

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

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

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* – Condirettore: *Giacomo Arena*.

COMITATO DI REDAZIONE: *Giacomo Aiello – Vittorio Cesaroni – Roberto de Felice – Maurizio Fiorilli Massimo Giannuzzi - Maria Vittoria Lumetti – Antonio Palatiello – Carlo Sica – Mario Antonio Scino*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Simona Bottoni – Gianni De Bellis – Enrico De Giovanni – Chiara Di Seri – Pasquale Fava – Wally Ferrante – Oscar Fiumara – Marco Fratini – Cristina Mirti – Marika Piscitelli – Anna Scirè – Francesco Spada – Giuseppe Stipo – Fabrizio Urbani Neri – Stefano Varone*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*

Telefono 066829431 – E-mail: rassegna@avvocaturastato.it

La Rassegna è consultabile sul sito: www.avvocaturastato.it

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:
AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
Segreteria di Redazione

Stampato in Italia - Printed in Italy

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

Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Via Roberto Malatesta n. 296 - 00176 Roma

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Saluto dell'Avvocato Generale Oscar Fiumara alla cerimonia di commiato del Presidente uscente della Corte Costituzionale Prof. Annibale Marini</i> pag.	1
<i>Saluto dell'Avvocato Generale Oscar Fiumara al nuovo Presidente della Corte Costituzionale Franco Bile e al nuovo giudice Paolo Maria Napolitano</i> »	3
<i>La non ostensibilità degli atti dell'Avvocatura dello Stato (T.A.R. Lazio, sez. 2°, sent. 26 giugno 2006 n. 5152)</i> »	5

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>La Corte di Giustizia pone termine alla vicenda IRAP-IVA, dossier a cura di Gianni De Bellis (Corte Ce, Grande Sez., sent. 3 ottobre 2006)</i> »	7
<i>La questione degli elicotteri Agusta, dossier, con nota di Cristina Mirti: Appalti pubblici di forniture: la tutela della sicurezza nazionale come causa legittima di deroga alla normativa comunitaria (Corte Ce, sez. 2°, sent. 27 ottobre 2005)</i> »	75

1.- Le decisioni

<i>Chiara Di Seri, Ancora sul divieto di circolazione nel Land Tirolo (Corte Ce, ord. 30 luglio 2003, 2 ottobre 2003, 27 aprile 2004)</i> »	109
---	-----

<i>2.- I giudizi in corso</i> »	136
---	-----

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Wally Ferrante, Competenza territoriale e inapplicabilità dell'art.11 c.p.p. ai giudizi di cassazione sull'irragionevole durata del processo (Cassaz., sez. 1°, ord. 22 luglio 2005 n.15482)</i> »	223
<i>Francesco Spada, La responsabilità della pubblica amministrazione per sinistro su strada statale (Cassaz., sez. 3°, sent. 20 febbraio 2006, n. 3651)</i> »	229
<i>Wally Ferrante, Cambio di domicilio e inesistenza della notifica del ricorso per cassazione (Cassaz., sez. 1°, sent. 4 aprile 2006 n. 7863)</i> »	237
<i>Marika Piscitelli, Comunicazione di avvio del procedimento e deroghe alla sua obbligatorietà (C.d.S., sez. 6°, dec. 22 giugno 2006 n. 3825)</i> »	241
<i>Giuseppe Fiengo, Stato e regioni in materia di paesaggio (C.d.S., sez. 6°, dec. 13 luglio 2006 n. 4496)</i> »	250
<i>Anna Scirè, Azione civile risarcitoria nel processo penale a tutela di interessi legittimi? (Trib. Catania, sez. 3° pen., sent. 6-19 luglio 2005 n. 1869)</i> »	253

<i>I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO</i> »	277
---	-----

DOTTRINA

<i>Giuseppe Stipo, Attività vincolata ed attività discrezionale della Pubblica Amministrazione anche con riferimento alla norma dell'art.21 octies L. n.241/1990</i> »	307
--	-----

Simona Bottoni, <i>Profili evolutivi dell'intervento pubblico nell'edilizia economica e popolare. Il caso dell'I.A.C.P. di Roma</i>	pag. 334
Pasquale Fava, Marco Fratini, <i>Sanzioni CONSOB e giurisdizione dopo la legge "sul risparmio"</i> »	350
Maria Vittoria Lumetti, <i>I mezzi per accelerare il processo amministrativo</i> »	368
Fabrizio Urbani Neri, <i>Il partenariato ed il nuovo Codice degli appalti pubblici</i> »	392
Stefano Varone, <i>Il contenzioso in materia di procedure di abilitazione professionale dopo l'entrata in vigore dell'art.4, comma 2 bis, legge 17 agosto 2005, n. 168</i> »	402
INDICI SISTEMATICI »	417

TEMI ISTITUZIONALI

Saluto dell'Avvocato Generale Oscar Fiumara alla cerimonia di commiato del Presidente uscente della Corte Costituzionale Prof. Annibale Marini

“Ebbero l'onore e il piacere, nel novembre scorso, di salutare a nome mio personale e dei colleghi dell'Avvocatura dello Stato, con deferenza ed amicizia, l'insediamento del Prof. Annibale Marini nella carica di Presidente della Corte. Oggi sono lieto di essere ancora io a salutare, a titolo personale e a nome dell'intera Avvocatura dello Stato, con rinnovata deferenza e costante amicizia, il commiato dalla Corte del suo prestigioso Presidente.

Sottolineavo allora come l'avvento di Annibale Marini alla presidenza della Corte permettesse di salutare, per così dire, il ritorno del diritto privato ai vertici della nostra suprema giurisdizione di diritto pubblico.

Infatti nella figura di studioso e di giudice di Marini si coglie – dicevo in quella occasione – come egli abbia incarnato e incarni l'autentica figura del privatista, inteso come studioso di quel “diritto dei privati” che sempre esprime una intrinseca, prestatuale, forza ordinamentale.

Egli infatti non si è mai posto come semplice, per quanto profondo, esegeta della codificazione (e, magari, della decodificazione e della attuale, spesso contraddittoria, ricodificazione). Al contrario, al centro del suo interesse è sempre stato il diritto privato come manifestazione originaria e immediata delle esigenze e delle tendenze della persona; esigenze e tendenze che il diritto privato deve più accompagnare che disciplinare, ponendo un quadro di principi entro i quali esse possano esprimersi giuridicamente in chiave di autonomia; l'autonomia privata, appunto.

Insomma, nell'opera di Marini il diritto privato appare costantemente come il primo punto di emersione delle tendenze sociali. Se il diritto costituzionale rappresenta la sintesi giuridica delle tendenze evolutive della società, la prima percezione e conformazione giuridica di queste avviene, infatti, proprio attraverso il diritto privato come lo ha sempre inteso e praticato il Prof. Marini.

Queste preziose caratteristiche culturali e professionali sono state confermate da quanto Marini ha fatto come presidente della Corte.

Mi riferisco, per limitarmi ai temi a mio avviso più significativi, all'attento contemperamento tra la tutela, di segno "individualistico", dell'affidamento e la considerazione, di segno "sociale", del livello di reddito del pensionato, quale emerge dalla delicata sentenza 1/2006 in materia di ripetizione dell'indebito previdenziale. O al misurato ma fermo richiamo, contenuto nella sentenza 39/06, alla rilevanza delle istanze collettive sottese alla tutela paesistica, rispetto all'interesse privato del costruttore abusivo aspirante al condono edilizio. Netta è stata invece l'affermazione della tutela dei diritti dell'individuo, rispetto a qualsiasi istanza di segno diverso, quando si tocchino suoi interessi fondamentali: come l'interesse al lavoro, posto al centro della sentenza 58/2006 sulla tutela del lavoro temporaneo e sulla sua conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato; o il diritto fondamentale allo "status biologico", limpidamente ribadito dalla sent. 50/2006 sull'inammissibilità di condizioni all'esperienza dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità naturale; o ancora, il diritto a non essere distolto dal giudice preconstituito per legge, che è alla base della sent. 41/2006 sull'esperibilità illimitata da parte di ciascuno dell'eccezione di incompetenza territoriale anche in caso di litisconsorzio necessario.

Al riconoscimento delle istanze individuali e alla loro sintesi con le istanze generali e collettive (testimoniato dalle sentenze citate) si accompagna quale inscindibile risvolto, la sensibilità al tema delle autonomie. Sotto questo aspetto vanno segnalate, per lo meno le sentenze 173/2006 e 212/2006 sulla tutela dell'autonomia, rispettivamente, delle Università e delle fondazioni di beneficenza e assistenza, rispetto alla rivendicazione da parte delle Regioni di poteri di disciplina della loro attività o di acquisizione del loro patrimonio al sistema sanitario regionale.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo e dell'autonomia delle formazioni sociali, e la costante consapevolezza della necessità di operarne una sintesi sempre dialettica e dinamica con l'interesse generale espresso dalle norme del diritto pubblico (che in quei diritti e in quelle autonomie trova il proprio presupposto), costituiscono senza dubbio il lascito più significativo della presidenza Marini, che ha in tal modo arricchito in modo fecondo un tema perenne di riflessione e di applicazione per tutti noi.

Grazie, presidente Marini, per l'alta opera che Ella ha svolto nell'interesse della collettività".

*Roma, Palazzo della Consulta
Corte Costituzionale – 4 luglio 2006*

Saluto dell'Avvocato Generale Oscar Fiumara al nuovo Presidente della Corte Costituzionale Franco Bile e al nuovo giudice Paolo Maria Napolitano

“Signor Presidente, signori giudici, ho ancora una volta l’onore di salutare, a nome di tutti gli Avvocati dello Stato e mio personale, l’insediamento del nuovo Presidente e di un nuovo giudice della Corte.

Nel rivolgere i miei auguri al presidente Franco Bile non illustrerò certo i suoi titoli scientifici e professionali, il cui straordinario rilievo è a noi tutti ben noto; ma mi sia consentito di cogliere l’occasione per sottolineare in estrema sintesi qualche aspetto della sua personalità di giurista, quale emerge dal lungo lavoro da lui svolto prima presso la Corte di cassazione e poi presso la Corte costituzionale in una continuità pratica e ideale, da due punti di vista diversi ma complementari.

Il lavoro del Pres. Bile si è costantemente incentrato sulla figura del diritto soggettivo, nel tentativo di delinearne, con acume direi “chirurgico”, i connotati e i confini nelle varie manifestazioni che questa insostituibile figura dogmatica presenta in concreto. Il diritto soggettivo nasce dall’incontro tra un interesse privato e una forma di tutela che l’ordinamento riconosce ad esso. Segna quindi, sempre e istituzionalmente, un punto di equilibrio tra pubblico e privato.

Se teniamo presente questa considerazione, non possiamo non ricordare, per fare uno degli esempi più noti, la storica sentenza del 1983, scritta dal magistrato Bile, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione riconobbero che la proroga dell’occupazione di urgenza decisa dopo la scadenza del biennio di occupazione legittima era inefficace ad affievolire la proprietà. In tal modo veniva individuato un ben preciso punto di resistenza dell’interesse proprietario di fronte all’esercizio della potestà pubblica conformativa di esso. Ma quella stessa sentenza statuiva anche che la trasformazione del fondo comunque dichiarato di pubblica utilità e occupato, nondimeno estingueva il preesistente diritto di proprietà e lo sostituiva con il risarcimento del danno.

Quella sentenza rimane un esempio eccellente della fecondità della figura del diritto soggettivo come strumento di equilibrio tra pubblico e privato.

La stessa tematica del diritto soggettivo come interesse posto all’incrocio tra pubblico e privato è riemersa molti anni dopo in alcune importanti sentenze costituzionali.

Va ricordata almeno la sentenza 292/2000, con cui venne chiarito, dal Bile giudice costituzionale, che la riforma della giurisdizione amministrativa devolveva al giudice amministrativo, quali questioni su diritti conseguenziali, tutte le controversie risarcitorie derivanti dall’esercizio illegittimo del potere amministrativo, senza distinguere tra controversie di interesse legittimo da un lato, e controversie di diritto soggettivo rientranti nella giurisdizione esclusiva dall’altro. Venne in tal modo avallata la scelta di concentrare nel giudice della pubblica amministrazione l’intera tutela degli interessi privati nel loro confronto con la potestà pubblica; scelta che costituì la conferma legislativa, e la conseguenza più coerente, del riconoscimento giurisprudenziale

ziale della risarcibilità anche degli interessi legittimi, e del definitivo equilibrio tra interesse privato e potestà pubblica che in tal modo si era raggiunto.

Altro tema di costante impegno per il Pres. Bile, sottilmente connesso al tema del diritto soggettivo nel suo risvolto ordinamentale, è stato quello dei rapporti, appunto, tra ordinamenti.

Dopo la nota sentenza del 1977 (n. 3461) delle Sezioni Unite, che, seppur superata poi da altre pronunce esprimeva la necessità di un coordinamento “forte”, cioè di una effettiva integrazione, tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, nel 2000 Bile scriveva l’importante sentenza n. 41 di questa Corte con cui veniva dichiarato inammissibile (e quindi, in sostanza, incostituzionale) un *referendum* abrogativo che in caso di successo avrebbe portato a conseguenze contrastanti con il diritto comunitario in materia di tutela del lavoro subordinato.

Anche qui emerge a distanza di anni la costanza di visione riguardo ad un tema, quale la rilevanza costituzionale del diritto comunitario, la cui attualità, come ben sappiamo, non viene mai meno e anzi oggi sussiste più che mai.

L’esercizio della funzione presidenziale consentirà ora a Franco Bile di far circolare ancor più capillarmente questo patrimonio di pensiero e di esperienza nel quotidiano impegno della Corte.

Auguri, signor Presidente.

Cessato il mandato novennale del Pres. Marini, l’organico della Corte è stato ricomposto, questa volta con tempestività, con la nomina a giudice del consigliere di Stato Paolo Maria Napolitano. Al nuovo giudice rinnoviamo gli auguri di tutti gli avvocati dello Stato.

La sua vasta e multiforme esperienza, come altissimo funzionario del Senato della Repubblica, come capo dell’Ufficio legislativo prima del vice presidente del Consiglio e poi del Ministro degli esteri e come consigliere di Stato, e i suoi numerosi ed attenti studi, sia allorché ricopriva il prestigioso incarico di direttore dell’ufficio studi del Senato, sia nella sua parallela attività scientifica (e mi riferisco in particolare agli scritti sul procedimento amministrativo e agli studi sulle funzioni di governo e di controllo e sull’organizzazione regionale), porteranno certamente un notevole contributo all’attività della Corte.

Al neo giudice e a tutti i componenti della Corte tutti i nostri migliori auguri”.

Roma, Palazzo della Consulta

Corte Costituzionale – Udienza 26 settembre 2006

La non ostensibilità degli atti dell'Avvocatura dello Stato

(Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione seconda, sentenza 26 giugno 2006 n. 5152)

La sentenza che qui pubblichiamo, accogliendo le prospettazioni difensive dell'Avvocatura dello Stato, ha affermato che la corrispondenza recante consultazioni di quest'ultima è sottratta al diritto di accesso anche quando è riferibile alla fase di esecuzione del giudicato.

Si ritiene che questa pronuncia costituisca un'utile salvaguardia delle prerogative professionali dell'Avvocatura e della riservatezza del rapporto con le Amministrazioni.

E.D.G.

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione seconda, sentenza del 26 giugno 2006 n. 5152 – Pres. D. La Medica – Est. A. Bottiglieri – M. T. c/ Ministero dell'Economia e delle Finanze (cont.10915/06, Avv. dello Stato E. De Giovanni).

« (Omissis) Fatto e diritto.

1.- Con ricorso notificato in data 3 marzo 2006, depositato il successivo 16 marzo, l'istante espone che la Sezione, con sentenza n. 17207/04, passata in giudicato, accoglieva il ricorso dal medesimo presentato avverso il provvedimento dell'amministrazione odierna intimata che lo aveva escluso dalle prove selettive per l'ammissione ai corsi di formazione. Appreso, indi, che l'amministrazione, in sede di esecuzione del giudicato, poi intervenuta con decreto direttoriale 1 agosto 2005, n. 48937, aveva interpellato l'Avvocatura Generale dello Stato, che si era espressa a riguardo con nota 13 giugno 2005, n. ct. 11832/00-LO, sez. terza, non menzionata nel sopra citato decreto, formulava istanza di accesso agli atti, e, in particolare, al parere in questione e alla relativa richiesta da parte dell'amministrazione. A tale istanza l'amministrazione opponeva diniego, invocando il segreto professionale dei difensori legali ex art. 2, D.P.C.M. 26 gennaio 1996, n. 200.

Avverso tale negativa determinazione agisce ora il ricorrente, domandando che questo Tribunale, previo annullamento del diniego, impartisca all'amministrazione l'ordine di esibizione e di rilascio di copia della documentazione predetta, a tal fine deducendo che la norma invocata dall'amministrazione per denegare l'accesso non si attagli alla fattispecie, non essendovi più né liti in atto né rischi di una lite potenziale.

Si è costituita in giudizio l'intimata amministrazione, che ha confutato nel merito gli assunti di parte ricorrente.

La causa è stata indi chiamata, per la delibazione delle domande, alla camera di consiglio del 26 aprile 2006.

2. - Il ricorso è infondato.

Il D.P.C.M. 26 gennaio 1996, n. 200, regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti formati o comunque rientranti nell'ambito delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti fra difensore e difeso, all'art. 2, comma 1, lett. a) dispone la sottrazione all'accesso dei "pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza".

La norma prosegue sottraendo all'accesso, alla lett. c), anche la "corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a)...".

Ritiene il Collegio, a riguardo, conformemente alle argomentazioni formulate dalla difesa erariale, che il dato normativo di cui al combinato disposto sopra citato delinea un ambito di documentazione sottratta all'accesso, perché inerente ad una fattispecie contenziosa, o potenzialmente tale, più ampio di quello strettamente riferibile alla pendenza della lite, e tale da ricomprendere, per quanto qui di interesse, anche l'esecuzione del giudicato.

Invero, diversamente opinando, e cioè ravvisando il contenzioso in atto o potenziale esclusivamente nel segmento tecnicamente ed originariamente afferente al "merito" del giudizio, e nelle circostanze antecedenti, la locuzione di cui alla lett. c) risulterebbe, da un lato, meramente ripetitiva di quanto già stabilito alla lett. a), e, dall'altro, difficilmente comprensibile in relazione all'uso del termine "affari".

Siffatta conclusione è, del resto, coerente con la peculiarità della fase esecutiva da parte dell'amministrazione del giudicato favorevole al privato, che, com'è noto, può presentare dei margini di opinabilità, e, indi, di discrezionalità, che, attenendo alle modalità e ai termini con i quali il bene della vita che ha formato oggetto di giudizio viene assicurato, rendono possibile un'ulteriore fase contenziosa.

3.- Il ricorso, pertanto, non può essere accolto.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P. Q. M. il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2407/06, (...) lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, nella camera di consiglio del 26 aprile 2006».

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Dossier

La Corte di Giustizia pone termine alla vicenda IRAP – IVA

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 3 ottobre 2006)

Con una sintetica sentenza, da cui non traspare l'intensa attività processuale a cui fa seguito (caratterizzata da due udienze, da un'ordinanza di formulazione di quesiti e da due conclusioni di diversi avvocati generali), la Corte di Giustizia ha posto la parola fine sulla vicenda IRAP-IVA, ritenendo infondata "l'accusa" di una sostanziale identità tra i due tributi.

La pronuncia pone l'accento, in particolare, sulla mancanza nell'IRAP del requisito della proporzionalità e sul fatto che l'IVA si trasferisce sempre sul consumatore (a differenza dell'IRAP). La Corte ha evitato di pronunciarsi sulla questione (dibattuta in udienza) dell'applicabilità o meno dell'art. 33 della sesta direttiva alle imposte dirette, optando per un approccio sostanziale mirante ad analizzare le caratteristiche dell'IRAP rispetto a quelle dell'IVA, indipendentemente da una sua classificazione formale.

La sentenza è ancor più apprezzabile (al di là dello sventato rischio per il bilancio italiano) in quanto disattendendo l'interpretazione suggerita dalla Commissione e dai due avvocati generali è stata evitata una interpretazione dell'art. 33 che avrebbe potuto creare una situazione di notevole incertezza e non pochi problemi agli Stati membri, a causa del rischio concreto che anche imposte dirette (aventi di norma una base imponibile commisurata al totale dei ricavi detratto il totale dei costi) potessero ricadere nel divieto contenuto nel citato art. 33.

Avv. Gianni De Bellis

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 3 ottobre 2006

– Pres. V. Skouris – Rel. N. Colneric - Avv. Gen. F. G. Jacobs, C. Stix-Hackl.

«1.- La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 33 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GUL 145, pag. 1), come

modificata dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE (*GU L 376*, pag. 1) (in prosieguo: la «sesta direttiva»).

2.- La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Banca popolare di Cremona Soc. coop. a r.l. (in prosieguo: la «Banca popolare») e l'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Cremona relativamente alla riscossione di un'imposta regionale sulle attività produttive.

CONTESTO NORMATIVO

Diritto comunitario

3.- L'art. 33, n. 1, della sesta direttiva così prevede:

«Fatte salve le altre disposizioni comunitarie, in particolare quelle previste dalle vigenti disposizioni comunitarie relative al regime generale per la detenzione, la circolazione e i controlli dei prodotti soggetti ad accise, le disposizioni della presente direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere o introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, imposte di registro e, più in generale, qualsiasi imposta, diritto e tassa che non abbia il carattere di imposta sulla cifra d'affari, sempreché tuttavia tale imposta, diritto e tassa non dia luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera».

4.- Già la versione originaria della direttiva 77/388 conteneva un art. 33 sostanzialmente identico a quello citato.

Diritto nazionale

5.- L'imposta regionale sulle attività produttive (in prosieguo: l'«IRAP») è stata istituita con il decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446 (supplemento ordinario alla GURI 23 dicembre 1997, n. 298; in prosieguo: il «decreto legislativo»).

6.- Il testo degli artt. 1-4 di tale decreto è il seguente:

«Art. 1. Istituzione dell'imposta

1. È istituita l'imposta regionale sulle attività produttive esercitate nel territorio delle regioni.

2. L'imposta ha carattere reale e non è deducibile ai fini delle imposte sui redditi.

Art. 2. Presupposto dell'imposta

1. Presupposto dell'imposta è l'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi. L'attività esercitata dalle società e dagli enti, compresi gli organi e le amministrazioni dello Stato, costituisce in ogni caso presupposto di imposta.

Art. 3. Soggetti passivi

1. Soggetti passivi dell'imposta sono coloro che esercitano una o più delle attività di cui all'articolo 2. Pertanto sono soggetti all'imposta:

a) le società e gli enti di cui all'articolo 87, comma 1, lettere a) e b), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917;

b) le società in nome collettivo e in accomandita semplice e quelle ad esse equiparate (...) nonché le persone fisiche esercenti attività commerciali di cui all'articolo 51 del medesimo testo unico;

c) le persone fisiche, le società semplici e quelle ad esse equiparate (...) esercenti arti e professioni di cui all'articolo 49, comma 1, del medesimo testo unico;

d) i produttori agricoli titolari di reddito agrario (...)

(...)

2. Non sono soggetti passivi dell'imposta:

- a) i fondi comuni di investimento (...)
- b) i fondi pensione (...)
- c) i gruppi economici di interesse europeo (GEIE) (...)

Art. 4. Base imponibile

1. L'imposta si applica sul valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione.

(...).

7.- Gli artt. 5-12 del decreto legislativo contengono i criteri per determinare il citato «valore della produzione netta», i quali variano in base alle differenti attività economiche il cui esercizio costituisce il fatto generatore dell'IRAP.

8.- L'art. 5 di tale decreto precisa che, per i soggetti di cui all'art. 3, primo comma, lett. a) e b) del decreto stesso non esercenti le attività delle banche, degli altri enti e società finanziari e delle imprese di assicurazione, la base imponibile è determinata dalla differenza tra la somma delle voci classificabili nel valore della produzione di cui al primo comma, lett. A), dell'art. 2425 del codice civile e la somma di quelle classificabili nei costi della produzione di cui alla lett. B) del medesimo comma, ad esclusione di alcune di esse, fra le quali le spese per il personale dipendente.

9.- L'art. 2425 del codice civile, rubricato «Contenuto del conto economico», così prevede:

«Il conto economico deve essere redatto in conformità al seguente schema:

A) Valore della produzione:

- 1) ricavi delle vendite e delle prestazioni;
- 2) variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti;
- 3) variazioni dei lavori in corso su ordinazione;
- 4) incrementi di immobilizzazioni per lavori interni;
- 5) altri ricavi e proventi, con separata indicazione dei contributi in conto esercizio.

Totale.

B) Costi della produzione:

- 6) per materie prime, sussidiarie, di consumo e di merci;
- 7) per servizi;
- 8) per godimento di beni di terzi;
- 9) per il personale:
 - a) salari e stipendi;
 - b) oneri sociali;
 - c) trattamento di fine rapporto;
 - d) trattamento di quiescenza e simili;
 - e) altri costi;
- 10) ammortamenti e svalutazioni:
 - a) ammortamento delle immobilizzazioni immateriali;
 - b) ammortamento delle immobilizzazioni materiali;
 - c) altre svalutazioni delle immobilizzazioni;
 - d) svalutazioni dei crediti compresi nell'attivo circolante e delle disponibilità liquide;
- 11) variazioni delle rimanenze di materie prime, sussidiarie, di consumo e merci;
- 12) accantonamenti per rischi;
- 13) altri accantonamenti;
- 14) oneri diversi di gestione.

Totale.

Differenza tra valore e costi della produzione (A – B).

(...).

10.- Ai sensi dell'art. 14 del decreto legislativo, «l'imposta è dovuta per periodi di imposta a ciascuno dei quali corrisponde una obbligazione tributaria autonoma. Il periodo di imposta è determinato secondo i criteri stabiliti ai fini delle imposte sui redditi».

11.- Ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo, in linea generale «l'imposta è determinata applicando al valore della produzione netta l'aliquota del 4,25 per cento». Tale aliquota è variabile secondo la regione in cui ha sede l'impresa.

CAUSA PRINCIPALE E QUESTIONE PREGIUDIZIALE

12.- La Banca popolare ha impugnato dinanzi al giudice del rinvio il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Cremona con il quale quest'ultima le ha rifiutato il rimborso dell'IRAP versata negli anni 1998 e 1999.

13.- A giudizio della ricorrente nella causa principale sussiste un contrasto fra il decreto legislativo e l'art. 33 della sesta direttiva.

14.- Il giudice del rinvio osserva quanto segue:

– in primo luogo, l'IRAP si applica, in modo generalizzato, a tutte le operazioni commerciali di produzione o di scambio aventi ad oggetto beni e servizi poste in essere nell'esercizio in modo abituale di un'attività svolta a tale fine, vale a dire nell'esercizio di imprese o di arti e professioni;

– in secondo luogo l'IRAP, sebbene sia calcolata con un procedimento diverso da quello utilizzato per l'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA»), colpisce il valore netto derivante dalle attività produttive, e più esattamente il valore netto «aggiunto» al prodotto dal produttore, cosicché l'IRAP sarebbe un'IVA;

– in terzo luogo, l'IRAP è riscossa in ogni fase del processo di produzione o di distribuzione;

– in quarto luogo, la somma delle IRAP riscosse nelle varie fasi del ciclo, dalla produzione alla immissione al consumo, è pari all'aliquota IRAP applicata al prezzo di vendita di beni e servizi praticato in sede di immissione al consumo.

15.- Tale giudice si domanda però se le differenze esistenti tra l'IVA e l'IRAP riguardino le caratteristiche essenziali che determinano l'appartenenza o meno dell'una e dell'altra imposta alla medesima categoria di tributi.

16.- Alla luce di quanto sopra, la Commissione tributaria provinciale di Cremona ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 33 della [sesta direttiva] debba essere interpretato nel senso che esso vieti di assoggettare ad IRAP il valore della produzione netta derivante dall'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi».

SULLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

17.- Con la sua questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 33 della sesta direttiva osti al mantenimento di un prelievo fiscale avente caratteristiche analoghe a quelle dell'imposta di cui si discute nella causa principale.

18.- Per interpretare l'art. 33 della sesta direttiva è necessario collocare tale disposizione nell'ambito del suo contesto normativo. A tal fine è utile, come già fatto nella sentenza 8

giugno 1999, cause riunite C-338/97, C-344/97 e C-390/97, Pelzl e a. (*Racc.* pag. I-3319, punti 13-20) ricordare innanzitutto gli obiettivi perseguiti con la creazione di un sistema comune dell'IVA.

19 Risulta dai 'considerando' della prima direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, 67/227/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra d'affari (*GU* 1967, n. 71, pag. 1301; in prosieguo: la «prima direttiva»), che l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari deve consentire la creazione di un mercato comune nel quale vi sia una concorrenza non alterata e che abbia caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno, eliminando le differenze di oneri fiscali che possono alterare la concorrenza e ostacolare gli scambi.

20.- L'istituzione di un sistema comune di IVA è stata realizzata con la seconda direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, 67/228/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra d'affari – Struttura e modalità d'applicazione del sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (*GU* 1967, n. 71, pag. 1303; in prosieguo: la «seconda direttiva») e con la sesta direttiva.

21.- Il principio del sistema comune dell'IVA consiste, ai sensi dell'art. 2 della prima direttiva, nell'applicare ai beni ed ai servizi, fino allo stadio del commercio al minuto, un'imposta generale sul consumo esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero di transazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase dell'imposizione.

22.- Tuttavia, a ciascun passaggio, l'IVA si può esigere solo previa detrazione dell'IVA che ha gravato direttamente sul costo dei vari fattori che compongono il prezzo; il sistema delle detrazioni è disciplinato dall'art. 17, n. 2, della sesta direttiva, in modo che i soggetti passivi siano autorizzati a detrarre dall'IVA da essi dovuta gli importi di IVA che hanno già gravato sui beni o sui servizi a monte e che l'imposta colpisca ogni volta solo il valore aggiunto e vada, in definitiva, a carico del consumatore finale.

23.- Per conseguire lo scopo dell'uguaglianza impositiva della stessa operazione, indipendentemente dallo Stato membro nel quale viene effettuata, il sistema comune dell'IVA doveva sostituire, secondo i 'considerando' della seconda direttiva, le imposte sulla cifra d'affari in vigore nei vari Stati membri.

24.- In quest'ordine di idee, l'art. 33 della sesta direttiva consente il mantenimento o l'istituzione da parte di uno Stato membro di imposte, diritti e tasse gravanti sulle forniture di beni, sulle prestazioni di servizi o sulle importazioni solo se non hanno natura di imposte sulla cifra d'affari.

25.- Per valutare se un'imposta, un diritto o una tassa abbiano la natura di imposta sulla cifra d'affari, ai sensi dell'art. 33 della sesta direttiva, occorre in particolare verificare se essi abbiano l'effetto di danneggiare il funzionamento del sistema comune dell'IVA, gravando sulla circolazione dei beni e dei servizi e colpendo le transazioni commerciali in modo analogo all'IVA.

26.- A tale proposito, la Corte ha precisato che in ogni caso devono essere considerati gravanti sulla circolazione dei beni e dei servizi allo stesso modo dell'IVA le imposte, i diritti e le tasse che presentano le caratteristiche essenziali dell'IVA, anche se non sono in tutto identici ad essa (sentenze 31 marzo 1992, causa C-200/90, Dansk Denkvit e Poulsen Trading, *Racc.* pag. I-2217, punti 11 e 14, nonché 29 aprile 2004, causa C-308/01, GIL Insurance e a., *Racc.* pag. I-4777, punto 32).

27 Per contro, l'art. 33 della sesta direttiva non osta al mantenimento o all'introduzione di un'imposta che non presenti una delle caratteristiche essenziali dell'IVA (sentenze 17

settembre 1997, causa C-130/96, Solisnor-Estaleiros Navais, *Racc.* pag. I-5053, punti 19 e 20, nonché GIL Insurance e a., *cit.*, punto 34).

28.- La Corte ha precisato quali siano le caratteristiche essenziali dell'IVA. Nonostante alcune differenze redazionali, risulta dalla sua giurisprudenza che tali caratteristiche sono quattro: l'IVA si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; è proporzionale al prezzo percepito dal soggetto passivo quale contropartita dei beni e servizi forniti; viene riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione, compresa quella della vendita al minuto, a prescindere dal numero di operazioni effettuate in precedenza; gli importi pagati in occasione delle precedenti fasi del processo sono detratti dall'imposta dovuta, cosicché il tributo si applica, in ciascuna fase, solo al valore aggiunto della fase stessa, e in definitiva il peso dell'imposta va a carico del consumatore finale (v., in particolare, sentenza Pelz e a., *cit.*, punto 21).

29.- Al fine di evitare risultati discordanti rispetto all'obiettivo perseguito dal sistema comune dell'IVA, ricordato ai punti 20-26 della presente sentenza, ogni confronto delle caratteristiche di un'imposta come l'IRAP con quelle dell'IVA deve essere compiuto alla luce di tale obiettivo. In questo contesto deve essere riservata un'attenzione particolare alla necessità che sia sempre garantita la neutralità del sistema comune dell'IVA.

30.- In questo caso, relativamente alla seconda caratteristica fondamentale dell'IVA, si deve innanzitutto rilevare che, mentre l'IVA è riscossa in ciascuna fase al momento della commercializzazione e il suo importo è proporzionale al prezzo dei beni o servizi forniti, l'IRAP è invece un'imposta calcolata sul valore netto della produzione dell'impresa nel corso di un certo periodo. La sua base imponibile è infatti uguale alla differenza che risulta, in base al conto economico, tra il «valore della produzione» e i «costi della produzione», come definiti dalla legislazione italiana. Essa comprende elementi come le variazioni delle rimanenze, gli ammortamenti e le svalutazioni, che non hanno un rapporto diretto con le forniture di beni o servizi in quanto tali. L'IRAP non deve pertanto essere considerata proporzionale al prezzo dei beni o dei servizi forniti.

31.- Occorre poi osservare, relativamente alla quarta caratteristica fondamentale dell'IVA, che l'esistenza di differenze relativamente al metodo per calcolare la detrazione dell'imposta già pagata non può sottrarre un'imposta al divieto contenuto nell'art. 33 della sesta direttiva qualora tali differenze siano più che altro di natura tecnica, e non impediscano che tali imposte funzioni sostanzialmente nello stesso modo dell'IVA. Per contro, si può collocare all'esterno dell'ambito applicativo dell'art. 33 della sesta direttiva un'imposta la quale colpisca le attività produttive in modo tale che non sia certo che la stessa vada, in definitiva, a carico del consumatore finale, come avviene per un'imposta sul consumo come l'IVA.

32.- In questo caso, mentre l'IVA, attraverso il sistema della detrazione dell'imposta previsto dagli artt. 17-20 della sesta direttiva, grava unicamente sul consumatore finale ed è perfettamente neutrale nei confronti dei soggetti passivi che intervengono nel processo di produzione e di distribuzione che precede la fase di imposizione finale, indipendentemente dal numero di operazioni avvenute (sentenze 24 ottobre 1996, causa C-317/94, Elida Gibbs, *Racc.* pag. I-5339, punti 19, 22 e 23, nonché 15 ottobre 2002, causa C-427/98, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-8315, punto 29), lo stesso non vale per quanto riguarda l'IRAP.

33.- Da un lato, infatti, un soggetto passivo non può determinare con precisione l'importo dell'IRAP già compreso nel prezzo di acquisto dei beni e dei servizi. Dall'altro, se un soggetto passivo potesse includere tale costo nel prezzo di vendita, al fine di ripercuotere l'importo dell'imposta dovuta per le sue attività sulla fase successiva del processo di distribuzio-

ne o di consumo, la base imponibile dell'IRAP comprenderebbe di conseguenza non solo il valore aggiunto, ma anche l'imposta stessa, cosicché l'IRAP sarebbe calcolata su un importo determinato a partire da un prezzo di vendita comprendente, in anticipo, l'imposta da pagare.

34.- In ogni caso, anche se si può supporre che un soggetto passivo IRAP che effettua la vendita al consumatore finale tenga conto, nel determinare il suo prezzo, dell'importo dell'imposta incorporato nelle sue spese generali, non tutti i soggetti passivi si trovano nella condizione di poter così ripercuotere il carico dell'imposta, o di poterlo ripercuotere nella sua interezza (v., in tal senso, sentenza Pelzl e a., *cit.*, punto 24).

35.- Risulta da tutte queste considerazioni che, in base alla disciplina dell'IRAP, tale imposta non è stata concepita per ripercuotersi sul consumatore finale nel modo tipico dell'IVA.

36.- È vero che la Corte ha dichiarato incompatibile con il sistema armonizzato dell'IVA un'imposta che era riscossa come una percentuale dell'importo totale delle vendite realizzate e dei servizi forniti da un'impresa nel corso di un determinato periodo di tempo, detratto l'importo degli acquisti di beni e servizi effettuati nel corso dello stesso periodo dalla medesima impresa. La Corte ha osservato che il tributo in questione era accostabile nei suoi elementi fondamentali all'IVA e che, nonostante le differenze, esso conservava il suo carattere di imposta sulla cifra d'affari (v., in tal senso, sentenza Dansk Denkavit e Poulsen Trading, *cit.*, punto 14).

37.- Qui però l'IRAP si distingue dal tributo oggetto di tale sentenza in quanto quest'ultimo era destinato a ripercuotersi sul consumatore finale, come risulta dal punto 3 della detta sentenza. Tale tributo era dunque calcolato a partire da una base imponibile identica a quella utilizzata per l'IVA, ed era riscosso parallelamente all'IVA.

38.- Risulta dalle considerazioni svolte che un'imposta con le caratteristiche dell'IRAP si distingue dall'IVA in modo tale da non poter essere considerata un'imposta sulla cifra d'affari, ai sensi dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva.

39.- Alla luce di quanto sopra, la questione pregiudiziale va risolta dichiarando che l'art. 33 della sesta direttiva deve essere interpretato nel senso che esso non osta al mantenimento di un prelievo fiscale avente le caratteristiche dell'imposta di cui si discute nella causa principale.

SULLE SPESE

40.- Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'art. 33 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, come modificata dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta al mantenimento di un prelievo fiscale avente le caratteristiche dell'imposta di cui si discute nella causa principale».

Avvocatura Generale dello Stato – Corte di Giustizia delle Comunità europee – Osservazioni del Governo della Repubblica italiana nella causa C-475/03 – Banca Popolare di Cremona soc. coop. a.r.l. c/ Agenzia Entrate – Ufficio di Cremona (ct. 3524/04, avv. dello Stato G. De Bellis) promossa con ordinanza emessa il 9 ottobre 2003 dalla Commissione Tributaria Provinciale di Cremona.

«1. Con ordinanza emessa il 9 ottobre 2003 la Commissione Tributaria Provinciale di Cremona ha formulato alla Corte di Giustizia un quesito ai sensi dell'art. 234 CE.

