ricavata dall'alienazione è depositata, sino alla definizione del procedimento in relazione al quale è stato disposto il sequestro o il fermo, in un autonomo conto fruttifero presso la tesoreria dello Stato. In caso di confisca, questa ha ad oggetto la somma depositata; in ogni altro caso la somma depositata è restituita all'avente diritto”.*

Tenuto conto che il comma 446 succitato riconosce espressamente “effetto transattivo” all'alienazione in questione e richiede il “consenso del titolare del deposito”, le medesime considerazioni sopra espresse in merito alla incapacità giuridica derivante dall'interdittiva ed alla conseguente impossibilità di stipulare transazioni con il soggetto attinto dal provvedimento prefettizio valgono ad escludere il ricorso a tale negozio giuridico.

Peraltro, la disciplina normativa in esame, su cui è stato richiesto il parere alla Scrivente, pare superata dai recenti interventi normativi effettuati dal legislatore in tale ambito con il D.L. n. 113/2018, conv. con modificazioni in L. 1 dicembre 2018, n. 132, che ha introdotto il nuovo art. 215 *bis* del Codice della Strada.

Tale norma dispone quanto segue: “1. I prefetti, con cadenza semestrale, provvedono a censire, sentiti anche gli organi accertatori per quanto di competenza, i veicoli giacenti da oltre sei mesi presso le depositerie di cui all'articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica 29 luglio 1982, n. 571, a seguito dell'applicazione, ai sensi del presente codice, di misure di sequestro e fermo, nonché per effetto di provvedimenti amministrativi di confisca non ancora definitivi e di dissequestro. Di tali veicoli, individuati secondo il tipo, il modello e il numero di targa o di telaio, indipendentemente dalla documentazione dello stato di conservazione, è formato apposito elenco, pubblicato nel sito internet istituzionale della prefettura-ufficio territoriale del Governo competente per territorio, in cui, per ciascun veicolo, sono riportati altresì i dati identificativi del proprietario risultanti al pubblico registro automobilistico.

2. Nei trenta giorni successivi alla pubblicazione dell'elenco di cui al comma 1, il proprietario o uno degli altri soggetti indicati all'articolo 196 può assumere la custodia del veicolo, provvedendo contestualmente alla liquidazione delle somme dovute alla depositaria, con conseguente estinzione del debito maturato nei confronti dello Stato allo stesso titolo. Di tale facoltà è data comunicazione in sede di pubblicazione dell'elenco di cui al comma 1, con l'avviso che in caso di mancata assunzione della custodia i veicoli oggetto di fermo, sequestro e dissequestro sono da ritenersi abbandonati, mentre quelli oggetto di confisca non ancora definitiva sono da ritenersi definitivamente confiscati. Di tale confisca è data comunicazione a cura del prefetto al pubblico registro automobilistico per l'annotazione nei propri registri. La prefettura-ufficio territoriale del Governo informa dell'inutile decorso dei predetti termini l'Agenzia del demanio, che provvede a gestire tali veicoli, anche ai soli fini della rottamazione nel caso di grave danneggiamento o deterioramento, secondo le procedure e le modalità dettate dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 2001, n. 189. La liquidazione delle relative spese compete alla medesima Agenzia a decorrere dalla data di ricezione dell'informativa di cui al periodo precedente.

3. La somma ricavata dall'alienazione è depositata, sino alla definizione del procedimento in relazione al quale è stato disposto il sequestro o il fermo, in un autonomo conto fruttifero presso la tesoreria dello Stato. In caso di confisca, questa ha a oggetto la somma depositata; in ogni altro caso la somma depositata è restituita all'avente diritto.

4. Con decreto dirigenziale, di concerto fra il Ministero dell'interno e l'Agenzia del demanio, sono stabilite le modalità di comunicazione, tra gli uffici interessati, dei dati necessari all'espletamento delle procedure di cui al presente articolo”.

Il suesposto parere è stato sottoposto all'esame del Comitato Consultivo che, nella seduta del 17 aprile 2019, si è espresso in conformità.

Arresto delle procedure di avanzamento dei militari sottoposti a giudizio penale: la *ratio* dell'art. 1051, D.Lgs. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare)

PARERE DEL 04/06/2019-315776, AL 19938/2019, AVV. GESUALDO D'ELIA

Codesta Amministrazione chiede parere sull'applicabilità della norma di cui all'art. 550 c.p.p. all'ipotesi disciplinata dall'art. 1051 del D.Lgs. 15 marzo 2010 (Codice dell'ordinamento militare).

Osserva codesta Direzione che il secondo comma, lett. *a*, dell'art. 1051 prevede che non può essere inserito nell'aliquota di avanzamento o valutato per l'avanzamento il personale militare che sia stato "*rinvio a giudizio o ammesso a riti alternativi per delitto non colposo*", ma non contiene alcun riferimento alla diversa ipotesi in cui il militare sia stato destinatario della citazione diretta a giudizio ai sensi dell'art. 550 c.p.p.

Chiede quindi se anche nel caso in cui si sia verificata tale ultima ipotesi, non espressamente menzionata nel testo della norma, debba farsi luogo alla sospensione/esclusione della valutazione.

Questa Avvocatura osserva quanto segue.

La norma di cui all'art. 550 c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero esercita l'azione penale mediante la citazione diretta a giudizio nei casi ivi previsti. Si tratta, in parte, di casi individuati "qualitativamente", ossia per la natura contravvenzionale o per l'entità della pena; e per altra parte di fattispecie specificamente elencate dall'articolo in esame, delle quali si può affermare la caratteristica comune di una non elevata gravità.

Com'è noto, la differenza fra questo tipo di procedura e quella disciplinata dagli artt. 416 segg. consiste essenzialmente nella mancata previsione, nel primo caso, del "filtro" dell'udienza preliminare e del provvedimento del G.U.P. di rinvio a giudizio (ovvero di non luogo a procedere). Nell'una e nell'altra ipotesi, comunque, l'indagato, venendo sottoposto a giudizio, assume la veste di imputato.

La differenza tra i due diversi percorsi che conducono a questo comune risultato appare dunque ininfluente rispetto all'applicazione del secondo comma, lett. *a*, dell'art. 1051 del C.O.M., dato che la *ratio* di tale norma consiste nel disporre un arresto delle procedure di avanzamento dei militari qualora essi vengano sottoposti a giudizio penale, sia che si verta nei casi previsti dall'art. 550, sia che l'incolpato, dopo il vaglio dell'udienza preliminare, sia destinatario del decreto di cui all'art. 429 c.p.p.

Ed è da sottolineare che la citata disposizione del C.O.M. si mostra perentoria, sancendo l'obbligo dell'Amministrazione di sospendere la procedura di avanzamento al verificarsi delle ipotesi ivi previste, senza concedere alcuna

valutazione discrezionale, ad esempio, sulla tenuità o gravità dell'ipotesi di reato ascritta al militare.

Pertanto, in mancanza di precedenti giurisprudenziali sulla specifica questione che si siano espressi in senso difforme, la Scrivente ritiene che la sottoposizione al giudizio del militare determina la doverosa applicazione della norma di cui al secondo comma lett. *a*, dell'art. 1051 del C.O.M., sia che a tanto si sia pervenuti a seguito di rinvio a giudizio, sia che vi sia stata citazione diretta a giudizio, in entrambe le ipotesi ricorrendo l'*eadem ratio* dell'impedire che militari sottoposti a processo penale (per "*delitto non colposo*", con esclusione dei reati contravvenzionali) ottengano la progressione nella carriera.

Si resta a disposizione per eventuali ulteriori consultazioni.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, che si è espresso in senso conforme.

La disciplina degli incarichi extraistituzionali nell'impiego pubblico

PARERE DEL 07/06/2019-323507, AL 17939/2019, AVV. DIANA RANUCCI

1) Con la nota a margine, codesta Direzione riferisce che, in data 6 marzo 2019, l'Ambasciatore (..), presentava istanza (prot. DGSP-0041902) tesa al rilascio dell'autorizzazione prevista dall'art. 53 D.lgs. n. 165/2001, per la assunzione della carica, da sottoporre alla delibera dell'Assemblea ordinaria degli azionisti di Italgas s.p.a., di componente non esecutivo, con qualifica di "indipendente", del Consiglio di Amministrazione di Italgas S.p.A.

Chiede pertanto a questa Avvocatura di esprimere il proprio parere in ordine alla legittimità dell'assunzione dell'incarico in esame ed alla compatibilità della carica di Ambasciatore con quella di membro del Consiglio di Amministrazione di una Società di capitali.

Innanzitutto, occorre delineare la cornice normativa di riferimento.

2) *L'art. 98 della Costituzione ed il principio di incompatibilità.*

Devesi in via preliminare precisare che il personale appartenente alla carriera diplomatica, e dunque anche l'istante il quale riveste la qualifica di Ambasciatore, rientra nel novero del personale in regime di diritto pubblico, per espressa previsione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 165/2001, al quale devono ritenersi applicabili le disposizioni che si esamineranno. In questo senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa secondo cui: *"Ogni qualvolta una norma faccia riferimento specifico, ai fini della delimitazione del suo ambito di applicazione, all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, essa debba intendersi applicabile al personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni, così come ivi individuate, nella massima ampiezza dell'estensione di tale categoria, dovendo le deroghe di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 165/2001, ove non espressamente richiamate in un diverso contesto normativo, restare limitate ai soli ambiti dallo stesso art. 3 previsti (e cioè quello dei commi 2 e 3 dell'art. 2 dello stesso decreto), non essendo le deroghe stesse suscettibili (in mancanza di una espressa previsione o richiamo da parte di altra fonte di pari rango) di estendersi agli istituti indifferenzialmente dettati per la generalità dei rapporti di lavoro posti in essere alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"*, (Cons. Stato, sez. III, sent. 16 dicembre 2013, n. 6016).

Ciò posto, si rileva che l'**art. 98 della Costituzione** pone il principio della esclusività del rapporto di lavoro pubblico, nel senso che il pubblico dipendente non può svolgere attività lavorative ulteriori, sia nel settore privato che in quello pubblico. Il principio è stato da ultimo ribadito dalla giurisprudenza contabile, che ha avuto modo di chiarire che *"Il rapporto di lavoro con il da-*

*tore pubblico è storicamente caratterizzato, a differenza di quello privato, dal c.d. regime delle incompatibilità, in base al quale al dipendente pubblico, nei limiti infraprecisati, è preclusa la possibilità di svolgere attività extralavorative. La ratio di tale divieto, che permane anche in un sistema “depubblicizzato” a rimarcare la peculiarità dell’impiego presso la p.a., va rinvenuta nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico (“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione” art. 98 Cost.), per preservare le energie del lavoratore e per tutelare il buon andamento della p.a., che risulterebbe turbato dall’espletamento da parte di propri dipendenti di attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso tra lavoro, rischio e profitto. Centri di interesse alternativi all’ufficio pubblico rivestito, implicanti un’attività caratterizzata, **anche in via non continuativa**, da intensità e professionalità, potrebbero turbare la regolarità del servizio o attenuare l’indipendenza del lavoratore pubblico e il prestigio della p.a. Un simile obbligo di esclusività non è rinvenibile nell’impiego privato, nel quale il codice civile si limita a vietare esclusivamente attività extralavorative del dipendente che si pongano in concorrenza con l’attività del datore (art. 2105 c.c.)”, (così, testualmente Corte dei Conti, Sez. Giur. Lombardia, n. 94 del 7 maggio 2019).*

Più risalente, ma nello stesso senso, CDS, Sez. IV, n. 1251/1996, secondo cui: *“il divieto stabilito dall’art. 60 T.U. n. 3/1957, di assumere cariche in società con fini di lucro, opera anche per le casse rurali ed artigiane cui, pur in presenza della struttura cooperativa, non è estraneo lo scopo di perseguire utili”*, e, più di recente in termini ancora più stringenti, la Cassazione ha stabilito che *“È illegittimo il contratto di lavoro intermittente stipulato da un dipendente pubblico con una società privata, in virtù del principio di esclusività dell’impiego pubblico, che risulta violato anche quando il lavoratore non abbia percepito alcuna retribuzione dal datore di lavoro privato”*, (Cass. Sez. lav. n. 28797 del 30 novembre 2017).

3) Gli artt. 53 D.lgvo n. 165/2001 e 60 ss. del T.U. n. 3/1957.

Nell’ambito di questo principio di ordine generale, il legislatore ha dettato norme che da un lato meglio specificano la descritta incompatibilità, e dall’altro prevedono anche la possibilità di deroghe, come ancora chiarito dalla sentenza in rassegna, che evidenzia come *“Tuttavia, nell’impiego pubblico il divieto di espletare incarichi extraistituzionali non è sistematicamente assoluto. Difatti, il regime vigente, codificato dall’art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, pur individuando, al primo comma, situazioni di incompatibilità assoluta (sancite dagli artt. 60 e seguenti del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 per lo svolgimento di attività imprenditoriali, commerciali, libero-professionali, ed altri lavori pubblici o privati e **per cariche sociali in società**: su tale ipotesi da ultimo C. conti, sez. Siciliana, 24 luglio 2014 n. 927), prevede anche dero-*

ghe”, (Corte dei Conti, Lombardia, n. 94/2019 cit.; nello stesso senso, Corte dei Conti, Sicilia n. 927/2014).

In dettaglio, l’art. 53, comma 1, d.lgs. 165/2001, dispone che **“Resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, [.....]”**.

I successivi commi 2, 4, 5, 6 e 7 nel ribadire (comma 2) il principio recato dal comma 1, dispongono poi (commi 5 e 6) che, in ogni caso, il conferimento dell’incarico sia disposto dall’organo competente, tenendo conto della specifica professionalità, e che (comma 7) *“i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza”*.

La necessità della previa autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza costituisce criterio ineliminabile ed ineludibile, ed è ribadita anche dall’ **art. 60 TU** delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 s.m.i.) - rubricato *“Casi di incompatibilità”* - secondo cui **“L’impiegato non può esercitare il commercio, l’industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all’uopo intervenuta l’autorizzazione del ministro competente”**.

Il successivo **art. 62 stesso T.U.** (rubricato: Partecipazione all’amministrazione di enti e società) dispone ancora che: *“Nei casi stabiliti dalla legge o quando ne sia autorizzato con deliberazione del Consiglio dei Ministri, l’impiegato può partecipare all’amministrazione o far parte di collegi sindacali in società o enti ai quali lo Stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari dell’amministrazione di cui l’impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa. Nei casi di rilascio dell’autorizzazione del CDM prevista dal presente comma, l’incarico si intende svolto nell’interesse dell’amministrazione di appartenenza del dipendente ed i compensi dovuti dalla società o dall’ente sono corrisposti direttamente all’amministrazione”*.

Va, dunque, rilevato che, pur caratterizzato dal vincolo di esclusività nei confronti dell’Amministrazione di appartenenza previsto dall’art. 98 Cost., e fermo il divieto di ordine generale per cui l’impiegato non può accettare cariche in società costituite a fine di lucro, il rapporto di lavoro pubblico può subire eccezioni in ordine alla assunzione di incarichi extra-istituzionali, conferiti da soggetti privati o pubblici, retribuiti e non, ove ricorrano i suddetti presupposti legali.

L’art. 60 infatti contiene la previsione di una possibilità di deroga, qualora si tratti di cariche in società o enti per le quali:

- la nomina sia riservata allo Stato e

- sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente (*rec-tius*, Amministrazione di appartenenza).

Del pari, l'art. 62 stesso T.U. prevede una deroga all'incompatibilità quando l'incarico, autorizzato dal Consiglio dei Ministri, sia svolto:

- nell'interesse dell'amministrazione di appartenenza e
- i compensi siano percepiti direttamente dall'amministrazione.

In definitiva, *in subjecta materia* vigono i seguenti principi/divieti:

- Principio di esclusività del rapporto di impiego pubblico;
- principio di incompatibilità assoluta con l'assunzione di incarichi extraistituzionali, ex art. 60, T.U. n. 53/1957, parte prima;
- principio di incompatibilità relativa con l'assunzione di incarichi extraistituzionali, secondo i criteri dettati dalla seconda parte dell'art. 60 in esame e dal successivo articolo 62.

Tanto premesso, in disparte l'art. 62 i cui requisiti ivi richiesti non sembrano ricorrere nella specie, poiché l'art. 60 T.U. n. 3/1957 prevede la possibilità di derogare al principio generale della incompatibilità, si rende necessario verificare se, nella fattispecie, ricorrano i presupposti che tale deroga legittimano.

4) La natura giuridica di Italgas e di Cassa Depositi e prestiti.

Si è detto che il richiedente comunica che CDP s.p.a., d'intesa con il MEF, intende sottoporre alla delibera dell'Assemblea ordinaria degli azionisti di Italgas s.p.a. la sua candidatura a membro del CDA della predetta società. Si tratta quindi di verificare se tale Società abbia o meno fine di lucro, se la nomina a componente del CDA sia riservata allo Stato e, di seguito, se sia intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente.

Sul punto, si osserva che, al gennaio 2019, Italgas S.p.A. - società di capitali quotata in borsa dal 7 novembre 2016, avente ad oggetto sociale l'esercizio, in Italia e all'estero, anche tramite partecipazione diretta o indiretta di società, enti o imprese, di attività regolate nel settore del gas - risulta partecipata al 30,1% da CDP s.p.a. Reti; al 3,002 %, da SNAM, società di infrastrutture energetiche; al 7,57 % dalla Banca di investimenti Lazard Asset Management; al 6,023% da Romano Minozzi, imprenditore; al 4,16% dal fondo di investimento Blackrock e, per il restante 47,89%, da altri azionisti istituzionali.

Il capitale sociale appare essere quindi quasi integralmente di natura privata, salva la quota di CDP s.p.a.

A sua volta CDP è una s.p.a., partecipata all'83% dal MEF e per il restante 16% da diverse fondazioni bancarie. Come è noto, CDP opera all'interno del sistema economico italiano essenzialmente come una banca di Stato, ed ha tra le sue varie attività principali anche la partecipazione nel capitale di rischio delle medie e grandi imprese nazionali. In sostanza CDP costituisce una istituzione bancaria.

Ne deriva che Italgas è in definitiva una società a capitale prevalentemente privato, essendo pubblico solo l'83% di 30.1%, e cioè il 24,9% che persegue fine di lucro.

Infatti, ancora dall'esame dello Statuto di Italgas, emerge che la Società ha un oggetto sociale relativo ad attività, di natura industriale, commerciale, finanziaria, aventi natura prettamente privatistica. Tanto è vero che è stabilita l'osservanza dei criteri di economicità, redditività e massimizzazione dell'investimento dei soci tipica della attività imprenditoriale di diritto privato, (cfr. art. 2.3).

Si aggiunge che il capitale sociale è costituito da azioni, le quali danno diritto alla percezione di dividendi, che opera con gli organi tipici delle s.p.a. e che l'Assemblea rappresenta l'universalità degli azionisti (art. 11).