2. La controversia riguardava una richiesta avanzata dalla Banca Popolare di Cremona Soc. coop. a.r.l., di rimborso dell'Imposta Regionale sulle Attività Produttive (in seguito: IRAP) versata negli anni 1998 e 1999, respinta dall'Ufficio delle Entrate di Cremona con atto notificato il 19 settembre 2001.

3. La Banca aveva impugnato il diniego di rimborso davanti alla Commissione Tributaria Provinciale di Cremona, sostenendo che l'IRAP che aveva versato ed il cui rimborso era stato negato era da ritenersi in contrasto sia con l'art. 33 della direttiva 77/388/CEE che con l'art. 76 della Costituzione.

4. La Commissione ha sospeso il giudizio formulando alla Corte il seguente quesito: *“se l'art. 33 della direttiva 77/388 (così come modificato dalla direttiva 91/680/CEE) debba essere interpretato nel senso che esso vieti di assoggettare ad IRAP il valore della produzione di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi”*.

5. Il Governo italiano ritiene che al quesito debba essere data risposta negativa, per i motivi di seguito indicati.

6. L'IRAP è stata istituita con il decreto legislativo 15 dicembre 1997 n. 446 (1) (in seguito *“il decreto”*).

7. Le caratteristiche principali dell'imposta sono stabilite negli articoli da 1 a 4, il cui testo è il seguente.

“TITOLO I

Istituzione e disciplina dell'imposta regionale sulle attività produttive

Art. 1. Istituzione dell'imposta.

1. È istituita l'imposta regionale sulle attività produttive esercitate nel territorio delle regioni.

2. L'imposta ha carattere reale e non è deducibile ai fini delle imposte sui redditi.

Art. 2. Presupposto dell'imposta.

1. Presupposto dell'imposta è l'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi. L'attività esercitata dalle società e dagli enti, compresi gli organi e le amministrazioni dello Stato, costituisce in ogni caso presupposto di imposta.

Art. 3. Soggetti passivi.

1. Soggetti passivi dell'imposta sono coloro che esercitano una o più delle attività di cui all'articolo 2. Pertanto sono soggetti all'imposta:

a) le società e gli enti di cui all'articolo 87, comma 1, lettere a) e b), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917;

b) le società in nome collettivo e in accomandita semplice e quelle ad esse equiparate a norma dell'articolo 5, comma 3, del predetto testo unico, nonché le persone fisiche esercenti attività commerciali di cui all'articolo 51 del medesimo testo unico;

c) le persone fisiche, le società semplici e quelle ad esse equiparate a norma dell'articolo 5, comma 3, del predetto testo unico esercenti arti e professioni di cui all'articolo 49, comma 1, del medesimo testo unico;

d) i produttori agricoli titolari di reddito agrario di cui all'articolo 29 del predetto testo unico, esclusi quelli con volume di affari annuo non superiore a cinque o a quindici

(1) Pubblicato nella G.U.R.I. 23 dicembre 1997, n. 298, S.O.

milioni di lire esonerati dagli adempimenti agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto ai sensi dell'articolo 34, comma 6, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, come sostituito dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 2 settembre 1997, n. 313, sempre che non abbiano rinunciato all'esonerazione a norma dell'ultimo periodo del citato comma 6 dell'articolo 34;

e) gli enti privati di cui all'articolo 87, comma 1, lettera c), del citato testo unico n. 917 del 1986, nonché le società e gli enti di cui alla lettera d) dello stesso comma;

e-bis) le Amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, nonché le amministrazioni della Camera dei Deputati, del Senato, della Corte costituzionale, della Presidenza della Repubblica e gli organi legislativi delle regioni a statuto speciale.

2. Non sono soggetti passivi dell'imposta:

a) i fondi comuni di investimento di cui alla legge 23 marzo 1983, n. 77, alla legge 14 agosto 1993, n. 344, e alla legge 25 gennaio 1994, n. 86;

b) i fondi pensione di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124;

c) i gruppi economici di interesse europeo (GEIE) di cui al decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, salvo quanto disposto nell'articolo 13.

Art. 4. Base imponibile.

1. L'imposta si applica sul valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione.

2. Se l'attività è esercitata nel territorio di più regioni si considera prodotto nel territorio di ciascuna regione il valore della produzione netta proporzionalmente corrispondente all'ammontare delle retribuzioni spettanti al personale a qualunque titolo utilizzato, compresi i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, i compensi ai collaboratori coordinati e continuativi e gli utili agli associati in partecipazione di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c), n. 5, addetto, con continuità, a stabilimenti, cantieri, uffici o basi fisse, operanti per un periodo di tempo non inferiore a tre mesi nel territorio di ciascuna regione, ovvero per le banche, gli altri enti e società finanziarie, ad eccezione della Banca d'Italia e dell'Ufficio italiano cambi, le imprese di assicurazione e le imprese agricole proporzionalmente corrispondente, rispettivamente, ai depositi in denaro e in titoli verso la clientela, agli impieghi o agli ordini eseguiti, ai premi raccolti presso gli uffici e all'estensione dei terreni, ubicati nel territorio di ciascuna regione. Si considera prodotto nella regione nel cui territorio il soggetto passivo è domiciliato il valore della produzione netta derivante dalle attività esercitate nel territorio di altre regioni senza l'impiego, per almeno tre mesi, di personale.

3. Gli atti generali concernenti l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 2 sono adottati dal Ministero delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, di seguito denominata: «Conferenza Stato-regioni».

8. 1. Secondo il Giudice rimettente, l'IRAP sarebbe assimilabile all'IVA in quanto:

a) avrebbe il medesimo presupposto dell'imposta;

b) colpirebbe il valore netto derivante dall'attività produttiva, ossia il valore netto "aggiunto" al prodotto dal produttore;

c) sarebbe corrisposta in ogni fase del processo di produzione o di distribuzione;

d) essa agirebbe come "una imposta generale e proporzionale sul prezzo di cessione al consumo di beni e servizi", in quanto "la somma delle IRAP riscosse nelle varie fasi del ciclo, dalla produzione alla immissione al consumo, è pari all'aliquota IRAP applicata al prezzo di vendita di beni e servizi praticato in sede di immissione al consumo".

9. Il Governo italiano ritiene che le numerose differenze esistenti tra l'IRAP e l'IVA non consentano di ritenere che la prima possa essere ricompresa nel divieto di cui all'art. 33 paragrafo 1 della direttiva 77/388/CEE, in base al quale *"Fatte salve le altre disposizioni comunitarie, in particolare quelle previste dalle vigenti disposizioni comunitarie relative al regime generale per la detenzione, la circolazione e i controlli dei prodotti soggetti ad accise, le disposizioni, della presente direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere o introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, imposte di registro e, più in generale, qualsiasi imposta, diritto e tassa che non abbia il carattere di imposta sulla cifra d'affari, sempre che tuttavia tale imposta, diritto e tassa non dia luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera"*.

10. Nell'interpretare tale disposizione, la Corte ha affermato (sentenza 8 giugno 1999 in cause riunite C-338/97, C-344/97 e C-390/97 punto 21):

A tale riguardo, la Corte ha già precisato che caratteristiche essenziali dell'IVA sono le seguenti: l'IVA si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; è proporzionale al prezzo percepito dal soggetto passivo d'imposta quale contropartita dei beni e servizi forniti; viene riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione, compresa quella della vendita al minuto, a prescindere dal numero di operazioni effettuate precedentemente; infine, si applica sul valore aggiunto dei beni e dei servizi, in quanto l'imposta dovuta in occasione di un'operazione viene calcolata previa detrazione di quella che è stata versata all'atto della precedente operazione, sicché, in definitiva, la tassa va a carico del consumatore finale (v., in tal senso, sentenza 7 maggio 1992, Bozzi, C-347/90, Racc. pag. I-2947).

11. Orbene, facendo applicazione di tali principi si evidenzia come una prima differenza è data dalla diversa base imponibile dei due tributi.

12. Per l'IVA l'art. 11 par. 1 lett. a) della direttiva 77/388/CEE prevede che la base imponibile è determinata per le forniture di beni e le prestazioni di servizi (diverse da quelle di cui alle lettere b), c) e d), *"da tutto ciò che costituisce il corrispettivo da versato o da versare al fornitore o al prestatore per tali operazioni da parte dell'acquirente, del destinatario o di un terzo, comprese le sovvenzioni direttamente connesse con il prezzo di tali operazioni"*.

13. Per l'IRAP l'art. 4 comma 1 del decreto prevede invece che *"L'imposta si applica sul valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione"*, mentre in base al successivo articolo 14 *"L'imposta è dovuta per periodi di imposta a ciascuno dei quali corrisponde una obbligazione tributaria autonoma. Il periodo di imposta è determinato secondo i criteri stabiliti ai fini delle imposte sui redditi"* (in genere a base annuale).

14. L'articolo 5 precisa che *"per i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1 lettere a) e b), non esercenti le attività di cui agli articoli 6 e 7"* (gli articoli 6 e 7 si riferiscono alle banche ed altri enti e società finanziarie, nonché alle imprese di assicurazione) *"la base imponibile è determinata dalla differenza tra la somma delle voci classificabili nel valore della produzione di cui al primo comma, lettera A), dell'articolo 2425 del codice civile e la somma di quelle classificabili nei costi della produzione di cui alla lettera B) del medesimo comma, ad esclusione delle perdite su crediti e delle spese per il personale dipendente"*.

15. L'articolo 2425 del codice civile recante *"contenuto del conto economico"* dispone quanto segue:

2425. *Contenuto del conto economico.*

Il conto economico deve essere redatto in conformità al seguente schema:

A) Valore della produzione:

- 1) ricavi delle vendite e delle prestazioni;
- 2) variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti;
- 3) variazioni dei lavori in corso su ordinazione;
- 4) incrementi di immobilizzazioni per lavori interni;
- 5) altri ricavi e proventi, con separata indicazione dei contributi in conto esercizio.

*Totale.**B) Costi della produzione:*

- 6) per materie prime, sussidiarie, di consumo e di merci;
- 7) per servizi;
- 8) per godimento di beni di terzi;
- 9) per il personale:
 - a) salari e stipendi;
 - b) oneri sociali;
 - c) trattamento di fine rapporto;
 - d) trattamento di quiescenza e simili;
 - e) altri costi;
- 10) ammortamenti e svalutazioni:
 - a) ammortamento delle immobilizzazioni immateriali;
 - b) ammortamento delle immobilizzazioni materiali;
 - c) altre svalutazioni delle immobilizzazioni;
 - d) svalutazioni dei crediti compresi nell'attivo circolante e delle disponibilità liquide;
- 11) variazioni delle rimanenze di materie prime, sussidiarie, di consumo e merci;
- 12) accantonamenti per rischi;
- 13) altri accantonamenti;
- 14) oneri diversi di gestione.

*Totale.**Differenza tra valore e costi della produzione (A-B).**C) Proventi e oneri finanziari:*

- 15) proventi da partecipazioni, con separata indicazione di quelli relativi ad imprese controllate e collegate;
- 16) altri proventi finanziari:
 - a) da crediti iscritti nelle immobilizzazioni, con separata indicazione di quelli da imprese controllate e collegate e di quelli da controllanti;
 - b) da titoli iscritti nelle immobilizzazioni che non costituiscono partecipazioni;
 - c) da titoli iscritti nell'attivo circolante che non costituiscono partecipazioni;
 - d) proventi diversi dai precedenti, con separata indicazione di quelli da imprese controllate e collegate e di quelli da controllanti;
- 17) interessi e altri oneri finanziari, con separata indicazione di quelli verso imprese controllate e collegate e verso controllanti;

*17-bis) utili e perdite su cambi. Totale (15 + 16 - 17+ - 17 bis).**D) Rettifiche di valore di attività finanziarie:*

- 18) rivalutazioni:
 - a) di partecipazioni;
 - b) di immobilizzazioni finanziarie che non costituiscono partecipazioni;
 - c) di titoli iscritti all'attivo circolante che non costituiscono partecipazioni;
- 19) svalutazioni:

a) di partecipazioni;

b) di immobilizzazioni finanziarie che non costituiscono partecipazioni;

c) di titoli iscritti nell'attivo circolante che non costituiscono partecipazioni. Totale delle rettifiche (18-19).

E) Proventi e oneri straordinari:

20) proventi, con separata indicazione delle plusvalenze da alienazioni i cui ricavi non sono iscrivibili al n. 5);

21) oneri, con separata indicazione delle minusvalenze da alienazioni, i cui effetti contabili non sono iscrivibili al n. 14), e delle imposte relative a esercizi precedenti. Totale delle partite straordinarie (20-21).

Risultato prima delle imposte ($A - B + - C + - D + - E$);

22) imposte sul reddito dell'esercizio, correnti, differite e anticipate;

23) utile (perdite) dell'esercizio

16. E così, mentre l'IVA viene calcolata su ciascuna singola operazione (cessione di bene o prestazione di servizio), l'IRAP colpisce il risultato complessivo dell'attività economica (produzione netta), risultante dalla differenza tra valore di produzione e costi di produzione risultanti dal conto economico dell'impresa.

17. Non appare pertanto corretto quanto affermato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Cremona e cioè che l'IRAP graverebbe sul valore netto "aggiunto" al prodotto dal produttore.

18. In primo luogo si tratterebbe di un valore aggiunto "globale", neppure coincidente con la somma di tutti i "valori aggiunti" delle singole operazioni imponibili ai fini IVA.

19. In secondo luogo il valore aggiunto ai fini IVA è solo quello risultante dalla differenza tra i ricavi (intesi come corrispettivi delle prestazioni o delle cessioni), depurati dalle componenti di costo rilevanti ai fini IVA (che siano cioè il frutto di operazioni imponibili a monte).

20. In conclusione il "valore aggiunto" su cui graverebbe l'IRAP non è in alcun modo assimilabile alla somma dei singoli valori aggiunti ai fini IVA, sia in quanto il primo è riferito all'intera attività economica del soggetto passivo, sia a causa del diverso meccanismo di determinazione del valore aggiunto medesimo.

21. In sostanza il valore della produzione netta (che costituisce la base imponibile dell'IRAP), è un elemento di capacità contributiva simile al reddito; essa viene sostanzialmente a coincidere con la base imponibile delle imposte dirette, rappresentando il risultato economico dell'attività di impresa.

22. Altra, e di per sé determinante, differenza tra i due tributi sta nel meccanismo della detrazione, con la quale si consente all'IVA di gravare solo sul valore aggiunto in ogni fase del processo produttivo in modo che la somma dei tributi versati nelle varie fasi corrisponda all'imposta sull'intero valore.

A tale riguardo codesta Corte ha precisato (sentenza 8 giugno 1999 citata, punti 16 e 17):

16. Secondo la costante giurisprudenza della Corte (v., più di recente, la sentenza 19 febbraio 1998, SPAR, C-318/96, Racc. pag. I-785), il principio del sistema comune dell'IVA consiste, ai sensi dell'art. 2 della prima direttiva, nell'applicare ai beni e ai servizi, fino alla fase della vendita al minuto, un'imposta generale di consumo esattamente proporzionale ai prezzi dei beni e dei servizi, indipendentemente dal numero di passaggi effettuati nelle fasi di produzione e di distribuzione precedenti la fase gravata di imposta.

17. Tuttavia, a ciascun passaggio, l'IVA si può esigere solo previa detrazione dell'IVA che ha gravato direttamente sul costo dei vari fattori che compongono il prezzo; il sistema

delle detrazioni è disciplinato dall'art. 17, n. 2, della sesta direttiva, in modo che i soggetti passivi siano autorizzati a detrarre dall'IVA da essi dovuta gli importi di IVA che hanno già gravato sui beni o sui servizi a monte e che l'imposta colpisca ogni volta solo il valore aggiunto e vada, in definitiva, a carico del consumatore finale.

23. Così se l'impresa ha effettuato notevoli acquisti e poche operazioni a valle, ai fini IVA acquisirà il diritto al rimborso tra la maggiore IVA versata e quella (minore) riscossa.

24. Viceversa all'IRAP è sconosciuto il suddetto sistema di detrazione, per cui si potrà solo verificare che il valore della produzione netta sia negativo e l'imposta da versare sia perciò uguale a zero.

25. In altri termini, mentre l'IVA è un'imposta destinata a gravare sul consumo finale, con un meccanismo di applicazione frazionata nelle varie fasi della produzione, l'IRAP è un tributo che va a colpire la ricchezza prodotta, sotto forma di differenza tra i costi e ricavi, dalle attività produttive esercitate in un determinato territorio (art. 4 comma 2 del decreto).

26. Sempre nella stessa sentenza 8 giugno 1999 la Corte si è pronunciata in ordine ad una tassa a favore del turismo applicata (in Austria) sulla medesima base imponibile relativa alla tassa sulla cifra di affari.

27. Uno dei motivi per i quali la Corte ha ritenuto che l'imposta austriaca non presentasse le caratteristiche essenziali dell'IVA era il fatto che (punto 24) *"le tasse non vengono ripercosse sul consumatore finale nel modo caratteristico dell'IVA. Infatti, sebbene sia lecito supporre che un'impresa che effettua la vendita al consumatore finale terrà conto, nel determinare il suo prezzo, dell'importo della tassa incorporato nelle sue spese generali, non tutte le imprese si trovano nella condizione di poter così ripercuotere il carico dell'imposta, o di poterlo ripercuotere nella sua interezza"*.

28. Ulteriore elemento preso in considerazione dalla Corte è stato il seguente: *"poiché le tasse a favore del turismo vengono calcolate, salvo talune esenzioni, sulla base della cifra d'affari complessiva realizzata in un anno, non è possibile determinare con precisione l'importo della tassa ripercossa sul cliente in occasione di ciascuna vendita o di ciascuna prestazione di servizio, sicché il requisito della proporzionalità di tale importo ai prezzi percepiti dal soggetto d'imposta non è più soddisfatto"* (punto 25).

29. A conclusione è stata pertanto che *"le tasse a favore del turismo non costituiscono un'imposta sul consumo il cui onere incomba sul consumatore finale del prodotto, bensì tasse sull'attività delle imprese interessate dal turismo"* (punto 26).

30. Orbene, anche per l'IRAP valgono le medesime considerazioni, a causa in particolare:

a) dell'assenza di un meccanismo di detrazione analogo a quello dell'IVA;

b) della mancata traslazione dell'onere sul consumatore finale, alla quale non può essere assimilata la semplice possibilità che il prezzo finale possa venire in qualche modo influenzato dall'IRAP versata dal soggetto passivo, al pari di qualsiasi altro costo o onere di produzione;

c) della base imponibile che non è costituita dalle singole operazioni (cessioni di beni o prestazioni di servizi), bensì dalla ricchezza prodotta su base annuale e calcolata come differenza tra ricavi e costi in modo analogo alle imposizioni sui redditi d'impresa.

31. In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere al quesito formulato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Cremona nel seguente modo *"l'art. 33 della direttiva 77/388 (così come modificato dalla direttiva 91/680/CEE) non osta ad una tassa avente le caratteristiche dell'IRAP e che si applica sul valore della produzione di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi"*.

Roma, 16 marzo 2004

Avvocato dello Stato Gianni De Bellis»

Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Causa C-475/03 – Udiienza 16 novembre 2004 – Intervento orale del Governo italiano.

«Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale.

Chiedo scusa se per la prima volta, a nome del Governo italiano, ho chiesto di parlare per 30 minuti.

Ciò si è reso necessario per due ragioni fondamentali. In primo luogo per l'importanza economica della vicenda. L'IRAP è un'imposta che dà un gettito considerevole (oltre 31 miliardi di euro solo nel 2003) che serve a finanziare le spese delle regioni italiane.

In secondo luogo per la posizione che ha assunto la Commissione.

Non ho difficoltà ad ammettere di essere rimasto sconcertato nel leggere le osservazioni della Commissione, secondo cui l'articolo 33 della direttiva IVA *“osta all'introduzione e al mantenimento di un'imposta avente le caratteristiche dell'IRAP italiana”*. Sappiamo come purtroppo la procedura del rinvio pregiudiziale sia tale per cui si viene a conoscenza della posizione espressa dalla Commissione (posizione di innegabile rilievo), soltanto a fase scritta ormai esaurita.

L'unica possibilità di replica è pertanto rimessa alla discussione orale.

Dicevo della meraviglia, oltre che della preoccupazione, che nel Governo italiano ha provocato la posizione della Commissione, e ciò per il fatto che la stessa Commissione aveva affermato esattamente il contrario.

Prima di introdurre l'IRAP infatti, il governo inviò alla Commissione il progetto della nuova imposta (il cui nome era inizialmente previsto in IREP, poi modificato nella stesura definitiva in IRAP), i cui elementi essenziali erano già contenuti nella legge di delega al governo n. 662/1996 all'articolo 3 comma 144.

Con questa lettera del 10 marzo 1997 il Direttore Generale della 21^a Direzione Generale Dogane e Imposte Indirette così rispondeva al governo italiano: *“Per quanto concerne più in particolare l'IREP, dopo attento esame della documentazione fornita, posso affermare che, allo stato, il progetto di questa nuova imposta non appare incompatibile con la legislazione vigente in materia di imposta sul valore aggiunto. Resta inteso che mi riservo la facoltà di riesaminarlo alla luce delle eventuali modifiche e/o delle disposizioni d'attuazione che saranno emanate.”*

L'IRAP divenne legge dello Stato italiano (senza modifiche sostanziali rispetto al progetto) con il decreto 446/1997 e mai più la Commissione formulò alcun rilievo, fino al 9 marzo 2004, dove nelle osservazioni depositate in questa causa la Commissione viene per la prima volta a sostenere l'esatto contrario di ciò che aveva assicurato all'Italia, e lo fa richiamando soprattutto una sentenza della Corte (Denkavit del 31 marzo 1992) ben conosciuta già all'epoca del parere favorevole reso nel 1997.

Ci saremmo aspettati che nelle sue osservazioni la Commissione spiegasse quantomeno il motivo di un così radicale cambiamento di opinione. Invece non c'è neanche un accenno al parere del 1997.

Ma veniamo al merito della questione, consapevoli che è solo alla Corte che spetta di statuire sulla corretta interpretazione della normativa comunitaria, in ciò non vincolata in alcun modo alle posizioni della Commissione.

Credo che un sereno esame della giurisprudenza consente di affermare che fra tutte le imposte nazionali che sono state portate all'esame della Corte per valutarne la compatibilità con l'articolo 33 della direttiva, l'IRAP sia in assoluto quella che più si differenzia dall'IVA, in quanto non possiede nessuna delle caratteristiche essenziali di questa imposta

che avete costantemente indicato nelle vostre decisioni, e da ultimo nella sentenza 29 aprile 2004 in causa C-308/01.

Al punto 34 di tale pronuncia si ribadisce che l'articolo 33 della sesta direttiva "*non osta al mantenimento o all'introduzione di un'imposta che non presenta una caratteristica essenziale dell'IVA*".

Ciò vuol dire che se manca *anche una sola* delle 4 caratteristiche essenziali, non sussiste incompatibilità.

Ed allora andiamo ad analizzare le 4 caratteristiche, che sinteticamente sono: generalità, proporzionalità, applicazione sul valore aggiunto e riscossione in ogni fase della produzione e distribuzione.

GENERALITÀ

1) L'IRAP si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni e servizi?

La Commissione al punto 26 delle sue osservazioni sostiene di sì, affermando che l'IRAP "*ha vocazione a gravare il complesso di tutte le operazioni commerciali, cioè le operazioni effettuate dietro remunerazione, aventi ad oggetto beni o servizi*".

Al punto 34 la Commissione afferma ancora che il "*valore della produzione netta coincide con il complesso dei corrispettivi ricevuti dal soggetto passivo, come per l'IVA*".

Non è esatto: l'IRAP grava non sulle operazioni (cessioni o prestazioni), bensì sulla produzione.

Se un'impresa produce 1000 automobili e non le vende, non paga IVA ma paga invece l'IRAP, perché sono state prodotte, in quanto l'imposta, come ha precisato la Corte Costituzionale nella sentenza 156/2001 richiamata dalla Commissione, colpisce "*la nuova ricchezza creata da ogni singola unità produttiva che viene, mediante l'IRAP, assoggettata ad imposizione ancor prima che sia distribuita al fine di remunerare i diversi fattori della produzione, trasformandosi in reddito per l'organizzatore dell'attività, i suoi finanziatori, i suoi dipendenti e collaboratori*"; l'IVA viene invece a colpire le successive singole operazioni di trasferimento.

Se non c'è cessione, non c'è IVA da pagare. Se c'è produzione ma non cessione, si paga l'IRAP ma non l'IVA.

Se poi per generalità si intende che il tributo è applicato a tutti i soggetti che svolgono attività economiche (ed anzi oltre, visto che si applica anche a tutti gli enti pubblici ed anche ad altri soggetti che non esercitano attività commerciali) non abbiamo difficoltà ad ammettere che sì, è un'imposta generale (ma non nel senso previsto dall'articolo 33), ma semmai come le imposte dirette.

PROPORZIONALITÀ AL PREZZO DEI BENI E SERVIZI.

2) Anche tale requisito è del tutto mancante. Il solo fatto che vi sia un'aliquota unica non è ovviamente rilevante. Anche le imposte sui redditi delle società hanno in genere un'unica aliquota.

Ricordiamo che nella sentenza 8 giugno 1999 in causa C-338/97 ed altre riunite, codesta Corte si è pronunciata in ordine ad una tassa sul turismo applicata (in Austria) sulla medesima base imponibile relativa alla tassa sulla cifra di affari.

Uno dei motivi per i quali si è ritenuto che l'imposta austriaca non presentasse le caratteristiche essenziali dell'IVA era il fatto che (leggo il punto 24 della sentenza) "*le tasse non vengono ripercosse sul consumatore finale nel modo caratteristico dell'IVA. Infatti, sebbene sia lecito supporre che un'impresa che effettua la vendita al consumatore finale terrà*

conto, nel determinare il suo prezzo, dell'importo della tassa incorporato nelle sue spese generali, non tutte le imprese si trovano nella condizione di poter così ripercuotere il carico dell'imposta, o di poterlo ripercuotere nella sua interezza".

Ulteriore elemento preso in considerazione dalla Corte (al punto 25) è stato il fatto che la tassa austriaca veniva calcolata "sulla base della cifra d'affari complessiva realizzata in un anno, per cui non è possibile determinare con precisione l'importo della tassa ripercossa sul cliente in occasione di ciascuna vendita o di ciascuna prestazione di servizio, sicché il requisito della proporzionalità di tale importo ai prezzi percepiti dal soggetto d'imposta non è più soddisfatto".

La conclusione è stata pertanto che "le tasse a favore del turismo non costituiscono un'imposta sul consumo il cui onere incomba sul consumatore finale del prodotto, bensì tasse sull'attività delle imprese interessate dal turismo".

Queste considerazioni non solo si attagliano perfettamente all'IRAP, ma l'imposta italiana ha ancora ulteriori rilevanti differenze.

Non è vero, come vorrebbe far credere la Commissione, che l'IRAP grava sulla somma delle operazioni IVA attive detratte le operazioni IVA passive.

Intanto, come riconosce la stessa Commissione, si deve parlare non di base imponibile ma di diverse basi imponibili per diverse categorie di contribuenti.

Ma anche volendo restare alla disciplina della categoria più ampia, nella base imponibile dell'IRAP troviamo dal lato attivo oltre ai "ricavi delle vendite e delle prestazioni" altre 4 voci (le variazioni delle rimanenze, anche se invendute; le variazioni dei lavori in corso su ordinazione eccetera); dal lato passivo oltre ai "costi per materie prime e servizi" altre diverse voci (oneri sociali, ammortamenti e svalutazioni delle immobilizzazioni eccetera), analogamente a quanto accade per le imposte dirette.

Se prendiamo due società con lo stesso volume di acquisti e di vendite e gli stessi utili, l'IRAP da versare può risultare molto diversa, e cioè maggiore per chi ha più forza lavoro (non deducibile), minore per chi ha più impianti nuovi (i cui ammortamenti sono deducibili).

Come può allora la Commissione affermare che "i costi della produzione deducibili dai ricavi sono costituiti essenzialmente dalle spese sostenute dal soggetto passivo per l'acquisto di beni ...e di servizi?".

È da questa erronea affermazione che la Commissione arriva poi a sostenere che l'IRAP avrebbe un meccanismo di detrazione "base da base", il che confermerebbe che viene a gravare sul valore aggiunto come l'IVA (e siamo al terzo requisito).

3) Anche ciò è inesatto in quanto il concetto di valore aggiunto ai fini IRAP è totalmente diverso; si tratta del valore della produzione netta che coincide con la remunerazione dei fattori produttivi.

Ed infatti, fermo restando che l'IVA si applica su ciascuna operazione mentre l'IRAP grava sul risultato economico dell'attività svolta, la Commissione omette di considerare

– che mentre l'IVA consente la totale detraibilità dell'imposta assolta per gli investimenti, l'IRAP consente solo la deduzione delle quote d'ammortamento (come per le imposte dirette);

– mentre l'IVA dà rilievo al momento in cui si verifica l'operazione, l'IRAP considera costi e ricavi di competenza (con la variazione delle scorte, come le imposte sui redditi);

– a differenza dell'IVA l'IRAP non conosce il meccanismo della detrazione dell'imposta sugli acquisti che garantisce la neutralità dell'imposta per il produttore e consente di

mantenere invariato il carico fiscale indipendentemente dal numero di passaggi per poi gravare solo sul consumatore finale.

Se la base imponibile, cioè il valore della produzione netta ricavabile dal bilancio finale, è negativa, non si pagherà alcuna imposta ma *non si avrà diritto a rimborsi*.

4) Anche l'ultimo requisito, *riscossione in ogni fase del procedimento di produzione e di distribuzione* può ritenersi non sussistente, in quanto l'IRAP si paga ogni anno solo sul valore di ciò che si è prodotto, indipendentemente dal fatto che sia venduto o esportato.

In conclusione, siamo in presenza di due imposte totalmente diverse, in quanto l'IRAP è un'imposta diretta e non indiretta come l'IVA; ed infatti:

– *l'IVA è un'imposta sui consumi che segue il criterio della destinazione, esenta le esportazioni e tassa le importazioni.*

– *L'IRAP, invece, segue il criterio dell'origine e tassa il valore aggiunto prodotto nel territorio nazionale, indipendentemente dalla destinazione: quindi include nella base imponibile anche la produzione rivolta all'esportazione.*

– *La base imponibile dell'IRAP è costituita dalla differenza tra il valore della produzione e i costi intermedi. È calcolata come le imposte dirette sui dati contenuti nel bilancio annuale con le variazioni previste per tali imposte.*

– *Si tratta quindi di una valutazione di competenza (e non di cassa) che tiene conto della variazione delle scorte (sia di materie prime che di prodotti finiti) e di eventuali rettifiche del loro valore.*

– *L'IRAP è calcolata e dichiarata una volta all'anno, al pari delle imposte dirette sui risultati dell'anno precedente. La dichiarazione avviene con la stessa modulistica delle imposte dirette. Il versamento avviene contestualmente alle imposte dirette.*

– *L'accertamento e il contenzioso seguono le stesse regole delle imposte dirette.*

– *Il presupposto dell'IRAP è costituito dallo svolgimento di attività produttive sul territorio regionale, comprese le attività che non sono dirette allo scambio sul mercato; sono infatti soggetti passivi anche gli enti non commerciali e le amministrazioni pubbliche, la cui base imponibile è data dalla remunerazione del lavoro.*

Ma a questo punto occorre chiedersi come abbia potuto la Commissione pervenire alle conclusioni assunte in questa causa.

Leggendo le sue osservazioni, notiamo in primo luogo che la Commissione fonda la sua tesi quasi esclusivamente sulla sentenza Denkavit del 1992.

A tale riguardo vogliamo solo ricordare che, come risulta dalla relazione d'udienza pubblicata nella raccolta, il tributo danese dichiarato in contrasto con l'art. 33 *era totalmente diverso dall'IRAP ed invece molto simile all'IVA*; esso infatti aveva le seguenti caratteristiche:

a) si applicava su tutte le cessioni di beni e prestazioni di servizi soggette ad IVA nonché ad altre operazioni esenti;

b) la base imponibile era identica a quella adottata per l'IVA;

c) se il valore degli acquisti superava quello delle vendite, spettava il rimborso sulla differenza (come per l'IVA);

d) il contributo era liquidato con criteri analoghi all'IVA e l'Amministrazione lo liquidava sulla base della dichiarazione IVA;

e) il Governo danese istituì il tributo in alternativa ad un aumento dell'IVA e la Commissione ne contestò da subito la natura con una procedura di infrazione.

Orbene, nessuna di queste caratteristiche si rinviene nell'IRAP.

Cos'altro è necessario per dimostrare che l'IRAP è più affine ad un'imposta sui redditi piuttosto che ad un'imposta sui consumi qual è l'IVA?

Nella Convenzione multilaterale 90/436/CEE relativa alla eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (la cui modifica a seguito dell'ingresso dei nuovi paesi nell'Unione è in corso di sottoscrizione, l'IRAP è venuta a sostituire l'ILOR (cioè l'Imposta Locale *sui redditi*).

In questa recente pubblicazione della Commissione del 2004 sui sistemi di tassazione nell'Unione Europea, alla pagina 116 l'IRAP viene indicata come tassa *sul reddito societario*.

In ben 20 convenzioni bilaterali tra l'Italia ed altrettanti Stati l'IRAP è stata considerata come *imposta sul reddito*.

Credo che la Commissione non si sia resa conto delle assurde conseguenze che potrebbero derivare dalle sue ardite tesi.

Anche la più classica delle imposte sul reddito ha il carattere della generalità, si applica su una base imponibile al cui attivo ci sono essenzialmente i ricavi ed al passivo gli oneri per gli acquisti di beni e servizi.

Anche le imposte sui redditi si scaricano sui consumatori a valle (nel senso inteso dalla Commissione), ma non come l'IVA che invece *deve* gravare sul consumatore finale.

Dobbiamo allora attenderci una raffica di procedure di infrazione?

L'interpretazione che la Commissione dà dell'articolo 33 è praticamente nel senso che sulle attività economiche non può gravare altra imposta all'infuori dell'IVA. Ma non è questo che risulta dal testo della norma, né era certamente questa l'intenzione del legislatore.

Nonostante confidi in una pronuncia della Corte che escluda ogni incompatibilità dell'IRAP con la direttiva IVA, il Governo italiano non può fare a meno di formulare una richiesta subordinata di limitazione degli effetti della pronuncia, per l'ipotesi in cui l'IRAP dovesse essere ritenuta vietata dall'art. 33.

Non v'è dubbio infatti che sussistono entrambi i requisiti che la Corte ritiene indispensabili per accogliere una simile richiesta.

Un danno gravissimo per il bilancio dello Stato

La legge italiana sulla ripetizione delle imposte indebitamente versate (articolo 38 del d.P.R. n. 602/73) consente di ottenere il rimborso di quanto pagato negli ultimi 4 anni. Il gettito dal 2000 al 2003 è superiore ai 120 miliardi di euro. Questa è la somma che lo Stato dovrebbe restituire ai contribuenti.

L'affidamento sulla legittimità dell'imposta

Ricordo che proprio nella causa del contribuente danese la Corte negò la limitazione degli effetti della sentenza, anche perché la Commissione aveva da subito segnalato al Governo l'anomalia dell'imposta che aveva approvato.

Nel nostro caso non solo non vi è stata in sette anni alcuna segnalazione, ma addirittura vi è stato un assenso alla introduzione dell'IRAP con il parere favorevole della Commissione nel 1997 sul progetto della nuova imposta.

Inoltre, a quel che mi risulta, è la prima volta che la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'articolo 33 con un'imposta diretta.

Ma confidiamo che non vi sia la necessità per la Corte di tali valutazioni. Grazie.

Lussemburgo, 16 novembre 2004

Avvocato dello Stato Gianni De Bellis»

Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate il 17 marzo 2005 (1).

«1. Questa domanda di pronuncia pregiudiziale proveniente dalla Commissione Tributaria Provinciale di Cremona solleva sostanzialmente la questione se un'imposta come l'IRAP – un'imposta regionale sulla produzione riscossa in Italia – sia compatibile con il divieto comunitario di imposte sulla cifra d'affari diverse dall'IVA.

Normativa comunitaria rilevante

2. La parte essenziale del sistema armonizzato dell'IVA delle Comunità è esposto all'art. 2 della prima direttiva IVA (2):

«Il principio del sistema comune di imposta sul valore aggiunto consiste nell'applicare ai beni ed ai servizi un'imposta generale sul consumo esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero di transazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase dell'imposizione.

A ciascuna transazione, l'imposta sul valore aggiunto, calcolata sul prezzo del bene o del servizio all'aliquota applicabile al suddetto bene o servizio, è esigibile, previa deduzione dell'ammontare dell'imposta sul valore aggiunto che ha gravato direttamente sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo.

Il sistema comune d'imposta sul valore aggiunto è applicato fino allo stadio del commercio al minuto incluso».

3. Tale sistema di successive applicazioni e deduzioni d'imposta riguarda pertanto una catena di operazioni in cui l'importo netto da pagare in ordine a ciascuna operazione è una determinata parte proporzionale del valore aggiunto a tale stadio. Quando la catena finisce allo stadio finale del consumo privato, l'importo totale riscosso ammonterà alla relativa quota proporzionale del prezzo finale.

4. Norme più dettagliate sono contenute nella sesta direttiva IVA (3).

5. Ai sensi dell'art. 2 della sesta direttiva, una cessione di beni o una prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo che agisce in quanto tale è soggetta all'IVA.

6. Il soggetto passivo è definito all'art. 4, n. 1, come chi esercita un'attività economica, indipendentemente dal suo scopo o dai suoi risultati. Le attività economiche sono, ai sensi dell'art. 4, n. 2, «tutte le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi», unitamente allo «sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità». Ai sensi dell'art. 4, n. 5, tuttavia: «Gli Stati, le regioni, le province, i comuni e gli altri organismi di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità, anche quando, in relazione a tali attività od operazioni, percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni».

7. Il capo X della sesta direttiva prevede che un certo numero di operazioni sia esentato dall'IVA. L'art. 13 elenca le esenzioni che si applicano all'interno del paese – essenzial-

(1) Lingua originale: l'inglese.

(2) Prima direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, 67/227/CEE.

(3) Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GUL 145, pag. 1; in prosieguo: la «sesta direttiva»).

mente alcune attività di interesse pubblico, alcune operazioni di assicurazione e finanziarie (compresa la gestione di fondi di investimento speciali) e talune operazioni connesse alla proprietà immobiliare – mentre gli artt. 14-16 elencano le esenzioni nel commercio internazionale. L'art. 28 *quater* (4), nel capo XVI *bis*, relativo al regime transitorio degli scambi tra Stati membri, modifica l'art. 16 così da includere il commercio intracomunitario e aggiunge un piccolo numero di altre esenzioni in tale contesto.

8. Gli elementi essenziali del diritto a deduzione sono stabiliti all'art. 17. L'art. 17, n. 2, recita: «Nella misura in cui beni e servizi sono impiegati ai fini di sue operazioni soggette ad imposta, il soggetto passivo è autorizzato a dedurre dall'imposta di cui è debitore: a) l'imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta per le merci che gli sono o gli saranno fornite e per i servizi che gli sono o gli saranno prestati da un altro soggetto passivo ...». Ai sensi dell'art. 17, n. 3, lett. b), le esportazioni dalla Comunità, che sono esentate ai sensi dell'art. 15, danno luogo ad un diritto di dedurre l'imposta a monte, a differenza delle operazioni interne esenti.

9. Infine, l'art. 33, n. 1, della sesta direttiva (5) dispone:

«Fatte salve le altre disposizioni comunitarie, in particolare quelle previste dalle vigenti disposizioni comunitarie relative al regime generale per la detenzione, la circolazione e i controlli dei prodotti soggetti ad accise, le disposizioni della presente direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere o introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, imposte di registro e, più in generale, qualsiasi imposta, diritto e tassa che non abbia il carattere di imposta sulla cifra d'affari, sempreché tuttavia tale imposta, diritto e tassa non dia luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera».

10. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, tale disposizione vieta agli Stati membri di introdurre o mantenere imposte, diritti e tasse che abbiano il carattere di imposte sulla cifra d'affari (6). Essa cerca di impedire che il funzionamento del sistema comune dell'IVA sia messo in pericolo da provvedimenti fiscali di uno Stato membro che gravano sulla circolazione dei beni e dei servizi e colpiscono i negozi commerciali in modo analogo all'IVA (7). È chiaro che il sistema comune sarebbe messo in pericolo se un'imposta sostanzialmente analoga all'IVA dovesse essere applicata da uno Stato membro ma dovesse sfuggire all'armonizzazione considerata necessaria per il mercato interno.

11. Imposte, diritti e tasse debbono in ogni caso essere considerati come provvedimenti del genere se presentano le caratteristiche essenziali dell'IVA anche se non sono identici all'IVA in tutto e per tutto. Tali caratteristiche sono definite dalla giurisprudenza della Corte nei seguenti termini: l'IVA si applica in via generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; essa è proporzionale al prezzo di tali beni o servizi, a prescindere dal numero di operazio-

(4) Introdotto dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE, che completa il sistema comune di imposta sul valore aggiunto e modifica, in vista della soppressione delle frontiere fiscali, la direttiva 77/388/CEE (GU L 376, pag. 1).

(5) Come modificato dall'art. 1, punto 23), della direttiva del Consiglio 91/680/CEE, cit. alla nota 4.

(6) V., più di recente, sentenza 29 aprile 2004, causa C-308/01, punto 31, e la giurisprudenza ivi citata.

(7) V. sentenza 9 marzo 2000, causa C-437/97, EKW (*Racc.* pag. I-1157, punto 20) e giurisprudenza ivi citata.

ni effettuate; essa viene riscossa in ciascuna fase del processo di produzione e di distribuzione; infine, essa si applica sul valore aggiunto dei beni e dei servizi, in quanto l'imposta dovuta in occasione di un'operazione viene calcolata previa deduzione dell'imposta versata all'atto della precedente operazione. L'art. 33, n. 1, d'altra parte non impedisce il mantenimento o l'introduzione di un'imposta che non presenti una delle caratteristiche essenziali dell'IVA (8).

Normativa nazionale rilevante

12. Con decreto legislativo 15 dicembre 1997 (9), la Repubblica italiana ha introdotto un'imposta – l'imposta regionale sulle attività produttive, nota come IRAP – fornendo alle autorità regionali una fonte di entrate per basare l'esercizio dei poteri loro devoluti.

13. Le norme che disciplinano la riscossione dell'IRAP sono complesse, con molti rinvii ad altre normative. Non le esporrò in dettaglio in questa sede. Tuttavia risulta pacifico che le caratteristiche essenziali sono le seguenti.

14. Ai sensi degli artt. 2 e 3 del decreto legislativo, l'IRAP è riscossa presso coloro che esercitano abitualmente un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazioni di servizi. Moltissime persone fisiche e giuridiche, compresi Stato, enti pubblici e amministrazioni dello Stato, sono soggetti passivi dell'imposta, ma taluni fondi comuni d'investimento, taluni fondi pensione e taluni gruppi economici di interesse europeo sono esenti.

15. L'art. 4, n. 1, definisce la base imponibile come il valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione. Il preciso metodo per determinare tale valore varia alquanto a seconda della categoria di contribuente, ma come principio base per le imprese commerciali esso corrisponde alla differenza risultante nel conto profitti e perdite tra, da un lato, la somma dei proventi dell'attività, non compresi gli introiti da operazioni finanziarie eccezionali, e, dall'altro, i costi di produzione non comprese le spese per il personale o le spese finanziarie. Per le pubbliche autorità e le imprese private a carattere non commerciale, la base dell'imposta è essenzialmente l'ammontare delle retribuzioni.

16. In conformità dell'art. 16, l'aliquota base dell'imposta è del 4,25% del valore della produzione netta così definito, aliquota che è raddoppiata nel caso di talune pubbliche amministrazioni e che può essere variata dall'autorità regionale fino ad un massimo di un punto percentuale nell'uno o nell'altro modo.

La domanda di pronuncia pregiudiziale

17. Nel 1999, la Banca Popolare di Cremona (in prosieguo: la «Banca Popolare») ha chiesto il rimborso di varie somme da essa versate a titolo di IRAP in tale anno e nell'anno precedente, sostenendo che l'imposta era illegittima in quanto, tra l'altro, incompatibile con l'art. 33 della sesta direttiva.

18. La validità dell'IRAP era altresì contestata in vari altri giudizi in Italia in base alla pretesa incompatibilità con una serie di norme della Costituzione italiana. Il 10 maggio 2001, in una sentenza (10) sulla quale sia il giudice del rinvio sia tutti coloro che hanno pre-

(8) V. sentenze GIL Insurance, cit. alla nota 6, punti 32-34, EKW, cit. *supra*, punti 21-23, e la giurisprudenza citata nelle due sentenze.

(9) Pubblicato in *GURI* n. 298 del 23 dicembre 1997; in prosieguo: il «decreto legislativo», da allora modificato.

(10) Sentenza 156/2001.

sentato osservazioni hanno attirato l'attenzione della Corte, la Corte costituzionale ha dichiarato che tali contestazioni erano infondate.

19. Le autorità fiscali hanno successivamente rifiutato di rimborsare le somme reclamate dalla Banca Popolare, che ha impugnato tale rifiuto dinanzi alla Commissione tributaria provinciale.

20. Il giudice nazionale considera che:

– come l'IVA, l'IRAP si applica in modo generalizzato a tutte le operazioni commerciali relative alla produzione o allo scambio di beni, o alla prestazioni di servizi, nel contesto di un commercio o di un'attività professionale.

– come nel caso dell'IVA, la base sulla quale l'IRAP è riscossa è il valore netto aggiunto dal contribuente, anche se il metodo di calcolo è diverso: mentre per l'IVA l'imposta a monte viene dedotta dall'imposta a valle, per l'IRAP i costi sono dedotti dai ricavi;

– come l'IVA, l'IRAP è riscossa in ciascuna fase del processo di produzione o di distribuzione, dato che ogni operatore che produce valore aggiunto imponibile è tenuto al pagamento dell'imposta;

– come nel caso dell'IVA, la somma delle IRAP riscosse nelle varie fasi fino al consumo finale è pari all'aliquota IRAP applicata al prezzo praticato nei confronti del consumatore finale, di modo che essa corrisponde ad un'imposta generale e proporzionale sul prezzo al quale i beni o servizi sono ceduti al consumatore.

21. Esaminando queste considerazioni alla luce della giurisprudenza della Corte sull'art. 33 della sesta direttiva, la Commissione tributaria esprime il punto di vista secondo cui l'IRAP presenta le caratteristiche sostanziali dell'IVA, di modo che essa appare incompatibile con il diritto comunitario e dovrebbe pertanto essere disapplicata dai giudici nazionali.

22. Tuttavia, alla luce della novità della questione e della mancanza di una specifica giurisprudenza, essa ha deciso innanzi tutto di chiedere una pronuncia della Corte di giustizia sulla seguente questione pregiudiziale:

«se l'art. 33 della direttiva 77/388/CEE (così come modificato dalla direttiva 91/380/CEE) debba essere interpretato nel senso che esso vieti di assoggettare ad IRAP il valore della produzione netta derivante dall'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi».

23. Hanno presentato osservazioni scritte la Banca Popolare, il governo italiano e la Commissione e hanno poi partecipato tutti alla trattazione orale all'udienza. La Banca Popolare e la Commissione asseriscono che l'art. 33 vieta un'imposta avente le caratteristiche dell'IRAP, mentre il governo italiano sostiene che tali caratteristiche sono sufficientemente diverse da quelle dell'IVA perché la stessa imposta non rientri in tale divieto.

Valutazione

24. È pacifico che per essere colpita dal divieto di cui all'art. 33 della sesta direttiva, un'imposta nazionale deve presentare tutte le caratteristiche essenziali dell'IVA che, secondo la giurisprudenza della Corte, sono nel numero di quattro, strettamente corrispondenti alla definizione contenuta all'art. 2 della prima direttiva:

– si applica in modo generale alle cessioni di beni o di servizi;

– è proporzionale al prezzo di tali beni o servizi, qualunque sia il numero di operazioni intervenute;

– è applicata ad ogni fase del processo di produzione e di distribuzione; e

– grava sul valore aggiunto ai beni e/o ai servizi di cui trattati.

25. La presenza di tutte le quattro caratteristiche essenziali dell'IVA è pertanto condizione tanto necessaria quanto sufficiente perché un'imposta sia vietata ai sensi dell'art. 33

della sesta direttiva. Tuttavia è parimenti pacifico che un'imposta non sfugge al divieto semplicemente perché non è identica all'IVA sotto tutti i profili (11).

26. È perciò necessario considerare le quattro caratteristiche una alla volta, e valutare se l'IRAP le presenta almeno in forma sostanzialmente identica. Ritengo più chiaro esaminare tali caratteristiche nell'ordine seguito dal giudice del rinvio, che è leggermente diverso da quello spesso seguito nella giurisprudenza (12). Inizierò quindi esaminando la questione se l'IRAP si applichi in modo generalizzato, poi se essa sia riscossa sul valore aggiunto alle cessioni, quindi se essa si applichi a tutte le fasi ed infine se sia proporzionale al valore aggiunto, a prescindere dal numero di operazioni.

27. Chiaramente, solo i giudici italiani sono competenti a determinare le precise caratteristiche dell'IRAP, il che comporta questioni alquanto dettagliate di diritto nazionale. Tuttavia, sulla base delle descrizioni fornite dal giudice a quo nell'ordinanza di rinvio e dalla Corte costituzionale nella sua sentenza (13), codesta Corte è a mio parere in grado di valutare se un'imposta del tipo descritto presenti le caratteristiche essenziali dell'IVA.

Applicazione in modo generalizzato alle cessioni di beni e di servizi

28. La Commissione tributaria afferma che dall'art. 2 del decreto legislativo consegue che l'«IRAP si applica, in modo generalizzato, a tutte le operazioni commerciali di produzione o di scambio aventi ad oggetto beni e servizi e derivanti dall'esercizio in modo abituale di un'attività volta a tale fine, vale a dire nell'esercizio di imprese o di arti e professioni». Come sottolineato sia dalla Banca Popolare sia dalla Commissione, ciò significa un grado di applicazione del tutto generale per l'IRAP.

29. La Corte ha ritenuto che un'imposta non si applichi in modo generalizzato quando esse si applica solo a limitate categorie di cessioni di beni o di servizi (14) o a specifiche categorie di soggetti passivi (15). Tuttavia, essa presenta ancora tale essenziale caratteristica dell'IVA se si applica sia per attività commerciali soggette all'IVA sia ad altri tipi di prestazioni industriali o commerciali non soggette ad IVA (16).

30. Mi sembra che l'IRAP presenti la caratteristica di cui trattasi. Infatti le disposizioni degli artt. 2 e 3 del decreto legislativo, che definiscono le attività che danno luogo ad imposizione e i soggetti passivi, sono per la verità sostanzialmente molto simili a quelle dell'art. 4, nn. 1 e 2, della sesta direttiva.

31. Nessuna categoria di beni o di servizi appare esclusa in quanto tale. Alcune categorie di contribuenti sono escluse ma le esclusioni sono limitate quanto al numero ed alla por-

(11) V. la giurisprudenza cit. *supra*, alle note 6 e 7.

(12) V. *supra*, paragrafi 11, 20 e 24.

(13) V. *supra*, paragrafo 18.

(14) Sentenze 13 luglio 1989, cause riunite 93/88 e 94/88, Wisselink (*Racc.* pag. 2671, punto 20), 19 marzo 1991, causa C-109/90, Giant (*Racc.* pag. I-1385, punto 14), 16 dicembre 1992, causa C-208/91, Beaulande (*Racc.* pag. 6709, punto 16), 17 settembre 1997, causa C-347/95, UCAL (*Racc.* pag. I-4911, punto 36), 17 settembre 1997, causa C-28/96, Fricarnes (*Racc.* pag. I-4939, punto 40), 17 settembre 1997, causa C-130/96, Solisnor-Estaleiros Navais (*Racc.* pag. I-5053, punto 17), EKW, cit. alla nota 7, punto 24, 19 settembre 2002, causa C-101/00, Tulliasamies (*Racc.* pag. I-7487, punto 101), GIL Insurance, cit. alla nota 6, punto 33.

(15) Sentenza 7 maggio 1992, causa C-347/90, Bozzi (*Racc.* pag. I-2947, punto 14).

(16) Sentenza 31 marzo 1992, causa C-200/90, Dansk Denkvit (*Racc.* pag. 2217, punto 15).

tata e sembrano coincidere sostanzialmente con talune esenzioni a norma della sesta direttiva o con l'esclusione di talune operazioni che ricadono interamente fuori dall'ambito di applicazione dell'IVA. Sia nelle sue osservazioni scritte sia all'udienza la Banca Popolare ha affermato, senza essere contraddetta, che tutti gli operatori titolari di partita IVA sono soggetti all'IRAP.

32. Anche all'udienza, tuttavia, il governo italiano ha sostenuto che benché l'IRAP possa essere descritta come imposta applicabile in modo generalizzato, essa non è applicabile alle *cessioni* di beni o servizi; essa si applica a ricchezza creata e non a cessioni effettuate, di modo che ad esempio un'impresa che in un determinato periodo d'imposta produce 1000 autoveicoli ma non li vende pagherà l'IRAP ma non l'IVA in tale periodo d'imposta. Pertanto l'IRAP, a differenza dell'IVA, è in ogni caso un'imposta diretta e non indiretta. Il governo italiano fa altresì riferimento a talune convenzioni comunitarie e a documenti della Commissione che classificano l'IRAP come un'imposta diretta. La Banca Popolare ha energicamente contestato l'asserzione secondo cui l'IRAP era riscossa su beni prodotti ma non ancora venduti.

33. Codesta Corte non è competente a determinare lo stadio in cui l'IRAP è riscossa. Tuttavia, non ritengo che la tesi del governo italiano incida sulla qualificazione dell'IRAP come imposta applicabile in modo generalizzato alle cessioni di beni e di servizi.

34. La classificazione delle imposte in «dirette» e «indirette» non è sempre agevole o addirittura, a molti fini, rilevante. Nella fattispecie, la questione non è quella di stabilire se l'IRAP debba essere qualificata come imposta diretta o indiretta, ma se essa abbia le stesse caratteristiche sostanziali dell'IVA.

35. Tuttavia, una distinzione comunemente accettata tra imposizione diretta e indiretta è che la prima grava su una ricchezza o su un reddito a disposizione di una stessa persona (fisica o giuridica), senza alcuna possibilità di traslazione ad un'altra persona, mentre la seconda è riscossa su spese o consumi e il suo onere può essere – e di fatto normalmente è – trasferito sul consumatore finale e da esso sopportato. Alle luce di ciò mi sembra che il meccanismo descritto dal governo italiano sia quello di un'imposta indiretta, il cui onere sarà sostanzialmente sopportato dal consumatore finale.

36. La Corte costituzionale nella sua sentenza afferma che l'IRAP «non colpisce il reddito personale del contribuente bensì il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate». Respingendo taluni argomenti nel senso che l'imposta era riscossa su una «mera potenzialità di capacità contributiva», essa afferma che la base sulla quale l'IRAP è calcolata è «il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate» (17).

37. Pertanto, se l'IRAP può essere riscossa in un momento precedente alla cessione effettiva dei beni, ciò non le impedisce di gravare sulla successiva cessione come se essa fosse stata riscossa a quel momento, con un risultato esattamente equivalente a quello dell'IVA.

38. D'altra parte, sembra che l'IRAP possa essere sotto parecchi profili persino di applicazione più generale rispetto all'IVA. Chiaramente, lo Stato e le autorità regionali ad esempio non sono esenti così come avviene ai sensi dell'art. 4, n. 5, della sesta direttiva, e l'imposta è riscossa su esportazioni senza possibilità di rimborso, diversamente dalle fattispecie di cui agli artt. 15 e 17, n. 3, lett. b), della sesta direttiva.

(17) V. *supra*, paragrafo 18, ai punti 6 e 10.1 della parte in diritto della sentenza.

39. Tuttavia risulta chiaramente dalla sentenza Dansk Denkvit (18) che qualora un'imposta abbia sostanzialmente lo stesso ambito di applicazione dell'IVA, il fatto che essa si estenda anche ad altri settori non rientranti nell'IVA nulla taglie alla sua somiglianza con quest'ultima imposta ai fini della sua valutazione ai sensi dell'art. 33 della sesta direttiva. Pertanto, solo se il suo ambito di applicazione fosse considerevolmente più ristretto all'IRAP mancherebbe la caratteristica essenziale dell'applicazione in modo generalizzato.

40. Per giunta consegue da tale principio, da tenere chiaramente presente nel valutare la natura dell'imposta in relazione all'IVA, che qualora l'IRAP si applichi a fattispecie non rientranti nell'ambito di applicazione dell'IVA, qualsiasi differenza tra la sua base di calcolo in tali fattispecie e la base di calcolo ai fini dell'IVA è semplicemente irrilevante.

Gravante sul valore aggiunto ai beni o servizi forniti

41. È pacifico che il metodo di calcolo dell'IRAP differisce da quello applicato per l'IVA.

42. Il giudice del rinvio afferma: «Nell'IVA la quantificazione e tassazione della frazione o segmento di valore aggiunto (vap) prodottasi presso il singolo produttore avvengono col meccanismo della detrazione imposta da imposta (l'imposta a monte, pagata sugli acquisti, si deduce dall'imposta a valle, incassata sulle vendite). Nell'IRAP la frazione è calcolata e tassata deducendo a un di presso dal ricavato delle «vendite» il costo di acquisto del «venduto».

43. Tuttavia, esso continua, nei loro risultati i due meccanismi «si assomigliano come due gocce d'acqua».

44. In ogni caso, il punto da stabilire è se l'IRAP gravi sul valore aggiunto ai beni e ai servizi, non se tale valore sia calcolato allo stesso modo rispetto all'IVA. Può inoltre essere ricordato che la Corte costituzionale ha dichiarato che l'IRAP è un'imposta sul valore aggiunto (19).

45. Il valore aggiunto può essere definito in diversi ma ugualmente validi modi e, come la Corte ha sottolineato, non è necessario che un'imposta sia identica all'IVA sotto tutti gli aspetti perché essa urti contro il divieto contenuto all'art. 33 della sesta direttiva.

46. Secondo le informazioni agli atti sembra che la base di calcolo per l'IRAP sia essenzialmente la differenza tra i ricavi e i costi (non compresi i salari o taluni costi finanziari) delle attività produttive del contribuente per un determinato periodo d'imposta – normalmente, a quanto risulta, un anno civile. Ciò può chiaramente essere considerato come un modo, anche se non il solo, di definire il valore aggiunto dal contribuente ai beni e servizi da lui ceduti.

47. L'IVA, d'altro canto, è in teoria riscossa sull'intero valore di ciascuna cessione imponibile effettuata, mentre il suo ammontare viene ridotto in misura pari a quello dell'imposta già pagata sui componenti il costo di tale cessione (ad esclusione ancora dei salari e di molti costi finanziari, che sono esenti). In pratica, tuttavia, l'imposta dovuta su tutte le cessioni effettuate in un determinato periodo d'imposta – fino ad un anno – viene cumulata, in quanto è l'imposta pagata su tutti i componenti il costo acquistati durante tale periodo, e l'ultima è dedotta dalla prima (20).

(18) Cit. alla nota 16.

(19) V. *supra*, paragrafo 18.

(20) V. art. 28 nonies della sesta direttiva, che sostituisce l'art. 22 riguardante gli obblighi dei soggetti debitori dell'imposta in base al regime interno, in particolare i nn. 4-6 di tale articolo, che chiaramente prevedono un cumulo di dati e calcoli per ciascun periodo d'imposta rilevante.

48. Pertanto in pratica vi è poca differenza tra le due imposte, e forse anche meno nei risultati, anche se l'IVA è concepita come un'imposta calcolata su una base operazione per operazione. Inoltre l'esistenza di ciò che il giudice del rinvio descrive come «minuzie contabili di risibile importanza» non può a mio parere essere sufficiente a superare tale sostanziale analogia se il divieto di altre imposte o tasse aventi la natura dell'IVA deve avere davvero qualche efficacia.

49. Infatti, nella sentenza Dansk Denkavit (21), la Corte ha dichiarato in contrasto con l'art. 33 della sesta direttiva un tributo che, essa ha rilevato, era riscosso come una percentuale «dell'importo totale delle vendite realizzate da ciascuna impresa e dei servizi da essa prestati in un determinato periodo di tempo, detratto l'importo degli acquisti di beni e servizi effettuati nel corso dello stesso periodo dalla stessa impresa», descrizione questa di un meccanismo chiaramente molto vicino a quello con il quale è calcolata l'IRAP.

50. Il governo italiano segnala tuttavia una distinzione che potrebbe risultare significativa. Poiché in base al regime IVA un soggetto passivo può dedurre l'imposta a monte non appena essa è sopportata, indipendentemente dall'ammontare dell'imposta a valle dovuta nel corso dello stesso periodo d'imposta, possono verificarsi e si verificano casi in cui il pagamento netto in un particolare periodo avviene dall'autorità fiscale al soggetto passivo anziché l'inverso. Con l'IRAP ciò è impossibile: se in un determinato periodo d'imposta le spese eccedono i ricavi, l'imposta è semplicemente pari a zero.

51. È vero che il diritto di deduzione è espressione del principio chiave secondo cui l'IVA dev'essere completamente neutrale per quanto riguarda l'onere nei confronti di tutte le attività economiche imponibili di un'impresa, e in quanto tale è una parte essenziale del regime IVA.

52. Tuttavia, il fatto che un'altra imposta non usi tale meccanismo e possa quindi non avere lo stesso grado di neutralità fiscale non incide sulla questione di stabilire se essa sia riscossa sul valore aggiunto dal contribuente.

53. Sotto tale profilo, possiamo nuovamente tracciare un'analogia con la posizione assunta dalla Corte nella causa Dansk Denkavit (22) e concludere in via generale che un'imposta non perde le caratteristiche essenziali dall'IVA solo perché il suo ambito di applicazione è più ampio o perché essa ha altre caratteristiche aggiuntive. Ciò che importa è piuttosto la misura, semmai, in cui può mancare qualcuna delle caratteristiche essenziali a cui si è fatto riferimento.

54. In sintesi, sia l'IVA sia l'IRAP sono riscosse sul valore aggiunto a beni e a servizi; su tale situazione non incide il fatto che, a differenza dell'IVA, l'IRAP non viene «rimborzata» quando, eccezionalmente, il valore è perduto anziché aggiunto. È comunque nella stessa natura di un'attività economica che tali casi siano marginali.

Applicata ad ogni fase del processo di produzione e di distribuzione

55. Anche se la Corte ha fatto riferimento ad un'applicazione ad ogni «fase» del processo di produzione e di distribuzione, risulta chiaro dall'art. 2 della prima direttiva che ciò che si intende è un'applicazione alla fase di ciascuna operazione in tale processo. Non rientra nella natura di un'imposta sulla cifra di affari il fatto di essere applicata in fasi pura-

(21) Cit. alla nota 16.

(22) V. *supra*, punti 29 e 39.

mente interne all'attività commerciale svolta dal soggetto passivo e l'IVA non si applica a tali fasi.

56. L'art. 2 del decreto legislativo prevede che il criterio per l'assoggettamento all'IRAP è «l'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi», e l'art. 4, n. 1, prevede che l'imposta si applica sul valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione interessata.

57. Sotto questo profilo, la Commissione tributaria afferma che l'«IRAP è riscossa in ogni fase del processo di produzione o di distribuzione, poiché ogni operatore che si inserisce in una fase del ciclo, producendo valore aggiunto tassabile, viene elevato, dalla legge, a soggetto passivo d'imposta».

58. L'IRAP appare quindi conforme allo stesso modello dell'IVA. Essa è riscossa sulle imprese di tutti coloro che esercitano un'attività tassabile, cosicché qualora i beni o servizi di un'impresa siano utilizzati da un'altra impresa al fine di procurarsi i propri beni o servizi, e questi ultimi siano a loro volta utilizzati da una terza impresa che effettua cessioni ai consumatori finali, l'imposta sarà applicata relativamente a ciascuna fase in tale processo. Ancora, l'applicazione è globale anziché su una base operazione per operazione ma non può esservi dubbio che essa si applichi a ciascuna fase, fino alla stadio del commercio al minuto incluso, come specificato nella prima direttiva.

Proporzionale al prezzo dei beni o servizi, qualunque sia il numero di operazioni

59. Sotto questo profilo il giudice del rinvio rileva che «la somma delle IRAP riscosse nelle varie fasi del ciclo, dalla produzione alla immissione al consumo, è pari all'aliquota IRAP applicata al prezzo di vendita di beni e servizi praticato in sede di immissione al consumo. Nonostante il frazionamento, quindi, l'IRAP finisce per agire come un'imposta generale e proporzionale sul prezzo di cessione al consumo di beni e servizi».

60. L'IRAP è riscossa ad una o due aliquote, espresse come una percentuale della base imponibile, che sono stabilite nel decreto legislativo ma possono essere variate entro certi limiti dalla competente autorità regionale (23). Dato che la base imponibile è sostanzialmente il valore aggiunto dal contribuente ai beni o servizi da lui ceduti, essa è pertanto proporzionale a tale valore.

61. Tuttavia, il carattere globale dell'IRAP consente indubbiamente agli operatori economici un grado di flessibilità maggiore rispetto al caso dell'IVA. Essi possono adeguare il modo in cui trasferiscono l'onere dell'imposta ai loro clienti, o possono addirittura scegliere di non trasferire tale onere per nulla. L'IVA per contro dev'essere applicata all'aliquota appropriata a ciascuna singola cessione.

62. Di conseguenza, mentre il regime IVA richiede che l'ammontare dell'imposta sia una quota proporzionale specificata del prezzo applicato a ciascuna cessione di beni o servizi, di modo che almeno a fini contabili esso rimane rigorosamente «proporzionale, qualunque sia il numero di transazioni», ciò può non essere letteralmente vero relativamente all'IRAP, il cui ammontare in proporzione al prezzo di una data cessione può variare notevolmente o può addirittura essere impossibile da determinare.

63. Non ritengo però che questo punto sia molto importante ai fini della valutazione complessiva.

(23) V. *supra*, paragrafo 16.

64. In primo luogo, per quanto riguarda la realtà economica, l'onere di un'imposta riscossa in ciascuna fase di una catena commerciale sarà in genere trasferito lungo la catena stessa.

65. Eccezionalmente e a breve termine, alcuni operatori economici, per varie ragioni, possono aver optato per assorbire l'onere dell'IRAP senza trasferirlo ai loro clienti, ma a lungo termine è probabile che il margine di ciascun operatore si adeguerà e che l'onere verrà alla fine sopportato alla fine della catena.

66. In secondo luogo, la stessa identica opzione è possibile, in termini economici, relativamente all'IVA. Vi è scarsa differenza, o non vi è nessuna differenza di natura pratica o economica, per l'una o l'altra parte ad un'operazione, tra la situazione in cui un operatore decide di «assorbire» l'onere di un'imposta e quella in cui egli riduce il suo margine di profitto, ovvero, forse più verosimilmente, ridistribuisce i suoi margini di profitto tra varie categorie di cessioni in risposta a spinte competitive. Inoltre né l'una né l'altra situazione incide sulla riscossione dell'imposta, che rimane in proporzione costante rispetto al prezzo delle cessioni.

67. In tale contesto, la Corte Costituzionale, nella sua sentenza 10 maggio 2001, ha considerato che «l'onere economico dell'imposta potrà essere infatti trasferito sul prezzo dei beni o servizi prodotti, secondo le leggi del mercato, o essere totalmente o parzialmente recuperato attraverso opportune scelte organizzative».

68. Nella sentenza Careda (24), la Corte ha specificamente stabilito che «per avere il carattere d'imposta sulla cifra di affari ai sensi dell'art. 33 della direttiva, il tributo considerato deve poter essere trasferito al consumatore (25)», ma che non è necessario che la normativa nazionale pertinente preveda espressamente la possibilità di trasferirlo in tal modo, o che tale trasferimento risulti da una fattura o da un documento equipollente.

69. Se uno Stato membro potesse introdurre quella che è essenzialmente un'imposta sul valore aggiunto ma sfuggire al divieto di cui all'art. 33 della sesta direttiva garantendo che l'ammontare dell'imposta non debba necessariamente rimanere costante come quota proporzionale del prezzo di ogni singola cessione di beni o servizi, tale divieto sarebbe in realtà reso inoperante e l'armonizzazione richiesta dal mercato interno potrebbe essere elusa (26).

Conclusione per quanto riguarda la compatibilità dell'IRAP con il diritto comunitario

70. Pertanto giungo alla conclusione che un'imposta quale l'IRAP presenta le caratteristiche sostanziali dell'IVA ed è colpita dal divieto sancito all'art. 33 della sesta direttiva.

71. Tuttavia, deve anche considerarsi quali effetti concreti questa conclusione comporti.

Possibilità di limitazione degli effetti della sentenza nel tempo

72. Secondo una giurisprudenza costante, i singoli hanno il diritto di ottenere il rimborso di tributi nazionali riscossi in violazione del diritto comunitario (27). Risulta che, se l'IRAP fosse dichiarata incompatibile con il diritto comunitario, in base alle norme procedurali italiane il diritto retroattivo ad un rimborso si estenderebbe per 48 mesi.

(24) Sentenza 26 giugno 1997, cause riunite C-370/95, C-371/95 e C-375/95 (*Racc.* pag. I-3721), punti 15, 18 e 26.

(25) Punto 15, il corsivo è mio.

(26) *V. supra*, punto 10.

(27) Per un recente esempio riferentesi alla precedente giurisprudenza, v. sentenza 11 luglio 2002, causa 62/00, *Marx & Spencer* (*Racc.* pag. I-6325, punto 30).

73. All'udienza, il governo italiano ha asserito che gli importi riscossi e utilizzati per finanziare le attività delle autorità regionali nel corso di tale periodo erano superiori a EUR 120 miliardi. Alla luce delle gravi conseguenze, esso ha pertanto chiesto che, se l'IRAP dovesse essere dichiarata incompatibile con l'art. 33 della sesta direttiva, gli effetti della sentenza nel tempo debbano essere limitati, come ad esempio nella sentenza EKW (28).

74. La Corte ha costantemente affermato che l'interpretazione da essa data ad una disposizione di diritto comunitario chiarisce e definisce il significato e la portata di tale disposizione quale avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore.

75. Eccezionalmente, tuttavia, tenendo presente l'esigenza della certezza del diritto, la Corte può limitare la possibilità per le parti di far valere l'interpretazione contenuta in tale sentenza per mettere in discussione rapporti giuridici instaurati in buona fede nel passato. Prima di decidere di imporre tale limitazione, essa verifica che siano soddisfatti due criteri essenziali, e cioè che le persone interessate debbono aver agito in buona fede e che deve sussistere un rischio di gravi difficoltà (29).

76. Per quanto riguarda la buona fede, la Corte ha tenuto conto in particolare della posizione assunta dalla Commissione in relazione alla normativa dello Stato membro. La Corte ha riconosciuto, ad esempio, che uno Stato membro può far valere il mancato avvio, da parte della Commissione, di un procedimento per inadempimento nei suoi confronti. Uno Stato membro deve tanto più aver diritto a far valere l'espressa accettazione da parte della Commissione della compatibilità della sua normativa con il diritto comunitario.

77. Nel caso di specie, il governo italiano fa valere il fatto che la normativa era stata notificata alla Commissione in forma di progetto (in quella fase l'imposta era denominata «IREP»), e che in una risposta del 10 marzo 1997, prodotta dall'Italia con altri documenti dell'udienza, il Direttore generale responsabile per le dogane e le imposte indirette scriveva: «Per quanto riguarda... l'IREP, dopo un attento esame della documentazione fornita, posso informarLa che, nel suo stato attuale, la proposta di questa nuova imposta non appare incompatibile con la normativa applicabile nel settore dell'imposta sul valore aggiunto. Ciononostante, mi riservo il diritto di riesaminarla alla luce di eventuali modifiche e/o delle norme di attuazione da adottare».

78. Alla luce di tale lettera, e dell'assenza di qualsiasi successiva reazione critica da parte della Commissione, il governo italiano ritiene che esso potesse legittimamente concludere che l'imposta non era incompatibile con il diritto comunitario. L'agente della Commissione, tuttavia, ha sostenuto all'udienza che la lettera conteneva semplicemente un parere provvisorio emesso dai servizi della Commissione e che nessuna posizione definitiva era stata mai assunta dalla Commissione stessa. La cancelleria ha successivamente inviato alla Commissione i documenti prodotti all'udienza, per eventuali commenti, ma la Commissione non ha aggiunto nulla su questo punto.

79. Per quanto riguarda il rischio di gravi difficoltà, il governo italiano fa valere le enormi somme potenzialmente implicate nei ricorsi per il rimborso di quella che è attualmente la principale se non l'unica fonte di entrate per le regioni, nonché i catastrofici effetti che l'accoglimento di tali ricorsi avrebbe quindi sul finanziamento delle Regioni.

(28) Cit. alla nota 7, punti 55-60.

(29) V., recentissimamente, sentenza 15 marzo 2005, causa C-209/03, Bidar, punti 66-69.

80. A mio parere esiste una seria ragione per limitare gli effetti nel tempo di una declaratoria di incompatibilità dell'IRAP con il diritto comunitario. Non mi convince la tesi della Commissione dell'importanza da accordare alla lettera del 10 marzo 1997; essa era redatta in termini inequivocabili e firmata dal competente direttore generale, né è stata seguita da ulteriori azioni da parte della Commissione. Il rischio di gravi difficoltà appare inoltre reale; parafrasando i termini della sentenza EKW (30), un'efficacia temporale illimitata potrebbe «perturbare retroattivamente il sistema di finanziamento delle Regioni italiane».

81. Tuttavia sorge il problema della data che possa poi essere opportuno porre come limite a tale efficacia nel tempo.

82. Nella sentenza EKW, secondo la sua costante prassi in casi del genere, la Corte ha escluso che possa essere fatta valere la sua sentenza in domande di rimborso di un'imposta pagata o esigibile «prima della data della presente sentenza, salvo per i richiedenti i quali, prima di tale data, abbiano agito in giudizio o altrimenti contestato l'imposizione con un'impugnativa equivalente».

83. Tuttavia, è successivamente emerso che tutte le autorità regionali interessate in tale causa avevano modificato la loro legislazione tributaria in modo tale da limitare notevolmente la possibilità di successo di una domanda, anche per chi avesse già intentato un'azione giudiziaria. In tutti i casi tali modifiche erano state effettuate dopo la presentazione delle conclusioni per la sentenza EKW e, in tutti i casi salvo uno, prima della pronuncia della sentenza (31).

84. Nella fattispecie, il problema è diverso. Risulta dalla stampa italiana che un gran numero di operatori italiani stanno già chiedendo o sono spinti a chiedere un rimborso di somme pagate a titolo di IRAP, in previsione della pronuncia della Corte in questa causa.

85. Pertanto, alla luce dell'effetto delle varie tattiche che sono state o che possono ancora essere adottate in previsione della sentenza della Corte, e del pericolo di gravissima perturbazione del finanziamento regionale – senza alcun probabile beneficio complessivo a lungo termine per i contribuenti dato che ad ogni diminuzione nel finanziamento deve presumibilmente ovviarsi con un'altra imposizione – potrebbe essere opportuno prendere in considerazione un orientamento diverso da quello seguito nella sentenza EKW e in altri casi.

86. Tale orientamento potrebbe ispirarsi a quello frequentemente seguito dalla Corte costituzionale tedesca: una declaratoria di incompatibilità subordinata ad una data futura prima della quale i singoli non possono far valere l'incompatibilità in qualunque domanda nei confronti dello Stato, data scelta al fine di lasciare tempo sufficiente all'emanazione di una nuova normativa.

87. Per codesta Corte muoversi in tal senso sarebbe una notevole innovazione. Tuttavia innovazioni del genere sono state fatte in passato. Vi fu un'innovazione ad esempio nel 1976 quando, nella sentenza Defrenne (32), la Corte limitò l'effetto retroattivo della sua interpretazione di un articolo del Trattato. Vi furono altre innovazioni nel 1980, quando, nella sentenza Providence Agricole de la Champagne (33), la Corte applicò il secondo comma di

(30) In particolare, punto 59.

(31) V. sentenza 2 ottobre 2003, causa C-147/01, Weber/s Wine World (*Racc.* pag. I-0000, punti 11 e seg.)

(32) Sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75 (*Racc.* pag. 455, punti 69-75).

(33) Sentenza 15 ottobre 1980, causa 4/79 (*Racc.* pag. 2823, punti 42-46) e in altre due sentenze pronunciate lo stesso giorno, la sentenza nella causa 109/79, Maiseries de Beauce (*Racc.* pag. 2883, punti 42-46) e quella nella causa 145/79, Roquette Frères (*Racc.* pag. 2917, punti 50-52).

quello che è attualmente l'art. 231 CE per analogia in una pronuncia pregiudiziale, limitando l'efficacia retroattiva di una declaratoria di invalidità di determinati regolamenti della Commissione, e nuovamente nel 1988, quando, nella sentenza van Landschoot (34) essa fece un passo in più, mantenendo gli effetti di una disposizione comunitaria invalida sino al momento in cui essa fosse sostituita da una disposizione valida.