Il successivo art. 13 prevede che il Consiglio di Amministrazione sia nominato dall'assemblea, sulla base di liste presentate dagli azionisti. L'art. 13 in rassegna, che disciplina minuziosamente le modalità di nomina e composizione del CDA, nulla prevede in ordine alla necessità che uno o più componenti del CDA siano nominati dallo Stato, né risulta che Italgas abbia previsto nel proprio Statuto, né direttamente in capo allo Stato né all'azionista statale particolari poteri e/o controllo sulla nomina degli amministratori, né, tantomeno, un potere di nomina unilaterale, per cui, per ciò che in questa sede rileva, non sembrerebbero previste eccezioni all'ordinario regime privatistico in materia di assemblea delle S.p.A., tali da consentire di derogare alla regola generale della deliberazione a maggioranza degli azionisti.

Sicché, deve ritenersi che Italgas S.p.A. sia regolata dalla disciplina che il codice civile dedica al funzionamento dell'assemblea dei soci nelle società per azioni, senza eccezioni.

5) Conclusioni.

Le considerazioni svolte sembrano quindi deporre nel senso che, nella specie, non si possa ritenere operante l'art. 60 T.U. del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, nella parte in cui, per i casi di incompatibilità di cariche, ammette una deroga laddove prevede che *“la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del ministro competente”*, atteso che, come innanzi illustrato, la nomina di amministratore è sottoposta alla delibera dell'assemblea degli azionisti della società - a prescindere da chi in concreto detenga quote sociali - e non si rileva la sussistenza di alcuna riserva in favore dello Stato.

Ne potrebbe utilmente invocarsi il successivo art. 62 stesso T.U., norma ancora più stringente in quanto subordina l'assunzione dell'incarico extraistituzionale alla previa autorizzazione del Consiglio dei Ministri e stabilisce che *“Nei casi di rilascio dell'autorizzazione del CDM prevista dal presente comma, l'incarico si intende svolto nell'interesse dell'amministrazione di ap-*

partenza del dipendente ed i compensi dovuti dalla società o dall'ente sono corrisposti direttamente all'amministrazione".

Ipotesi questa che non sembra attagliarsi al caso di specie, ove l'Ambasciatore non andrebbe a svolgere un incarico nell'interesse di codesta Amministrazione né il relativo compenso sarebbe versato direttamente a codesta Amministrazione.

Sul punto, il giudice contabile ha chiarito che *"Per disposto dell'art. 62 t.u. 10 gennaio 1957 n. 3 (rielaborato dall'art. 58 d.l. 3 febbraio 1993 n. 29) l'impiegato dello Stato "può partecipare all'amministrazione o far parte dei collegi sindacali in società o enti ai quali partecipi lo Stato... nei casi stabiliti dalla legge o quando ne sia autorizzato con delibera del Consiglio dei ministri"; peraltro, il codice civile (art. 2449 comma 1) prevede che "se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipato in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci"; pertanto, poichè lo statuto dell'Enel non prevede tale facoltà è necessario accertare se per i componenti degli organi sociali dell'ente che rivestono la qualità di dipendenti dello Stato siano state deliberate dal consiglio dei ministri le autorizzazioni previste dal predetto art. 62 t.u. n. 3 del 1957"*, (Corte dei Conti Sez. contr. enti, 29 settembre 1994, n. 37).

Il che è esattamente quanto si riscontra nella specie, ove dall'esame dello Statuto di Italgas, non si rileva che *"siano state deliberate dal consiglio dei ministri le autorizzazioni previste dal predetto art. 62 t.u. n. 3 del 1957"*; per cui, fermo che nella fattispecie in esame manca il requisito comunque preliminare ed indispensabile della deliberazione cui si riferisce il giudice contabile, comunque, pur in presenza della stessa, mancherebbe gli ulteriori due requisiti sopra individuati (incarico svolto nell'interesse dell'Amministrazione e versamento del relativo compenso direttamente a codesta Amministrazione).

In conclusione, ritiene la Scrivente che la richiesta di autorizzazione all'assunzione dell'incarico di componente del CDA di Italgas s.p.a. non sia positivamente valutabile, in quanto non è dubbio che Italgas sia una società con fine di lucro; che il relativo Statuto nulla dispone in ordine ad eventuali nomine degli amministratori riservate allo Stato; che pertanto all'accoglimento della richiesta osta il principio generale di cui all'art. 53 cit., anche in considerazione del fatto che il dipendente svolge all'interno di codesto Ministero una attività lavorativa di peculiare rilievo ed a tempo pieno, mentre l'incarico in esame non sembra avere i caratteri della occasionalità (cfr. sul punto, Cass. Sez. I, n. 9102/2003), considerate le specifiche funzioni che lo Statuto attribuisce al Consiglio di Amministrazione (artt. 15 ss.).

Tale conclusione è poi conforme a quanto stabilito dal giudice contabile, nella sentenza n. 94/2019 citata, secondo cui *"Il ruolo del dipendente pubblico a tempo indeterminato rende assolutamente vietata l'attività di amministratore unico di una società di capitali, che è carica sociale palesemente e testual-*

mente vietata e non autorizzabile ex art. 60, d.P.R. n. 3 del 1957, richiamato dall'art. 53, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001. L'inosservanza di tale basilare precetto sul divieto di assumere cariche sociali in società di capitali (ergo assolutamente vietate e non autorizzabili) comporta la condanna pecuniaria, per danno erariale, a fronte del mancato riversamento spontaneo al Comune datore di lavoro, in base all'art. 53, co. 7 e 7-bis, d.lgs. n. 165, del compenso percepito.

I motivi di una scelta palesemente contra legem ... sono giuridicamente irrilevanti, ... vertendosi in ipotesi di attività assolutamente vietata, cioè preclusa ad ogni lavoratore pubblico e, dunque, neppure autorizzabile. La questione giuridicamente rilevante ... è l'aver assunto una carica sociale ... vietata per legge e l'aver ottenuto anche un pagamento per tale attività (comunque vietata quand'anche fosse stata svolta gratuitamente)".

Tali rilievi inducono quindi a ritenere l'impossibilità di sussumere il caso di specie nella deroga ex art. 60, né in quella di cui al successivo art. 62 D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, con la conclusione che sussista l'incompatibilità della carica di Ambasciatore con la assunzione dell'incarico extraistituzionale richiesto.

6) Il collocamento fuori ruolo.

A diversa soluzione potrebbe giungersi qualora l'interessato optasse per la possibilità di andare "fuori ruolo", conformemente a quanto fatto da due appartenenti alla carriera diplomatica in passato, come comunicato da codesta Direzione.

In dettaglio, risulta che, in un caso, l'incarico extraistituzionale è stato autorizzato ai sensi dell'art. 274 DPR n. 18/1967, a norma del quale *"Per il disimpegno di funzioni attinenti alle relazioni internazionali e all'internalizzazione delle imprese, nonché di rilevante interesse per il Ministero degli affari esteri, i funzionari della carriera diplomatica possono essere collocati fuori ruolo, nel rispetto delle relative autonomie organizzative, presso il Senato della Repubblica e la Camera dei deputati, la Presidenza del Consiglio e gli **altri Ministeri** e presso le regioni e le città metropolitane, come definite dall'articolo 18 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, a seguito di concertazione e richiesta da parte dei predetti enti territoriali"*.

In un secondo caso invece, il collocamento fuori ruolo è avvenuto ai sensi dell'art. 19, comma 2 bis, D.L. n. 7/2015, conv. in L. n. 43/15, secondo cui *"Nei casi di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto legge 1° gennaio 2010, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2010, n. 30, nonché di cui all'articolo 23-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale può collocare fuori ruolo funzionari appartenenti alla carriera diplomatica rispettivamente ai sensi della legge 27 luglio 1962, n. 1114, e*

dell'articolo 274 del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 18, e successive modificazioni, nell'ambito dei contingenti, con le modalità e per gli effetti previsti dalle predette disposizioni. Il Ministero sospende la corresponsione della retribuzione in tutte le sue componenti a decorrere dal collocamento fuori ruolo".

Considerato che, nella specie, l'istante chiede di essere autorizzato a ricoprire l'incarico di componente del CDA di Italgas, si ritiene che la disposizione eventualmente applicabile non sia l'art. 4, comma 1, D.L. n. 1/2010, che prevede la possibilità per il Maeci di *"mettere a disposizione delle istituzioni dell'Unione europea fino a cinquanta funzionari della carriera diplomatica, destinati a prestare servizio presso le predette istituzioni, ... per fare fronte alle accresciute responsabilità in materia di sicurezza internazionale derivanti dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009"*, ma l'art. 23 bis, D.lgvo n. 165/2001, secondo cui ***"In deroga all'articolo 60 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, i dirigenti delle pubbliche amministrazioni, nonché gli appartenenti alla carriera diplomatica e prefettizia e, limitatamente agli incarichi pubblici, i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati e procuratori dello Stato sono collocati, salvo motivato diniego dell'amministrazione di appartenenza in ordine alle proprie preminenti esigenze organizzative, in aspettativa senza assegni per lo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o **privati**, anche operanti in sede internazionale, i quali provvedono al relativo trattamento previdenziale. Resta ferma la disciplina vigente in materia di collocamento fuori ruolo nei casi consentiti. Il periodo di aspettativa comporta il mantenimento della qualifica posseduta"***.