88. Tuttavia, nella fattispecie, può essere difficile per la Corte decidere sulla limitazione nel tempo adeguata, in particolare dato che uno scostamento dall'abituale orientamento della Corte non è stato né discusso durante il procedimento né richiesto dal governo italiano. Alla luce delle difficoltà insite nella scelta della limitazione adeguata, può essere consigliabile per la Corte riaprire la trattazione orale per sentire un'ulteriore discussione su questo punto.

Conclusionone

89. Ritengo pertanto che la questione sollevata dalla Commissione tributaria debba essere risolta nel senso che:

- un'imposta nazionale come l'imposta regionale sulle attività produttive, che
 - è riscossa su tutte le persone fisiche e giuridiche che esercitano abitualmente un'attività diretta alla produzione o allo scambio di beni o alla prestazione di servizi,
 - colpisce la differenza tra i ricavi e i costi dell'attività tassabile,
 - è applicata in ordine a ciascuna fase del processo di produzione e di distribuzione corrispondente ad una cessione o ad una serie di cessioni di beni o servizi effettuate da un soggetto passivo, e
 - impone, in ciascuna di tali fasi, un onere che è globalmente proporzionale al prezzo al quale i beni o servizi sono ceduti

dev'essere qualificata come un'imposta sulla cifra d'affari vietata dall'art. 33, n. 1, della sesta direttiva.

90. Tuttavia, per coloro che cercano di far valere la pronuncia che la Corte emanerà, gli effetti di essa dovrebbero essere soggetti ad una limitazione nel tempo, con riferimento ad una data che dovrà essere fissata dalla Corte».

Ordinanza della Corte (Grande Sezione) 21 ottobre 2005 – Riapertura della fase orale nel procedimento C-475/03.

«1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (*GU. L 145*, pag. 1), come modificata dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE (*GU. L 376*, pag. 1; in prosieguo: la «sesta direttiva»).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Banca popolare di Cremona Soc. coop. arl (in prosieguo: la «Banca popolare») e l'Agenzia Entrate Ufficio Cremona in merito al prelievo di un'imposta regionale sulle attività produttive.

(34) Sentenza 29 giugno 1988, causa 300/86 (*Racc.* pag. 3443, punti 22-24).

3. Con decisione 28 settembre 2004 la Corte ha rinviato il procedimento alla Grande Sezione. La Banca popolare, il governo italiano e la Commissione delle Comunità europee hanno depositato osservazioni scritte ed orali. Nelle conclusioni l'avvocato generale ha proposto di considerare un'imposta quale quella oggetto della causa principale come imposta sulla cifra di affari vietata dall'art. 33, n. 1, della sesta direttiva e di limitare nel tempo gli effetti della sentenza con riferimento ad una data che dovrà essere fissata dalla Corte, eventualmente in futuro. Le conclusioni sono state presentate all'udienza del 17 marzo 2005, dopo la quale il procedimento orale è stato chiuso.

4. Con atti depositati presso la cancelleria della Corte, i governi italiano (il 7 aprile 2005), tedesco (l'11 aprile 2005), del Regno Unito (il 14 aprile 2005), dei Paesi Bassi (il 28 aprile 2005), belga (il 4 maggio 2005), svedese (il 5 maggio 2005), ceco (il 10 maggio 2005), austriaco (il 17 maggio 2005) e francese (il 27 giugno 2005) hanno suggerito o chiesto alla Corte di disporre la riapertura della fase orale del procedimento.

5. La Corte ritiene che, prima di risolvere la questione posta dal giudice del rinvio, sia necessaria una discussione approfondita dinanzi ad essa sulla nozione di imposta avente il carattere di imposta sulla cifra di affari ai sensi dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva, nonché sulle possibilità di limitare nel tempo gli effetti delle sentenze da essa pronunciate in via pregiudiziale.

6. A tal fine sarà organizzata un'udienza e le parti della causa principale, gli Stati membri, il Consiglio dell'Unione europea nonché la Commissione sono invitati a prendere posizione per iscritto, entro quattro settimane dalla notifica della presente ordinanza, compreso il termine relativo alla distanza, sulle questioni che figurano infra, nel dispositivo.

7. Conformemente all'art. 61 del regolamento di procedura, sentito l'avvocato generale, si deve perciò disporre la riapertura della fase orale nel procedimento C-475/03.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) così provvede:

1) La fase orale nel procedimento C-475/03 è riaperta.

2) La trattazione orale è fissata al 14 dicembre 2005.

3) Le parti della causa principale, gli Stati membri, il Consiglio dell'Unione europea nonché la Commissione delle Comunità europee sono invitati a prendere posizione per iscritto, entro quattro settimane dalla notifica della presente ordinanza, compreso il termine relativo alla distanza, sulle seguenti questioni:

a) Quali siano i criteri che consentono di qualificare un'imposta come imposta sulla cifra di affari ai sensi dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, come modificata dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE, tenuto conto dell'obiettivo di tale disposizione e del funzionamento del mercato.

b) In quale misura le operazioni bancarie possano essere assoggettate ad un'imposta avente il carattere d'imposta sulla cifra di affari ai sensi del detto art. 33, n. 1.

c) Con riferimento ai paragrafi 72-88 delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, in quali circostanze e in che maniera possano essere limitati nel tempo gli effetti delle sentenze pronunciate dalla Corte in via pregiudiziale».

Corte di Giustizia delle Comunità europee – Udienza 14 dicembre 2005 – Intervento orale del Governo italiano.

«Signor Presidente, signore e signori della Corte.

Il Governo italiano ha accolto con favore la scelta della Corte di riaprire la fase orale per avviare *“una discussione approfondita dinanzi ad essa sulla nozione di imposta avente il carattere di imposta sulla cifra d'affari”*, oltre che per discutere in ordine alla possibilità di limitare nel tempo gli effetti delle sentenze emesse in via pregiudiziale.

Come già evidenziato nell'introduzione dell'avv. Braguglia, le indubbie peculiarità di questa controversia giustificano ampiamente la scelta di riapertura della fase orale.

E di peculiarità questo giudizio ne ha più di una.

La prima è l'ingente valore della controversia. Abbiamo già indicato nella risposta ai quesiti l'importo di circa 150 miliardi di euro che lo Stato italiano potrebbe essere tenuto a rimborsare.

La seconda è l'esplicito assenso dato alla istituzione dell'IRAP dalla Commissione nel 1997, a cui ha fatto seguito (coerentemente) un lungo silenzio fino al 10 marzo 2004, giorno in cui la stessa Commissione ha presentato le sue osservazioni dalle quali abbiamo appreso la repentina inversione di rotta.

La terza sta nei precedenti giurisprudenziali in materia. Seppure la Corte solo nella sentenza Denkavit del 1992 è pervenuta alla conclusione di dichiarare un'imposta nazionale in contrasto con l'articolo 33 della sesta direttiva, è innegabile che nelle varie pronunce si trovino affermazioni spesso non del tutto coincidenti.

Anche per tale motivo l'opportuna composizione allargata della Corte consentirà di introdurre maggiori elementi di certezza in una materia di così notevole rilievo.

Non intendiamo ripetere in questa sede quanto abbiamo già scritto; vogliamo solo limitarci ad alcune osservazioni.

Crediamo che la distinzione *tra imposte dirette ed indirette* abbia una sua importanza sia in generale, sia ai fini della presente causa.

L'ordinamento comunitario riconosce una tale distinzione. La direttiva 77/799/CEE parla di reciproca assistenza tra gli Stati membri in materia di imposte dirette ed indirette.

Nella sentenza 10 marzo 2005 nella causa C-22/03 *Optiver* a proposito della direttiva 69/335/CEE in tema di conferimenti in società la Corte ha affermato (al punto 33) che tale normativa non si applica ad un'imposta diretta.

Da ultimo nelle recenti conclusioni presentate il 29 settembre 2005 nella causa C-210/04 sull'importante problema del rapporto tra le società straniere e le filiali aventi il carattere di centro di attività stabile, l'Avvocato Generale (il medesimo do oggi), al punto 61 ha escluso la possibilità di estendere al sistema dell'IVA le regole vigenti in materia di imposte dirette (in particolare il modello di convenzione OCSE), riconoscendo la profonda diversità di tale categoria di tributi che, viene ribadito *“rientrano nella sovranità degli stati membri”*.

La distinzione tra imposte dirette ed indirette è quindi di decisiva importanza anche perché, come abbiamo già scritto, la sesta direttiva trova il suo fondamento nell'articolo 93 del Trattato che imponeva l'armonizzazione *delle sole imposte indirette*.

È interessante notare che al punto 35 delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs si afferma che *“una distinzione comunemente accettata tra imposizione diretta e indiretta è che la prima grava su una ricchezza o su un reddito a disposizione di una stessa persona (fisica o giuridica), senza alcuna possibilità di traslazione ad un'altra persona, mentre la seconda è riscossa su spese o consumi e il suo onere può essere – e di fatto normalmente è – trasferito sul consumatore finale e da esso sopportato”*.

Ebbene, proprio dal criterio posto dall'avvocato generale si evince la natura di imposta diretta dell'IRAP.

L'IVA è infatti riscossa *su spese e consumi*; l'IRAP grava invece *su una ricchezza* (il valore della produzione netta) a disposizione di un soggetto.

A tale proposito non possiamo che prendere atto con favore della risposta della Commissione.

Al punto 14 infatti si afferma espressamente che *l'IRAP "si configura più come un'imposta gravante sulla produzione che come un'imposta gravante direttamente sui consumi"*.

Ma allora un'imposta che grava su una ricchezza di un soggetto ha la natura di un'imposta diretta, il che esclude che possa avere nel contempo le caratteristiche essenziali di un'imposta sulla cifra d'affari.

Altro elemento caratterizzante un'imposta sulla cifra d'affari è *la traslazione* del tributo sui consumatori.

A tale riguardo, non appare corretto affermare che per le imposte dirette non vi sia alcuna possibilità di trasferirne l'onere sui consumatori finali. È vero invece che la traslazione *può avvenire* in un modo diverso dalle imposte indirette, al pari di qualsiasi altro costo dell'impresa.

Ma questa diversa modalità assume *un valore determinante* al fine di configurare un tributo come un'imposta sulla cifra d'affari.

L'IVA infatti viene trasferita sul consumatore in misura *direttamente proporzionale* al prezzo di vendita. Anche qualora tale prezzo non sia remunerativo per il venditore, in ogni cessione è sempre esattamente individuabile l'importo dell'IVA corrisposta dal consumatore finale, importo che il cedente è tenuto a versare all'erario (previa eventuale compensazione dell'IVA assolta a monte).

Un simile meccanismo è del tutto sconosciuto all'IRAP, così come a qualsiasi imposta diretta. Né appare corretto affermare che *in genere* l'onere del tributo verrà trasferito a valle.

In primo luogo il prezzo di vendita lo fa il mercato e non il venditore. Ad esempio in questo momento in Italia a causa dell'influenza aviaria le vendite di carni di pollo sono crollate e con loro anche il prezzo al consumo. Credo sia difficile dimostrare che i produttori italiani di polli hanno trasferito l'IRAP pagata annualmente sui consumatori.

In secondo luogo mentre per l'IVA la traslazione avviene sempre anche perché già si conosce la quota parte del prezzo di vendita, per l'IRAP di norma le cessioni avvengono prima che sia possibile in qualche modo determinarne l'onere. L'IRAP infatti si paga annualmente ed il suo ammontare si conosce solo a consuntivo, all'esito di un complesso calcolo nel quale incidono molte variabili.

Si dirà che anche l'IVA si paga annualmente, ma la situazione è totalmente diversa. La dichiarazione annuale IVA non è altro che il riepilogo di tutte le posizioni attive e passive inerenti ciascuna operazione, operazioni che conservano la loro autonomia, e la dichiarazione annuale ha solo l'effetto di semplificare e compensare le varie partite di debito-credito.

Un'altra differenza di fondamentale importanza è il meccanismo del rimborso. Come si afferma nelle suddette conclusioni *"a differenza dell'IVA, l'IRAP non viene «rimborzata» quando, eccezionalmente, il valore è perduto anziché aggiunto"*. Non appare corretto sminuire l'importanza di un tale meccanismo né considerarlo inoltre limitato a casi sporadici.

In primo luogo il meccanismo del rimborso dell'IVA a monte eccedente è connaturato per l'IVA che, in quanto imposta sul consumo finale, deve essere *esattamente proporzionale al prezzo finale*; tale proporzionalità non si potrebbe realizzare qualora non fosse previsto un meccanismo di rimborso.

In secondo luogo la perdita di valore dei beni finali al consumo è circostanza tutt'altro che infrequente. Basti pensare ai settori della moda, dell'editoria o ancora ad uno dei settori più importanti di questo periodo storico, l'informatica, dove il continuo sviluppo tecnologico rende obsolete ed invendibili notevoli quantità di prodotti, non appena sul mercato viene introdotto un nuovo modello.

Ebbene in questi casi l'IVA, a differenza dell'IRAP, in quanto imposta sul consumo non viene pagata e di conseguenza viene rimborsata la maggiore imposta a monte.

Così come non si può non tener conto della *diversa base imponibile*. Come abbiamo già sottolineato nelle difese scritte, il rapporto con le esportazioni e le importazioni è totalmente opposto tra i due tributi.

L'IVA infatti tassa le importazioni ed esenta le esportazioni.

L'IRAP al contrario esclude dalla base imponibile gli acquisti anche se costituiti da importazioni, mentre tassa l'intera produzione, ancorché destinata all'esportazione.

Né si può affermare, come sostiene la parte privata, che tale rilevante differenza verrà meno al termine del periodo transitorio dell'IVA ovvero, come afferma la Commissione al punto 22 della risposta, che l'esenzione non può costituire una caratteristica essenziale dell'IVA.

In primo luogo al termine del periodo transitorio la differenza sussisterebbe comunque rispetto alle importazioni ed esportazioni extra comunità.

In secondo luogo il diverso regime delle importazioni ed esportazioni va ad incidere in modo rilevante sulla base imponibile dell'IRAP, facendo venir meno il requisito della generalità.

Nella sua memoria la parte privata sostiene poi che la Corte sarebbe vincolata alla qualificazione dell'IRAP che ne ha dato la Corte Costituzionale italiana e che conseguentemente l'IRAP non potrebbe essere considerata un'imposta diretta.

Tale affermazione è errata sotto un duplice profilo.

In primo luogo la Corte ha sostenuto che la qualificazione di un tributo va effettuata indipendentemente dal *nomen juris* che può avere nei singoli stati membri.

In secondo luogo proprio la qualificazione operata dalla corte costituzionale dell'IRAP di un'imposta gravante sulla ricchezza prodotta da un soggetto è idonea a farla ritenere un'imposta diretta e non sui consumi.

Un ultimo accenno, sempre a proposito della base imponibile, circa l'asserita equipollenza tra il meccanismo di detrazione *da base a base* (che opererebbe per l'IRAP) con quello (operante invece per l'IVA) da imposta a imposta.

Mentre quest'ultimo realizza la perfetta proporzionalità del tributo rispetto al prezzo finale, ciò non avviene per l'altro.

Occorre considerare infatti che la cosiddetta detrazione da base a base, cioè l'incidenza negativa sulla base imponibile IRAP dei costi e degli acquisti, prescinde del tutto dalla circostanza che il venditore a monte abbia o meno corrisposto l'IRAP sulla sua produzione (caratteristica questa comune alle imposte dirette).

Tale circostanza consente ulteriormente di escludere un qualsiasi parallelismo tra i due meccanismi.

In conclusione, non appare in alcun modo possibile considerare come imposta sulla cifra d'affari un tributo come l'IRAP

- che ha natura d'imposta diretta (da non confondere con le imposte sul reddito come fa la parte privata);
- che non si applica su ciascuna operazione;
- che non viene trasferita in modo automatico e proporzionale sui consumatori;
- che non dà diritto a rimborsi;

– che opera in modo esattamente opposto all’IVA rispetto alle importazioni ed esportazioni.

Se i criteri elastici indicati nelle conclusioni – proporzionalità cumulativa ed approssimativa, traslazione solo eventuale, irrilevanza dei rimborsi – venissero applicati a qualsiasi imposta generale sul reddito, crediamo che anche questi tributi non sfuggirebbero al divieto di cui all’articolo 33.

Da ultimo non possiamo fare a meno di porci una domanda. Ci saremmo trovati in questa situazione se la Corte Costituzionale italiana non avesse qualificato l’IRAP come un’imposta gravante *sul valore aggiunto* ?

O viceversa, ci saremmo trovati in questa situazione se l’IVA si fosse chiamata *imposta sui consumi* anziché (privilegiando il meccanismo di applicazione piuttosto che la sua natura) imposta sul valore aggiunto? Forse no.

Confidiamo perciò che la Corte, come è suo costume, attribuisca il giusto rilievo alle caratteristiche essenziali del tributo al di là dei termini usati per classificarlo, confermando una interpretazione rigorosa dell’articolo 33 che eviti di estenderne a dismisura il campo di applicazione. Grazie.

Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

Conclusioni dell’Avvocato Generale Christine Stix-Hackl presentate il 14 marzo 2006 (1)

«INTRODUZIONE

Il procedimento

1. Nel presente procedimento, la Commissione Tributaria Provinciale di Cremona domanda se l’art. 33, n. 1, della sesta direttiva IVA (2) osti all’applicazione di un’imposta come l’imposta regionale italiana sulle attività produttive, più generalmente nota con il suo acronimo «IRAP». Nella causa principale, la Banca Popolare di Cremona (in prosieguo: la «Banca Popolare») chiede il rimborso di una serie di importi da essa versati a titolo di IRAP nel 1998 e 1999.

2. Dopo la presentazione di osservazioni scritte e orali da parte della Banca Popolare, del governo italiano e della Commissione, il 17 marzo 2005 l’avvocato generale Jacobs ha presentato le sue conclusioni (3), concludendo che un’imposta nazionale la quale

– è riscossa su tutte le persone fisiche e giuridiche che esercitano abitualmente un’attività diretta alla produzione o allo scambio di beni o alla prestazione di servizi,

– colpisce la differenza tra i ricavi e i costi dell’attività imponibile,

– è applicata in ordine a ciascuna fase del processo di produzione e di distribuzione corrispondente ad una cessione o ad una serie di cessioni di beni o servizi effettuate da un soggetto passivo, e

– impone, in ciascuna di tali fasi, un onere che è globalmente proporzionale al prezzo al quale i beni o servizi sono ceduti,

(1) Lingua originale: l’inglese.

(2) Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GUL 145, pag. 1; in prosieguo: la «sesta direttiva»).

(3) Faccio rinvio a tali conclusioni per quanto riguarda il contesto normativo, fattuale e procedurale della causa, che richiamerò o integrerò solo ove necessario.

dev'essere qualificata come un'imposta sulla cifra d'affari vietata dall'art. 33, n. 1, della sesta direttiva.

3. Tuttavia, siccome la necessità di rimborsare ingenti somme corrispondenti all'imposta riscossa in contrasto con il diritto comunitario potrebbe seriamente compromettere il finanziamento regionale in Italia, e atteso che la Commissione sembrava aver contribuito, con il suo comportamento, al convincimento del governo italiano che l'IRAP fosse compatibile con il diritto comunitario, l'avvocato generale Jacobs aveva altresì raccomandato che la Corte stabilisse una limitazione temporale agli effetti della sua sentenza.

4. Inoltre, in previsione delle varie tattiche che potrebbero essere adottate nelle more della pronuncia della sentenza, aveva preso in considerazione la possibilità di un nuovo approccio con riferimento a tale limitazione. Aveva sottolineato come alcuni giudici nazionali potessero dichiarare una misura illegittima, fissando nel contempo, per concedere tempo sufficiente all'emanazione di una nuova normativa, una data futura prima della quale i singoli non potessero far valere l'illegittimità in alcun ricorso contro lo Stato. Tuttavia, per il caso in cui una tale impostazione dovesse essere seguita nel caso di specie, riteneva auspicabile che dinanzi alla Corte si dibatesse ulteriormente la questione. Sette Stati membri hanno conseguentemente chiesto la riapertura della trattazione orale a tale scopo.

5. Il 21 ottobre 2005, la Grande Sezione ha disposto la riapertura della fase orale del procedimento, fissato una nuova udienza al 14 dicembre 2005, e chiesto alle parti nel procedimento principale, agli Stati membri, al Consiglio e alla Commissione di prendere posizione sulle seguenti questioni (4):

(a) Quali siano i criteri che consentono di qualificare un'imposta come imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva, tenuto conto dell'obiettivo di tale disposizione e del funzionamento del mercato.

(b) In quale misura le operazioni bancarie possano essere assoggettate ad un'imposta di questo tipo.

(c) Alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, in quali circostanze e in che maniera possano essere limitati nel tempo gli effetti delle sentenze pronunciate dalla Corte in via pregiudiziale.

6. La Banca Popolare, 13 Stati membri e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte, sebbene solo alcuni degli Stati membri abbiano affrontato la prima o la seconda questione; la Banca Popolare, 12 Stati membri e la Commissione hanno svolto osservazioni orali nel corso della seconda udienza, durante la quale, ancora una volta, la maggior parte degli Stati membri si è concentrata esclusivamente sull'aspetto della limitazione temporale.

Le caratteristiche dell'IRAP

7. Come l'avvocato generale Jacobs ha sottolineato nelle sue conclusioni, solo i giudici italiani sono competenti a determinare le precise caratteristiche dell'IRAP. Il ruolo di questa Corte è quello di interpretare il diritto comunitario in modo che il giudice remittente possa applicarlo utilmente all'imposta in esame (5). Così facendo, questa Corte deve pertan-

(4) Ho semplificato il testo delle questioni come compaiono nell'ordinanza di riapertura della fase orale.

(5) Paragrafo 27 delle conclusioni. V., anche, ad esempio, sentenza 3 marzo 1988, causa 252/86, Bergandi (*Racc.* pag. 1343, punto 13); nonché sentenza 26 giugno 1997, cause riunite da C-370/95 a C-372/95, Careda e a. (*Racc.* pag. I-3721, punti 25 e 26).

to dare per assodata la natura di tale imposta come descritta nell'ordinanza di rinvio.

8. L'imposta è così descritta:

«1) Come si ricava dalla definizione dell'art. 2 (6), l'IRAP si applica, in modo generalizzato, a tutte le operazioni commerciali di produzione o di scambio aventi ad oggetto beni e servizi poste in essere nell'esercizio in modo abituale di una attività volta a tale fine, vale a dire nell'esercizio di imprese o di arti e professioni.

Vi è, per ciò, una precisa corrispondenza tra il "presupposto dell'imposta" IRAP designato dal citato articolo 2 e l'area delle "operazioni imponibili" tracciata dall'art. 1 del decreto istitutivo dell'IVA e che costituisce il presupposto di quest'ultima imposta.

2) Ai sensi dell'art. 4, primo comma, l'IRAP colpisce il valore netto derivante dall'attività produttiva, ossia il valore netto "aggiunto" al prodotto dal produttore.

L'IRAP è dunque una imposta sul "valore aggiunto" prodotto e giustamente si parla di "vap" (7) per designare la base di commisurazione della nuova imposta.

Anche l'oggetto imponibile dell'IRAP coincide, per ciò, in tutto e per tutto, con quello dell'IVA. Nell'IVA la quantificazione e tassazione della frazione o segmento di valore aggiunto (vap) prodottasi presso il singolo produttore avvengono col meccanismo della detrazione imposta da imposta (l'imposta a valle, pagata sugli acquisti, si deduce dall'imposta a monte, incassata sulle vendite). Nell'IRAP la frazione è calcolata e tassata deducendo a un di presso dal ricavato delle "vendite" il costo di acquisto del "venduto".

Nella tassazione "frazionata" IVA e IRAP si assomigliano come due gocce d'acqua. Non inganni la diversità degli espedienti tecnici usati per la misurazione dell'imponibile e dell'imposta. Nell'IVA, per stabilire quanto il singolo operatore debba pagare si ricorre all'espediente di dedurre dall'IVA sul venduto l'IVA sul costo del venduto; la differenza, se positiva per il fisco, è l'IVA dovuta, da cui si può risalire alla determinazione quantitativa del valore aggiunto tassato presso l'operatore.

Nell'IRAP il procedimento è rovesciato.

Non si parte dall'imposta dovuta per risalire al valore aggiunto tassato, bensì, si parte dal valore aggiunto e da questo si risale all'imposta. Questa diversità non incide sulla sostanza delle cose, che è questa: entrambe le imposte tassano, in ogni fase del processo di produzione e di distribuzione, la frazione di valore aggiunto che si è formata presso il singolo produttore che ha preso parte al processo produttivo e/o distributivo. Nell'un caso (IVA) detraendo imposta da imposta, nell'altro (IRAP) sottraendo base da base, costi da corrispettivi.

3) L'IRAP è riscossa in ogni fase del processo di produzione o di distribuzione, poiché ogni operatore che si inserisce in una fase del ciclo, producendo valore aggiunto tassabile, viene elevato, dalla legge, a soggetto passivo d'imposta. Se, in ipotesi, le fasi del ciclo sono tre, facenti capo a Tizio, Caio, Sempronio, tutti e tre sono distintamente, autonomamente, soggetti passivi di IRAP, ciascuno con una tassazione su 100. Lo stesso accade nell'IVA.

4) Infine è da osservare che la somma delle IRAP riscosse nelle varie fasi del ciclo, dalla produzione alla immissione al consumo, è pari all'aliquota IRAP applicata al prezzo di vendita di beni e servizi praticato in sede di immissione al consumo. Nonostante il frazio-

(6) Del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, che istituisce l'IRAP, pubblicato in *GURI* n. 298 del 27 dicembre 1997.

(7) Per «valore aggiunto prodotto».

namento, quindi, l'IRAP finisce per agire come una imposta generale e proporzionale sul prezzo di cessione al consumo di beni e servizi».

9. L'avvocato generale Jacobs ha fondato la sua analisi su tale descrizione, nonché sulla sentenza della Corte Costituzionale italiana 10 maggio 2001 nella causa 256/2001, con la quale diverse questioni di illegittimità dell'IRAP per incompatibilità con la Costituzione italiana sono state respinte.

10. In particolare, come rileva l'avvocato generale, la Corte Costituzionale ha dichiarato che l'IRAP «non colpisce il reddito personale del contribuente bensì il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate» e che «l'onere economico dell'imposta potrà essere infatti trasferito sul prezzo dei beni o servizi prodotti, secondo le leggi del mercato, o essere totalmente o parzialmente recuperato attraverso opportune scelte organizzative» (8).

11. Quanto al fatto che qualche aspetto della descrizione dell'IRAP fornita dal giudice nazionale può differire dalla descrizione contenuta nelle osservazioni presentate alla Corte – e in effetti la Banca Popolare, il governo italiano e la Commissione hanno tutti fornito una propria descrizione – la Corte deve, in linea di principio, attenersi alla narrativa dell'ordinanza di rinvio. Tuttavia, l'esistenza e la natura di queste eventuali differenze può suggerire che, sotto taluni aspetti, sarebbe utile che la Corte valutasse come la soluzione che essa darà potrà trovare applicazione in circostanze per ipotesi leggermente diverse. In ogni caso, ove la valutazione svolta dal giudice del rinvio con riferimento alle caratteristiche dell'IRAP sia contestata nella causa principale, la sua sentenza sarà presumibilmente oggetto di appello per tale motivo all'interno dell'ordinamento giudiziario nazionale.

Valutazione

12. La valutazione della causa cui procederò in questa sede si articolerà pertanto in due parti: in una prima parte mi occuperò della compatibilità di un'imposta come l'IRAP mentre, nella seconda parte, sarà affrontata la possibilità di una limitazione degli effetti della sentenza nel tempo.

13. All'interno di ciascuna di queste parti, esporrò anzitutto una serie di considerazioni generali, ivi inclusa una panoramica della giurisprudenza della Corte, dopodiché cercherò di applicare tali considerazioni alle circostanze del presente rinvio pregiudiziale.

I – LA COMPATIBILITÀ DI UN'IMPOSTA COME L'IRAP CON LA SESTA DIRETTIVA

A – Considerazioni generali

1. Imposte vietate dall'art. 33, n. 1, della sesta direttiva

14. Vi è un corpus giurisprudenziale ben consolidato in merito alle circostanze in cui un'imposta nazionale si scontra con il divieto, sancito dall'art. 33, n. 1, della sesta direttiva, di imposte diverse da quelle «che non abbia[no] il carattere di imposta sulla cifra d'affari» (9). In particolare, si rinviene nella giurisprudenza una serie di criteri specifici che il giu-

(8) Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, paragrafi 36 e 67.

(9) Poiché tale disposizione è redatta in termini permissivi («(...) le disposizioni della presente direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere o introdurre (...) qualsiasi imposta, diritto e tassa che non abbia il carattere di imposta sulla cifra d'affari (...)») si potrebbe ritenere preferibile considerare il divieto come derivante piuttosto dalla direttiva nel suo complesso, con le sue norme di armonizzazione piuttosto dettagliate, in combinato disposto con l'art. 10 CE – che vieta qualsiasi

dice nazionale aveva manifestamente in mente allorché ha redatto la sua ordinanza di rinvio, sullo sfondo dei quali l'avvocato generale Jacobs ha valutato l'IRAP come descritta in tale ordinanza (10).

15. Il fatto che, nel riaprire la fase orale del procedimento, la Corte abbia chiesto alle parti, agli Stati membri e alle istituzioni di esporre le loro osservazioni in merito ai criteri per qualificare un'imposta come imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'art. 33, n. 1, alla luce dello scopo di tale disposizione e del funzionamento del mercato, potrebbe suggerire che essa non esclude la possibilità di rivedere, precisare o sviluppare tali criteri. Li esaminerò pertanto con una certa cura.

2. Sintesi della giurisprudenza allo stato attuale

16. La giurisprudenza sinora invalsa in questa materia ricomprende in particolare (11) le sentenze *Rousseau Wilmot* (12), *Bergandi* (13), *Wisselink* (14), *Giant* (15), *Dansk Denkvit* (16), *Bozzi* (17), *Beaulande* (18), *Careda* (19), *UCAL* (20), *Solisnor* (21), *SPAR* (22), *Pelzl* (23), *EKW* (24), *Tulliasiamies* (25) e *GIL Insurance* (26). Si rilevi come, tra queste, soltanto le sentenze *Bergandi*, *Wisselink* e *Dansk Denkvit* siano state definite dalla Corte in seduta plenaria, mentre le altre sono state decise dalle sezioni.

misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato – laddove l'art. 33, n. 1, della direttiva chiarisce il divieto specificando che riguarda solo le imposte che abbiano il carattere di imposta sulla cifra d'affari. Tuttavia, la differenza di impostazione non ha conseguenze pratiche, cosicché darò per presupposto, adeguandomi alla giurisprudenza costante, che il divieto risieda nell'art. 33, n. 1.

(10) V., *supra*, paragrafi 2 e 8, nonché *infra*, paragrafo 22.

(11) Una serie di altre cause ha importanza minore: la sentenza 8 luglio 1986, causa 73/85, *Kerrutt* (*Racc.* pag. 2219), riguardava un tipo di imposta di registro esplicitamente consentita dall'art. 33 della sesta direttiva; nella sentenza 15 marzo 1989, cause riunite 317/86, 48/87, 49/87, 285/87 e 363/87-367/87, *Lambert e a.* (*Racc.* pag. 787), la Corte ha ribadito lo stesso principio enunciato nella sentenza *Bergandi* (cit. alla nota 5), con riferimento alla stessa imposta; l'imposta oggetto della sentenza 31 marzo 1992, causa C-200/90, *Dansk Denkvit* (*Racc.* pag. 12217) è stata successivamente anche oggetto di un ricorso per inadempimento sfociato nella sentenza 1° dicembre 1993, causa C-234/91, *Commissione/Danimarca* (*Racc.* pag. I-6273), nella quale la Corte ha seguito lo stesso ragionamento; nella sentenza 17 settembre 1997, causa C-28/96, *Fricarnes* (*Racc.* pag. I-4939, punti 34 e segg.), la Corte ha seguito il medesimo iter logico della sentenza, pronunciata in pari data nella causa C-347/95, *UCAL*, avente ad oggetto una tassa analoga.

(12) Sentenza 27 novembre 1985, causa 295/84 (*Racc.* pag. 3759, in particolare punti 14-17).

(13) Cit. *supra* alla nota 5, punti 6-20.

(14) Sentenza 13 luglio 1989, cause riunite 93/88 e 94/88 (*Racc.* pag. 2671, punti 6-21).

(15) Sentenza 19 marzo 1991, causa C-109/90 (*Racc.* pag. I-1385, in particolare punto 14).

(16) Cit. alla nota 11.

(17) Sentenza 7 maggio 1992, causa C-347/90 (*Racc.* pag. I-2947).

(18) Sentenza 16 dicembre 1992, causa C-208/91 (*Racc.* pag. I-6709).

(19) Cit. *supra* alla nota 5.

(20) Cit. *supra* alla nota 11, punti 30 e segg.

(21) Sentenza 17 settembre 1997, causa C-130/96 (*Racc.* pag. I-5053).

(22) Sentenza 19 febbraio 1998, causa C-318/96 (*Racc.* pag. I-785).

(23) Sentenza 8 giugno 1999, cause riunite C-338/97, C-344/97 e C-390/97 (*Racc.* pag. I-3319).

(24) Sentenza 9 marzo 2000, causa C-437/97 (*Racc.* pag. I-1157, in particolare punti 19-25).

(25) Sentenza 19 settembre 2002, causa C-101/00 (*Racc.* pag. I-7487, in particolare punti 91-107).

(26) Sentenza 29 aprile 2004, causa C-308/01 (*Racc.* pag. I-4777, in particolare punti 23-37).

17. In questa giurisprudenza, che si estende su un arco di circa vent'anni, possono ravvisarsi una serie di costanti ed alcune linee evolutive.

18. In primo luogo, la Corte ha esaminato le finalità della normativa IVA e la *ratio* del divieto di altri tipi di imposta sulla cifra d'affari. In secondo luogo, ha definito una serie di caratteristiche dell'IVA, in presenza delle quali un'altra imposta nazionale va ricondotta alla sfera del divieto. Infine, esaminando le diverse imposte nazionali di volta in volta in questione, ha identificato varie caratteristiche specifiche che sono o non sono ammissibili sotto tale profilo, nonché un'altra serie di caratteristiche che ha considerato invece come irrilevanti.

19. Tre sono le finalità principali che la Corte ha ravvisato nell'adozione del sistema comune di IVA:

- abolire e sostituire i sistemi di imposte sulla cifra d'affari cumulative a cascata, come precedentemente applicate in molti Stati membri (27);
- instaurare un mercato comune all'interno del quale vi sia una concorrenza non alterata e che abbia caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno, eliminando le differenze di oneri fiscali che possano alterare la concorrenza ed ostacolare gli scambi (28); e
- garantire parità nelle condizioni di tassazione dello stesso negozio, indipendentemente dallo Stato membro nel quale viene effettuato (29).

20. La finalità del divieto di imposte sulla cifra d'affari è, come chiarito in numerose sentenze (30), quella di evitare che il sistema comune di IVA sia pregiudicato, il che avverrebbe nel caso in cui fossero applicate imposte, dazi o oneri sulla circolazione dei beni e dei servizi in modo analogo a quello dell'IVA. Nella sentenza *Wisselink* (31), viene fatto un riferimento ancor più generale al rischio che siano compromesse le finalità sottese al sistema comune di IVA nella fase attuale del processo di armonizzazione.

21. Le caratteristiche dell'IVA vengono descritte inizialmente mediante riferimento all'art. 2 della prima direttiva e all'art. 17, n. 2, della sesta direttiva: il principio consiste nell'applicare ai beni e ai servizi, fino allo stadio del commercio al minuto compreso, un tributo generale sul consumo esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, indipendentemente dal numero di passaggi avvenuti nel processo di produzione e di distribuzione anteriore alla fase dell'imposizione; tuttavia, ad ogni passaggio, l'IVA è dovuta solo previa detrazione dell'ammontare dell'imposta che ha gravato direttamente sul costo dei vari elementi costitutivi del prezzo, essendo i soggetti passivi autorizzati a detrarre dall'imposta di cui sono debitori l'imposta già riscossa a monte sui beni (32).

(27) Sentenze *Rousseau Wilmot*, punto 13; *Wisselink*, punto 8; v. anche l'ottavo 'considerando' della prima direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, 67/227/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari (*GU* 71, pag. 1301; in prosieguo: la «prima direttiva»).

(28) Sentenze *Bergandi*, punto 7; *SPAR*, punto 17; *Pelzl*, punto 14; v. anche primo e secondo 'considerando' della prima direttiva.

(29) Sentenze *Bergandi*, punto 9; *SPAR*, punto 19; *Pelzl*, punto 18.

(30) Sentenze *Rousseau Wilmot*, punto 16; *Bergandi*, punto 14; *Wisselink*, punto 17; *Dansk Denkavit*, punto 11; *Bozzi*, punto 9; *Beaulande*, punto 12; *Careda*, punti 13 e 24; *UCAL*, punto 33; *Solisnor*, punto 13; *EKW*, punto 20.

(31) Punto 19.

(32) Sentenze *Rousseau Wilmot*, punto 15; *Bergandi*, punti 8 e 15; *Wisselink*, punto 18; *Giant*, punto 12; *SPAR*, punto 23; *Pelzl*, punto 16.

22. A partire, poi, dalla sentenza Dansk Denkvit, è stato elaborato un elenco più formale di «caratteristiche essenziali» dell'IVA, segnatamente:

- si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi;
- è proporzionale al prezzo percepito dal soggetto passivo d'imposta quale contropartita dei beni e servizi forniti;
- viene riscossa in ciascuna fase del processo di produzione e di distribuzione, compresa quella della vendita al minuto, a prescindere dal numero di operazioni effettuate precedentemente;
- gli importi pagati nelle fasi precedenti del processo sono detratti dall'imposta che il soggetto passivo deve pagare, cosicché l'imposta si applica, ad ogni passaggio, solo sul valore aggiunto in quella fase, e l'onere finale dell'imposta va in definitiva a carico del consumatore (33).

23. Le caratteristiche di un'imposta nazionale rientrante nella sfera del divieto di cui all'art. 33, n. 1, della sesta direttiva sono descritte, anzitutto, in termini generali, come quelle aventi l'effetto di danneggiare il funzionamento del sistema comune di IVA, gravando sulla circolazione dei beni e dei servizi e colpendo i negozi commerciali in modo analogo a quello che caratterizza l'IVA (34). Nelle sentenze in cui sono elencate le quattro caratteristiche essenziali dell'IVA (35), viene altresì specificato che tasse, dazi e oneri devono in ogni caso essere considerati imposti sulla circolazione di beni e servizi in modo analogo all'IVA ove posseggano tali caratteristiche essenziali. Non è tuttavia necessario che siano simili all'IVA sotto ogni profilo (36).

24. Inoltre, entrando nello specifico, soltanto una volta, e precisamente nella sentenza Dansk Denkvit, la Corte ha dichiarato un'imposta effettivamente incompatibile, descrivendone le caratteristiche come segue (37):

- veniva versata sia per attività soggette ad IVA sia per altre attività a carattere industriale o commerciale consistenti nell'effettuazione di prestazioni a titolo oneroso;
- era riscossa, per quanto concerneva le imprese soggette ad IVA, su una base imponibile identica a quella utilizzata per l'IVA, cioè sotto forma di una percentuale sull'importo delle vendite realizzate, previa detrazione dell'importo degli acquisiti effettuati;
- a differenza dell'IVA, non veniva percepita all'importazione, ma era riscossa sul prezzo pieno di vendita delle merci importate al momento della loro prima rivendita nello Stato membro considerato;
- a differenza dell'IVA, non occorre che fosse indicata a parte nella fattura;
- era riscossa parallelamente all'IVA.

(33) Questa sintesi è tratta dalla sentenza Pelzl, punti 20 e 21. Le caratteristiche così delineate sono rimaste sostanzialmente invariate, sebbene vi siano lievi differenze nell'esatta formulazione: v. sentenze Dansk Denkvit, punto 11; Bozzi, punto 12; Beaulande, punto 14; Careda, punto 14; UCAL, punto 34; Solisnor, punto 14; EKW, punto 22; Tulliasiamies, punto 99; nonché GIL Insurance, punto 33.

(34) V. sentenze Bergandi, punto 14; Giant, punto 11; SPAR, punto 22; Pelzl, punto 20.

(35) V. *supra*, paragrafo 22, e la giurisprudenza ivi citata.

(36) Sentenze Dansk Denkvit, punto 14; Careda, punto 14; Solisnor, punto 14; SPAR, punto 21; EKW, punto 22; GIL Insurance, punto 32.

(37) Punto 15 e dispositivo. Si noti tuttavia che non tutte quelle caratteristiche sono state considerate rilevante nell'analisi svolta dalla Corte; v. *infra*, paragrafo 28 nonché note 50, 52 e 54.

25. Nella sentenza Careda (38), la Corte ha ulteriormente specificato che, affinché un tributo sia assoggettato al divieto, esso deve poter essere trasferito al consumatore.

26. Nelle altre sentenze, invece, la Corte ha ritenuto che varie imposte nazionali fossero compatibili con la sesta direttiva in quanto le loro caratteristiche erano sufficientemente diverse da quelle dell'IVA. Nella maggior parte dei casi, la Corte ha fondato il suo accertamento sull'esistenza di un fascio di caratteristiche idonee a distinguere l'imposta in oggetto dall'IVA, mentre nella sentenza Solisnor (39) e nella sentenza EKW (40) ha ritenuto che la mancanza di applicazione generale fosse sufficiente ad escludere, di per sé, l'imposta dall'ambito di applicazione del divieto; anche una limitazione a determinate categorie di beni o di servizi è stata presa in considerazione nella maggior parte delle altre sentenze e sembra comunque essere stata una caratteristica di tutte le imposte contestate, salvo forse quelle oggetto delle sentenze Rousseau Wilmot e SPAR.

27. Altre caratteristiche che la Corte ha ritenuto differire da quelle dell'IVA, e che ha considerato rilevanti nel valutare la compatibilità di un'imposta nazionale, sono le seguenti:

- calcolo dell'imposta sulla base del fatturato annuo, di modo che sia impossibile determinare l'importo preciso trasferito sui consumatori (41);
- applicazione dell'imposta sulla base della circostanza che un bene sia semplicemente messo a disposizione del pubblico, a prescindere dall'importo o anche dall'esistenza di un onere per l'uso, oppure calcolo sulla base di un prezzo stimato piuttosto che effettivo (42); più in generale, calcolo su una base imponibile diversa da quella del valore aggiunto (43);
- assenza di disposizioni in merito alla detraibilità dell'imposta versata a monte (44);
- mancanza di una diretta o stretta proporzionalità rispetto al prezzo dell'operazione tassata (45);
- applicazione dell'imposizione soltanto in una fase nell'ambito di una catena di operazioni (46); tuttavia, nella sentenza Wisselink (47), la Corte ha chiarito che anche un'imposta riscossa una sola volta può essere contraria al diritto comunitario qualora ostacoli la piena efficacia del sistema comune dell'IVA;
- applicazione dell'imposta sulle operazioni effettuate a monte, e non a valle, dal soggetto passivo (48).

28. Infine, la Corte ha altresì identificato una serie di caratteristiche che non rilevano al fine di valutare la compatibilità di un'imposta nazionale:

(38) Al punto 15.
 (39) Ai punti 18 e 19.
 (40) Ai punti 24 e 25.
 (41) Sentenze Rousseau Wilmot, punto 16; Giant, punto 14; Pelzl, punti 24 e 25.
 (42) Sentenze Bergandi, punti 16 e segg.; Wisselink, punto 20.
 (43) Sentenze Beaulande, punto 18; UCAL, punto 36; GIL Insurance, punto 36.
 (44) Sentenze Wisselink, punto 20; Bozzi, punto 16; Beaulande, punto 17; UCAL, punto 36; Pelzl, punto 23.
 (45) Sentenze Bozzi, punto 15; UCAL, punto 36; Tulliasiamies, punto 102.
 (46) Sentenze Bozzi, punto 16; Beaulande, punto 17; UCAL, punto 36; SPAR, punto 27; Tulliasiamies, punto 103; GIL Insurance, punto 36.
 (47) Ai punti 11 e 12.
 (48) Sentenza SPAR, punti 25 e 26.

- la denominazione dell'imposta in diritto nazionale, il testo letterale della norma o le ragioni per la sua adozione (49);
- il fatto che l'imposta sia applicata in maniera concorrente all'IVA (50);
- la mancanza di uno specifico obbligo di trasferire l'imposta al consumatore (51);
- la mancanza di un obbligo di menzionare l'imposta in una fattura o di rilasciare o detenere fatture (52);
- il fatto che l'imposta non sia pagata all'importazione ma al momento della prima cessione ad essa successiva (53);
- il fatto che l'imposta sia calcolata su una base imponibile diversa nel caso di soggetto passivo non soggetto all'IVA (54).

3. Commenti generali sulla giurisprudenza

29. Vi sono dunque due aspetti principali nell'impostazione seguita dalla Corte: da un lato, a livello fondamentale, lo scrupolo di tutelare i principi sottesi al sistema dell'IVA e di evitare interferenze con lo stesso; dall'altro, la volontà di definire, più formalmente e nell'interesse della certezza del diritto, i criteri alla luce dei quali un'imposta nazionale può chiaramente essere qualificata come incompatibile con il sistema dell'IVA.

30. Una panoramica della giurisprudenza rivela come, mentre il primo aspetto non è mai stato trascurato, il riferimento ai criteri specifici abbia assunto crescente importanza nelle sentenze più recenti. Gli Stati membri che hanno risposto al primo quesito posto dalla Corte (55) auspicano tutti una conferma di tale importanza; la Finlandia, in particolare, chiede che ci si attenga fermamente alle quattro «caratteristiche essenziali» nell'interesse della chiarezza, coerenza e certezza del diritto.

31. Tale posizione è comprensibile. Gli Stati membri debbono sapere quali limiti possono applicarsi alla loro libertà di azione allorché introducono nuove forme di tassazione ovvero mantengono o modificano forme esistenti. È importante in tale contesto che vi siano criteri chiari e obiettivi.

32. Tuttavia, vi è sempre il rischio che un'applicazione puramente formale di regole o criteri conduca a risultati contrastanti con lo scopo fondamentale perseguito quando tali regole o criteri sono stati adottati – nella fattispecie, quello di garantire che non sia pregiudicato il corretto funzionamento del sistema comune di IVA.

33. Mi pare dunque indispensabile, nel valutare le caratteristiche di qualunque tributo nazionale messo in discussione rispetto alle caratteristiche dell'IVA, continuare a farlo alla luce di tale scopo, al fine di prevenire qualunque interferenza con gli obiettivi fondamentali consistenti nel sostituire le imposte sulla cifra d'affari cumulative a cascata, predisporre le condizioni per una sana concorrenza nel mercato comune, eliminare le differenze nella tassazione idonee a distorcere la concorrenza o a ostacolare gli scambi, e garantire parità nelle condizioni di tassazione di una determinata operazione, a prescindere dallo Stato membro in cui essa viene effettuata.

(49) Sentenze *Wisselink*, punto 10; *Careda*, punto 17; *Tulliasiamies*, punto 98.

(50) Sentenze *Giant*, punto 9; *Dansk Denkavit*, punto 15; *SPAR*, punto 21.

(51) Sentenza *Careda*, punto 18.

(52) Sentenze *Dansk Denkavit*, punto 15; *Careda*, punti 23 e 25.

(53) Sentenza *Dansk Denkavit*, punto 15.

(54) *Ibidem*.

(55) Finlandia, Francia, Ungheria, Italia e Spagna.

34. In tale contesto, le caratteristiche di un'imposta nazionale possono variare quanto al loro grado di somiglianza con le caratteristiche essenziali dell'IVA. Sembra improbabile che, ove un'imposta pregiudichi il funzionamento del mercato comune in quanto possiede quelle caratteristiche in forma identica, smetterà di pregiudicare il sistema semplicemente in conseguenza di differenze minori.

35. Giustamente la Corte ha dichiarato che, per essere ricompresa nel divieto, non è necessario che un'imposta sia identica all'IVA sotto tutti i profili, dovendo invece essere considerata ricompresa nel divieto qualora possieda le caratteristiche essenziali dell'IVA. Allo stesso modo, ritengo che ciò che è necessario, con riferimento a ciascuna di quelle caratteristiche individuali, non sia un'identità stretta e assoluta bensì un'identità sostanziale.

36. Per contro si può ipotizzare che nella pratica, e forse *prima facie* paradossalmente, un'imposta interferisca tanto meno con il sistema di IVA quanto più gli assomiglia. Un'ipotetica imposta aggiuntiva rispetto all'IVA ma altrimenti identica ad essa sotto tutti i profili non sarebbe infatti molto diversa da un aumento dell'aliquota standard dell'IVA, per la quale non vi è, attualmente, alcun limite massimo (56). Ciò che rischia di interferire in maggior misura con il sistema comune è un'imposta che, pur possedendo caratteristiche essenziali dell'IVA, ne possieda anche altre con essa contrastanti (57).

37. In tale contesto, l'avvocato generale Jacobs ha riconosciuto (58) che la presenza di tutte le quattro caratteristiche essenziali dell'IVA è condizione necessaria perché un'imposta nazionale sia incompatibile con la sesta direttiva, il che implicherebbe che, in mancanza di una qualunque di tali caratteristiche, l'imposta sia compatibile.

38. Tuttavia, è anche possibile un'interpretazione della giurisprudenza leggermente diversa.

39. In tutte le sentenze, salvo Solisnor e EKW, la Corte ha sottolineato che all'imposta nazionale di cui trattavasi mancava più di una delle quattro caratteristiche essenziali mentre, nelle due sentenze citate, decisiva è stata l'assenza di applicazione generale. Ciò potrebbe suggerire che, delle quattro caratteristiche, quella dell'applicabilità generale debba essere considerata di maggior peso rispetto alle altre tre. Tuttavia, non mi sembra che tale conclusione possa essere tratta con certezza, cosicché non propongo di accogliere quest'interpretazione.

40. Che cosa può dirsi allora, in termini generali e con sicurezza, circa le caratteristiche essenziali dell'IVA, alla luce dello scopo del sistema comune e del divieto di imposte nazionali idonee a pregiudicarne il funzionamento?

41. Possono anzitutto essere fissati alcuni punti in negativo. Un'imposta non è idonea a pregiudicare il funzionamento del sistema comune se non si applica in modo generale; le imposte che si limitino a categorie specifiche di beni o servizi non sono idonee ad interferire con il sistema nel complesso. Un'imposta che non sia applicata in ciascuna fase della

(56) V. art. 12, n. 3, lett. a), della sesta direttiva. In varie occasioni la Commissione ha proposto un'aliquota massima, ma tale proposta non è stata accettata, sebbene, de facto, si applichi un'aliquota massima del 25%, probabilmente per ragioni pratiche connesse all'aumento del rischio di frodi allorché l'aliquota cresce.

(57) V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Tesaurò presentate nella causa Dansk Denkavit (paragrafo 8, sesto capoverso, a pag. I-2235).

(58) Ai paragrafi 24 e 25 delle sue conclusioni.

catena produttiva o distributiva è meno probabile che possa compromettere il sistema; tali imposte possono incidere su una fase specifica della catena, ma non sull'intero sistema (59). Un'imposta che non sia proporzionale al valore aggiunto in ciascuna fase, e quindi al prezzo complessivo in ciascuna fase, è meno probabile che interferisca con il sistema di IVA; imposte forfettarie possono in generale coesistere con imposte proporzionali (60). E, naturalmente, un'imposta non trasferibile sul consumatore non può compromettere il funzionamento dell'IVA come imposta sul consumo.

42. Prima di esaminare l'applicazione della giurisprudenza, e dei criteri da essa elaborati, a un'imposta come l'IRAP, è tuttavia necessario, ancora a livello generale, considerare l'eventuale rilevanza di due punti specifici: lo status delle operazioni bancarie in riferimento alle imposte sulla cifra d'affari e la distinzione tra imposizione fiscale diretta e indiretta alla luce dell'art. 93 CE.

4. Assoggettamento delle operazioni bancarie all'imposta sulla cifra d'affari

43. La Corte ha chiesto alle parti, agli Stati membri e alla Commissione di chiarire in quale misura, a loro parere, le operazioni bancarie possano essere assoggettate ad un'imposta avente il carattere di imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva.

44. La Banca Popolare, i governi francese e ungherese e la Commissione hanno risposto brevemente, concordando sul fatto che le operazioni bancarie possano, in via di principio, essere assoggettate ad un'imposta del genere (sebbene possano sorgere difficoltà pratiche maggiori rispetto al caso di altre operazioni commerciali) sottolineando comunque anche l'esistenza di un ampio numero di esenzioni dall'IVA nell'ambito dei servizi finanziari (61).

45. Il governo ungherese ritiene pertanto che agli Stati membri non sia preclusa, in forza dell'art. 33, n. 1, la possibilità di imporre un tributo diverso dall'IVA sulle operazioni bancarie. La Banca Popolare è in disaccordo con questa tesi, sottolineando che la questione sollevata dal giudice del rinvio riguarda la compatibilità dell'IRAP «*tout court*», e non quella della sua applicazione alle operazioni bancarie.

46. Non credo che un'approfondita analisi della questione potrebbe rivelarsi proficua (62). I servizi bancari rientrano nell'ambito dell'IVA in forza dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva; sono ampiamente esenti in forza dell'art. 13, parte B, lett. d); tuttavia, gli Stati membri possono accordare ai loro soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione a norma dell'art. 13, parte C, lett. b). Qualora un'imposta di applicazione generale soddisfi tutti i criteri per essere ricompresa nel divieto di cui all'art. 33, n. 1, non dovrebbe esserne esclusa semplicemente perché si applica anche a una categoria di operazioni che è esente e

(59) Sebbene risulti dai punti 11 e 12 della sentenza *Wisselink* che tale conclusione non ha valenza assoluta, e che anche un'imposta che si applica in una singola fase può in alcuni casi impedire il corretto funzionamento del sistema comune di IVA.

(60) La sentenza *Bergandi* suggerisce tuttavia, al punto 17, che un'imposta forfettaria basata su una valutazione obiettiva dei prevedibili ricavi potrebbe essere ricompresa nel divieto, se trasferita sul consumatore.

(61) In particolare all'art. 13, parte B, lett. d).

(62) La Commissione ha fatto approntare diverse relazioni sull'applicazione dell'IVA ai servizi finanziari, ivi incluse le operazioni bancarie. In particolare, sul sito web della Commissione è rinvenibile uno studio effettuato nel 1996 dalla Ernst & Young.

per la quale, eventualmente, lo Stato membro di cui trattasi non abbia previsto la possibilità di optare per l'imposizione (63).

47. Non mi sembra dunque rilevante, ai fini della valutazione cui la Corte dovrà procedere, il fatto che la maggior parte delle operazioni effettuate dalla Banca Popolare, o dalle banche in generale, possa essere esente da IVA.

5. L'art. 93 CE e la distinzione tra imposte dirette e indirette.

48. Infine, vorrei passare ad esaminare una questione generale sollevata da vari Stati membri nelle loro osservazioni: ci si chiede se l'eventuale qualificazione di un'imposta come imposta diretta possa essere rilevante ai fini della valutazione della sua compatibilità con la sesta direttiva.

49. Tutte le direttive IVA si fondano sull'art. 93 CE (ex art. 99 del Trattato CE), in forza del quale il Consiglio adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative «alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette» nella misura «necessaria per assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno» (originariamente «nell'interesse del mercato comune»).

50. Ne è stato desunto che, poiché l'art. 93 CE riguarda soltanto l'imposizione fiscale indiretta, la sesta direttiva non può vietare tributi che non configurino, di per sé, un'imposta indiretta.

51. A mio parere, tuttavia, tale conclusione non è giustificata.

52. In primo luogo, si rilevi che, come la Commissione ha sottolineato nel corso della seconda udienza, la Corte, nel valutare la compatibilità di un'imposta nazionale con la sesta direttiva, non l'ha mai qualificata come «diretta» o «indiretta» (64). Chiaramente, da tale circostanza non può trarsi alcuna conclusione determinante, tuttavia essa indica che la distinzione tra imposizione diretta e indiretta non è stata considerata, ad oggi, un criterio essenziale, e può suggerire che dovrebbe essere introdotta come criterio solo ove vi fossero fondate ragioni per farlo, il che resta da verificare.

53. In tale contesto, va ricordato che il Trattato non contiene alcuna definizione in merito alla differenza tra imposizione diretta e indiretta, ed è pacifico che non può formularsi alcuna definizione completa, inequivocabile e universalmente valida.

54. Certamente, l'essenza della distinzione è chiara: un'imposta diretta è riscossa direttamente presso il soggetto su cui grava l'onere economico; un'imposta indiretta è inclusa in un importo pagato da tale soggetto a un altro, che non sopporta l'onere economico ma che risponde del pagamento dell'imposta.

55. Tipiche imposte dirette sono quelle sul patrimonio personale, sulla proprietà o sul reddito; si potrebbe dire che solo le imposte riscosse sui singoli come tali abbiano natura veramente diretta. Al contrario, l'IVA, come disciplinata dalla sesta direttiva, è un'imposta indiretta per eccellenza, in quanto del tutto neutrale rispetto agli operatori economici presso i quali è riscossa ed in quanto viene in via di principio sempre trasferita sul consumatore finale quale percentuale identificabile del prezzo (e quale importo specificato allorché viene emessa una fattura).

(63) V. paragrafi 39, 40 e 53 delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs presentate in questa causa.

(64) V. la giurisprudenza citata supra, al paragrafo 16. La Corte ha ovviamente tenuto conto della possibilità di trasferire l'onere dell'imposta, che è una caratteristica dell'imposizione indiretta, ma solo a fini di raffronto con l'IVA, e non per qualificare l'imposta come diretta o indiretta.

56. Tuttavia, la situazione non sempre è nitida. Alcune imposte che sono in primo luogo dirette possono condividere in parte la natura dell'imposizione fiscale indiretta, e viceversa. E anche qualora potesse rinvenirsi un criterio soddisfacente per distinguere giuridicamente tra imposizione fiscale diretta e indiretta, alcuni degli effetti di un'imposta come l'IRAP sembrano potersi sovrapporre a quelli dell'IVA, cosicché un'interferenza tra le due non può essere esclusa.

57. Inoltre, è stato correttamente sottolineato come l'art. 93 CE non possa chiaramente fornire un valido fondamento normativo per un'armonizzazione comunitaria dell'imposizione fiscale diretta. Tuttavia, altrettanto chiaramente, secondo me, esso *può* fornire un tale fondamento per una norma comunitaria che vieti un'imposta nazionale idonea a pregiudicare il funzionamento di una forma di imposizione indiretta armonizzata – come l'IVA. Non credo sia necessario esigere un fondamento normativo diverso semplicemente perché il tributo nazionale in questione può presentare alcune caratteristiche dell'imposizione diretta. Ciò che importa è che possieda oppure no caratteristiche idonee a compromettere il funzionamento del sistema dell'IVA, a prescindere dal fatto che ne possieda anche altre che non lo sono – e si ricordi che solo le caratteristiche lesive del funzionamento del sistema dell'IVA saranno in conflitto con il divieto fondato sull'art. 93 CE.

58. In termini più succinti, si può dire che l'art. 93 CE non consente alla legislazione comunitaria di ledere la sovranità fiscale degli Stati membri nel settore della fiscalità diretta; reciprocamente, non consente agli Stati membri di adottare, nell'esercizio di tale sovranità, misure idonee a compromettere l'armonizzazione, come pattuita, della fiscalità indiretta. Di conseguenza, esso può fungere da valido fondamento normativo per una normativa che vieti siffatte misure.

59. Si rilevi infine che, sebbene dal 1989 (65) in poi tutte le direttive IVA risultino essere state adottate soltanto sulla base dell'art. 93 CE (o del suo predecessore, l'art. 99 del Trattato CE), non così era avvenuto per le direttive precedenti. Fino al 1986 (66) esse erano fondate nel contempo sull'art. 99 e sull'art. 100 del Trattato CE, vale a dire sugli attuali artt. 93 CE e 94 CE. Ai sensi di quest'ultima norma, il Consiglio stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali «che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune».

60. Pertanto la sesta direttiva, che rientra nel primo gruppo, è stata adottata sulla base non soltanto di una disposizione del Trattato che autorizza l'armonizzazione delle imposte indirette, ma anche sulla base di un'altra disposizione che autorizza, più in generale, qualunque armonizzazione che sia in rapporto indiretto con l'instaurazione e il funzionamento del mercato comune.

61. Di conseguenza, non vi è alcuna ragione per cui il divieto di imposte nazionali sulla cifra d'affari diverse dall'IVA non debba potersi estendere a tutte le imposte idonee a pre-

(65) Diciottesima direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/465/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Soppressione di talune deroghe previste dall'articolo 28, paragrafo 3, della sesta direttiva 77/388/CEE (*GU L* 226, pag. 21).

(66) Tredicesima direttiva del Consiglio 17 novembre 1986, 86/560/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Modalità di rimborso dell'imposta sul valore aggiunto ai soggetti passivi non residenti nel territorio della Comunità (*GU L* 326, pag. 40); sebbene le direttive IVA siano numerate in ordine progressivo, non tutte quelle nell'ordine sono state di fatto adottate (o adottate nell'ordine progressivo).

giudicare il funzionamento del sistema dell'IVA. Ciò dipenderà dalle caratteristiche e dagli effetti di ciascuna imposta, e non da una sua classificazione teorica nella categoria delle imposte dirette o di quelle indirette. Non paiono esservi ragioni cogenti per introdurre un criterio del genere in sede di valutazione della compatibilità con l'art. 33, n. 1, della sesta direttiva, e l'art. 93 CE, in quanto fondamento normativo della sesta direttiva, non fornisce pertanto alcun ausilio diretto sotto tale profilo.

6. Conclusione sulla scorta delle considerazioni generali in merito alla compatibilità con la sesta direttiva

62. Giungo pertanto alla conclusione che né la peculiarità delle operazioni bancarie né la qualificazione di un'imposta come diretta o indiretta possono incidere sulla valutazione che qui ci occupa, la quale deve basarsi su un esame delle quattro caratteristiche essenziali, le quali tutte debbono ricorrere affinché un'imposta nazionale rientri nella sfera del divieto sancito dalla sesta direttiva.

63. Tuttavia, ritengo che la Corte, con riferimento a taluni aspetti di questi criteri, si trovi di fronte ad una scelta tra un'applicazione restrittiva ed una più estensiva, quest'ultima quantomeno implicitamente insita nell'analisi svolta dall'avvocato generale Jacobs.

64. Orbene, si può desumere dagli orientamenti giurisprudenziali innanzi delineati che tanto l'approccio estensivo quanto quello restrittivo già sono presenti, in gradi diversi, nella giurisprudenza della Corte, che può dunque aver mantenuto un qualche grado di incertezza. Nella fattispecie, la Corte deve dissipare ogni eventuale incertezza indicando se le quattro caratteristiche essenziali, utilizzate come criteri per accertare se un'imposta nazionale sia vietata dalla sesta direttiva, debbano essere considerate in maniera puramente formale oppure alla luce delle finalità del divieto, da un lato, e del sistema dell'IVA armonizzata visto nel suo insieme, dall'altro.

65. Considerato inoltre il rango della presente causa – l'attenzione che ha attirato, il fatto che, diversamente dalla maggior parte delle cause precedenti, sarà giudicata dalla Corte in seduta plenaria e la circostanza che il procedimento sia stato riaperto espressamente per valutare, *inter alia*, i criteri per qualificare un'imposta come imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva – occorre altresì tener presente che la scelta che sarà operata inciderà in maniera determinante sulla futura giurisprudenza in materia.

B – Applicazione ad un'imposta come l'IRAP

66. Passo ora ad esaminare come i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte dovrebbero essere applicati all'IRAP, tenendo presente che non spetta alla Corte definire le caratteristiche di tale imposta. È questo un compito che tocca ai giudici italiani, ed occorre in linea di principio accettare la descrizione che fa dell'imposta l'ordinanza di rinvio. Tuttavia, ci si potrà soffermare sugli aspetti di tale descrizione che appaiono contestati.

67. L'avvocato generale Jacobs ha, ovviamente, già esaminato gli stessi criteri nelle sue conclusioni e sarebbe di poco profitto riprodurre la sua analisi.

1. Generalità di applicazione

68. Risulta dalla giurisprudenza della Corte che la prima fondamentale caratteristica dell'IVA è il fatto di essere generalmente applicata ad operazioni concernenti beni e servizi.

69. Come è ricordato nell'ordinanza di rinvio, «l'IRAP si applica, in modo generalizzato, a tutte le operazioni commerciali di produzione e di scambio aventi ad oggetto beni e servizi poste in essere nell'esercizio in modo abituale di un'attività volta a tale fine» e «nella tassazione "frazionata" IVA e IRAP si assomigliano come due gocce d'acqua [nonostante] la diversità degli espedienti tecnici usati per la misurazione dell'imponibile e dell'imposta».

70. L'avvocato generale Jacobs ha affrontato questi aspetti nei paragrafi 28-40 delle sue conclusioni, in cui afferma che l'IRAP possiede tali caratteristiche.

71. Tenuto conto di questo, ed alla luce del punto 15 della sentenza Dansk Denkavit, non sembra che l'applicazione generale dell'IRAP a beni e servizi costituisca un problema: è pacifico che, diversamente da quasi tutte le imposte nazionali esaminate dalla Corte e giudicate compatibili con la Sesta direttiva, l'applicazione dell'IRAP non si limita a particolari categorie di beni e di servizi.

72. Mi pare, inoltre, che una divergenza di opinioni tra la Banca Popolare e il governo italiano, alla quale l'avvocato generale Jacobs si riferiva nel paragrafo 32 delle sue conclusioni, sia stata chiarita nella seconda udienza. La Banca Popolare negava che l'IRAP fosse riscossa su beni fabbricati ma non ancora venduti, gravando così sulle scorte e non solo sulle cessioni. Se ho ben capito ciò che è stato detto in udienza, l'affermazione del governo sarebbe a rigore esatta, ma il fatto che le scorte siano valutate al prezzo di costo e che il costo di fabbricazione sia dedotto dalla base imponibile avrebbe per effetto che in quasi tutti i casi l'importo dell'imposta riscossa sia praticamente pari a zero. Di conseguenza, è inutile che la Corte si soffermi ulteriormente su questo problema.

73. Rimane tuttavia un aspetto in relazione al quale può risultare necessario vedere se occorra adottare un approccio più ampio o più ristretto: nonostante la formulazione dell'ordinanza di rinvio, sembra che l'IRAP non sia calcolata sulle singole operazioni in quanto tali, mentre la giurisprudenza della Corte, rifacendosi all'art. 2 della Sesta direttiva, definisce l'IVA come un'imposta che si applica in generale ad «operazioni» (e, come sarà chiarito in seguito, questa distinzione appare rilevante per più di una delle caratteristiche fondamentali dell'IVA).

74. L'avvocato generale Jacobs ha concluso che vi è in pratica poca differenza tra un'imposta calcolata, come l'IRAP, sulla sola base di un cumulo periodico ed un'altra calcolata, come l'IVA, sulla base di ogni singola operazione per le fatture individuali e sulla base di un cumulo periodico per i commercianti.

75. Sembra infatti evidente che la differenza fra le entrate totali e le uscite totali durante un periodo d'imposta sarà identica alla somma delle differenze tra le singole entrate e le singole uscite durante lo stesso periodo.

76. La Corte potrebbe nondimeno applicare rigorosamente la propria precedente giurisprudenza, considerando che solo le imposte calcolate sulla base di singole operazioni in quanto tali ricadono sotto l'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva a prescindere dal cumulo periodico. In numerose sentenze (67), il fatto che un'imposta sia calcolata sulla base del giro d'affari annuo è stato considerato come una caratteristica rilevante che distingue tale imposta dall'IVA, sebbene non sembrano esserci casi in cui non ci fossero anche altre caratteristiche distintive.

77. Un simile approccio farebbe dipendere l'incompatibilità da una corrispondenza più precisa tra le modalità di calcolo dell'imposta interna e quelle dell'IVA di quanto non abbia suggerito l'avvocato generale Jacobs.

78. Esso implicherebbe altresì un cambio d'orientamento rispetto alla giurisprudenza risultante dalla sentenza Dansk Denkavit, che fu pronunciata dalla Corte in seduta plenaria:

(67) V. paragrafo 27 e nota 41. Va rilevato che, a differenza di quanto avvenuto nella causa Dansk Denkavit, tutte queste sentenze sono state pronunciate da una sezione della Corte.

l'imposta che tale sentenza ritenne incompatibile era calcolata secondo un meccanismo apparentemente assai simile a quello dell'IRAP giacché veniva riscossa «come percentuale del volume delle vendite previa deduzione degli acquisti».

79. A mio parere, l'interpretazione più ampia, fatta propria dalla sentenza Dansk Denkvit, è la più appropriata in quanto include nel divieto imposte che, pur non essendo calcolate nello stesso modo, conducono, per i commercianti e per i consumatori, ad un risultato identico a quello delle imposte riscosse sulle singole operazioni. Essa serve meglio lo scopo di garantire che il funzionamento del sistema dell'IVA non sia perturbato.

80. Se si accoglie questo punto di vista, e se si parte dal presupposto che il metodo di calcolo dell'imposta in questione porta in pratica ad un'imposta di ammontare identico a quello che risulterebbe da un metodo basato sul valore delle singole operazioni, mi sembra chiaro che la caratteristica dell'applicazione generale ad operazioni concernenti beni e servizi è presente in un'imposta come l'IRAP.

81. Il governo italiano nega – è vero – che l'IRAP, calcolata sui risultati globali di un'impresa, possa essere equiparata all'IVA, che è invece calcolata su ciascuna delle singole operazioni effettuate dall'impresa stessa.

82. Tuttavia, i suoi argomenti non si fondano direttamente sulla differenza tra i metodi di calcolo. Esso sostiene, piuttosto, in primo luogo, che l'IRAP è riscossa sull'impresa in quanto tale e non sulle operazioni da questa poste in essere, cosicché è un'imposta diretta e non già un'imposta indiretta (68); è questo un aspetto di cui ho già trattato ai paragrafi 48 e segg., concludendo che era irrilevante. In secondo luogo, il governo italiano sostiene che il valore cumulato su cui viene riscossa l'IRAP non equivale alla somma dei valori individuali su cui si basa l'IVA; questo argomento concerne però la natura del valore aggiunto usato come base imponibile piuttosto che il metodo di calcolo dell'importo dovuto e lo prenderò perciò in considerazione nell'ambito della quarta caratteristica fondamentale (69), dove appare più rilevante che nel presente contesto.

83. Le precedenti considerazioni non influenzano perciò la mia opinione sull'imponibilità di un'imposta come quella descritta dal giudice remittente in relazione alla prima caratteristica fondamentale dell'IVA.

84. Prima di passare alla seconda di tali caratteristiche, vorrei menzionare brevemente un argomento dedotto dal governo ungherese secondo cui un'imposta non è di applicazione generale se è riscossa a livello locale o regionale, in particolare se la sua riscossione è facoltativa e/o se l'autorità locale o regionale può determinarne l'aliquota. Non mi pare che questo sia un criterio rilevante; di certo non è stato considerato rilevante dalla Corte nella causa Pelzl e nella causa EKW, ciascuna delle quali riguardava imposte regionali (70). Si tratta piuttosto di accertare se l'imposta sia generale nella propria area di applicazione, indipendentemente dal fatto che essa si applichi su scala nazionale o puramente locale.

85. Di conseguenza, ritengo che un'imposta nazionale dotata delle caratteristiche descritte dal giudice remittente abbia in comune con l'IVA la caratteristica fondamentale di

(68) I governi francese ed ungherese hanno formulato osservazioni analoghe.

(69) V. i successivi paragrafi 105 e segg.

(70) V., in particolare, la sentenza Pelzl, punto 27; v. inoltre, con riferimento alla compatibilità di un tributo di livello locale con il divieto di imposte aventi effetto equivalente a quello a quello di un dazio sulle esportazioni, sentenza 9 settembre 2004, causa C-72/03, Carbonati (*Racc.* pag. I-8027, punti 27 e segg.).

essere generalmente applicata ad operazioni concernenti beni e servizi. Se, nondimeno, la Corte dovesse ritenere – scostandosi dalla sua giurisprudenza *Dansk Denkavit* – che la caratteristica fondamentale in questione implica necessariamente l'applicazione a singole operazioni, tale imposta non evidenzerebbe tale caratteristica.

2. Rapporto proporzionale tra l'imposta e il prezzo

86. La seconda caratteristica fondamentale dell'IVA consiste nel fatto che essa è proporzionale al prezzo percepito dal soggetto d'imposta per i beni o i servizi che egli fornisce.

87. L'ordinanza di rinvio indica che «la somma delle IRAP riscosse nelle varie fasi del ciclo, dalla produzione alla immissione al consumo è pari all'aliquota IRAP applicata al prezzo alla vendita di beni e servizi praticato in sede di immissione al consumo. (...) Quindi l'IRAP finisce per agire come imposta generale e proporzionale sul prezzo di cessione al consumo di beni e servizi».

88. L'avvocato generale Jacobs ha trattato questo aspetto nei paragrafi 59 e segg. delle sue conclusioni. Egli ha riconosciuto che il meccanismo dell'IRAP era tale da non poter sempre rimanere strettamente proporzionale al prezzo di ciascuna operazione, ma ha ritenuto che ciò non fosse determinante dal momento che, in sostanza, il carico effettivo dell'IVA può, contrariamente all'importo figurante nella fattura, essere ridistribuito da un commerciante fra i vari tipi di cessioni che egli compie, adeguando i propri margini di profitto, nello stesso modo in cui ciò può essere fatto per l'IRAP. In altri termini, entrambe le imposte sono, per loro natura, proporzionali ed i commercianti finiranno, in situazioni normali, per distribuire proporzionalmente il carico di ciascuna di esse tra i propri prodotti e servizi; in entrambi i casi, essi possono astenersi da tale distribuzione, ma lo faranno soltanto per raggiungere un preciso obiettivo commerciale.

89. È vero che in numerose cause (71) la Corte ha considerato che la mancanza di uno stretto rapporto di proporzionalità o un metodo di calcolo che non permettesse di determinare il preciso importo dell'imposta ripercossa sul consumatore era una caratteristica distintiva rilevante, almeno se presa in considerazione insieme ad altre, di un'imposta non vietata dall'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva. Se si segue tale giurisprudenza, mi sembra che l'IRAP possa essere distinta dall'IVA anche per questo motivo.

90. Tuttavia, l'imposta che venne ritenuta incompatibile nella causa *Dansk Denkavit* era stata descritta dal giudice del rinvio come un contributo «riscosso in ciascuna fase della catena commerciale (...) sotto forma di percentuale delle vendite realizzate dall'impresa, previa detrazione degli acquisti effettuati, sulla base dei quali è stato riscosso il contributo a monte» e non indicato a parte nella fattura – situazione che sembra corrispondere a quella dell'IRAP. E, nella sentenza *Careda* (72), la Corte ha chiaramente statuito che era sufficiente che un'imposta potesse essere ripercossa sul consumatore, senza che occorresse alcun obbligo a questo riguardo; in tali circostanze è ovviamente impossibile applicare anche la condizione che l'importo dell'imposta risulti sempre costantemente proporzionale al prezzo di ciascuna operazione.

91. La Corte sembra quindi aver oscillato fra una nozione più ampia ed una nozione più restrittiva del principio di proporzionalità al prezzo e, nel presente caso, dovrà decidere quale di questi due approcci è maggiormente appropriato.

(71) V. il precedente paragrafo 27, note 41 e 45.

(72) Punto 18 della motivazione.

92. A mio parere, occorre optare per l'approccio più ampio se si intende perseguire l'obiettivo di non mettere in pericolo il funzionamento del sistema dell'IVA. Non sembra possibile ritenere che un'imposta interferisca con il sistema dell'IVA se è strettamente proporzionale ai prezzi delle operazioni; può invece interferire se la proporzionalità è solo approssimativa. Come l'avvocato generale Jacobs ha precisato, sinteticamente, al paragrafo 69 delle sue conclusioni, ciò consentirebbe ad uno Stato membro di eludere il divieto, magari ricorrendo a qualche minuscolo aggiustamento, ma continuando nondimeno a riscuotere un'imposta che, nella sua funzione, coincide sostanzialmente con l'IVA.

93. Un altro punto di cui si può nondimeno tener conto nel presente contesto e che è stato messo in evidenza dal governo italiano è il regime di IRAP applicato alle importazioni. Sebbene ciò non sia menzionato nell'ordinanza di rinvio, è pacifico che l'IRAP grava unicamente sul valore che è stato aggiunto nella regione italiana (di cui trattasi). Di conseguenza, se una merce è importata per essere (trattata e) rivenduta, l'importo totale dell'IRAP riscossa sarà proporzionale solo alla differenza fra il costo di importazione ed il prezzo di vendita e non già all'intero prezzo di vendita, come accadrebbe per l'IVA.

94. Questo tratto distingue in effetti l'IRAP dall'IVA, che si applica al valore delle importazioni in quanto tale, e dall'imposta di cui si discuteva nella causa Dansk Denkvit, che si applica a tale valore in quanto incorporato in una successiva cessione del prodotto. A stretto rigore, perciò, è un tratto idoneo ad escludere l'IRAP dal divieto.