Il ricorso all'istituto del fuori ruolo, nei limiti ed alle condizioni previste dalle citate disposizioni legislative, avrebbe l'effetto di far venire meno le ragioni di incompatibilità evidenziate nel presente parere, sottraendo l'interessato, in via preliminare e dirimente dall'obbligo costituzionale di esclusività del rapporto di lavoro, per cui si ritiene che il richiesto incarico extraistituzionale sia autorizzabile qualora l'interessato richieda di avvalersi dell'istituto del fuori ruolo e codesta Amministrazione ritenga sussistere le condizioni di legge per la relativa concessione.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità nella seduta del 3 giugno 2019.

I pareri del Comitato Consultivo in tema di rimborso spese legali ai sensi dell'art. 18 d.l. n. 67/1997, conv. in L. 135/1997

Spese processuali superiori a quelle liquidate dal giudice contabile in sentenza: l'eventuale rimborso a carico della P.A.

PARERE DEL 14/06/2018-320751, AL 31189/2017, AVV. MARCO STIGLIANO MESSUTI

(...) con la nota emarginata, ha sottoposto la questione inerente al rimborso della totalità delle spese processuali, superiori a quelle liquidate dal giudice contabile in sentenza, in caso di giudizio di responsabilità del dirigente\ dipendente per danno erariale e successiva assoluzione dello stesso. Specificamente codesta amministrazione richiede se *"sia tenuta a riconoscere le spese legali effettivamente saldate dai soggetti interessati e comunque secondo le tariffe medie di cui al D.M. 55/2014, malgrado le precisazioni della Corte dei Conti"*.

(...) L'art. 91 c.p.c. dispone come sia il giudice a condannare la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte, attribuendogli inoltre un ampio potere di valutazione in merito alla necessità e non superfluità dell'onorario presentato. Alla luce di ciò, in via preliminare occorre verificare se l'avvocato difensore, sia vincolato a richiedere come pagamento solo la cifra stabilita dal giudice nella sentenza di merito.

Sul punto è intervenuta più volte la Suprema Corte affermando come: *"la liquidazione delle spese nel rapporto interno tra avvocato e cliente non vincola il giudice nell'ambito della liquidazione delle spese tra quest'ultimo e la sua controparte nel giudizio. Infatti, la misura degli onorari dovuti dal cliente al proprio avvocato prescinde dalle statuizioni del giudice contenute nella sentenza che condanna la controparte alle spese ed agli onorari di causa e deve essere determinata in base a criteri diversi da quelli che regolano la liquidazione delle spese fra le parti"*; da ultimo con sentenza del 7 settembre 2016, n. 17739, la quale riprende a sua volta consolidata giurisprudenza, riconducibile tra le altre a Cassazione civile, 15 gennaio 1999, n. 1264.

Tale statuizione è basata sul rapporto contrattuale che lega l'avvocato con il suo cliente.

Alla luce della possibilità, per il difensore, di richiedere un pagamento superiore a quanto liquidato dal giudice, bisogna ora procedere ad osservare quali siano gli obblighi di, eventuale, rimborso da parte delle amministrazioni di cui il cliente sia dipendente/dirigente.

La materia è disciplinata dall'art. 18, del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, con-

vertito in legge 23 maggio 1997, n. 135. La giurisprudenza della Cassazione, sul punto, rileva come: *"la rimborsabilità delle spese legali per i dipendenti statali non può essere assoggettata alla determinazione pattizia tra il dipendente pubblico assistito e il suo difensore di fiducia, o anche alla sola verifica del Consiglio dell'Ordine, giacché necessita del parere di congruità rilasciato dall'Avvocatura dello Stato secondo i canoni della discrezionalità tecnica"* (Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza n. 13861, del 6 luglio 2015).

Riguardo specificamente ai giudizi di fronte ai giudici contabili per danno erariale, invece, la normativa che viene in rilievo è quella di cui all'art. 3, comma 2-bis, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con legge 20 dicembre 1996, n. 639, in forza del quale *"in caso di definitivo proscioglimento ai sensi di quanto previsto dal comma 1, dell'art. 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal comma 1 del presente articolo, le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della corte dei conti sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza"*. Quest'ultima, inoltre, è stata interpretata successivamente dall'art. 10-bis, comma 10, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito con legge 2 dicembre 2005, n. 248, a sua volta integrato dall'art. 17, comma 30 - *quinquies* - del d.l. 1 luglio 2009 n. 78, convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102, il quale escludendo la compensazione, attribuisce al giudice contabile la liquidazione degli onorari e delle spese processuali.

Tale disciplina risulta infine confermata dall'art. 31 del d.lgs 26 agosto 2016, n. 174 *"codice della giustizia contabile"*.

Anche la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, è intervenuta sulla questione affermando come *"la sentenza di proscioglimento nel merito costituisce il presupposto di un credito attribuito dalla legge e che il giudice contabile è chiamato a quantificare"* (SS.UU., 24 marzo 2010, n. 6996), riconoscendo in tal modo la specialità di tale disciplina e della capacità tecnica del giudice contabile di statuire sul punto.

Più nello specifico, la sezione lavoro della Cassazione, con recente pronunzia è intervenuta, con la sentenza 19 agosto 2013, n. 19195 affermando come *"dopo l'entrata in vigore dell'art. 10 bis, comma 10, del d.l. 30 settembre 2005 n. 203, conv. in legge 2 dicembre 2005, n. 248, in caso di proscioglimento nel merito del convenuto in giudizio per responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti, spetta esclusivamente a detto giudice, con la sentenza che definisce il giudizio, liquidare - ai sensi e con le modalità di cui all'art. 91 c.p.c. ed a carico dell'amministrazione di appartenenza - l'ammontare delle spese di difesa del prosciolto, senza successiva possibilità per quest'ultimo di chiedere in separata sede, all'amministrazione medesima, la liquidazione delle spese, neppure in via integrativa della liquidazione operata dal giudice contabile"*. Deve aggiungersi come la corte affermi ulteriormente

come *"proprio la scelta del legislatore di rimettere al giudice contabile il governo delle spese è espressamente finalizzata ad un maggior controllo della spesa pubblica, per evitare tanto i possibili abusi per rimborsi eccessivi concessi dalle amministrazioni di appartenenza, quanto il proliferare di contenziosi in sede civile ove quest'ultima neghi il rimborso chiesto dal suo dipendente prosciolto nel merito del giudizio contabile"*, una diversa interpretazione altro non farebbe che provocare proprio le conseguenze non volute dal legislatore.

Da ultima è intervenuta anche la Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Toscana, con sentenza del 16 ottobre 2013 n. 310. La decisione chiarisce esplicitamente come *"incontestabilmente compete al solo giudice contabile disporre in tema di liquidazione delle spese in favore del dipendente assolto nel merito innanzi alla Corte dei Conti. La norma di cui al citato art. 10, comma 10 bis, e la giurisprudenza sul tema non lasciano spazio ad altra interpretazione"*. Tale sentenza, afferma altresì che l'eventuale pagamento in eccesso rispetto all'ammontare liquidato dal giudice, ***comporterebbe la responsabilità erariale per i soggetti che procedano all'autorizzazione di detto pagamento***; infatti *"il giudice contabile ha tutti gli strumenti per valutare la congruità della parcella richiesta dall'avvocato in quanto, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., il difensore, al momento del passaggio in decisione della causa, deve presentare la nota delle spese, e può quindi stabilire con ragione l'importo delle spese che saranno a carico dell'amministrazione, eventualmente anche disponendo il rimborso integrale delle stesse, qualora ne ricorrano i presupposti"*. Tale interpretazione è stata confermata in sede di appello con la sentenza n. 565, pubblicata il 16 novembre 2015.

Dello stesso orientamento anche la decisione dell'1 dicembre 2017 n. 516 della Prima Sezione Centrale di Appello della Corte dei conti, dove il giudice ha ritenuto come una liquidazione non congrua delle spese di giudizio, possa essere sindacata ed ampliata solo dall'unico giudice munito di giurisdizione, quale quello contabile.

Tale tesi è stata confermata anche dal Tribunale Firenze, sez. lav. del 21 gennaio 2016, n. 48, ove si afferma come: *"È il giudizio contabile l'unica sede nella quale è dato di discutere della congruità delle spese da riconoscere al prosciolto"*.

Il parere di congruità dell'Avvocatura, comunque contemplato dalle richiamate disposizioni, appare nella fattispecie, ridimensionato al ruolo di riscontro formale, sul piano amministrativo, della conformità della richiesta di rimborso rispetto alla misura liquidata in sentenza, nonché, eventualmente, per valutare la congruità degli oneri accessori non espressamente indicati nella sentenza (rimborso forfettario, Iva, cpa), ovvero la rimborsabilità di spese strettamente connesse alla difesa nel giudizio, ma sostenute successivamente.

Tale orientamento è stato seguito anche dallo scrivente, nel parere del 14

gennaio 2016 n. 16036 (CS 39972/2015 Avv. De Bonis), condiviso dal Comitato Consultivo nella seduta dell'11 gennaio 2016, superando in via definitiva la precedente circolare n. 6 del 2012.

Di diverso avviso, invece, è sembrato esprimersi il giudice amministrativo.

Il Tar del Lazio, Roma, è intervenuto sul punto con la sentenza n. 13753 del 9 dicembre 2015, affermando come *"l'autonomia del rapporto tra amministrazione e proprio dipendente, avente ad oggetto il diritto al rimborso delle spese legali rispetto al giudizio contabile [...] comporta [...] che il rimborso dovuto dalla amministrazione al proprio dipendente possa prescindere dalla liquidazione effettuata in sentenza dal giudice contabile"*, a tale argomentazione principale, il giudice amministrativo, ne aggiunge una ulteriore in merito al divieto di compensazione. Infatti, secondo il Tar, qualora il giudice erariale procedesse, erroneamente, alla compensazione delle spese *"non potrebbe certo negarsi il diritto del ricorrente ad ottenere un congruo rimborso spese, sulla base del parere di congruità espresso dall'avvocatura"*; egualmente si ritiene possibile ciò nel caso in cui *"il giudice contabile, anziché disporre la compensazione, abbia liquidato le spese legali, ma in misura simbolica o comunque inferiore a quanto effettivamente dovuto dall'assistito al proprio difensore"*. Inoltre, nel giudizio citato, il Tar fa riferimento alla circolare dell'Avvocatura Generale dello Stato n. 6 del 2012, la quale però, come già osservato, risulta superata dal citato successivo parere del 14 gennaio 2016.

Di recente sulla questione, è intervenuto anche il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, sez. III, 28 luglio 2017, n. 3779, affermando la competenza del giudice contabile a statuire sulle spese processuali liquidabili e rimborsabili, ma ritenendo altresì come il parere di congruità operato dall'Avvocatura di Stato possa disattendere, ove ritenuto necessario, quanto stabilito in sentenza.

Anche in tale sede il giudice amministrativo afferma l'autonomia del rapporto tra dipendente ed amministrazione in ambito di liquidazione delle spese, rispetto al giudizio erariale. A tal proposito, ritiene che tale principio di diritto sia espresso dalle Sezioni Unite, nella sentenza 14 marzo 2011, n. 5918. Il giudice ritiene, inoltre, che il dettato normativo qualifichi il parere di congruità dell'Avvocatura di Stato come uno strumento volto a *"tenere indenne a tutti gli effetti il pubblico dipendente dalle spese legali sopportate in relazione a giudizi conclusi con sentenza di esclusione di responsabilità"*, aggiungendo inoltre come *"diversamente opinando, si ammetterebbe, infatti, che il diritto al rimborso delle spese sopportate che, come già detto, trova la sua origine nell'autonomo rapporto di natura sostanziale intercorrente tra Amministrazione e dipendente, possa essere irrimediabilmente e, eventualmente, anche ingiustificatamente condizionato e compromesso dalle statuizioni del giudice contabile"*.

Bisogna premettere, sul punto, che la citata tesi delle Sezioni Unite, di cui alla citata sentenza 14 marzo 2011, n. 5918, risulta inerente a fatti accaduti in anni precedenti al 2007. In base al principio del *tempus regit actum* la Suprema Corte, con tale pronuncia, è volta all'applicazione della disciplina previgente sia al codice della giustizia contabile, entrato in vigore con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, sia del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102, principale innovatore in materia. Conseguentemente, tale pronuncia risulta superata dalle recenti riforme legislative, oltrechè non dirimente per il caso di specie.

Quanto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, comunque, è riconducibile a due principi: da un lato, l'autonomia del rapporto di liquidazione dal giudizio erariale, e dall'altra il timore che, in sede processuale, il soggetto possa vedersi leso nei suoi diritti per ragioni di stampo processuale, o di erronea applicazione della legge (come nel prospettato caso, di erronea compensazione delle spese).

Riguardo al primo elemento, quale la diversità ontologica ed autonomia dei rapporti, sul punto si era già pronunciata la Corte di Cassazione, sez. lavoro, con la sentenza (sopra citata) 19 agosto 2013, n. 19195. Tale pronuncia prese una netta posizione rispetto alla precedente SS.UU. del 12 novembre 2003, n. 17014, la quale si pone a fondamento della sentenza citata dal Consiglio di Stato (SS.UU. 14 marzo 2011, n. 5918). Nello specifico la sez. lavoro ha affermato come, le novelle legislative intercorse *"indubbiamente milita[no] per una ridefinizione del sistema ad esclusivo appannaggio della sede giudiziale e per la competenza funzionale (anche ai fini di contenimento della spesa) del solo giudice contabile (che emette la sentenza di proscioglimento nel merito) in ordine alla liquidazione delle spese, con esclusione di ogni possibilità di loro quantificazione a piè di lista"*, ponendo a supporto di tale ricostruzione anche la sentenza della Cassazione SS.UU., n. 8455, 2 aprile 2008 dove, in quel caso, non era stata emessa pronuncia sulle spese del giudizio contabile da parte della Corte dei conti.

La sezione lavoro inoltre, corrobora la propria tesi con due ulteriori elementi. Da un lato si ritiene che il divieto di compensazione abbia rafforzato *"la scelta legislativa per l'unicità della sede giudiziale, quasi a voler chiudere ogni possibilità di liquidazione extragiudiziale quale rimedio alla compensazione delle spese disposta dal giudice contabile"*, dall'altro la diversa interpretazione, come quella operata dal Consiglio di Stato, *"finirebbe con il dare luogo ad un sistema stabilmente produttivo di conflitti tra giudicati (uno contabile e uno civile) sul regime delle spese, potendosi in sede civile porre nel nulla, in tutto o in parte, la compensazione (o la differente liquidazione) delle spese già espressamente disposta dalla Corte dei conti in contraddittorio delle*

medesime parti". La stessa Corte aggiunge, inoltre, come per negare il conflitto di giudicati non sia sufficiente invocare la diversità ontologica tra i rimborsi, stante proprio la sussistenza dello stesso oggetto (rimborso delle spese processuali) e delle stesse parti (dipendente e amministrazione di appartenenza).

Per le stesse ragioni non può ritenersi neppure sopravvivate il rimborso extragiudiziale a fronte di un'eventuale incongrua liquidazione delle spese ad opera del giudice contabile, infatti, come correttamente affermato dalla Corte di Cassazione, sez. lavoro, *"in virtù di antica e costante giurisprudenza di questa S.C. il giudice competente per il merito della causa è funzionalmente competente a decidere sull'an e sul quantum delle relative spese e dell'eventuale risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c. (Cass. 23.3.2004 n. 5734; Cass. 12.3.2002 n. 3573; Cass. 4.4.2001 n. 4947; Cass. 5.3.84 n. 1525; Cass. S.U 6.2.84 n. 874), di guisa che è inammissibile una domanda risarcitoria conseguente all'altrui azione o resistenza temeraria avanzata in separato giudizio (cfr. Cass. 20.3.2006 n. 6116)"*.

Alla luce di tale ricostruzione, possono ritenersi superate le SS.UU. del 12 novembre 2003, n. 17014 e, conseguentemente, le SS. UU., del 14 marzo 2011, n. 5918.

Riguardo, invece, al secondo ordine di motivi prospettato dalla giurisprudenza amministrativa, quale il rischio di condizionamenti processuali del diritto alla liquidazione, questo non tiene in considerazione il fatto che il giudizio erariale, ed il giudice a questo deputato, ben è a conoscenza di ogni elemento concernente il giudizio ed ha la piena capacità e possibilità di comprendere le esigenze ed i diritti delle parti in causa.

Qualora il dipendente non condivida l'ammontare delle somme liquidate dal giudice contabile e, per l'effetto, allo stesso rimborsabili dall'Amministrazione, ha l'onere di impugnare la decisione sotto tale profilo in quanto la statuizione costituisce un autonomo capo della decisione idoneo al giudicato sostanziale. In mancanza di tale impugnazione, la liquidazione del giudice contabile rappresenta *ex lege* la misura del diritto al rimborso delle spese legali da parte dell'Amministrazione.

Tale ricostruzione non è, ovviamente, in alcun modo contestata dal giudice amministrativo. L'ulteriore elemento del divieto normativo di compensazione, lascia ulteriormente qualificare l'elevata garanzia che il legislatore ha predisposto per il dipendente assolto.

Stante l'evidente disomogeneità della giurisprudenza sul punto, si deve ritenere maggiormente condivisibile la tesi della non riformabilità, ad opera del parere di congruità dell'Avvocatura, della liquidazione operata dal giudice contabile.

La prospettata ricostruzione del giudice amministrativo, oltre alla non piena sostenibilità della tesi dell'autonomia dei rapporti, stante l'uguaglianza

sia dell'oggetto, che dei soggetti della controversia e stante la non condivisibilità dei dubbi di natura "garantista" rispetto al giudicato della Corte dei conti, porterebbe all'assurda soluzione secondo cui il parere dell'Avvocatura di Stato, potrebbe porre nel nulla una decisione operata dal giudice competente, quale quello contabile.

(...)

La ricostruzione sopra operata lascia emergere la profonda disomogeneità giurisprudenziale sul punto, tale da rendere complessa una definitiva qualificazione della questione in oggetto. Per tali motivi, questa Avvocatura nel contesto di prossime e future controversie sul punto, valuterà se proporre regolamento preventivo di giurisdizione, *ex art.* 41 c.p.c., al fine di una definitiva chiarificazione della eventuale giurisdizione del giudice amministrativo, come da esso affermato con la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 28 luglio 2017, n. 3779.

Alla luce del quadro su descritto, però, risulta difficile allo stato poter riconoscere che (...) sia tenuta al pagamento delle spese legali effettivamente sostenute dai soggetti interessati, ed altresì, qualora questo venisse egualmente effettuato, il responsabile ne potrebbe rispondere in via di danno erariale. (...).

Sulla questione è Stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 4 maggio 2018, si è espresso in conformità.