95. Non sono tuttavia convinta – ripeto – che si possa giungere a questa conclusione sulla base di un approccio più ampio che tenga conto dell'obiettivo di evitare che il funzionamento del sistema dell'IVA sia messo in pericolo.

96. È nella natura delle imposte interne – almeno nel caso delle imposte indirette – che, qualora vengano riscosse sul valore aggiunto, tali imposte non siano riscosse sul valore aggiunto realizzato al di fuori del territorio in cui esse si applicano; inoltre, una imposta sulle importazioni violerebbe gli artt. 25 CE e 26 CE. Si potrebbe dunque ritenere che un criterio di proporzionalità rispetto al prezzo nel contesto del divieto di imposte nazionali che interferiscano con il funzionamento del sistema comune dell'IVA debba essere inteso come un criterio di proporzionalità rispetto al valore aggiunto al prezzo nel territorio fiscale dello Stato di cui trattasi.

97. Per quanto riguarda tale criterio, dunque, sono del parere che l'IRAP, come ci è stata descritta, sia sufficientemente proporzionale al prezzo percepito nelle operazioni su cui essa grava così da non essere esclusa dal divieto di cui all'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva, qualora il suddetto divieto sia inteso nel senso che esso preclude le imposte nazionali che, sovrapponendosi, interferiscono con il funzionamento dell'IVA. Diverse sarebbero le conclusioni se il criterio dovesse essere applicato in modo più formale.

3. Riscossione ad ogni stadio della produzione

98. La terza caratteristica fondamentale dell'IVA consiste nel fatto che l'imposta è riscossa ad ogni stadio della produzione e della distribuzione, fino alla fase della vendita al dettaglio, indipendentemente dal numero di operazioni che hanno già avuto luogo.

99. L'ordinanza di rinvio precisa che «l'IRAP è riscossa in ogni fase del processo di produzione o di distribuzione, poiché ogni operatore che si inserisce in una fase del ciclo, producendo valore aggiunto tassabile, viene elevato, dalla legge, a soggetto passivo di imposta».

100. L'avvocato generale Jacobs ha trattato questi aspetti nei paragrafi 55-58 delle sue conclusioni, in cui ha affermato che l'imposta, quale descritta, soddisfa tale criterio.

101. Le principali obiezioni a questo punto di vista sono simili a quelle che ho già esaminato in precedenza e si basano, in particolare, sul fatto che l'IRAP non è riscossa allo sta-

dio delle singole operazioni, bensì sulla base di cifre annuali, e sul fatto che essa non grava le importazioni.

102. Per quanto attiene alla prima obiezione, mi sembra che un approccio restrittivo non sia comunque giustificato. L'IRAP è riscossa, come ha spiegato l'avvocato generale Jacobs, «in ogni fase del processo di produzione o di distribuzione in corrispondenza di una cessione o di cessioni di beni o di servizi fatte da un soggetto passivo d'imposta». Questa terza «caratteristica fondamentale» dell'IVA può solo essere intesa nel senso che essa significhi che non le sfugge alcuno stadio nella trafila delle cessioni (73), ed è forse significativo il fatto che la maggior parte dei tributi che la Corte ha ritenuto compatibili con l'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva, se non tutti, erano imposte riscosse in un singolo stadio di produzione (74). L'obiettivo è essenzialmente quello di proteggere il funzionamento dell'IVA da interferenze dovute ad imposte cumulative riscosse in differenti fasi della produzione, ed è in tale prospettiva che occorre vedere il criterio della riscossione ad ogni stadio della trafila di produzione.

103. Per quanto riguarda la seconda obiezione, vorrei ripetere (75) che il fatto di essere riscossa sulla base del valore aggiunto prodotto nel territorio fiscale dello Stato interessato è una caratteristica intrinseca di qualsiasi imposta interna sul valore aggiunto. Poiché un'imposta da riscuotere nel territorio di uno Stato membro è chiaramente idonea a mettere in pericolo un sistema di imposizione comune, operante su scala comunitaria, è irrilevante che la suddetta imposta si applichi o meno a fattispecie che si producono al confine dello Stato.

104. Di conseguenza, concordo con l'avvocato generale Jacobs su questo punto e non vedo spazio per un'interpretazione più restrittiva che escluda l'IRAP dal divieto sulla base di questo criterio.

4. Imposizione del valore aggiunto, previa deduzione dell'imposta pagata a monte

105. L'ultima delle quattro caratteristiche fondamentali dell'IVA è il fatto che l'imposta viene riscossa sul valore aggiunto alla cessione ad ogni stadio, con un meccanismo per la detrazione della tassa pagata sul valore aggiunto negli stadi precedenti.

106. L'avvocato generale Jacobs ha trattato di questi aspetti nei paragrafi 41-54 delle sue conclusioni, in cui ha affermato che essi sono sostanzialmente identici tanto per l'IVA quanto per l'IRAP. Anche qui, egli ha fatto proprio l'approccio più ampio, che toccherà alla Corte decidere se seguire o meno.

107. Tratterò anzitutto del primo aspetto di questa caratteristica che, a mio parere, è il più lineare, precisamente l'esistenza di un meccanismo di detrazione per l'imposta pagata a monte.

108. È evidente che l'IRAP non possiede un tale meccanismo proprio perché, a differenza dell'IVA, non è calcolata previa deduzione dell'imposta pagata a monte dall'imposta fatturata al cliente, bensì deducendo il valore d'acquisto dal valore di cessione. Ciò che importa è il fatto che esiste una somiglianza sostanziale fra i due tipi di meccanismo o, per

(73) Con la forse inopportuna eccezione, di minor rilievo, di operazioni esenti, qualora esse si pongano a monte di successive e collegate operazioni a valle.

(74) Fatta forse eccezione per quelle di cui alle sentenze *Rousseau Wilmot* e *SPAR*, in nessuna delle quali la Corte ha fatto espresso riferimento alle quattro «caratteristiche essenziali».

(75) V. il precedente paragrafo 96.

esprimerci con le parole dell'avvocato generale Jacobs, che la differenza tra di essi è in pratica limitata.

109. Checché ne sia, mi sembra che l'esistenza di un meccanismo di deduzione non sia comunque un criterio indipendente, ma piuttosto un inevitabile corollario del fatto che l'imposta è riscossa sul valore aggiunto ad ogni stadio della produzione e non sul valore cumulato.

110. In effetti, risulta chiaro che non è necessario, per vietare un'imposta, che quest'ultima possieda un meccanismo per la deduzione dell'imposta pagata a monte, dal momento che uno dei principali ed espliciti obiettivi dell'IVA è quello di sostituire dei sistemi comportanti la tassazione cumulativa di singole operazioni in più stadi di produzione (che per definizione non contenevano meccanismi di deduzione) con un sistema comune non cumulativo operante in più stadi di produzione.

111. Potenzialmente più problematica è la questione della natura del valore aggiunto in quanto tale.

112. Il giudice del rinvio osserva che «l'IRAP colpisce il valore netto derivante dall'attività produttiva, ossia il valore netto "aggiunto" al prodotto dal produttore. L'IRAP è dunque un'imposta sul "valore aggiunto" prodotto (...). La quantificazione e tassazione della frazione o segmento di valore aggiunto (...) avvengono (...) deducendo a un di presso dal ricavato delle "vendite" il costo di acquisto del "venduto"».

113. Se così fosse, l'IRAP sembrerebbe possedere la quarta caratteristica fondamentale dell'IVA.

114. Il governo italiano ha tuttavia obiettato che, sebbene l'IRAP sia riscossa sul «valore aggiunto» in senso economico, si tratta di un valore aggiunto diverso da quello preso in considerazione ai fini dell'IVA. Esso sostiene che il valore aggiunto sul quale è riscossa l'IRAP non si calcola sulla sola base dei costi degli acquisti e dei ricavi delle cessioni ma anche sulla base di criteri quali le variazioni delle scorte (siano o meno tali variazioni il risultato di cessioni), le variazioni del valore del lavoro corrente realizzato, i contributi previdenziali, l'ammortizzamento etc. e che l'IRAP consente la deduzione delle importazioni, ma grava sulle esportazioni, mentre l'IVA è riscossa sulle importazioni, ma rimborsata sulle esportazioni. Di conseguenza, due ditte che pagano importi simili per l'IVA, potrebbero pagare importi assai differenti per l'IRAP.

115. Se così fosse, se ne potrebbe dedurre che, in caso di interpretazione restrittiva di tale criterio, l'IRAP non sarebbe vietata.

116. D'altra parte, ci si potrebbe domandare se il grado di differenza non sia di scarsa importanza. Mi sembra che un'imposta non possa sfuggire al divieto di cui all'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva semplicemente grazie alla circostanza che il valore aggiunto sulla base del quale è riscossa viene definito in modo diverso da come fa la direttiva. Tuttavia, perché essa ricada sotto il divieto, occorre che vi sia una somiglianza sostanziale tra i due tipi di valore aggiunto, tale da poter causare interferenze e mettere così a rischio il funzionamento del sistema comune. La somiglianza in questione può essere esaminata a due livelli.

117. Il primo livello è il principio generale che caratterizza la base imponibile, la quale, perché ci possa essere somiglianza sostanziale, deve poter essere chiaramente definita come il valore aggiunto in ciascuno stadio della produzione. Nel caso dell'IRAP, ciò è pacifico e può essere riconosciuto dalla Corte alla luce della normativa che le è stata sottoposta.

118. Il secondo livello è il contenuto dettagliato della base imponibile, cioè gli elementi inclusi nel valore aggiunto tassato o esclusi da questo. A questo riguardo, è pacifico che non tutti gli elementi rilevanti per l'IVA lo sono del pari per l'IRAP, e viceversa. Tuttavia, non mi sembra che la mera elencazione di tali elementi possa esserci d'aiuto; ciò che è in

discussione è la somiglianza sostanziale, che può essere accertata solo guardando agli effetti sostanziali.

119. La Corte non dispone di sufficienti informazioni a proposito di tali effetti né rappresenta la sede opportuna per accertarli; un accertamento definitivo può essere effettuato solo dai giudici italiani. La Corte può nondimeno fornire indicazioni circa i criteri grazie ai quali può essere accertata la somiglianza sostanziale. Io propongo un criterio basato sul parallelismo tra gli importi riscossi a titolo d'IVA e quelli riscossi a titolo d'IRAP sul valore aggiunto da ciascuna impresa.

120. Se due imposte sono calcolate in funzione di aliquote diverse sulla stessa base imponibile, il rapporto tra le due rimarrà costante per ciascuna impresa interessata. Si potrebbe elaborare un grafico rappresentante l'importo di ciascuna imposta che un certo numero di imprese, operanti in diversi settori, disposte in ordine progressivo da quelle di minori dimensioni alle più grandi, hanno dovuto pagare alle autorità fiscali, e le due linee del grafico risulterebbero parallele.

121. Se un elemento della base imponibile venisse modificato per una delle suddette imposte, ciò potrebbe effettivamente influire sul parallelismo del rapporto, sulla sua costanza. Quanto più grande fosse il numero di elementi sottratti alla base imponibile di un tributo e/o aggiunti a quella dell'altro, tanto più risulterebbe probabile una distorsione del parallelismo.

122. Non si tratta però di un risultato obbligato. Se la base imponibile di entrambi i tributi fosse il valore aggiunto, ma taluni elementi di questo valore fossero presenti nel caso di un tributo e assenti nel caso dell'altro, il valore aggiunto nel secondo caso potrebbe sempre rimanere in un rapporto costante, sebbene più ridotto, con il valore aggiunto nel primo, cosicché continuerebbe ad esserci parallelismo tra i due tracciati del grafico.

123. In tali circostanze, si dovrebbe concludere, a mio parere, che vi è somiglianza sostanziale tra le due nozioni di valore aggiunto, poiché lo stesso effetto si potrebbe raggiungere adeguando le aliquote d'imposta piuttosto che la definizione della base imponibile. Più ancora, sarebbe evidente che la natura dell'attività era irrilevante e che le scelte strategiche effettuate da ciascuna impresa – se investire di più nel personale o nei macchinari, se prendere fondi a prestito o reinvestire i profitti, e così via – non influenzavano il risultato.

124. Se, nondimeno, le differenze fra gli elementi che compongono la base imponibile dei due tributi portassero ad una flagrante mancanza di parallelismo tra i due tracciati del grafico, con variazioni imprevedibili, sarei del parere che si dovrebbe concludere per l'assenza di somiglianza sostanziale tra le due imposte.

Lo stesso sarebbe vero se le variazioni non risultassero accidentali, ma potessero essere sistematicamente riportate a scelte strategiche del tipo sopra ricordato, con differenti effetti sull'IVA, da una parte, e sull'imposta in questione, dall'altra.

Ma, in caso di differenze tra settori di attività, giungerei a questa conclusione soltanto se vi fossero anche variazioni all'interno dei singoli settori; tracciati paralleli all'interno di ciascun settore costituirebbero un forte indizio di una somiglianza sostanziale delle imposte.

125. Un tale criterio mi sembra essere adeguatamente obiettivo anche se, di necessità, alcuni suoi dettagli devono essere lasciati alla valutazione dei giudici nazionali, i quali potranno ricorrere, se del caso, al parere di esperti statistici. In particolare, sarà necessario stabilire che cosa costituisca un campione rappresentativo di imprese ed in che misura si possano trascurare variazioni di portata ridotta nel rapporto fra gli importi dei due tributi. Nessuno di questi punti dovrebbe comunque, a mio parere, risultare problematico, se il principio della comparazione è chiaro.

126. Con riserva, pertanto, di una valutazione definitiva della somiglianza sostanziale tra il valore aggiunto su cui si basa l'IRAP e quello su cui si basa l'IVA da parte dei giudici italiani, ritengo che un'imposta interna che presenti le caratteristiche descritte dal giudice remittente abbia in comune con l'IVA la caratteristica fondamentale dell'essere riscossa sul valore aggiunto alle cessioni in ogni stadio della produzione, con un meccanismo di detrazione dell'imposta pagata a monte.

5. Conclusioni sulla valutazione di un'imposta come l'IRAP alla luce dell'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva

127. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, condivido largamente le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs per quanto riguarda l'incompatibilità con l'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva di un'imposta corrispondente alla descrizione che l'ordinanza di rinvio fa dell'IRAP. Dei due approcci che ho cercato di descrivere, egli opta per il più ampio, e così faccio anch'io. A questo riguardo, mi sembra di particolare rilievo il fatto che l'approccio più ampio si concilia con la sentenza *Dansk Denkavit*, pronunciata dalla Corte in seduta plenaria, mentre altre sentenze, che sembrerebbero favorire un approccio più restrittivo, sono state pronunciate da singole sezioni della Corte.

128. Di conseguenza, ritengo che un'imposta corrispondente alla descrizione fatta dell'IRAP nell'ordinanza di rinvio possieda le quattro caratteristiche essenziali dell'IVA e ricada pertanto nel campo d'applicazione del divieto di altre imposte nazionali aventi il carattere di imposte sul giro d'affari, divieto previsto dall'art. 33, n. 1, della Sesta direttiva, purché, per un campione rappresentativo di imprese assoggettate ad entrambe le imposte, il rapporto tra gli importi pagati a titolo d'IVA e gli importi pagati a titolo dell'imposta in questione risulti sostanzialmente costante.

129. La sussistenza di tale condizione va accertata dal giudice nazionale, tenendo conto delle dettagliate caratteristiche dell'imposta in questione.

II – LIMITAZIONE NEL TEMPO DEGLI EFFETTI DI UNA SENTENZA RESA IN UN PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE

A – Considerazioni generali

130. L'ultimo dei tre quesiti posti dalla Corte prima della seconda udienza è stato suggerito dalle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs ed è quello che ha ottenuto il maggior numero di risposte da parte degli Stati membri. Esso riguarda le circostanze e le modalità di un eventuale assoggettamento a limiti degli effetti nel tempo di una sentenza emessa dalla Corte in sede di procedimento pregiudiziale.

131. Nel limitare nel tempo gli effetti di una sentenza si deve sempre cercare di raggiungere un temperamento tra, da un lato, il principio di una corretta e coerente interpretazione del diritto e, dall'altro, il principio di certezza dei rapporti giuridici instaurati in buona fede, anche se in base ad interpretazioni errate.

1. Validità di atti comunitari ed efficacia nel tempo

132. La prassi della Corte trova fondamento nell'art. 231, secondo comma, CE, articolo che, con riferimento ad azioni di annullamento di atti comunitari, così dispone:

«Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato.

Tuttavia, per quanto concerne i regolamenti, la Corte di giustizia, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi».

133. Fondandosi direttamente su tale disposizione, la Corte ha adottato sostanzialmente due tipi di condotta, o dichiarando definitivi gli effetti dell'atto impugnato (76) oppure confermando i detti effetti fino all'adozione di un nuovo e valido provvedimento – specificando talvolta che ciò dovesse avvenire in tempi ragionevoli (77).

134. Ma la Corte può inoltre riesaminare la validità di un atto comunitario in risposta ad una domanda di pronuncia pregiudiziale. Sostanzialmente, per garantire una certa coerenza tra le due situazioni, essa ha pertanto applicato, in via analogica, l'art. 231, secondo comma, CE, nelle opportune ipotesi di tale natura. In quest'ambito, essa ha adottato diversi metodi. In alcune cause, la Corte ha puntualizzato che la dichiarazione di invalidità non aveva nessun effetto retroattivo (78). In altre, essa ha dichiarato che gli effetti, in generale, non erano retroattivi, eccezion fatta per coloro i quali avessero promosso azioni basate sull'invalidità prima della data della sentenza (79). In un caso, la Corte ha confermato l'efficacia di norme invalide sino all'adozione di nuove norme (80), e in un tipo di situazione molto specifico, quando una disposizione era stata dichiarata invalida non per il suo contenuto, ma per un'omissione in essa rilevata, la Corte ha semplicemente dichiarato che spettava all'istituzione interessata adottare i provvedimenti necessari per porre rimedio all'incompatibilità (81). Indubbiamente, la scelta del metodo è stata determinata ogni volta dalle specifiche circostanze del caso.

2. Interpretazione del diritto comunitario ed efficacia nel tempo

135. Inoltre, la Corte ha imposto, in taluni casi (82), una limitazione nel tempo degli effetti di una pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione di una disposizione del diritto comunitario.

136. La maggior parte di queste cause rientra in due ampie categorie: mancata concessione, avente natura discriminatoria, di un beneficio finanziario, e imposizione di un tributo nazionale in contrasto con il diritto comunitario. Entrambe le categorie possono concernere importi molto elevati ingiustamente trattenuti o riscossi, il pagamento o il rimborso dei quali può provocare serie difficoltà alle finanze dello Stato membro interessato (83).

(76) In numerose sentenze, dalla sentenza 3 luglio 1986, causa 34/86, Consiglio/Parlamento (Racc. pag. 2155, punto 48) alla sentenza 11 settembre 2003, causa C-445/00, Austria/Consiglio (Racc. pag. 8549, punti 103-106).

(77) In numerose sentenze, dalla sentenza 5 giugno 1973, causa 81/72, Commissione/Consiglio (Racc. pag. 575) alla più recente sentenza 10 gennaio 2006, causa C-178/03, Commissione/Parlamento e Consiglio (non ancora pubblicata nella Raccolta).

(78) V., in particolare, le prime tre cause dove la Corte ha fatto uso di questa possibilità: sentenze 15 ottobre 1980, causa 4/79, Providence Agricole de la Champagne (Racc. pag. 2823, punti 42-46), causa 109/79, Maïseries de Beauce (Racc. pag. 2883, punti 42-46), e causa 145/79, Roquette Frères (Racc. pag. 2917, punti 50-52).

(79) V., per esempio, sentenze 15 gennaio 1986, causa 41/84, Pinna (Racc. pag. 1, punti 26-30); 26 aprile 1994, causa C-228/92, Roquette Frères (Racc. pag. I-1445, punti 17-30).

(80) Sentenza 29 giugno 1988, causa 300/86, Van Landschoot (Racc. pag. 3443, punti 22-24).

(81) Sentenze 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, Ruckdeschel (Racc. pag. 1753), e cause riunite 124/76 e 20/77, Moulins Pont-à-Mousson (Racc. pag. 1795).

(82) Dalla prima, e più famosa, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne II (Racc. pag. 455, punti 69-75), alla più recente, almeno per ora, sentenza EKW (punti 57-60).

(83) V., per esempio, sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889), la quale inoltre mostra come serie difficoltà non siano sufficienti a giustificare una limitazione degli

a) Efficacia *ex tunc*

137. In cause del genere, dopo aver formulato un'interpretazione secondo la quale la linea di condotta nazionale in esame doveva essere considerata illegittima, la Corte ha sistematicamente ricordato che la sua sentenza interpretativa definisce il significato e la portata della norma comunitaria nel senso secondo il quale essa doveva essere intesa ed applicata sin dalla sua entrata in vigore.

b) Efficacia *ex nunc*

138. Eccezionalmente, quando lo Stato membro aveva buoni motivi per ritenere che la sua condotta fosse compatibile con il diritto comunitario e sussisteva un rischio di serie ripercussioni economiche, la Corte ha proseguito decidendo che la sua interpretazione non poteva essere invocata per rimettere in discussione situazioni consolidate in buona fede nel passato: l'interpretazione avrebbe prodotto effetti dalla data della sentenza stessa (84).

c) Eccezioni alla limitazione dell'efficacia nel tempo

139. A tutt'oggi, la Corte ha escluso una qualsiasi forma di limitazione degli effetti nel tempo per azioni basate sull'interpretazione formulata ma proposte prima della data della sua pronuncia (85).

d) La soluzione ipotizzata nella causa Meilicke

140. Nella causa Meilicke (86), una causa attualmente pendente dinanzi alla Corte, l'avvocato generale Tizzano, nelle sue conclusioni presentate il 10 novembre 2005, ha proposto una soluzione diversa da quella fino ad oggi adottata dalla Corte.

141. Egli ha concluso, in primo luogo, che una disposizione tedesca sulla tassazione di dividendi era contraria al diritto comunitario – come risultava chiaro in base alla precedente sentenza della Corte nella causa Verkooijen (87), riguardante una norma paragonabile dell'ordinamento olandese – ma che le condizioni per limitare nel tempo gli effetti della futura sentenza erano soddisfatte.

effetti nel tempo: dopo aver rilevato (punti 40 e 41) che un numero molto consistente di lavoratori avrebbe potuto invocare il diritto alla parità di trattamento in base all'interpretazione del Trattato formulata, la Corte è poi passata ad accertare (punti 42 e 43) che gli Stati membri avevano potuto legittimamente ritenere che fosse possibile un'altra interpretazione.

(84) A livello nazionale, la normale efficacia nel tempo di una sentenza di incompatibilità è parimenti o *ex tunc* (la norma generale, ad esempio, per i giudici di Belgio, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Spagna, Polonia e Portogallo) oppure *ex nunc* (la norma generale, ad esempio, per alcuni, se non tutti, i giudici di Austria, Repubblica ceca, Grecia, Ungheria e Slovenia; nel caso, quantomeno, di Grecia e Slovenia, le sentenze di alcuni altri giudici producono normalmente effetti *ex tunc*), con un'apparente prevalenza di *ex tunc*.

(85) A livello nazionale, una simile prassi può essere seguita, a prescindere dal fatto che l'efficacia operi normalmente *ex tunc* o *ex nunc*. In generale, nell'interesse della certezza del diritto, su un'efficacia *ex tunc* ci si può basare solo in procedimenti che siano stati o possano ancora essere avviati entro i pertinenti termini processuali di decadenza, sebbene in alcuni ordinamenti giurisdizionali l'efficacia possa essere espressamente limitata al caso di specie, poiché il giudice non ha competenza ad annullare un provvedimento legislativo, ma solo a disapplicarlo (la norma generale, ad esempio, per i giudici di Danimarca, Finlandia, Lussemburgo, Svezia e Regno Unito). Quando gli effetti operano *ex nunc*, si fa normalmente eccezione per procedimenti che alla data della sentenza siano stati o possano ancora essere avviati entro i pertinenti termini procedurali di decadenza; per quelli i quali a tale data erano già stati avviati; oppure per quelli che hanno concretamente portato alla pronuncia.

(86) Causa C-292/04.

(87) Sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98 (*Racc.* pag. I-4071).

142. Egli è poi passato a considerare (88) quale forma di limitazione si dovesse adottare, esaminando una gamma di possibilità più ampia di quella di cui la Corte ha finora fatto uso. Egli ha concluso nel senso che la sentenza dovrebbe produrre effetti dalla data della pronuncia Verkooyen, quando è divenuta chiara la corretta interpretazione del diritto comunitario (89). Nondimeno, si dovrebbe fare un'eccezione a siffatta limitazione per le azioni proposte prima di tale data. Inoltre, sarebbe ingiusto respingere tutte le azioni proposte dopo la sentenza Verkooyen, sebbene la notorietà che ha accompagnato il procedimento Meilicke abbia portato a un così gran numero di azioni che un'eccezione per tutte loro potrebbe rendere inevitabile il rischio di serie ripercussioni economiche.

143. Di conseguenza, egli ha suggerito che l'eccezione debba applicarsi a tutte le azioni proposte prima della data in cui la comunicazione dell'ordinanza di rinvio relativa al procedimento Meilicke è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, momento in cui si può supporre che la possibilità di un rimborso abbia attirato l'attenzione persino dei ricorrenti meno diligenti.

e) Effetti a partire da una data futura

144. Per completare la gamma di possibilità ipotizzabili, può essere utile esaminare un'altra opzione ammessa negli ordinamenti costituzionali di alcuni Stati membri (90) in situazioni analoghe a quelle di cui alla presente causa (91), vale a dire quella di stabilire una data *futura* a partire dalla quale la sentenza possa essere invocata.

145. In tali ordinamenti, lo scopo sembra soprattutto quello di evitare situazioni in cui una lacuna del diritto potrebbe essere peggiore di una cattiva norma (comprese, per esempio, quelle in cui lo Stato non potrebbe essere più in grado di tassare determinati redditi o disporre determinati pagamenti) e di concedere al legislatore un tempo sufficiente all'adozione di un provvedimento che soddisfi le condizioni poste dalla norma di rango superiore. In molte cause, la competenza del giudice a stabilire una data futura è limitata per legge entro precisi limiti di tempo. All'interno di tale periodo, la scelta può essere determinata dalla valutazione del giudice relativa al tempo ragionevole ai fini dell'adozione di una nuova normativa, oppure dal carattere periodico della legislazione esaminata (nel caso, ad esempio, della normativa tributaria) (92).

(88) Paragrafi 43 e segg.

(89) Sembrano rare le cause in cui i giudici nazionali dispongano l'annullamento di un atto legislativo con effetti a partire da una precisa data del passato.

(90) Tra cui Austria, Belgio, Repubblica ceca, Germania, Ungheria, Polonia, Slovenia e Spagna. In altri ordinamenti, sussistono obiezioni di principio a questa soluzione, detta anche della «decorrenza futura». Come Lord Nicholls of Birkenhead ha spiegato recentemente nella causa *National Westminster Bank/Spectrum Plus* (2005; UKHL 41): «Il nocciolo dell'argomento principale contro le sentenze con decorrenza futura è che in questo paese l'adozione di una sentenza di tal genere eccede i limiti costituzionali imposti alla funzione giurisdizionale. Ciò equivarrebbe ad un'usurpazione, da parte del giudice, della funzione legislativa».

(91) Ossia, in cui una norma di legge esistente, avente portata generale, è dichiarata incompatibile con una norma di rango più elevato; ammesso che ciò sia possibile, sarà difficile trovare una situazione assolutamente identica, in cui il giudice che accerta l'incompatibilità rinvii la causa ad un altro giudice, affinché quest'ultimo si pronunci sulla validità.

(92) Il periodo tra la data della sentenza e la data a partire dalla quale si può invocare la medesima è talvolta denominato «*transitorio*». Va sottolineato comunque che ciò è fuorviante; il provvedimento nazionale impugnato è invalido e deve essere sostituito con effetti da una data precisa.

3. Natura peculiare delle sentenze pregiudiziali di interpretazione del diritto comunitario che possono condurre all'invalidità di provvedimenti nazionali

146. Prima di procedere oltre, può essere utile attirare l'attenzione sulle caratteristiche specifiche di una sentenza pregiudiziale di questa Corte che interpreti il diritto comunitario in modo tale da comportare l'invalidità di un provvedimento nazionale, le quali possono condizionare le opzioni a disposizione della Corte al momento di decidere di limitare nel tempo l'efficacia della sua pronuncia.

147. La Corte non è competente a decidere sulla compatibilità di un provvedimento nazionale con il diritto comunitario, ma può solo interpretare quest'ultimo in modo tale da consentire al giudice nazionale di decidere in merito a tale compatibilità (93).

148. Ovviamente, nella presente causa la Corte può interpretare la sesta direttiva in modo da far sì che il giudice remittente dichiari l'IRAP incompatibile con il diritto comunitario. Ciò è comunque molto diverso dal dichiarare che il tributo nazionale in esame è esso stesso invalido, una dichiarazione che può essere formulata solo dal competente giudice nazionale qualora lo si ritenga opportuno, con effetti dalla data determinata da detto giudice o in applicazione del diritto nazionale, e diverge dall'ipotesi di un rinvio pregiudiziale vertente sulla validità di un atto comunitario, che in effetti la Corte può annullare direttamente.

149. La data a partire dalla quale la pronuncia della Corte produce effetti acquisterà rilevanza al momento di decidere se una parte in causa possa o meno invocare dinanzi ad un giudice l'incompatibilità del provvedimento nazionale con il diritto comunitario risultante chiaramente dalla pronuncia, con riferimento al periodo in cui il detto provvedimento è stato applicato. Questo non sarà comunque l'unico fattore rilevante, dal momento che le norme di procedura nazionali possono limitare in altro modo la portata dell'azione.

B – Limitazione degli effetti nel tempo in relazione al presente procedimento

150. Anche se le considerazioni generali che ho sviluppato in precedenza possono essere di aiuto alla Corte, qualsiasi decisione di limitare gli effetti nel tempo di una sua pronuncia dev'essere adottata in base ad un'analisi di ogni singolo caso concreto, alla luce volta per volta del complesso delle circostanze.

151. Sono tre le questioni cui va pertanto data risposta nel presente procedimento: se sussistano ragioni per limitare gli effetti nel tempo della sentenza; in caso di soluzione affermativa, a partire da quale data sia possibile invocare la sentenza; se vada stabilita una qualche eccezione a favore di azioni promosse prima di una certa data.

152. Nel prosieguo, per evitare continue ripetizioni dei necessari presupposti, mi baserò sull'ipotesi che la Corte fornisca un'interpretazione da cui risulti dimostrata l'incompatibilità dell'IRAP con il diritto comunitario.

1. Motivi per una limitazione degli effetti nel tempo

153. Occorre soddisfare due criteri essenziali, ossia che gli interessati devono aver agito in buona fede e che deve sussistere il rischio di serie difficoltà in caso di mancata fissazione di un limite (94). L'avvocato generale Jacobs ha ritenuto che entrambi i criteri fossero soddisfatti nel caso di specie.

(93) V., ad esempio, sentenza 16 gennaio 2003, causa C-265/01, Pansard (*Racc.* pag. I-683, punto 18); v., inoltre, la nota informativa della Corte riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali (*GU* 2005, C 143, pag. 1), punto 6.

(94) V. anche, più di recente, sentenza 10 gennaio 2006, causa C-402/03, Skov (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51).

154. Tutti gli Stati membri che si sono espressi su questo aspetto concordano sul fatto che i criteri siano soddisfatti nel caso di specie. Molti di loro hanno anche affermato che la Corte dovrebbe definire tali criteri in modo più elastico di quanto ha fatto alcune volte in passato, facendo riferimento, tra l'altro, al paragrafo 42 delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Tizzano nella causa Meilicke. Anche la Commissione concorda sul fatto che i criteri siano soddisfatti, e la Banca Popolare non solleva obiezioni di principio alla determinazione di un limite agli effetti nel tempo.

155. Concordo pienamente con l'analisi dell'avvocato generale Jacobs sul punto. In base agli elementi di prova prodotti dinanzi alla Corte e non contestati, solo una considerazione della limitazione degli effetti nel tempo più rigorosa rispetto a quella adottata in passato giustificerebbe la decisione di non fissare limiti nel tempo nella presente fattispecie. Nessun argomento è stato dedotto a favore di una modifica di tal natura, né sembra che sussistano ragioni nelle circostanze del caso di specie per intraprendere un riesame della prassi passata. Alla luce di ciò, non c'è alcuna necessità di riflettere sulla possibilità di fare appello, in una qualsiasi causa futura, ad una più elastica considerazione della questione della limitazione degli effetti nel tempo.

156. Desidero comunque sottolineare che le circostanze del presente giudizio sono davvero particolari. Nel 1997 il governo italiano ha ricevuto dalla Commissione ciò che si può interpretare solo come un'espressa garanzia che l'IRAP fosse compatibile con il diritto comunitario (95). L'importo del tributo di cui può essere chiesto il rimborso è stato valutato dal governo italiano come pari a circa 120 miliardi di euro, e tale dato non è stato contestato (96). Il procedimento si è protratto a lungo, tanto a livello nazionale che dinanzi alla Corte (97). In quest'ultimo ambito, la Grande Sezione ha assunto la rara iniziativa di riaprire la fase orale del procedimento e di tenere una seconda udienza, una mossa che ha suscitato ancora più attenzione.

2. Scelta di una data per la limitazione degli effetti nel tempo

157. In passato, quando la Corte ha determinato una limitazione degli effetti nel tempo eccezion fatta per le azioni avviate prima di una certa data, essa ha sempre utilizzato la stessa data come base sia per la limitazione, sia per l'eccezione: la limitazione non si applica alle azioni già proposte prima della data in cui si poteva invocare la sentenza (in pratica, sino ad oggi, sempre a partire dalla sua pronuncia). Comunque, come ha proposto l'avvocato generale Tizzano nelle conclusioni da lui presentate nella causa Meilicke, due date differenti potrebbero essere più adeguate in alcune circostanze. Nella presente sezione, mi occuperò solo della data principale, che è proprio quella della limitazione degli effetti nel tempo.

158. Chiaramente, se gli effetti di una sentenza nel tempo vanno limitati, ciò deve avvenire o dalla data di pronuncia della sentenza stessa o da un'altra data specifica, anteriore o successiva a tale pronuncia.

(95) La circostanza che in questa sede le ragioni dell'affidamento del governo italiano si basino sulla garanzia della Commissione ovviamente non è decisiva; la buona fede si può anche fondare su progetti normativi fuorvianti o persino su una giurisprudenza poco chiara.

(96) Si paragoni ciò con il dato, oscillante tra i 5 e i 13 miliardi di euro, in Germania, per la causa Meilicke; v. paragrafo 35 delle conclusioni.

(97) La Banca Popolare ha proposto originariamente la sua azione nel 2001 e il rinvio è stato operato nell'ultima parte del 2003.

159. Non mi sembra possibile individuare nella presente causa nessuna data precisa nel passato a partire della quale la sentenza dovrebbe produrre effetti. Nelle circostanze della causa Meilicke, l'avvocato generale Tizzano ha posto in rilievo il fatto che la portata delle disposizioni rilevanti del diritto comunitario era divenuta chiara a partire dalla pronuncia della sentenza Verkooijen. Nel nostro caso, non sembra che sussista nessuna data equivalente. Ovviamente, è possibile un parallelo con la sentenza Dansk Denkavit, ma aspetti della giurisprudenza successiva a tale sentenza, unitamente alle divergenti opinioni manifestate nella presente causa, che hanno dato origine ad una seconda udienza, rendono ben difficile considerare la sentenza Dansk Denkavit come un precedente giurisprudenziale di valore equivalente alla sentenza Verkooijen. La questione dell'incompatibilità con la sesta direttiva di un tributo nazionale del tipo dell'IRAP, quale descritto dal giudice remittente, non avrà una soluzione autorevole fino a quando la Corte non abbia pronunciato la sua sentenza sul caso – la quale forse potrà rappresentare la «Verkooijen» per i casi futuri.

160. La data di tale pronuncia potrebbe pertanto sembrare una data appropriata e, qualora fosse scelta, seguirebbe le tracce di questo consolidato indirizzo della Corte.

161. Nondimeno, alla luce delle specifiche circostanze di questo giudizio, sarebbe possibile pure adottare un diverso metodo e stabilire una data futura, ispirandosi sia alla prassi di quei giudici nazionali i quali, in circostanze analoghe, concedono al legislatore un periodo ragionevole per emanare un nuovo atto compatibile, sia alla prassi della stessa Corte, con riferimento alla validità di atti comunitari, esemplificata dalle sentenze citate nelle note 77 e 80.

162. Secondo me, un metodo del genere sarebbe più opportuno in questa sede. Non ci si può realisticamente attendere che le autorità italiane modifichino da un giorno all'altro il loro intero sistema di finanziamento delle spese regionali, né ci si può attendere che esse lo abbiano mutato anticipando la sentenza della Corte. Se tutti i contribuenti potessero invocare immediatamente la sentenza per chiedere il rimborso di importi versati a titolo di IRAP a partire dalla data della sua pronuncia, tanto varrebbe abolire con effetto immediato il tributo, e i mezzi di finanziamento delle regioni italiane.

163. D'altro canto, non si può stabilire una data troppo lontana nel futuro. Se è irragionevole aspettarsi l'immediata sostituzione di un tributo con un altro, non è irragionevole ipotizzare che le autorità italiane abbiano già ora approntato piani contingenti ai fini di una tale sostituzione. Esse hanno appreso, nel marzo 2004, l'opinione della Commissione che l'IRAP fosse incompatibile, quando tale istituzione ha depositato le sue osservazioni dinanzi alla Corte, benché le dette osservazioni fossero di carattere riservato, e, nel marzo 2005, hanno appreso quella dell'avvocato generale Jacobs, che essa fosse incompatibile, quando egli ha presentato ufficialmente le sue conclusioni in pubblica udienza. In effetti, sembra che la graduale eliminazione dell'IRAP sia stata programmata a livello normativo sin dall'aprile 2003, ed è lecito presumere che la situazione da allora abbia fatto passi avanti (98).

164. Per garantire che l'IRAP venga sostituita da uno strumento finanziario compatibile con il diritto comunitario nel modo meno traumatico possibile e quanto prima, la data appropriata mi sembrerebbe quella corrispondente alla scadenza dell'esercizio tributario in corso nel giorno della pronuncia della sentenza della Corte (99). Dato che la sentenza sarà

(98) V. legge delega per la riforma del sistema fiscale statale (legge 7 aprile 2003, n. 80) in *GURI* 18 aprile 2003, n. 91, in particolare artt. 8 e 10, quarto, quinto e settimo comma, della medesima.