Non rimborso in caso di condotte che inficiano il corretto adempimento del servizio istituzionale anche se non rilevano nel giudizio penale

PARERE DEL 08/10/2018-512664, AL 44991/2015, AVV. ISABELLA CORSINI

Il dipendente indicato in oggetto ha presentato (come chiarito da ultimo nella nota che si riscontra) istanza, ai sensi dell'art. 18 d.l. 67/1997 convertito in L. 135/1997, diretta ad ottenere il rimborso delle spese di difesa sostenute nell'ambito del procedimento penale per i reati di "estorsione, omissione di atti di ufficio, abuso di ufficio, violenza fisica in concorso *ex artt.* 81, 110, 328, 61 n. 9, 628 co. 3 n. 1, 629 co. 2, 61 n. 2, 582 c.p.", definito con sentenza di assoluzione emessa dal Tribunale penale di Roma in composizione collegiale, divenuta irrevocabile in data 26 febbraio 2014. Ha allegato alla domanda una nota spese del legale che ha patrocinato il giudizio per l'importo complessivo di € 33.520,67 (comprensiva del rimborso spese generali nella misura del 15 per cento, CPA e Iva), in applicazione del D.M. 55/2014.

Esaminata la richiesta di riesame redatta dall'interessato e le osservazioni formulate da codesta Amministrazione, si evidenzia che, nel caso di specie,

dal testo della sentenza di assoluzione, nonché dal decreto irrogativo della sanzione disciplinare, appare evidente che l'operato dell'imputato in sede penale è risultato tutt'altro che conforme alle norme di diligenza e di buona amministrazione, in quanto la sanzione disciplinare è stata irrogata poiché *“il dipendente avrebbe dovuto comunque riferire circa i fatti cui aveva assistito, così come previsto dal Regolamento di servizio dell'Amministrazione della P.S. vieppiù in presenza di situazioni riconosciute come inusuali o anomale dallo stesso dipendente in dibattimento; infine avendo il poliziotto sottoscritto di aver trovato della sostanza stupefacente indosso alla parte lesa, ha contribuito a rafforzare la versione dei fatti degli altri dipendenti coinvolti nel procedimento penale”*.

Si evidenzia che il poliziotto risulta sanzionato per la fattispecie prevista dall'art. 5 n. 1 e n. 4: sanzione della deplorazione: dichiarazione scritta di formale riprovazione con la quale vengono punite: 1) le abituali o gravi negligenze nell'adempimento dei propri doveri; 4) le mancanze gravemente lesive della dignità delle funzioni e dall'art. 4 n. 10 e n. 18 del DPR 737/1981 - sanzione della pena pecuniaria consistente nella riduzione in misura non superiore a cinque trentesimi di una mensilità dello stipendio e degli altri assegni a carattere fisso e continuativo con la quale viene punita: 10) la grave negligenza in servizio e 18) qualsiasi altro comportamento, anche fuori dal servizio, non espressamente preveduto nelle precedenti ipotesi, comunque non conforme al decoro delle funzioni degli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza.

In questa prospettiva, ciò che risulta **decisivo** è che la censurabilità, sia pure sotto altri profili, della condotta del dipendente refluisce, escludendola, sulla connessione con il servizio istituzionale, rettamente intesa, e, di riflesso, sul diritto al rimborso.

Codesta Amministrazione richiama quale precedente favorevole un parere assai risalente n. 121593 del 26 ottobre 2006 del Co.Co. dell'Avvocatura dello Stato, posto a fondamento del più recente parere ct 2651/2016, relativo ad una richiesta di rimborso spese analoga alla presente (si precisa che, nella fattispecie esaminata nel parere del 2016, il giudizio di disvalore, sanzionato esclusivamente con la sanzione disciplinare della pena pecuniaria di 1/30, riguardava solo l'aspetto deontologico del comportamento tenuto dai dipendenti).

Ad analoga conclusione non può pervenirsi nel caso di specie, ove sono state inflitte due sanzioni disciplinari (la pena pecuniaria inflitta nella misura massima, pari a 5/30 di una mensilità, unitamente alla deplorazione). Trattasi di due sanzioni disciplinari estremamente severe irrogate allo scopo di sanzionare mancanze gravemente lesive della dignità delle funzioni e una grave negligenza in servizio, non conforme alle funzioni degli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza. Nel caso in esame si è inteso

dunque sanzionare una condotta che non appare limitata al solo aspetto deontologico, ma che è andata ad inficiare proprio il corretto adempimento del servizio istituzionale.

Nella fattispecie in esame, le violazioni disciplinari sanzionate appaiono infatti connesse con la condotta penalmente rilevante nel suo complesso. Se il militare avesse osservato un comportamento conforme ai suoi doveri di ufficio non sarebbe stato coinvolto nel procedimento penale dal quale è stato assolto.

Non appare infine pertinente l'argomentazione invocata da codesta Amministrazione in merito alla circostanza che le mancanze riscontrate in sede disciplinare non combaciano con quelle giudicate in sede penale e che il provvedimento amministrativo sanziona il non corretto adempimento della prestazione lavorativa, ma con specifico riferimento all'obbligo omesso di riferire al superiore gerarchico sul servizio svolto ed alla irregolare sottoscrizione del verbale di sequestro, condotte queste che non rilevano nel giudizio penale, mentre i capi di imputazione si riferivano a condotte diverse: omissione di atti di ufficio (omessa redazione della relazione di servizio), abuso di ufficio, estorsione, rapina sequestro di persona, lesioni personali. È infatti irrilevante che per alcuni capi di imputazione non vi è stato un procedimento disciplinare, assumendo rilevanza il disvalore complessivo della condotta posta in essere dal militare nella sua interezza, nell'ambito di un'azione amministrativa quale la mancata redazione della relazione di servizio e la sottoscrizione del verbale di sequestro della sostanza stupefacente (sequestro al quale il poliziotto non aveva partecipato) che denotano, nella fattispecie in esame, un comportamento gravemente negligente e violativo dei doveri di ufficio che appare incompatibile con il diritto al rimborso.

Alla luce di tali considerazioni e delle recenti massime giurisprudenziali intervenute sulla questione, si conferma il parere negativo già espresso.

Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato Consultivo in data 1 ottobre 2018.

Le spese sostenute per remunerare l'attività processuale del consulente tecnico di parte vanno ricondotte tra quelle rimborsabili

PARERE DEL 11/10/2018-519717, AL 34138/2017, AVV. ENRICO DE GIOVANNI

L'Avvocatura distrettuale dello Stato di Ancona segnala di essere stata investita dall'Amministrazione dell'Interno della questione se siano o meno rimborsabili, ai sensi dell'art. 18 del decreto-legge 25 marzo 1997 n. 67, convertito in legge 23 maggio 1997, n. 135, le spese sostenute dal dipendente, sottoposto a procedimento penale per fatti connessi con l'espletamento di obblighi istituzionali, ed assolto con sentenza definitiva che esclude la sua responsabilità, concernenti l'attività svolta dal consulente tecnico di parte.

Si osserva al riguardo, quanto segue.

Il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato ha, di recente, esaminato varie questioni relative all'interpretazione ed alla conseguente applicazione dell'art. 18 citato; in particolare nel parere prot. 252970 del 17 maggio 2017 (C. Co. del 3 aprile 2017), si è ritenuto di fornire la ricostruzione della *voluntas legis* nei termini seguenti "... con riferimento generale all'interpretazione dell'art. 18 in parte qua, va ricordato quanto emerge dalla relazione illustrativa che a suo tempo accompagnò l'approvazione della norma in esame, relazione che si trascrive.

"Relazione Illustrativa:

Articolo 18. - La norma prevede il rimborso delle spese legali per dipendenti ed amministratori i quali, per fatti connessi all'esercizio dei loro compiti istituzionali, abbiano subito un procedimento civile, penale o contabile conclusosi a loro favore.

Detta disposizione risponde ad esigenza di equità sostanziale e di tutela degli amministratori e funzionari onesti: essa contribuisce, altresì, a superare il diffuso clima di incertezza (cosiddetta "paura della firma") che tuttora caratterizza gran parte dell'attività dei manager pubblici".

L'intento del legislatore quindi, "risponde ad esigenze di equità sostanziale" ed è mirato alla "tutela... dei funzionari onesti"; in sostanza, dunque, la ratio legis come ricostruita alla luce degli intenti perseguiti dal legislatore non sembra tale da escludere dal novero delle condotte rimborsabili quelle inerenti al rapporto di lavoro, giacché, ove il comportamento del dipendente risulti lecito, corretto e, appunto, "onesto", le ragioni di "equità sostanziale" sembrano deporre nel senso di ritenere rimborsabili i ricordati comportamenti ove rispondano al concetto di "assolvimento di obblighi istituzionali" ".

Si ritiene che il quesito concernente la rimborsabilità delle spese di consulenza tecnica di parte vada affrontato muovendo dalla lettura della finalità della norma testé ricordata ed in particolare dall'"esigenza di equità sostanziale e di tutela degli amministratori e funzionari onesti".

Sembra alla Scrivente che, una volta individuato l'intento del legislatore nel tenere indenne, nei limiti riconosciuti congrui, il dipendente pubblico "onesto" dalle spese di difesa, non sia logico limitare il beneficio alle sole spese di patrocinio legale intese come compenso all'avvocato che ha sostenuto la difesa, ma che il beneficio medesimo debba estendersi alle altre spese, strettamente connesse all'attività difensionale e finalizzate ad escludere la sussistenza della responsabilità del dipendente.

In altri termini l'espressione "rimborso delle spese di patrocinio legale" utilizzata nella rubrica dell'art. 18 in esame (espressione, si osserva, necessariamente sintetica per la sua stessa natura di rubrica) non possa essere letta in modo disgiunto (se non addirittura contraddittorio) rispetto all'intero contenuto dell'articolo.

Va infatti ricordato che la norma così recita:

"Art. 18. Rimborso delle spese di patrocinio legale

1. Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato....".

Dunque il testo del comma 1 parla di spese legali, e non di patrocinio legale, sembrando dunque superare il riferimento riduttivo che potrebbe scaturire da un'interpretazione letterale della rubrica.