(99) Ci sono precedenti (quantomeno) in pronunce del Bundesverfassungsgericht tedesco e della Cour d'Arbitrage belga (ossia, della Corte costituzionale, rispettivamente, di Germania e Belgio) a

presumibilmente pronunciata quest'anno e poiché sembra che l'esercizio tributario dell'IRAP corrisponda all'anno civile, ciò significherebbe che la sentenza non potrebbe essere invocata per promuovere giudizi vertenti sull'IRAP riscossa in relazione a qualsiasi esercizio tributario scaduto il, oppure anteriormente al 31 dicembre 2006 ma che, nel caso di ritardi nella riforma del sistema, potrebbe essere chiesto il rimborso di ogni importo riscosso in relazione a qualsiasi esercizio tributario successivo.

3. Eccezioni alla data stabilita per la limitazione degli effetti nel tempo

165. La limitazione che suggerisco cerca di tener conto dell'interesse degli Stati membri nell'ambito di uno specifico insieme di circostanze. Essa tuttavia si pone in contrasto con il principio che chiunque ha il diritto di ottenere il rimborso di tributi nazionali riscossi in violazione delle disposizioni comunitarie (100). Pertanto, occorre prestare attenzione al fine di garantire che la restrizione di tale principio non sia eccessiva, anche tenendo conto delle specifiche circostanze del caso di specie.

166. Di solito, nella prassi sia di questa Corte sia dei giudici di un certo numero di Stati membri, si dispone un'eccezione ad una limitazione degli effetti nel tempo di una sentenza a favore di azioni avviate prima di una certa data. Detta eccezione può coprire tutte le azioni promosse prima della data della sentenza che ha accertato l'incompatibilità (questa è stata la prassi abituale di questa Corte), oppure solo alcune di esse; inoltre, può essere lecito scegliere un differente termine ultimo (come suggerito dall'avvocato generale Tizzano in occasione della causa Meilicke).

167. La difficoltà notevole che si pone nel caso di specie è il numero apparentemente enorme di azioni avviate ai fini del rimborso dell'IRAP in base alla sua presunta incompatibilità con il diritto comunitario. Dato che il presente procedimento ha suscitato una grande attenzione per un periodo di tempo relativamente lungo, appare possibile che molte di queste azioni, in particolare le più recenti tra di esse, abbiano natura speculativa, essendo state promosse senza grande sforzo o spese allo scopo di approfittare della prossima sentenza. Un'eccezione a favore di azioni del genere non solo sembra meno giustificata a causa della loro natura ma, a causa del loro numero, potrebbe probabilmente inficiare seriamente il risultato ricercato mediante la limitazione.

168. Se un'eccezione dev'essere stabilita a favore di azioni avviate prima di una certa data e se tale data va scelta alla luce delle considerazioni sviluppate nel precedente paragrafo, essa deve soddisfare le seguenti condizioni: dev'essere la più oggettiva possibile; deve dare la possibilità di distinguere il più possibile tra le azioni avviate tempestivamente, nella convinzione che fossero realmente fondate, e nondimeno con un certo rischio vista l'incertezza del loro risultato, e quelle avviate in epoca successiva, nella prospettiva di un successo considerato abbastanza probabile; e dovrebbe essere tale da risolvere efficacemente il problema posto dal numero estremamente elevato di ricorsi.

169. Seguendo il suggerimento dell'avvocato generale Tizzano dato nella causa Meilicke, la Banca Popolare, il governo italiano e la Commissione, insieme a molti altri Stati membri, hanno proposto tutti la data del 21 gennaio 2004, quando la comunicazione del

favore della scelta di una data futura corrispondente alla scadenza del pertinente periodo in corso, come un anno civile, un esercizio fiscale o un anno accademico.

(100) V., ad esempio, sentenza 2 ottobre 2003, causa C-147/01, Weber's Wine World (Racc. pag. I-11365, punto 93 e giurisprudenza ivi citata).

ricevimento, da parte della Corte, dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale nella presente causa è apparsa sulla Gazzetta ufficiale (101).

170. Tuttavia, mi sembra che, applicando al caso di specie un ragionamento analogo a quello alla base del suggerimento dell'avvocato generale Tizzano, si dovrebbe giungere ad una data diversa. La ragione che lo ha indotto a proporre la data della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale nella causa Meilicke era che si poteva ragionevolmente supporre che, a partire da tale data, sia stata suscitata l'attenzione persino del meno diligente dei ricorrenti sulla possibilità di un rimborso (102). L'interpretazione del diritto comunitario era divenuta chiara a partire dalla sentenza Verkooijen, ma la probabilità di una sua applicazione alla normativa tributaria tedesca non è divenuta concreta sino al rinvio operato dinanzi alla Corte. Una volta che i potenziali ricorrenti furono informati di tale rinvio, apparve plausibile poter avviare azioni con ragionevoli probabilità di successo.

171. Non penso che la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale abbia fornito un'informazione equivalente nel presente caso, dato che qui manca l'«elemento Verkooijen» (103). La domanda di pronuncia pregiudiziale ha sollevato la questione della compatibilità dell'IRAP con il diritto comunitario, ma il risultato del rinvio non era assolutamente scontato come nella causa Meilicke, dove le disposizioni pertinenti del diritto comunitario erano già state interpretate dalla Corte in circostanze analoghe. Nel caso di specie, come ho dimostrato, la giurisprudenza non è stata del tutto inequivocabile nel suo giudizio sulla compatibilità con la sesta direttiva.

172. Comunque, sembra pacifico che adesso ci sia una diffusa impressione – o quantomeno una speranza – in Italia sul fatto che la Corte probabilmente pronuncerà una sentenza in esito alla quale l'IRAP verrà dichiarata incompatibile con il diritto comunitario. L'individuazione di una data a partire dalla quale tale impressione sia divenuta concreta è destinata a risultare in qualche misura arbitraria, ma secondo me la presentazione delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs il 17 marzo 2005 è, sotto tale profilo, la meno arbitraria e la più oggettiva delle date (104). È da tale momento che è divenuta concreta la probabilità che la Corte pronunciasse una sentenza di tal genere; al contrario, se le sue conclusioni fossero giunte ad esiti diversi, le probabilità sarebbero state considerevolmente minori.

173. Sono pertanto del parere che un'eccezione alla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza, a favore di coloro i quali abbiano avviato azioni anteriormente al 17 marzo 2005, consenta probabilmente di operare una distinzione tra le azioni avviate tempestivamente e quelle promosse solo quando le possibilità di successo sono apparse rafforzate. E sebbene il governo italiano abbia suggerito una data anteriore, è tuttavia lecito ritenere che il rischio di inficiare gli effetti della limitazione non debba essere indebitamente esacerbato.

174. Rimane comunque una perplessità, sollevata in particolare dal governo olandese.

(101) *GU* 2004, C 21, pag. 16.

(102) V. paragrafo 62 delle conclusioni.

(103) V. le mie osservazioni nel paragrafo 159.

(104) La precedente esposizione delle tesi della Commissione, tanto in sede di osservazioni scritte, che non sono rese pubbliche, quanto in udienza, potrebbe anche essere tenuta in considerazione, ma secondo me non può essere paragonata alla prima dichiarazione pubblica, per iscritto, motivata in forma accessibile a tutti, dell'opinione di un membro della Corte.

175. Come l'avvocato generale Jacobs aveva notato nel paragrafo 85 delle sue conclusioni, una qualsiasi diminuzione delle entrate provocata dal rimborso dell'IRAP dovrà essere compensata da altri tributi. Il governo olandese nutre perplessità in merito all'ingiustizia che potrebbe realizzarsi qualora tutti i contribuenti (inclusi i più recenti operatori del mercato, che non sono stati assoggettati all'IRAP) dovessero far fronte a tale diminuzione, mentre solo alcuni di loro beneficerebbero del rimborso. Per di più, secondo il suo ragionamento, se l'onere del tributo è stato trasferito sui consumatori (come dev'essere avvenuto in generale, se l'IRAP è colpita dal divieto posto dalla sesta direttiva), il beneficio del rimborso risulterà moltiplicato.

176. Questo ragionamento parrebbe suggerire che in realtà non si dovrebbe fare alcuna eccezione alla limitazione degli effetti della sentenza. Concordo che possono esservi circostanze nelle quali ciò sia opportuno (e che in tali circostanze sarebbe ingiustificato fare un'eccezione persino per le parti in causa nel giudizio che abbia dato origine al rinvio, dal momento che il carattere specifico di un procedimento, che dia origine a un rinvio pregiudiziale, non dipende assolutamente dallo zelo con cui il ricorrente ha promosso il giudizio), ma non penso che ciò possa valere in questa sede.

177. Il problema della disparità di trattamento, come ad esempio tra contribuenti, non risulterà significativo se il numero dei ricorrenti avvantaggiati dall'eccezione rimarrà sufficientemente circoscritto – e ciò appare probabile qualora venga adottata una data persino posteriore a quella suggerita dal governo italiano. E il problema dell'ingiustificato arricchimento realizzato mediante il rimborso di un tributo il cui onere sia stato trasferito è stato adeguatamente affrontato dalla giurisprudenza della Corte, più di recente nella sentenza *Weber's Wine World* (105), adottata sulla scia della sentenza *EKW*.

C – Conseguenze per altri Stati membri

178. Passo infine a riflettere brevemente sulle conseguenze di più ampio respiro della sentenza (la quale, ribadisco, ai fini della presente trattazione ipotizzo che implichi l'incompatibilità di un tributo che corrisponda alla descrizione dell'IRAP data dal giudice remittente) e di una qualsiasi limitazione nel tempo dei suoi effetti.

179. Qualora venga imposta una limitazione nel tempo degli effetti di una siffatta pronuncia, ciò avverrà a vantaggio dello Stato membro interessato, al fine di evitare disfunzionamenti eccezionali. Qualora si conceda un'eccezione alla limitazione ciò avverrà, viceversa, nell'interesse di coloro i quali, all'interno dello Stato membro, hanno cercato di far valere determinate pretese facendo affidamento sull'ordinamento comunitario.

180. Una sentenza interpretativa ha però efficacia generale. Qualora la Corte dovesse dichiarare che un tributo con le caratteristiche dell'IRAP quali descritte dal giudice remittente sia incompatibile con la sesta direttiva, ciò varrà per l'IRAP e parimenti per qualsiasi altro tributo che abbia tali caratteristiche in qualsiasi altro Stato membro.

181. Tuttavia, qualsiasi limitazione nel tempo degli effetti e qualsiasi eccezione a quest'ultima stabilite dalla Corte si baseranno su una valutazione della situazione – esistenza di una buona fede da parte dello Stato, rischio di gravi disfunzionamenti per lo Stato e necessità di un'efficace tutela giurisdizionale per i ricorrenti diligenti – in Italia, e tale valutazione potrebbe risultare ben diversa riguardo ad un altro Stato membro il quale applichi anch'esso un tributo con le stesse caratteristiche.

(105) Cit. alla nota 100 (punti 93-102).

182. Tale riflessione implica che qualsiasi limitazione debba non solo operare nel tempo ma anche, in realtà, nello spazio – problema di una certa rilevanza nel caso di specie, dato che, in base a diversi tra i numerosi articoli già apparsi nelle riviste giuridiche e tributarie in merito al presente procedimento, sembra che uno o più tra gli Stati membri diversi dall'Italia applichi forse imposte le quali, quantomeno secondo il parere di alcuni autori, condividono alcune caratteristiche dell'IRAP.

183. Ovviamente, non è possibile per la Corte decidere nella presente causa se una limitazione degli effetti nel tempo sia appropriata in relazione a tali altri tributi oppure, se appropriata, quale data debba essere stabilita e quali eccezioni debbano essere, se del caso, concesse. La Corte ha però costantemente dichiarato che una limitazione nel tempo degli effetti può essere concessa solo nell'ambito dello specifico giudizio vertente sull'interpretazione richiesta (106), e la decisione è peculiare al contesto materiale proprio del rinvio pregiudiziale.

184. Di conseguenza, in osservanza dei principi fondamentali che regolano gli effetti di tutte le sentenze pregiudiziali della Corte di natura interpretativa, la pronuncia si applicherà *ex tunc* con riferimento a qualsiasi altro tributo che presenti le caratteristiche rilevanti in un altro Stato membro.

185. Le difficoltà che ciò potrebbe comportare sono analoghe a quelle delineate dall'avvocato generale Tizzano nelle conclusioni da lui presentate nella causa Meilicke, in particolare nei paragrafi 47 e seguenti. Si potrebbe immaginare il seguente scenario.

186. Qualora alcuni contribuenti impugnino un tributo nazionale basandosi sulla sentenza resa nella presente causa, il giudice nazionale avrà facoltà di formulare una domanda di pronuncia pregiudiziale; indubbiamente, non c'è nessuna certezza che un altro tributo nazionale possieda le caratteristiche definite in questa causa in modo tanto simile da escludere qualsiasi dubbio sulla sua compatibilità. Nell'ambito del procedimento cui darà luogo tale rinvio, sarà facoltà dello Stato membro interessato chiedere una limitazione nel tempo degli effetti della futura pronuncia. Qualora le circostanze appaiano idonee, la Corte potrebbe decidere di concedere una limitazione in base alla data della sentenza nella presente causa – in modo analogo a quanto proposto dall'avvocato generale Tizzano in occasione della causa Meilicke, e cioè che gli effetti dovrebbero restare limitati alla data della sentenza Verkooijen – e fissare qualsiasi eccezione che possa risultare opportuna agli effetti della limitazione.

CONCLUSIONE

187. Alla luce delle considerazioni sin qui illustrate, sono del parere che la Corte debba risolvere nella seguente maniera le questioni sollevate dalla Commissione Tributaria Provinciale di Cremona:

1) Un'imposta con le caratteristiche dell'IRAP quali descritte nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, vale a dire la quale

- è riscossa su tutte le persone fisiche e giuridiche che esercitano abitualmente un'attività diretta alla produzione o allo scambio di beni o alla prestazione di servizi,
- colpisce la differenza tra i ricavi e i costi dell'attività tassabile,
- è applicata in ordine a ciascuna fase del processo di produzione e di distribuzione corrispondente ad una cessione o ad una serie di cessioni di beni o servizi effettuata da un soggetto passivo, e

(106) V. sentenza EKW (punto 57, e giurisprudenza ivi citata).

– impone, in ciascuna di tali fasi, un onere che è globalmente proporzionale al prezzo al quale i beni o i servizi sono ceduti,

ricade nell'ambito del divieto di cui all'art. 33, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio 77/388/CEE, riguardante altri tributi nazionali che abbiano le caratteristiche di un'imposta sulla cifra d'affari purché, per un campione rappresentativo di imprese assoggettate ad entrambe le imposte, il rapporto tra gli importi pagati a titolo d'IVA e gli importi pagati a titolo dell'imposta in questione risulti sostanzialmente costante.

La sussistenza di tale condizione va accertata dal giudice nazionale, tenendo conto delle dettagliate caratteristiche dell'imposta in questione.

2) Il divieto disposto dal detto articolo non può essere invocato al fine di far valere il diritto al rimborso dell'IRAP riscossa con riferimento a qualsiasi esercizio tributario anteriore alla sentenza della Corte, oppure con riferimento all'esercizio nel corso del quale detta sentenza venga pronunciata, fatta eccezione per chiunque abbia agito in giudizio o abbia promosso un equivalente ricorso amministrativo anteriormente al 17 marzo 2005, data in cui sono state presentate le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella presente causa. Siffatte parti in causa possono invocare tale divieto purché alle loro azioni non vadano applicate preclusioni di altro tipo in forza delle norme di procedura nazionali, le quali rispettino i principi di equivalenza ed effettività».

Dossier

La questione degli elicotteri Agusta

Appalti pubblici di forniture: la tutela della *sicurezza nazionale* come causa legittima di deroga alla normativa comunitaria

È noto che la normativa comunitaria che regola il settore dei pubblici appalti è un terreno fertile per la nascita di numerosi e delicati contrasti interpretativi, che danno luogo a controversie sia nell'ambito delle giurisdizioni interne che nell'ambito della Corte di giustizia.

Recentemente la Commissione delle Comunità europee ha proposto una serie di ricorsi contro la Repubblica italiana, ai sensi e per gli effetti dell'art. 226, secondo comma, del Trattato che istituisce la Comunità europea.

Dette procedure d'infrazione, per la precisione tre, hanno ad oggetto le modalità con cui il Governo italiano ha curato l'acquisizione di elicotteri destinati ad alcuni Corpi militari e civili dello Stato (1).

La prima delle procedure in questione (n. 2002/4194) aveva ad oggetto un'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, la n. 3231 del 24 luglio 2002; tramite detta ordinanza la Repubblica italiana autorizzava il ricorso alla trattativa privata – in deroga alla normativa comunitaria – per acquistare degli elicotteri destinati alla lotta contro gli incendi boschivi da parte del Corpo Forestale dello Stato.

La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha definitivamente deciso in ordine a tale procedura decretando l'irricevibilità del relativo ricorso, in data 27 ottobre 2005.

La seconda procedura d'infrazione, avviata nei confronti del Governo italiano, ha ad oggetto la *prassi* (per adoperare le parole usate dalla Commissione nel corpo del proprio ricorso (2)) di affidamento diretto alla ditta Agusta S.p.A. di appalti per l'acquisto di elicotteri destinati a soddisfare le esigenze di alcuni Corpi dello Stato, specificamente: il Corpo Forestale dello Stato, la Guardia di Finanza, i Vigili del Fuoco, la Polizia di Stato, i Carabinieri, la Guardia Costiera, il Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Tramite detto ricorso, la Commissione contesta alla Repubblica Italiana un affidamento diretto di appalti “*al di fuori di qualsiasi procedura di messa in concorrenza, e, segnatamente, senza rispettare le procedure previste dalla*

(1) Il contenzioso nazionale, dopo una fase di grande incertezza e pronunce differenti dello stesso Consiglio di Stato sulla legittimità della trattativa privata, si è concluso in via stragiudiziale con l'abbandono delle pretese alla gara da parte della ditta (di diritto statunitense) che aveva lamentato l'esclusione.

direttiva 93/36/CEE (3), e prima ancora, delle direttive 77/62/CEE (4), 80/767/CEE (5) e 88/295/CEE (6), ha violato gli obblighi che Le incombono in virtù delle citate direttive (...)”.

Tale seconda procedura è attualmente oggetto di scrutinio da parte della Corte di Giustizia.

La Repubblica italiana ha replicato, alle accuse rivolte dalla Commissione, tramite le seguenti motivazioni:

1) in via preliminare, il Governo italiano ha sollevato eccezione di inammissibilità a causa della non corrispondenza tra le contestazioni svolte in sede di procedura d'infrazione e la domanda formulata nelle conclusioni della Commissione, infatti detta domanda s'incentrava sull'aver posto in essere una *prassi (...) di affidamento diretto degli appalti (...) per soddisfare le necessità dei Corpi militari*; le contestazioni, invece, hanno riguardato essenzialmente forniture civili.

2) Nel merito, la Repubblica italiana ritiene, poi, che laddove la procedura d'infrazione riguardasse in realtà forniture *militari*, la materia sarebbe regolata, prima ancora che dalle direttive sugli appalti, dall'articolo 296 (ex art. 223) del Trattato, a norma del quale: “1. *Le disposizioni del presente trattato non ostano alle norme seguenti: a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo Stato stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza; b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (...).* 2. *Il Consiglio (...) può apportare modificazioni all'elenco (...) dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo b)*”.

A tal proposito il Governo italiano sottolinea che, “*con la deliberazione del 15 aprile 1958 il Consiglio della Comunità ha stabilito che “Le disposizioni dell'art. 223 paragrafo 1) del Trattato si applicano alle armi, alle munizioni, e al materiale bellico (...) comprese le armi concepite per l'uso dell'energia nucleare: 10 aeronavi e relativi equipaggiamenti (...)*”.

(2) La domanda formulata dalla Commissione alla Corte di Giustizia s'incentra sull'aver posto in essere “una prassi, esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di affidamento diretto degli appalti (...) per soddisfare le necessità dei Corpi militari (...)», Causa C-337/05-1. Commissione CE c. Repubblica italiana.

(3) Direttiva del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, *G.U.C.E.* n. L 199 del 9 agosto 1993, pp. 1-53.

(4) Direttiva del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, *G.U.C.E.* n. L 13 del 15 gennaio 1977, pp. 1-14.

(5) Direttiva del 22 luglio 1980, che adatta e completa, per quanto riguarda alcune amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, *G.U.C.E.* n. L 215 del 18 agosto 1980, pp. 1-28.

(6) Direttiva del 22 marzo 1988 che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE n. I 127 del 20 maggio 1988, pp. 1-14.

Ma non è tutto; la Repubblica italiana aggiunge che: «*Conseguentemente la direttiva in materia di appalti di fornitura 93/23/CEE stabiliva all'articolo 2, comma 1, lettera b), che "la presente direttiva non si applica (...) agli appalti di forniture che sono dichiarati segreti o la cui esecuzione debba essere accompagnata da misure speciali di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari od amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi né quando lo esiga la tutela di essenziali interessi di sicurezza di tale Stato"*».

In virtù di tali considerazioni, e dunque di preminenti esigenze di tutela della sicurezza nazionale (7) in connessione con le misure antiterrorismo adottate da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea dopo l'11 settembre 2001, la Repubblica italiana ha ritenuto la legittimità di un affidamento diretto degli appalti per l'acquisto di elicotteri.

La terza procedura d'infrazione (8) concerne specificatamente il decreto del Ministro dell'Interno dell'11 luglio 2003, prot. 558/A/04/03/RR; detto provvedimento dispone quanto segue:

"1. Le forniture di elicotteri della tipologia leggera per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco devono essere accompagnate da speciali misure di sicurezza, da estendersi agli atti del gruppo Tecnico di Valutazione e della Commissione Interministeriale di cui in narrativa.

2. Per l'espletamento delle forniture stesse si può derogare al disposto del Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358, novato con Decreto Legislativo 20 ottobre 1998, n. 402, ricorrendo nella fattispecie le condizioni di cui all'art. 4, lettera c), del detto testo normativo".

Il Decreto legislativo n. 358/1992 costituisce la normativa di recepimento della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture. Il suo articolo 4, lettera c), riproduce la disposizione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 93/36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, e dispone:

"1. Sono escluse dall'applicazione del presente Testo Unico:

(...)

c) le forniture dichiarate segrete o la cui esecuzione richiede misure speciali di sicurezza, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato".

(7) In effetti, lo Stato italiano sembra chiarire i motivi posti alla base della deroga alla normativa comunitaria in tema di appalti pubblici di forniture, basti, poi, considerare che ulteriori esigenze nascono dall'ormai nota e drammatica situazione sul fronte del terrorismo internazionale. La Commissione, invece, tramite un'oltranzistica difesa delle proprie ragioni, sembra, in realtà, tradire un'interferenza nelle scelte concernenti la politica di sicurezza nazionale interna ad ogni Stato membro. Tale circostanza si traduce, in effetti, in una eccessiva limitazione della sovranità nazionale.

(8) Detta procedura è oggi allo scrutinio della Corte di Giustizia, che ha assegnato alla causa il numero di ruolo C-157/06-1.

La Commissione, ritenendo il citato decreto ministeriale non conforme al combinato disposto degli articoli 2, paragrafo 1, lettera *b*), 6 e 9 della direttiva 93/36/CEE, avviava la procedura d'infrazione di cui è causa.

A tal proposito, rileva segnalare quanto il Governo italiano ha articolato – nell'ambito della procedura precontenziosa – nella propria memoria di difesa: “(...). *In particolare si ritiene che le misure disposte dal decreto siano conformi a quanto previsto dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture nonché necessarie e proporzionate rispetto agli scopi di tutela di interessi essenziali dello Stato che intendono perseguire. Il decreto (...) non implica affatto che l'intero comparto degli elicotteri sia sottratto all'applicazione della normativa sugli appalti, ma si riferisce ad una precisa tipologia di mezzi che presentano le caratteristiche necessarie per essere impiegati come sistemi d'arma o di difesa a protezione della sicurezza nazionale nel nuovo scenario di imminente minaccia di attacchi non convenzionali*”.

Anche in detta procedura è attualmente allo scrutinio della Corte di Giustizia e la Repubblica italiana ha articolato il proprio controricorso.

Dott.ssa Cristina Mirti

Corte di Giustizia delle Comunità europee, seconda sezione, sentenza 27 ottobre 2005 nella causa C-525/03 (Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica italiana)

Pres. di sez. C.W.A. Timmermans – Rel. J. Makarczyk – Avv. Gen. F.G. Jacobs

«Mediante il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo adottato gli artt. 1, secondo comma, e 2, primo, secondo e terzo comma, dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 luglio 2002, n. 3231, recante disposizioni urgenti per la lotta aerea agli incendi boschivi sul territorio nazionale (*GURI* n. 177 del 30 luglio 2002, pag. 42; in prosieguo: l'«ordinanza controversa»), articoli che consentono di ricorrere alla trattativa privata, in deroga alle disposizioni delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di forniture e di servizi, e in particolare in deroga alle norme comuni di pubblicità e di partecipazione previste dai titoli III e IV della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*G.U. L* 199, pag. 1), come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (*G.U. L* 285, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»), e dai titoli III e V della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*G.U. L* 209, pag. 1), come modificata dalla direttiva 2001/78 (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), per l'acquisto di velivoli per la lotta agli incendi boschivi nonché per l'acquisizione di servizi di spegnimento degli incendi, disposizioni che consentono, parimenti, di far ricorso alla procedura suddetta per l'acquisto di attrezzature tecnologiche ed informatiche nonché di apparati radio ricetrasmittenti, senza che alcuna delle condizioni legittimanti la deroga alle suddette norme comuni sia soddisfatta e, comunque, senza garantire alcuna forma di pubblicità diretta a consentire un confronto concorrenziale tra i potenziali offerenti, la Repubblica italiana ha violato gli obblighi che le incombono in virtù delle dette direttive e degli artt. 43 CE e 49 CE.

I fatti

2.– L'ordinanza controversa è stata adottata in applicazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 giugno 2002, recante dichiarazione, fino al 31 ottobre 2002, dello stato di emergenza nel territorio nazionale ai fini della lotta aerea agli incendi boschivi (*GURI* n. 161 dell'11 luglio 2002, pag. 4).

3.– Tale ordinanza autorizzava il Corpo Forestale dello Stato, da un lato, ad acquistare mezzi aerei per la lotta agli incendi boschivi «a trattativa privata, in deroga alla normativa indicata al successivo art. 4 [della stessa ordinanza]», cioè alla normativa nazionale di recepimento delle direttive 92/50 e 93/36, e, dall'altro, ad acquistare, sempre a trattativa privata, apparati radio ricetrasmittenti per le comunicazioni con i velivoli antincendio. Essa consentiva peraltro al Dipartimento della protezione civile di ricorrere alla trattativa privata per l'acquisto delle attrezzature necessarie a potenziare gli allestimenti tecnologici e informatici nonché per l'acquisizione e l'implementazione di servizi di spegnimento aereo degli incendi boschivi.

4.– Sulla base dell'ordinanza controversa, il 28 ottobre 2002 il Ministero delle Politiche agricole e forestali ha adottato il decreto n. 1619/2002, che approvava e rendeva esecutivo un contratto stipulato con la società Agusta S.p.A., a trattativa privata ai sensi della suddetta ordinanza, relativo alla fornitura di due elicotteri, completi di installazioni a corredo, assistenza tecnica, parti di ricambio e quant'altro necessario al funzionamento di tali velivoli.

Il procedimento precontenzioso

5.– La Commissione, ritenendo che le disposizioni dell'ordinanza controversa con cui si autorizzava l'aggiudicazione di appalti di forniture e servizi secondo la procedura negoziata in casi non previsti dalle direttive 92/50 e 93/36 fossero in contrasto con queste e con gli artt. 43 CE e 49 CE, con lettera del 19 dicembre 2002 ha ingiunto alla Repubblica italiana di presentare, nel termine di un mese, le sue osservazioni riguardo all'inadempimento ad essa imputato.

6.– Considerando insoddisfacenti le osservazioni presentate dal governo italiano in risposta alla detta lettera, il 3 aprile 2003 la Commissione ha inviato alla Repubblica italiana un parere motivato, invitandola ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi nel termine di un mese a decorrere dalla notificazione, e in particolare ad abrogare o modificare determinate disposizioni dell'ordinanza controversa nonché ad annullare e privare d'ogni effetto gli atti e provvedimenti adottati per la conclusione di appalti pubblici sulla base delle disposizioni medesime e, ove questi fossero stati già conclusi, a sospenderne l'esecuzione.

7.– Poiché le risposte della Repubblica italiana al parere motivato non hanno convinto la Commissione, questa ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sulla ricevibilità del ricorso

8.– Occorre sottolineare, in via preliminare, che la Corte può esaminare d'ufficio se ricorrano i presupposti contemplati dall'art. 226 CE perché sia proposto un ricorso per inadempimento (v., tra le altre, sentenze 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-2353, punto 8, e 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-305, punto 8).

9.– È irrilevante, sotto questo profilo, che la Repubblica italiana, rispondendo ad un quesito posto in sede di udienza, abbia considerato il ricorso ricevibile, laddove nel controricorso aveva sostenuto la cessazione della materia del contendere, in quanto l'ordinanza controversa aveva smesso di produrre qualsiasi effetto ancor prima che la Commissione ne contestasse la legittimità o ne chiedesse la rimozione.

10.– È altresì irrilevante il fatto che la Repubblica italiana non abbia ammesso l'inadempimento contestato, elemento parimenti sollevato dalla Commissione in udienza a sostegno della ricevibilità del ricorso, in quanto il procedimento per inadempimento di uno Stato si basa sull'accertamento oggettivo dell'inosservanza da parte di uno Stato membro degli obblighi impostigli dal Trattato o da un atto di diritto derivato (v., in particolare, sentenze 1 ottobre 1998, causa C-71/97, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-5991, punto 14, e 18 gennaio 2001, causa C-83/99, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-445, punto 23).

11.– Si deve innanzitutto constatare, come risulta dalle conclusioni dell'atto introduttivo, che il presente ricorso per inadempimento è limitato agli artt. 1, n. 2, e 2, nn. 1-3, dell'ordinanza controversa e non è volto a contestare gli atti successivamente adottati in applicazione della stessa, atti che erano tuttavia esplicitamente contemplati nel parere motivato.

12.– Si deve poi ricordare che la Commissione, nell'esercizio delle competenze di cui è investita in forza dell'art. 226, secondo comma, CE, ha il compito di vigilare d'ufficio, nell'interesse generale della Comunità, sull'applicazione, da parte degli Stati membri, del Trattato e delle norme adottate dalle istituzioni in forza di quest'ultimo e di far dichiarare l'esistenza di eventuali inadempimenti degli obblighi che ne derivano, allo scopo di farli cessare (v., in questo senso, sentenze 11 agosto 1995, causa C-431/92, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-2189, punto 21, e 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-3609, punto 29).

13.– A questo proposito, dal disposto stesso dell'art. 226, secondo comma, CE risulta che la Commissione può adire la Corte con un ricorso per inadempimento solo qualora lo Stato membro interessato non si sia conformato al parere motivato entro il termine da essa impartitogli a tale scopo (v. sentenza 31 marzo 1992, Commissione/Italia, *cit.*, punto 9).

14.– Secondo costante giurisprudenza, peraltro, l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato (v., in particolare, sentenze 31 marzo 1992, Commissione/Italia, *cit.*, punto 10; 4 luglio 2002, causa C-173/01, Commissione/Grecia, *Racc.* pag. I-6129, punto 7, e 10 aprile 2003, causa C-114/02, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-3783, punto 9).

15.– Ebbene, si deve necessariamente constatare che l'ordinanza controversa aveva cessato di produrre effetti giuridici alla data di scadenza dello stato di emergenza dichiarato nel territorio nazionale fino al 31 ottobre 2002 con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 giugno 2002, giacché la durata di applicazione dell'ordinanza era limitata a quella fissata dal decreto.

16.– L'ordinanza controversa, che non era più in vigore fin dal 1 novembre 2002, aveva conseguentemente esaurito tutti i suoi effetti prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato, anzi, persino prima dell'invio della lettera di diffida. Afferendo esclusivamente alla detta ordinanza, l'inadempimento imputato alla Repubblica italiana nel presente ricorso, quand'anche sussistente, non sarebbe comunque più potuto esistere alla data di scadenza del termine citato.

17.– Da quanto precede discende che il ricorso della Commissione deve essere dichiarato irricevibile.

Sulle spese

18.– Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Si deve rilevare che la Repubblica italia-

na non ha chiesto la condanna della Commissione alle spese. Ne consegue che ciascuna parte sopporterà le proprie spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è irricevibile.
- 2) La Commissione delle Comunità europee e la Repubblica italiana sopporteranno ciascuna le proprie spese».

Le conclusioni formulate nel ricorso nella causa C-337/05 (cont. 47461/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

«Con ricorso iscritto nel registro della Corte di Giustizia delle Comunità Europee con il numero di causa C-337/05 e notificato in data 26 settembre 2005, la Commissione formulò nei confronti del Governo della Repubblica Italiana le seguenti conclusioni:

– *constatare che avendo il Suo Governo ed in particolare i Ministeri dell’Interno, della Difesa, dell’Economia e delle Finanze, delle Politiche Agricole e Forestali, delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, posto in essere una prassi, esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di affidamento diretto degli appalti per l’acquisto di elicotteri di fabbricazione “Agusta” e “Agusta Bell” alla ditta “Agusta” per soddisfare le necessità dei Corpi militari dei Vigili del Fuoco, dei Carabinieri, del Corpo forestale dello Stato, della Guardia Costiera, della Guardia di Finanza e della Polizia di Stato, nonché del Dipartimento della Protezione civile, al di fuori di qualsiasi procedura di messa in concorrenza e, segnatamente, senza rispettare le procedure previste dalla direttiva 93/36/CEE e, prima ancora, delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE la Repubblica Italiana ha violato gli obblighi che Le impongono in virtù delle citate direttive;*

– *condannare la Repubblica Italiana al pagamento delle spese di giudizio».*

Il controricorso del Governo della Repubblica italiana nella causa C-337/05.

« Il ricorso è inammissibile infondato e se ne chiede il rigetto per i motivi, che qui di seguito si riportano.

1.– In via preliminare la Repubblica Italiana segnala la non corrispondenza tra le contestazioni svolte in sede di procedura d’infrazione e la domanda giudiziale formulata nelle conclusioni dalla Commissione. Tale domanda si incentra sull’aver posto in essere “*una prassi, esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di affidamento diretto degli appalti...per soddisfare le necessità dei Corpi militari...*”. Le contestazioni invece hanno riguardato invece essenzialmente forniture *civili* del Dipartimento della Protezione Civile, del Corpo Forestale dello Stato e dei Vigili del Fuoco, sicché – se anche tale divergenza non dovesse condurre alla manifesta inammissibilità del ricorso (nel più potrebbe essere compreso il meno) – acquistano un diverso valore le risposte formulate dal Governo della Repubblica italiana (e le stesse aperture formulate in tali risposte nei confronti delle tesi della Commissione): stante la genericità delle contestazioni, le risposte ai pareri motivati non consentono infatti alla Corte di trarre argomenti di prova contro la Repubblica italiana, né giustificano ammissioni di sorta sugli inadempimenti contestati come ritenuto dalla Commissione: di forniture militari nelle fasi precontenziose non si è mai fundamentalmente fatta questione.

2.– Se si tratta di forniture militari, la materia oggetto del ricorso resta regolata, prima che dalle richiamate direttive sugli appalti, dall’Articolo 296 (*ex* articolo 223) del Trattato,

a norma del quale “1. *Le disposizioni del presente trattato non ostano alle norme seguenti:*

a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza,

b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari.

2. *Il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione, può apportare modificazioni all’elenco, stabilito il 15 aprile 1958, dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b”)*

3.– Con deliberazione del 15 aprile 1958 il Consiglio della Comunità ha stabilito che “*Le disposizioni dell’art 223, paragrafo 1) del Trattato si applicano alle armi, alle munizioni e al materiale bellico enumerati in appresso, comprese le armi concepite per l’uso dell’energia nucleare: ... 10 aeronavi e relativi equipaggiamenti per impiego militare*”. La semplice lettura comparativa delle disposizioni emanate dal Consiglio indicano la volontà di sottrarre alla disciplina della concorrenza gli acquisti di aerei ed elicotteri, considerati in sé armamenti, anche indipendentemente dalla loro esclusiva destinazione a fini militari.

4.– Conseguentemente le direttive in materia di appalti di fornitura 93/36/CEE stabiliva all’articolo 2 comma 1, lettera b), che “*La presente direttiva non si applica..... agli appalti di forniture che sono dichiarati segreti o la cui esecuzione debba essere accompagnata da misure speciali di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari od amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi né quando lo esiga la tutela d’essenziali interessi di sicurezza di tale Stato*”.

L’Arma dei Carabinieri, la Guardia di Finanza e il Corpo delle Capitanerie di Porto – Guardia Costiera sono corpi militari dello Stato Italiano sicché le loro forniture, comunque impiegate, si sottraggono ai sensi delle citate disposizione alle regole del Trattato.

Né risulta contestato, in relazione a tali forniture un comportamento distorsivo della concorrenza in relazione a prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari ai sensi dell’art 296 (ex art 223) del Trattato.

5.– Quanto alle forniture di alcune amministrazioni centrali dello Stato Italiano, c’è da rilevare come, a partire dall’ottobre 2001, gli acquisti di elicotteri, sia civili che dei corpi militari addetti alla tutela dell’ordine pubblico, vengano progressivamente attratti in un’area specifica “*afférente alla Sicurezza dello Stato*” ed assoggettate ad un particolare requisito tecnico “*il dual use*”, che tende rapportare le forniture civile a quelle militari. La cronologia essenziale è la seguente.

5.1.– 5 ottobre 2001. Il Ministro della Difesa – in considerazione del fatto che “*gli eventi internazionali accaduti (attentati dell’11 settembre 2001) nonché i loro possibili sviluppi, impongono, tra l’altro, per le Pubbliche Amministrazioni una riflessione ad ampio spettro per tutto ciò che attiene, anche in senso lato, alla sicurezza del Paese e dei cittadini*” – invita le Amministrazioni interessate a sospendere le procedure di acquisto “*di beni e/o strumenti che possano avere un impiego, seppure eventuale, anche come sistema d’arma (ad esempio aerei, elicotteri, cingolati o altro)... al fine di poter concordare le opportune caratteristiche tecniche*”. Le acquisizioni di elicotteri in corso da parte della Polizia di Stato e del Corpo dei Vigili del Fuoco vengono conseguentemente sospese.

5.2.– Marzo 2002. Nel corso di una riunione del Comitato Nazionale dell'Ordine e della Sicurezza Pubblica, il Ministro dell'interno, raccomanda di procedere, nel rispetto della indicazione del Ministro della Difesa, a valutazioni ed acquisizioni il più possibile unitarie, previo individuazione di comuni caratteristiche di base dei mezzi da approvvigionare, secondo un coordinato programma, per conseguire anche sensibili economie di spesa. Tale orientamento viene confermato nel corso della Conferenza dei Servizi per il potenziamento della flotta elicotteri CFS, tenuta il 20 marzo 2002 presso il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, che aveva bandito, poi sospeso ed infine revocato le gare per l'acquisto di n. 33 elicotteri leggeri e di n. 16 elicotteri medi. Nella Conferenza si stabilisce che i velivoli da approvvigionare, destinati prioritariamente al contrasto degli incendi boschivi, siano suscettibili di impiego come supporto ad attività inerenti la difesa e la sicurezza nazionale, mediante la predisposizione di alcuni sistemi di comunicazione, identificazione e navigazione, compatibili con quelli installati sui mezzi della Difesa.

5.3.– Il 18 aprile 2002 il Capo della Polizia (Direttore Generale della Polizia Sicurezza) costituisce un Gruppo Tecnico di Valutazione – presieduto dal direttore dell'Ufficio Coordinamento e Pianificazione Forze di Polizia e composto da qualificati rappresentanti dei Comandi Generali dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, del Ministero delle Politiche Agricole e Forestali e delle competenti Articolazioni del Dipartimento della Pubblica Sicurezza e del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco – con compiti di:

- *condurre uno studio in forma coordinata per l'individuazione di comuni caratteristiche di base degli elicotteri in dotazione alle dette Amministrazioni;*
- *elaborare un parimenti coordinato programma di acquisizione di mezzi, scandito nel tempo sulla base di condivise esigenze prioritarie, anche con l'indicazione delle risorse finanziarie a cui attingere.*

La scelta sottesa è che un ammodernamento del parco elicotteristico delle Forze di Polizia nel loro complesso, così concepito ed attuato, consentirebbe di realizzare una gestione comune delle scorte di magazzino, un aggiornamento dei vigenti sistemi operativi e la creazione di nuove sinergie istituzionali, unitamente al raggiungimento di un sensibile abbattimento dei costi.

5.4.– A conclusione dei lavori, il 22 maggio 2002, nel significare che *“la necessità di ammodernamento delle flotte di caratteristiche è chiara ed impellente”*, il Gruppo Tecnico di Valutazione redige ed approva il *“Requisito di massima relativo all'elicottero biturbina leggero per i Corpi della Stato”* ed il *“Requisito tecnico di massima relativo all'elicottero biturbina medio per i Corpi dello Stato”*.

I due elaborati comprendono, altresì, la quantificazione delle esigenze complessive di aeromobili per ciascuna Amministrazione a decorrere dal 2003. I due elaborati sono trasmessi ai competenti Uffici delle Forze di polizia per lo svolgimento delle procedure di acquisto.

5.5.– 10 giugno 2002. Stipula contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta “Agusta”, per la fornitura di n. 4 elicotteri della tipologia media, con imputazione ai fondi di cui alla legge n. 217/1992 (potenziamento straordinario Forze di polizia), per le esigenze del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco.

La fornitura non è segretata ma viene eseguita in conformità al disposto dell'art. 9 comma 4, lettere *c)* e *d)* del Testo Unico sugli appalti pubblici di forniture (forniture sottoposte a diritti di esclusiva; forniture complementari effettuate dal fornitore originario) che

recepisce analoghe deroghe stabilite nella direttiva 93/36/CEE. Il contratto approvato e reso esecutivo con D.M. 19 luglio 2002, registrato alla Corte dei Conti. (1)

5.6.– Il Presidente del Consiglio dei Ministri emana l'ordinanza n. 3231 del 24 luglio 2002, recante "*Disposizioni urgenti per la lotta aerea agli incendi boschivi sul territorio nazionale*". L'ordinanza, fondata su una specifica emergenza operativa, autorizza il Dipartimento della Protezione Civile ed il Corpo Forestale dello Stato ad individuare ed acquisire i mezzi aerei ritenuti più idonei all'assolvimento dei compiti di istituto, anche in deroga alla normativa in materia di contabilità generale dello Stato e di appalti pubblici di forniture. La vicenda è stato oggetto di contenzioso presso la Corte di Giustizia (Causa C-525/03) concluso con una pronuncia di inammissibilità del ricorso.

5.7.– 28 ottobre 2002. Viene stipulato contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta "Agusta", per la fornitura di n. 2 elicotteri, completi di installazioni ausiliarie a corredo, assistenza tecnica e parti di ricambio, tipologia media, con imputazione ai fondi di cui all'art. 23-*quinquies* della legge n. 61/1998, per le esigenze del Corpo Forestale dello Stato. La fornitura non è segretata, effettuata in conformità all'ordinanza 24 luglio 2002. Contratto approvato e reso esecutivo con D.M. 28 ottobre 2002 registrato alla Corte dei Conti l'11 novembre 2002 (2).

5.8.– 31 ottobre 2002. Il Presidente del Consiglio dei Ministri – "*considerato che a seguito dei noti eventi terroristici dell'11 settembre 2001 le azioni eversive in ambito internazionale assumono sempre più le caratteristiche di un conflitto armato*" – con propria direttiva dispone:

a) "*le acquisizioni di elicotteri destinati all'ammodernamento ed al potenziamento delle flotte elicotteristiche adibite a compiti di sicurezza, ordine pubblico o protezione civile devono avere caratteristiche tali da poterne consentire un impiego, anche se eventuale, come sistemi d'arma e di difesa, avendo cura di assicurare la massima interoperabilità con i mezzi esistenti, minimizzando così gli impatti logistici, addestrativi ed operativi connessi con il loro eventuale uso per esigenze militari e/o antiterrorismo*";

b) "*a tal fine le proposte di acquisto ed i relativi capitolati tecnici dovranno essere preventivamente approvati ad una apposita commissione istituita presso il Ministero dell'Interno, della quale sono chiamati a far parte rappresentanti del Ministero della difesa e delle altre amministrazioni interessate*".

5.9.– In data 23 dicembre 2002 viene stipulato contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta "Agusta", per la fornitura di n. 4 elicotteri

(1) Con sentenza 13 ottobre 2003 il T.A.R. del Lazio ha rigettato il ricorso della Ditta MD Helicopters (USA) per l'annullamento degli atti e provvedimenti relativi alla fornitura, ritenendo applicabile il disposto dell'art. comma 4, lettere c) e d), del Testo Unico sugli appalti pubblici di forniture.

Con decisione 22 giugno 2004 il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso nei confronti della citata sentenza, annullando gli "impugnati provvedimenti che hanno dato vita alla trattativa privata" e condannando il Ministero dell'interno al risarcimento del danno nella misura del 2% sul prezzo complessivo della fornitura. Avverso detta decisione pende ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione per difetto di giurisdizione.

(2) Con sentenza 28 gennaio 2004 il T.A.R. del Lazio ha rigettato il ricorso della ditta MD Helicopters (USA) per l'annullamento degli atti e provvedimenti relativi alla fornitura, riconoscendo la ricorrenza dell'esigenza di somma urgenza.

della tipologia media, con imputazione ai fondi di cui alla legge n. 217/1992 (potenziamento straordinario Forze di polizia), per le esigenze del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco. La fornitura non è segretata, ma eseguita in conformità al disposto del citato art. 9 comma 4, lettere c) e d), del Testo Unico sugli appalti pubblici di forniture. Il contratto è approvato e reso esecutivo con D.M. 23 dicembre 2003, registrato alla Corte dei Conti (3).

5.10.– Il Ministro dell'Interno, con decreto in data 24 febbraio 2003, costituisce la Commissione interministeriale prevista nella Direttiva presidenziale. La Commissione è presieduta dal direttore dell'Ufficio Coordinamento e Pianificazione Forze di Polizia e comprende qualificati rappresentanti del Ministero della Difesa, del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, del Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile, dei Comandi Generali dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, del Corpo Forestale dello Stato e del Corpo delle Capitanerie di Porto.

5.11.– La Commissione interministeriale con delibera in data 5 marzo 2003 recepisce le risultanze del Gruppo Tecnico di Valutazione ed i relativi elaborati tecnici, ritenendoli in linea con il disposto della direttiva presidenziale.

5.12.– 19 marzo 2003. Stipula di contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta "Agusta", per la fornitura in *leasing* di n. 4 elicotteri della tipologia leggera, con imputazione delle rate agli stanziamenti ordinari di bilancio, per le esigenze del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco. La fornitura non è segretata ed è eseguita in conformità al disposto del citato art. 9, comma 4, lettere c) e d), del Testo Unico sugli appalti pubblici di forniture. Contratto approvato e reso esecutivo con D.M. 19 marzo 2003 registrato alla Corte dei Conti (4).

5.13.– La Commissione interministeriale approva in data 14 aprile 2003 il "*Requisito militare di massima relativo all'elicottero biturbino leggero per i Corpi dello Stato*", che recepisce il corrispondente "*Requisito tecnico di massima*" elaborato dal Gruppo Tecnico di Valutazione, adeguandolo alle prescrizioni sulla militarizzazione, contenute nella direttiva presidenziale 31 ottobre 2002. L'elaborato reca, in allegato, le schede relative, rispettivamente, alle "*caratteristiche che i mezzi citati in oggetto dovranno avere per assicurare la massima interoperabilità con gli analoghi velivoli della Difesa*" ed agli "*aspetti legati al processo di omologazione ed alla normativa tecnica di riferimento*", entrambe predisposte dallo Stato Maggiore della Difesa.

5.14.– La Commissione interministeriale con delibera in data 6 maggio 2003 ritiene che i Capitolati tecnici adottati dal Corpo Forestale dello Stato per la fornitura di elicotteri leggeri e medi siano "*non rispondenti ai requisiti minimi definiti dallo Stato Maggiore della Difesa per i sistemi d'arma e di difesa e non rispondenti a caratteristiche di interoperabilità con i mezzi delle Forze di polizia*". Il Ministro delle Politiche Agricole e Forestali, con propria direttiva, dispone che il Corpo Forestale dello Stato si conformi al deliberato della Commissione interministeriale, sospendendo l'espletamento delle procedure di acquisizione in corso.

5.15.– Il Ministro dell'interno, con decreto 11 luglio 2003, sulla base di proposta avanzata dal Dipartimento della Pubblica Sicurezza e su parere favorevole espresso dall'Organo

(3) Vedi nota 1.

(4) Vedi nota 1.

Centrale di Sicurezza, dispone la segretazione di atti e procedure inerenti la fornitura degli elicotteri della tipologia leggera per finalità di *“protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato”*, ai sensi dell’art. 4, comma 1, lettera c), del Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture.

5.16.– La Commissione interministeriale, a conclusione dell’esame, approva in data 22 ottobre 2003 le proposte di acquisto di elicotteri/sistemi d’arma della tipologia leggera per le esigenze della Polizia di Stato (n. 1), dell’Arma dei Carabinieri (n. 17) e della Guardia di Finanza (n. 7), ritenendole conformi al relativo *“Requisito militare di massima”*.

5.17.– La Commissione interministeriale con delibera 27 ottobre 2003 approva il *“Requisito militare di massima relativo all’elicottero biturbino medio per i Corpi dello Stato”*, analogo al corrispondente *“Requisito militare di massima relativo agli elicotteri leggeri”*, recante in allegato le citate schede dello Stato Maggiore della Difesa. La Commissione approva, altresì, i nuovi Capitolati tecnici predisposti dal Corpo Forestale dello Stato per le forniture di elicotteri leggeri e medi.

5.18.– La Commissione interministeriale con delibera 10 dicembre 2003 esamina ed approva la proposta di acquisto di n. 5 elicotteri/sistemi d’arma della tipologia leggera, avanzata dal Corpo Forestale dello Stato, ritenendolo conforme al relativo *“Requisito militare di massima”* ed al Capitolato tecnico approvato nella seduta del 27 ottobre 2003.

5.19.– Il Ministro dell’interno, con decreto 11 dicembre 2003, sulla base di proposta avanzata dai Dipartimento della Pubblica Sicurezza e su parere favorevole espresso dall’Organo Centrale di Sicurezza, dispone la segretazione di atti e procedure inerenti la fornitura degli elicotteri della tipologia media per finalità di *“protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato”*, ai sensi dell’art. 4, lettera c), del Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture.

5.20.– La Commissione interministeriale, a conclusione dell’esame, in data 19 dicembre 2003, approva la proposta di acquisto di elicotteri/sistemi d’arma medi avanzata dal Corpo Forestale dello Stato, ritenendolo conforme al relativo *“Requisito militare di massima”* ed al Capitolato tecnico approvato nella seduta del 27 ottobre 2003.

5.21. – La Commissione Consultiva prevista dall’art. 9 della legge 28 febbraio 1992, n. 217, per dar corso in via amministrativa alla spesa, esprime parere favorevole in merito *“all’acquisto, da parte dell’Arma dei Carabinieri (n. 17 elicotteri), della Guardia di Finanza (n. 7 elicotteri) e della Polizia di Stato (n. 1 elicottero), di complessivi n. 25 elicotteri/sistemi d’arma completi di supporto tecnico logistico globale ed addestramento per il personale aeronavigante”* presso la Ditta Agusta S.p.A. , *“mediante trattativa privata ai sensi dell’art. 4, lettere c) ed e), del T.U. delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture e dell’art. 41, punti 2), 3) e 6) del Regolamento Generale di Contabilità di Stato”* con le seguenti motivazioni:

– *“l’Arma dei Carabinieri e la Guardia di Finanza sono escluse dall’ambito di applicazione della normativa comunitaria, in quanto nell’elenco deliberato dal Consiglio delle Comunità Europee, ai sensi dell’art. 223 del Trattato di Roma istitutivo della stessa (attuale art. 296 del Trattato CE), al punto 10, sono riportati: velivoli ed attrezzature ad uso militare. Le menzionate Amministrazioni sono parte integrante delle Forze Armate dello Stato ed inserite, in virtù dei propri compiti istituzionali, nell’ambito del sistema di difesa e sicurezza”;*

– *“l’Arma dei Carabinieri, la Guardia di Finanza e la Polizia di Stato sono escluse dall’ambito di applicazione della normativa comunitaria in quanto, per le acquisizioni in argomento, la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato esige l’adozione di*

speciali misure di sicurezza di cui al Decreto del Ministro dell'Interno 558/A/04/03/RR in data 11 luglio 2003";

– *“la Società Agusta, costruttrice e distributrice esclusiva dei mezzi aerei della classe di cui alle forniture in parola, è altresì l'unica sul territorio nazionale che per le capacità tecniche e industriali possedute, soddisfa pienamente le esigenze di supporto logistico alle Amministrazioni interessate”*, giusta art. 9, comma 4, lettere c) ed e), del citato T.U. sulle forniture.

5.22.– In data 19 dicembre 2003 si stipula contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta “Agusta”, per la fornitura di n. 7 elicotteri/sistemi d'arma di difesa, tipologia leggera, comprensivi di installazioni ausiliarie e supporto logistico globale con imputazione ai fondi di cui alla legge n. 217/1992 (potenziamento straordinario Forze di polizia), per le esigenze della Guardia di Finanza. La fornitura è segretata ed il contratto è approvato e reso esecutivo con D.M. 28 dicembre 2003, registrato alla Corte dei Conti il 17 febbraio 2004 (5).

5.23.– Stipula in data 23 dicembre 2003 di contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta “Agusta”, per la fornitura di n. 17 elicotteri/sistemi d'arma di difesa, tipologia leggera, completi di installazioni ausiliarie e di supporto logistico globale, con imputazione ai fondi di cui alla legge n. 217/1992 (potenziamento straordinario Forze di polizia), per le esigenze dell'Arma dei Carabinieri. La fornitura è segretata e il contratto è approvato e reso esecutivo con D.M. 24 dicembre 2003, registrato alla Corte dei Conti il 16 marzo 2004 (6).

5.24.– Si stipula contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta “Agusta”, per la fornitura di n. 3 elicotteri adeguatamente equipaggiati per le esigenze *dual use*, (svolgimento del servizio di istituto e del servizio antiterrorismo), tipo-

(5) Ricorso al T.A.R. del Lazio della Ditta MD Helicopters (USA), per l'annullamento – previa sospensione dell'esecutorietà – del decreto ministeriale di segretazione 11 luglio 2003, di tutti gli atti prodromici e successivi, nonché di “tutti gli eventuali atti e provvedimenti” con cui le Amministrazioni stessero dando corso alle forniture. Il 18 dicembre 2003 il T.A.R. respinge l'istanza di sospensiva.

Il T.A.R. del Lazio ordina in data 11 marzo 2004 al Ministero dell'interno *“l'esibizione in giudizio di documentati chiarimenti in ordine ad eventuali forniture di elicotteri della tipologia indicata nel decreto 11 luglio 2003, acquisite o in corso di acquisizione successivamente all'adozione del medesimo decreto oggetto di gravame, ed assoggettate a regime derogatorio al D.Lvo n.358/92, come modificato dal D.Lvo n. 402/98, con allegazione dei relativi atti procedurali”*. Il Ministero dell'interno dà adempimento all'ordinanza in data 28 maggio 2005.

Con ordinanza emessa il 28 luglio 2004 il T.A.R. accoglie la domanda incidentale di sospensione delle forniture fino al 14 ottobre 2004, data della decisione nel merito. In tale data il T.A.R. accoglie il ricorso principale ed annulla i provvedimenti impugnati; rigetta la domanda risarcitoria (sentenza n. 369/2004).

Su appello proposto dall'Avvocatura Generale dello Stato e dalla Spa Agusta in data 19 aprile 2005 il Consiglio di Stato con sentenza n. 3068/2005, accoglie gli appelli principali e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

L'Avvocatura Generale dello Stato, in esito a richiesta del Ministero dell'interno, in data 29 settembre 2005 esprime il parere che *“allo stato degli atti, vista la sentenza n. 3086/05 del Consiglio di Stato, non sussistono ostacoli a che i contratti di fornitura, a suo tempo impugnati da MD Helicopters Inc., siano considerati validi ed efficaci”*.

(6) Vedi nota 5.

logia leggera, nella configurazione di cui al relativo Capitolato tecnico, con installazioni ausiliarie e supporto logistico globale, con imputazione ai fondi di cui all'articolo 23-*quinquies* della legge n. 61/1998, per le esigenze del Corpo Forestale dello Stato. La fornitura segretata e il contratto approvato e reso esecutivo con D.M. 29 dicembre 2003, registrato alla Code dei Conti il 24 febbraio 2004 (7).

5.25.– Stipula in data 24 dicembre 2003 di contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta “Agusta”, per la fornitura di n. 7 elicotteri, tipologia media, completi di installazioni ausiliarie a corredo, assistenza tecnica e parti di ricambio, con imputazione ai fondi di cui all'articolo 23-*quinquies* della legge n. 61/1998, per le esigenze del Corpo Forestale dello Stato. La fornitura è segretata e il contratto approvato e reso esecutivo con decreto del D.M. 29 dicembre 2003, registrato alla Corte dei Conti il 24 febbraio 2004 (8).

5.26.– Stipula in data 30 dicembre 2003 di contratto in forma pubblica amministrativa, a seguito di trattativa privata con la ditta “Agusta”, per la fornitura di un elicottero/sistema d'arma di difesa, tipologia leggera, comprensivo di installazioni ausiliarie e di supporto logistico globale, con imputazione ai fondi di cui alla legge n. 217/1992 (potenziamento straordinario Forze di polizia), per le esigenze della Polizia di Stato. La fornitura è segretata e il contratto è approvato e reso esecutivo con D.M. 31 dicembre 2003, registrato alla Corte dei Conti il 13 febbraio 2004 (9).

6.– Dalla sequenza degli atti emerge con evidenza che la progressiva assimilazione delle forniture di cui si tratta a vere e proprie forniture militari non ha riguardato tutte le amministrazioni della Repubblica italiana ma esclusivamente gli organi statali che erano, per legge, regolamento o per disposizione interna, già affidatari di compiti relativi alla sicurezza nazionale, in connessione con le misure antiterrorismo adottate da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea dopo l'11 settembre 2001. Non esiste – se non per accidente – alcuna prassi diretta a riservare alla Agusta S.p.A. le forniture di mezzi e servizi, ma una scelta concreta e motivata di attrarre determinate forniture (e solo quelle) nell'ambito della tutela di interessi concernenti la sicurezza nazionale. La giustificazione di tale scelta è in *ipsa re*, dal momento che nell'ordinamento italiano questi particolari organismi amministrativi sono destinati ad operare in stretta connessione con l'Arma dei carabinieri, la Guardia di Finanza e il Corpo delle Capitanerie di Porto, che hanno forma e sostanza di corpi armati dello Stato. Una volta scelta la via tecnica dell'interoperabilità (nelle linee di volo, nelle trasmissioni, nell'addestramento e nella logistica) per ragioni di sicurezza nazionale, l'assimilazione di questi servizi e delle relative forniture – sia pure con provvedimenti di volta in volta motivati – ai servizi ed alle forniture militari diviene fatto consequenziale, fondato su una motivazione ragionevole.

(7) Vedi nota 5.

(8) Sebbene la Ditta *MD Helicopters* abbia chiesto al T.A.R. del Lazio l'annullamento degli atti e provvedimenti relativi alla fornitura degli elicotteri leggeri, nel ricorso di cui alla nota 5) si fa riferimento agli atti e provvedimenti inerenti la fornitura degli elicotteri medi. Il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, pertanto, a seguito dell'ordinanza del T.A.R. Lazio 28 luglio 2004, ha sospeso cautelativamente entrambe le forniture, che sono state riattivate ad avvenuto deposito della decisione del Consiglio di Stato 3086/05.

(9) Vedi nota 5.

7.– La prova di un uso accorto della facoltà di deroga fondata sull'esigenza della sicurezza nazionale deriva proprio dall'esclusione degli acquisti effettuati dal Dipartimento della Protezione Civile e dal Corpo dei Vigili del Fuoco da ogni misura di segretazione e dalla circostanza che ciascuna fornitura segue specifiche procedure di affidamento ed autonome valutazioni in ordine ai beni da acquistare.

8.– Del tutto estranea alla controversia è la posizione del Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei ministri. Questa struttura non ha mai utilizzato per l'acquisto di elicotteri l'ordinanza n. 3231 adottata dal Presidente del Consiglio dei Ministri il 24 luglio 2002 per le emergenze derivanti dagli incendi boschivi né ha mai utilizzato per la stessa finalità l'art 12 comma 2 dell'ordinanza n. 3265 del 21 febbraio 2003 adottata per il terremoto e le altre calamità naturali. Il procedimento induttivo che la Commissione spesso utilizza per inferire ammissioni della Repubblica italiana ai fatti contestati è molto ampio e spesso acritico: nel caso di specie tuttavia risposta fornita dal Dipartimento della Protezione Civile al parere motivato in data 12 maggio 2004 (allegato 16 al ricorso della Commissione) non sembra lasciare margini di dubbio dal momento che l'ufficio si limita a trasmettere copia di un bando di gara.

9.– In relazione alla posizione del Corpo Forestale dello Stato si ricorda che la controversia tra la Repubblica Italiana e la Commissione è stata definita con la sentenza della Corte di Giustizia 27 ottobre 2005 in causa C-525/03 con la declaratoria di irricevibilità del ricorso. Da tale decisione risulta testualmente al punto 4: *“Sulla base dell'ordinanza controversa, il Ministero delle Politiche Agricole e forestali ha adottato il decreto 1619/02 che approvava e rendeva esecutivo un contratto stipulato con la società Agusta S.p.A. a trattativa privata ai sensi della suddetta ordinanza, relativo alla fornitura di due elicotteri, completi di installazioni a corredo, assistenza tecnica, parti di ricambio e quant'altro necessario al funzionamento di tali veicoli”* Non si comprende per quale motivo una questione già trattata e discussa in Corte di Giustizia e definita nel senso dell'irricevibilità del ricorso solo in conseguenza delle modalità responsabilmente scelte dalla Commissione di proporre la relativa domanda, debba oggi essere riproposta in termini analoghi a quelli per i quali è stata trattenuta in decisione. Il *ne bis in idem* appare nel caso di specie eccezione sostanziale. Si rammenta al riguardo che in quella occasione la difesa del Governo Italiano aveva insistito per una pronuncia nel merito della controversia, che, com'è noto, riguardava, un caso particolare di deroga ai sensi dell'art. 6 comma 3, lett. d) della direttiva 93/36/CEE

10.– Un particolare approfondimento merita la controversia in relazione alla tesi esposta dalla Commissione secondo cui le esigenze di sicurezza potrebbero essere assicurate attraverso oneri di riservatezza imposti ai partecipanti alla ipotetica gara ed evitando di pubblicizzare sulle *home pages* dei Corpi di Polizia le relative informazioni (un documento estratto dal sito www.carabinieri.it conterrebbe, secondo la Commissione, indicazioni sulle caratteristiche principali dei mezzi in questione – allegato 7 al ricorso della Commissione).

Al riguardo si chiarisce che il documento richiamato reca soltanto informazioni generiche sulla storia della flotta dell'Arma dei Carabinieri, senza menzionare in alcun modo altri aspetti inerenti i complessi elettronici di bordo, i sistemi di comunicazione, navigazione, pilotaggio ed armamento degli aeromobili ed altre informazioni sensibili. Al riguardo gli articoli dei contratti stipulati da corpi militari prevedono che *“La ditta si impegna di garantire nell'espletamento del ... contratto, l'osservanza degli obblighi ad essa derivanti dal Regio Decreto 11 luglio 1941, n. 1161 ... e delle disposizioni integrative...”*. Ciò comprova che l'Amministrazione non ha, con riguardo alle forniture in questione, un generico interes-

se di “riservatezza” bensì l’esigenza di salvaguardare il “segreto militare”. Di conseguenza le deroghe applicate si ritengono rispondenti in pieno al principio di proporzionalità.

11.– Per quanto concerne l’assimilazione delle forniture dei Corpi di Polizia a vere e proprie forniture militari, con riguardo ai punti n. 77 e 78 del ricorso, si osserva che l’omogeneità delle linee di volo all’interno dei reparti favorisce l’impiego operativo poiché consente, attraverso una razionalizzazione del ciclo logistico, l’abbattimento dei tempi di riparazione/manutenzione e risponde a ragioni di sicurezza del volo in quanto in sede di analisi e prevenzione degli incidenti sono emersi rischi rilevanti connessi al contestuale addestramento del personale su diversi tipi di vettore. Inoltre, l’interoperabilità tra i mezzi in uso alle Forze armate e alle Forze di polizia consente di sviluppare attività integrate di carattere tecnico/addestrative, tecnico/logistico e tecnico/amministrativo, funzionali al conseguimento degli obiettivi di assicurare la difesa interna del territorio e l’impiego integrato in operazioni internazionali per il mantenimento della pace e/o l’espletamento di attività di polizia, secondo standard procedurali affinati nel tempo come si può rilevare, tra l’altro, dal Decreto interministeriale Interno-Difesa in data 12 dicembre 2001. Tali fattori evidenziano la misura in cui l’eventuale cambiamento di fornitore esporrebbe l’Amministrazione a difficoltà tecniche sproporzionate (punto n. 81 ricorso).

12.– I contratti stipulati dal Dipartimento per i Vigili del Fuoco – come si è detto – non sono stati oggetto di segretezza; nondimeno l’Amministrazione si è ragionevolmente determinata a favore di un acquisto a trattativa privata con la ditta Augusta S.p.A. sia in relazione agli elicotteri di tipo leggero che per quelli medi, avvalendosi di specifiche deroghe previste dall’ordinamento comunitario ed in particolare della possibilità del ricorso alla trattativa privata per i casi previsti dall’art 6, comma 3 lettere c) ed e) della direttiva 93/36/CEE.

La questione è tuttora oggetto di contenzioso in sede nazionale, su ricorso proposto da un operatore extracomunitario, ed ha avuto finora un singolare epilogo, con la condanna dell’amministrazione a rifondere all’operatore straniero una somma pari al 2% della commessa a titolo di perdita di *chance*. Ma poiché anche i giudici che hanno pronunciato la condanna fanno parte dell’ordinamento della Repubblica Italiana sarebbe interessante comprendere, donde la Commissione ricava da questa vicenda l’inadempimento della Repubblica Italiana alle normative comunitarie: il diritto di partecipare alla gara per la fornitura di elicotteri, proprio in forza delle direttive comunitarie recepite dall’ordinamento nazionale è assicurato e garantito nella Repubblica italiana anche ad imprese extracomunitarie ed è stato oggetto di una sentenza che la difesa erariale ritiene ingiusta ma che comunque sussiste ed è tale da escludere l’inadempimento al Trattato contestato dalla Commissione.

13.– Nel merito la scelta effettuata dai Vigili del Fuoco aveva fondate ragioni nell’utilizzo della trattativa privata, anche ed indipendentemente dalle motivazioni relative alla interoperabilità della flotta elicotteristica nazionale adibita a compiti di pubblica sicurezza e della progressiva assimilazione di tali acquisti alle forniture militari:

a) gli elicotteri sono macchine complesse, nelle quali le case produttrici utilizzano ampiamente private industriali; nessuna istituzione comunitaria né internazionale si è mai data carico di dar corso a processi di normalizzazione. Allorché si tratta di adibire tali macchine in missioni spesso al limite della loro affidabilità sembra plausibile che le Amministrazioni procedano solo attraverso una scelta tecnica e secondo gli affidamenti sperimentati (art. 6, comma 3 lett. c della direttiva 93/36/CEE);

b) la parte essenziale della flotta elicotteristica dei Vigili del Fuoco era già composta all’atto della stipula dei contratti per cui è causa, di elicotteri di fabbricazione Augusta o

Agusta Bell, sicché diveniva imprescindibile procedere al completamento del parco a disposizione delle singole unità con macchine interscambiabili (art. 6, comma 3, lett. *e*) della direttiva 93/36/CEE.

14.– La Commissione ritiene che tale ultima deroga non possa essere utilizzata oltre il triennio (paragrafo 80 del ricorso). La tesi non può essere condivisa in quanto: *a*) presuppone erroneamente che l'utilizzazione di un elicottero (e delle sue parti di ricambio) si esaurisca in tre anni (dal contratto, dalla consegna, dalla fornitura del pezzo di ricambio?); *b*) non tiene conto che il limite triennale previsto è connotato da specifica elasticità “*come norma generale*”, valida indubbiamente per le forniture di stampati, del tutto fuori luogo per la gestione di un parco elicotteristico.

15.– Una seconda obiezione della Commissione connota come illegali le forniture complementari ad una precedente fornitura illegale (punti da 40 a 51 del ricorso), ribadendo in questa sede la tesi di una prassi, anteriore al 2000, di acquistare elicotteri solo dalla società Agusta e comunque a trattativa privata.

Sul piano formale non sembra alla difesa erariale che l'art. 6, comma 3 lett. *e*) della direttiva 93/36/CEE contenga limiti all'operatività della deroga dall'eventuale (e non dimostrata) illiceità del cosiddetto contratto principale. L'obiezione pratica secondo cui le commesse complementari potrebbero essere proseguite a tempo indeterminato, non giustifica l'introduzione di limitazioni non previste dalla direttiva: il trascorrere del tempo infatti e la natura complementare della prestazione sono elementi che incidono direttamente sul giudizio di compatibilità e sulla sproporzione delle difficoltà tecniche che l'amministrazione deve indicare come giustificazione per procedere alla commessa complementare, sicché l'interprete non può legittimamente introdurre una condizione qualitativamente diversa da quella già prevista e disciplinata dal legislatore comunitario.

16.– Sotto il profilo dell'esistenza della prassi, una serie di dati che il Governo della Repubblica italiana si accinge a fornire possono dare un quadro più realistico della reale consistenza della questione.

Una prima serie di dati riguarda la composizione delle flotte di elicotteri a turbina per il mercato militare e governativo dell'Unione Europea. I dati relativi mostrano una situazione italiana non difforme dalla maggioranza degli Stati Membri produttori e comunque una tendenza di ciascuno stato membro di avvalersi nel settore di sistemi monomarca. Nel settore militare una maggiore differenziazione può derivare da esigenze di specializzazione dei corpi di difesa.

17.– Ulteriore dato che si fornisce alla Corte è la consistenza delle flotte elicotteristiche delle Autorità coinvolte nell'azione di inadempimento promossa dalla Commissione. L'anno di acquisto delle macchine costituenti il parco attualmente in funzione è – ad avviso della difesa erariale – utile strumento di valutazione. Ulteriore elemento di valutazione è l'origine storica, prevalentemente militare, del parco elicotteristico nazionale e le connessioni tuttora ravvisabili del settore civile con aspetti legati alla ricerca e all'approvvigionamento di armamenti.

18.– Un'ultima questione riguarda la posizione di Agusta S.p.A. nel quadro dell'ordinamento nazionale italiano e le ragioni per le quali alla fine degli anni '90 gran parte del parco elicotteristico nazionale era (legittimamente) composto da elicotteri prodotti da tale società.

È evidente che gli affidamenti diretti da parte di amministrazioni statali ad imprese all'epoca appartenenti al sistema delle partecipazioni statali non possono rientrare, se non in una accezione ampia, nel fluttuante sistema giurisprudenziale degli appalti *in house*. Nondimeno l'*autoproduzione di beni e servizi*, che venivano utilizzati dall'amministrazione pubblica, costituiva una parte fondamentale del portafoglio produttivo delle società par-

tecipate dallo Stato e gli effetti indotti dalle partecipazioni statali sul sistema produttivo nazionale ed europeo, soprattutto in settori di alta tecnologia e di progressivo affrancamento da dipendenze extracomunitarie, è innegabile. In questo contesto, nel momento in cui il sistema delle partecipazioni statali viene meno per il progressivo espandersi del mercato comune europeo, non appare ragionevole negare gli effetti di tale realtà, pretendendo di cancellare il nome di Agusta dal parco elicotteristico nazionale. La società aveva all'epoca un ruolo di punta nelle scelte di politica industriale del Paese, oggi è una realtà che opera integralmente nel mercato, ma che legittimamente utilizza un bagaglio di esperienze e di possibilità che discendono dalle sue origini e continua ad occupare nel quadro nazionale della produzione di armamenti quella posizione strategica che è alla base del permanere della partecipazione pubblica nel suo pacchetto azionario.

Per utilità della Corte si deposita una scheda ragionata sulle partecipazioni statali, sull'EFIM, su Fimmeccanica e su Agusta S.p.A. da intendersi come parte integrante del presente controricorso.

Si insiste affinché il ricorso proposto dalla Commissione sia dichiarato inammissibile e comunque rigettato, con consequenziali statuizioni in ordine alle spese di lite.

Roma, 5 dicembre 2005 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Le conclusioni formulate nel ricorso nella causa C-157/06 (Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica Italiana) (ct. 15892/06, avv. dello Stato G. Fiengo).

«Con ricorso depositato il 23 marzo 2006, la Commissione delle Comunità europee ha promosso presso la Corte di giustizia un procedimento per inadempimento contro l'Italia volto a far constatare che:

avendo adottato il decreto del Ministro dell'Interno dell'11 luglio 2003, con il quale viene autorizzata la deroga alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture per l'acquisizione di elicotteri leggeri per le esigenze delle forze di Polizia e del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco, senza che ricorra alcuna delle condizioni suscettibili di giustificare una tale deroga, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che Le incombono in virtù della direttiva 96/36/CEE e segnatamente del suo articolo 2, paragrafo 1, lettera b), in combinato disposto con gli articoli 6 e 9 della medesima direttiva».

Il controricorso del Governo della Repubblica italiana nella causa C-157/06 (ct. 15892/06, avv. dello Stato G. Fiengo)

«In via preliminare ed assorbente si osserva che la materia oggetto del contendere è totalmente contenuta nel ricorso per inadempimento C-337/05 promosso dalla Commissione contro la Repubblica italiana. Anche se tale circostanza non porta, come ritiene la difesa della Repubblica italiana, all'inammissibilità del ricorso, ragionevolezza processuale impone comunque la trattazione congiunta dei due procedimenti.

In ogni caso il ricorso da ultimo presentato è infondato e se ne chiede il rigetto per i motivi che saranno illustrati nel prosieguo.

Come ricorda la stessa Commissione, la presente procedura d'infrazione ha preso l'avvio in data 30 marzo 2004 con l'invio di una lettera di messa in mora alle Autorità italiane avente ad oggetto le modalità di acquisizione degli elicotteri leggeri per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco stabilite dal Decreto del Ministro dell'Interno dell'11 luglio 2003

Il dispositivo del decreto oggetto di contestazione recita nel seguente modo:

“Le forniture di elicotteri della tipologia leggera per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco devono essere accompagnate da speciali misure di sicurezza, da estendersi agli atti del Gruppo Tecnico di Valutazione e della Commissione interministeriale di cui in narrativa.

Per l’espletamento delle forniture stesse si può derogare al disposto del Decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, novato con Decreto Legislativo 20 ottobre 1998, n.402, ricorrendo nella fattispecie le condizioni di cui all’art. 4, lett. c), del detto testo normativo”.

L’art. 4 del D.Lgs. n. 358/1992 riproduce l’art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, il quale esclude l’applicazione della Direttiva medesima nel caso di *“appalti di forniture dichiarati segreti o la cui esecuzione debba essere accompagnata da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari od amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi [e] quando lo esiga la tutela d’essenziali interessi di sicurezza di tale Stato”.*

Nella lettera di messa in mora la Commissione ha rilevato che la deroga prevista dal Decreto è in contrasto con il suddetto articolo 2, par. 1, lett. b) della Direttiva 93/36, in quanto, nel caso in esame, non risultano soddisfatte le condizioni in esso previste. In particolare, il Decreto: *i)* non contiene alcuna indicazione circa i presupposti applicativi della norma; *ii)* motiva l’applicabilità dell’art. 2 della Direttiva sulla base dell’esigenza di riservatezza, non fornendo spiegazioni in merito alle misure di sicurezza che dovrebbero accompagnare l’esecuzione dell’appalto al fine di soddisfare tale esigenza; *iii)* gli appalti non sono dichiarati segreti in modo espresso né risultano essere stati dichiarati tali.

In ogni caso, secondo la Commissione, la previsione di una deroga generalizzata all’applicazione della normativa comunitaria, per tutte le forniture in esame, sarebbe sproporzionata rispetto all’obiettivo di tutela delle esigenze di riservatezza.

Il Governo italiano ha replicato alla lettera della Commissione con nota del 30 luglio 2004. In tale risposta si è illustrato il quadro normativo in cui si colloca l’adozione del Decreto e si è attirata l’attenzione della Commissione sulle premesse dell’atto ai fini dell’esatta individuazione della portata delle disposizioni e delle motivazioni in esso contenute. Tali premesse chiariscono, in particolare, che il Decreto costituisce una mera specificazione di una serie di interventi normativi volti ad adeguare il sistema della sicurezza nazionale alle nuove esigenze emerse a seguito degli eventi terroristici dell’11 settembre 2001. Sulla scorta di tali interventi, infatti, il Governo ha ritenuto che, vista la natura e le particolari caratteristiche degli elicotteri oggetto delle forniture in esame, vi sia la necessità di garantire la massima