D'altronde va osservato che la consulenza tecnica d'ufficio costituisce strumento istruttorio (e ciò sia nel giudizio penale che in quello civile) e dunque la partecipazione dei soggetti del giudizio, attraverso professionisti competenti, alle operazioni peritali rappresenta modalità di rilevante importanza nell'esercizio del diritto di difesa.

Secondo la Corte di Cassazione la consulenza tecnica d'ufficio costituisce nel giudizio civile (C. Cass. sez. III, sent. 4660/06) un mezzo istruttorio (e non una prova vera e propria) sottratto alla disponibilità delle parti ed affidato al prudente apprezzamento del giudice del merito, rientrando nel suo potere discrezionale la valutazione di disporre la nomina dell'ausiliario giudiziario; sembra dunque che la partecipazione delle parti a siffatta attività istruttorie spostata dal giudice costituisca essenziale espressione dell'attività difensiva.

Con riferimento, invece, alla C.T. di parte la Cassazione penale ha precisato (sez. 4^a, sent. 5677/88), che "la relazione di consulenza tecnica di parte non ha carattere di atto istruttorio, ma è un atto di difesa tecnica della parte"; in particolare la Corte Suprema di Cassazione (sentenza 15 ottobre 2015, n. 2087/89) ha affermato che il consulente di parte svolge, nell'ambito del processo, attività di natura squisitamente difensiva, ancorché di carattere tecnico,

intesa a sottoporre al giudicante valutazioni tecniche a sostegno della tesi difensiva della parte assistita.

Dunque nel giudizio civile, ma anche in quello penale, il consulente tecnico di parte svolge una rilevante funzione defensionale nell'ambito del mezzo istruttorio statuito dal giudice, e addirittura la relazione del C.T.P. nel processo penale è "atto di difesa tecnica della parte".

Escludere la rimborsabilità della relativa spesa sarebbe dunque contrario alle *ratio legis* come sopra ricostruita.

In conclusione si ritiene che le spese sostenute per remunerare l'attività processuale del consulente tecnico di parte vadano ricondotte fra quelle rimborsabili *ex art.* 18 del D.L. 67/97.

In merito all'entità del rimborso si osserva che anche in questo caso essa dovrà essere oggetto della valutazione di congruità svolta dall'Avvocatura dello Stato che svolgerà le proprie valutazioni tenendo presenti le tariffe professionali correntemente applicabili alle categorie di professionisti a cui appartiene il consulente - la Corte Suprema di Cassazione, con la citata sentenza 15 ottobre 2015, n. 20878, ha infatti chiarito che l'incarico di consulente tecnico di parte è riconducibile al contratto d'opera professionale e pertanto il relativo compenso deve essere determinato sulla base delle relative tariffe professionali, mentre non è possibile ricorrere ai criteri seguiti per la determinazione delle spettanze del consulente tecnico d'ufficio, la cui attività non si ricollega ad un rapporto contrattuale - nonché considerando i principi utilmente applicabili propri delle tariffe legali (si pensi, ad esempio, alla regola della parcella unica, con aumenti percentuali, qualora il difensore - o in questo caso il consulente - assista più imputati in posizione analoga), ricorrendo, se del caso, a valutazioni equitative e comunque cercando di contenere in termini di ragionevolezza gli oneri per l'Erario.

Sul presente parere si è espresso in senso conforme il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato in data 1° ottobre 2018.

Non rimborso in caso di assoluzione dal reato di peculato per fatto estraneo all'espletamento del servizio e al perseguimento dei fini istituzionali

PARERE DEL 16/11/2018-588677, AL 45480/2017, AVV. ENRICO DE GIOVANNI

Con riferimento all'istanza di rimborso in oggetto, si osserva quanto segue.

L'interessato è stato sottoposto al procedimento penale nr. 29738/14 R.G.N.R., presso il Tribunale Ordinario di Roma, in ordine al reato di peculato previsto dall'art. 314 c.p., *"perché nella qualità di direttore dell'Istituto di Cultura italiana a (...) si appropriava della somma di (...) traendo un assegno intestato al detto Istituto a favore della ditta (...) con la quale l'Istituto di Cultura non intratteneva alcun rapporto"*. Il procedimento penale in questione si è concluso con il decreto di archiviazione del GIP del 24 marzo 2016, sulla richiesta formulata dal Pubblico Ministero.

Dall'esame degli atti si evince che l'Autorità Giudiziaria, considerato che il suddetto pagamento a terzi, avvenuto con fondi dell'Istituto di Cultura, è stato frutto di un errore e che l'indagato, avvedutosi poi del fatto, ha poi provveduto a stornare la somma, ha ritenuto insussistente la prova dell'elemento psicologico necessario a configurare il reato di peculato.

Ciò premesso, si ritiene che nella fattispecie l'esclusione della responsabilità penale non sia sufficiente a determinare la rimborsabilità delle spese legali del giudizio sostenute dall'istante, per le ragioni che seguono.

Com'è noto l'art. 18 del D.L. 67/97, convertito con legge 23 maggio 1997, n. 135, richiede, per il rimborso, che le spese legali siano relative a "giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti o atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali". Va osservato che la "ratio" del rimborso è quella di tenere indenni i soggetti che abbiano agito diligentemente in nome e per conto, oltre che nell'interesse, dell'Amministrazione, dalle spese legali affrontate per i procedimenti giudiziari relativi agli atti strettamente connessi all'espletamento dei compiti istituzionali.

Nel caso di specie è evidente che l'azione posta in essere dall'istante non è in alcun modo riconducibile all'espletamento di funzioni istituzionali o al perseguimento di fini propri dell'Amministrazione.

Esaminando gli atti, tra i quali l'interrogatorio reso e verbalizzato il 3 novembre 2015, si rileva che il (...) ha dichiarato di aver dato ordine alla contabile dell'Istituto Italiano di Cultura di (...), di cui era il Direttore di pagare una fattura riguardante un contratto che non era stato stipulato dall'istituto ma dalla "(...)" (ente esclusivamente di diritto privato), costituita dallo stesso prof. (...) e nella quale rivestiva un ruolo di sicura rilevanza. L'interessato riconosce di aver erroneamente dato tale ordine, che invece doveva essere eseguito da personale

della Fondazione, in un ipotizzabile momento di confusione tra l'incarico di Direttore dell'istituto pubblico e membro della predetta Fondazione. Successivamente, accortosi dell'errore ha provveduto a dare disposizioni per riversare la somma sul conto dell'istituto.

In buona sostanza dalla ricostruzione della vicenda emerge che il pagamento a carico dell'Amministrazione (Istituto italiano di Cultura di ..) è stato posto in essere dal prof. (..) nell'interesse esclusivo di un soggetto privato, il "(..)", ente di diritto privato del tutto diverso dall'Amministrazione e ritenendo al momento - erroneamente - di agire quale membro della predetta Fondazione privata, circostanze che escludono la rimborsabilità poiché l'azione è del tutto estranea all'espletamento del servizio e al perseguimento dei fini istituzionali del MAECI.

In tale quadro l'azione riparatrice posta in essere dall'istante, con la restituzione della somma, è valsa ad evitare il consolidarsi del danno erariale e ad evitare le ulteriori conseguenti responsabilità amministrative, contabili e penali in capo al prof. (..), ma è inidonea a configurare i presupposti di legge per il rimborso delle spese legali.

Dunque, poiché l'agire dell'istante non è riconducibile all'espletamento dei compiti o all'assolvimento degli obblighi istituzionali di servizio, e comunque non persegue fini istituzionali propri di codesta Amministrazione, non sussistono, già sotto tale dirimente e pregiudiziale profilo, i presupposti per il rimborso previsti dal citato art. 18 del D.L. 67/97; si esprime, pertanto, parere contrario all'accoglimento dell'istanza.

In senso conforme si è espresso il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato in data 1° ottobre 2018.

Rimborso a carico della P.A. in caso di insolvenza della parte soccombente

PARERE DEL 03/01/2019-1943, AL 27397/2017, AVV. ENRICO DE GIOVANNI

Con riferimento all'istanza di riesame del dr. (..) si osserva quanto segue.

Il dipendente afferma, in primo luogo, che la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per il rimborso *ex art. 18 D.L. 67/97* spetta all'Amministrazione e non all'Avvocatura dello Stato: l'affermazione è certamente fondata ma evidentemente sfugge al dipendente che l'Amministrazione ha piena facoltà di acquisire, in via consultiva, il parere dell'Avvocatura dello Stato *ex art. 13 del Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611*. La P.A. non è, quindi, vincolata al rispetto del parere medesimo, potendosene, se ritenuto opportuno, discostare motivatamente. L'osservazione è, dunque, irrilevante.

In secondo luogo il dr. (...) ritiene che l'Amministrazione sia tenuta al rimborso delle spese legali anche qualora esse siano state addossate alla controparte processuale e questi non abbia provveduto (né possa in futuro provvedere) al pagamento in favore del dipendente. Siffatta tesi viene esposta con argomentazione ampia e nel complesso apprezzabile. Al riguardo si osserva quanto segue.

Alla luce delle dichiarazioni svolte dal dipendente appare equo che la Pubblica Amministrazione provveda al pagamento delle spese del giudizio civile imputate alla controparte laddove sia definitivamente esclusa la solvibilità della stessa.

Siffatta interpretazione dell'art. 18 della legge 23 maggio 1997, n. 135, permette, infatti, di non eluderne la *ratio*, che è quella di tenere indenni i soggetti che abbiano agito in nome e per conto, oltre che nell'interesse, dell'Amministrazione dalle spese legali affrontate per i procedimenti giudiziari relativi agli atti strettamente connessi all'espletamento dei compiti istituzionali.

Al riguardo appare opportuno rammentare che in data 4 aprile 2017 il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato aveva ritenuto quanto segue: *“con riferimento generale all'interpretazione dell'art. 18 in parte qua, va ricordato quanto emerge dalla relazione illustrativa che a suo tempo accompagnò l'approvazione della norma in esame, relazione che si trascrive.*

“Relazione Illustrativa:

Articolo 18. - La norma prevede il rimborso delle spese legali per dipendenti ed amministratori i quali, per fatti connessi all'esercizio dei loro compiti istituzionali, abbiano subito un procedimento civile, penale o contabile conclusosi a loro favore.

Detta disposizione risponde ad esigenza di equità sostanziale e di tutela degli amministratori e funzionari onesti; essa contribuisce, altresì, a superare il diffuso clima di incertezza (cosiddetta “paura della firma”) che tuttora caratterizza gran parte dell'attività dei manager pubblici”.

L'intento del legislatore quindi, “risponde ad esigenze di equità sostanziale” ed è mirato alla “tutela... dei funzionari onesti”; in sostanza, dunque, la ratio legis come ricostruita alla luce degli intenti perseguiti dal legislatore non sembra tale da escludere dal novero delle condotte rimborsabili quelle inerenti al rapporto di lavoro, giacché, ove il comportamento del dipendente risulti lecito, corretto e, appunto, “onesto”, le ragioni di “equità sostanziale” sembrano deporre nel senso di ritenere rimborsabili i ricordati comportamenti ove rispondano al concetto di “assolvimento di obblighi istituzionali”.

Dunque, in tal modo valorizzata la *ratio legis* sottesa all'art. 18 citato, non si può ignorare la circostanza per cui, in caso di accertata e definitiva insolvenza della parte soccombente tenuta al pagamento delle spese legali sostenute dalla controparte nel corso del giudizio, di fatto quest'ultima resterebbe priva del suddetto rimborso.

In buona sostanza, è indubbio che il dipendente citato in giudizio e risultato vittorioso abbia subito un effettivo esborso economico. Tale esborso, tuttavia, non ha trovato ristoro non per mancanza dei requisiti ritenuti per legge necessari ai fini della rimborsabilità da parte della Pubblica Amministrazione, ma in ragione dell'insolvenza della parte tenuta all'erogazione della somma.

Sotto questo profilo, appare corretta la considerazione svolta dal dipendente secondo cui sarebbe a lui più favorevole la situazione in cui il giudice compensasse nella sentenza le spese di lite. In questo caso, infatti, valutata la congruità della domanda e ritenuti sussistenti i requisiti per la rimborsabilità delle somme, sarebbe la Pubblica Amministrazione a procedere al ristoro delle spese legali sostenute dal dipendente. Al contrario, colui che sia risultato vittorioso anche in punto di spese di lite ma non venga rimborsato come conseguenza della definitiva insolvenza della parte soccombente, resterebbe, in buona sostanza, insoddisfatto.

Mentre nel primo caso non sussiste ragione alcuna per cui l'Amministrazione debba rimborsare le spese di giudizio, poiché il dipendente le ha riscosse dalla controparte, nella seconda situazione, accertata la definitiva non solvibilità della controparte, appare corretto che la Pubblica Amministrazione proceda al rimborso delle suddette spese.

Giova tuttavia sottolineare che, per evitare qualsivoglia abuso, è necessario che risulti in maniera incontrovertibile l'impossibilità di escutere, anche in futuro, la controparte tenuta al rimborso delle spese di giudizio.

Nel caso *de quo*, è stato accertato dall'istante che il signor (...), soccombente in terzo grado e condannato al ristoro delle spese di lite, è deceduto senza lasciare eredità come dimostrato anche dalla rinuncia alla stessa da parte delle figlie. Non vi sono perciò elementi dai quali appaia plausibile un'eventuale solvibilità, anche futura.

Resta fermo, in via generale, che il rimborso delle spese legali *ex art. 18* citato da parte della P.A. datrice di lavoro determina una situazione in cui essa si sostituisce ad un altro soggetto debitore nel soddisfare un credito di un terzo; situazione che, pur non giungendo a determinare una surrogazione *ex lege* nella posizione creditoria (in tal senso si è già pronunciato il Comitato consultivo della Scrivente come da parere reso con nota prot. 90482/04 del 23 giugno 2004, secondo cui "l'art. 18... non prevede un'ipotesi di surrogazione legale ulteriore rispetto a quelle tassativamente previste dall'art. 1203 c.c."), è tuttavia idonea a creare i presupposti di una surrogazione per volontà del creditore *ex art. 1201 c.c.*, utile per l'Amministrazione nell'ipotesi di un futuro, anche se non prevedibile, ritorno dell'originario debitore ad una situazione di solvibilità; si ritiene pertanto, sempre in via generale, che l'erogazione del rimborso debba essere subordinata alla espressa dichiarazione del dipendente di surrogare l'Amministrazione nei propri diritti nei confronti del debitore *ex art. 1201 c.c.*

Nel caso di specie è ben vero che le circostanze sopra ricordate relative al decesso del debitore e alla rinuncia all'eredità da parte delle aventi diritto appaiono tali da escludere ogni possibilità di futura riscossione del credito; va tuttavia sottolineato che di siffatte circostanze non vi è, agli atti di cui di dispone, evidenza documentale e che esse sono state semplicemente riferite, ancorché credibilmente, dall'istante; appare pertanto utile anche in questo caso, per l'ipotesi in cui emerga in futuro qualche diversa circostanza, ottenere preventivamente dal dipendente, in via cautelativa, la dichiarazione di surroga *ex art. 1201 c.c.*

Tutto ciò premesso, con la suesposta precisazione, si esprime parere favorevole al rimborso delle spese di lite relative al giudizio di Cassazione n. 7864/08.

Per ciò che concerne gli importi richiesti dal Dr. (..), si ritiene la sostanziale congruità della cifra considerato che essi rientrano nei limiti previsti dal D.M. 55/2004, applicabile *ratione temporis* al caso di specie; peraltro la valutazione di congruità effettuata dalla Scrivente è corroborata anche dalla quantificazione delle spese di lite effettuata nella stessa sentenza della Corte di Cassazione.

Tanto premesso, fermo restando che parte del dovuto (euro 3.500,00) era già stata versata dal soccombente, si potrà procedere al rimborso complessivo residuo di euro 8.140,20, previa acquisizione della fattura quietanzata.

Sul presente parere si espresso in senso conforme il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato in data 17 dicembre 2018.

RECENSIONI

***MAURIZIO FIORILLI, SANDRA GATTI (*)*, Beni culturali. Fiscalità mecenatismo circolazione.**

(EDITORIALE SCIENTIFICA, 2019, PP. 376)

L'Italia per le vestigia delle culture antiche presenti nel suo territorio, i monumenti d'arte, le raccolte e le opere d'arte, le città d'arte ed i borghi storici è stata definita "un museo a cielo aperto". È però un tesoro per lo più abbandonato e in degrado per la colpevole disattenzione dei cittadini e della politica. L'esiguità degli stanziamenti pubblici per la tutela e la valorizzazione dei beni culturali di proprietà pubblica e la progressiva erosione della c.d. fiscalità di vantaggio dei beni culturali di proprietà privata sono la causa di tale degrado e la prova di tale disattenzione. Si trascura il fatto che il patrimonio culturale della Nazione oltre ad essere oggetto di un obbligo internazionale di salvaguardia nella sua integrità e piena fruibilità ha anche una rilevante ricaduta di carattere economico. Nell'affrontare il tema della fiscalità di vantaggio dei beni culturali e della loro circolazione nazionale e internazionale gli autori hanno voluto fornire una panoramica della normativa vigente per consentirne una valutazione in termini di efficacia e nel contempo contribuire ad una scelta di inversione di tendenza normativa e amministrativa.

(*) Maurizio Fiorilli, Vice Avvocato Generale dello Stato emerito, ha svolto una intensa attività professionale sia contenziosa che consultiva nella materia dei beni culturali. È stato membro della Commissione di studio per la redazione del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Ha presieduto la Commissione ministeriale per il recupero del patrimonio culturale illecitamente sottratto al patrimonio culturale nazionale e condotto i conseguenti negoziati internazionali.

Sandra Gatti, Archeologa, è stata funzionario del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali. Ha diretto il Museo Nazionale Archeologico di Palestrina. È stata direttore dell'Ufficio Esportazione oggetti di antichità e d'arte di Roma, collaborando con la Direzione Generale del Ministero a diversi progetti per l'informatizzazione e la modernizzazione dei procedimenti.

INDICE DEL VOLUME

Capitolo I
*Introduzione***Capitolo II**
Fiscalità

TITOLO I - IMPOSIZIONE DIRETTA

TITOLO II - IMPOSIZIONE INDIRETTA

TITOLO III - IMPOSIZIONE LOCALE

TITOLO IV - PAGAMENTO DEI DEBITI TRIBUTARI CON LA CESSIONE DI BENI

Capitolo III
Mecenatismo e partenariato

TITOLO I - MECENATISMO

TITOLO II - PARTENARIATO

Capitolo IV
La circolazione nazionale e internazionale

TITOLO I - LA CIRCOLAZIONE INTERNA DEI BENI CULTURALI

TITOLO II - LA CIRCOLAZIONE INTERNAZIONALE

TITOLO III - BENI CULTURALI E UNIONE EUROPEA

Finito di stampare nel mese di gennaio 2020
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma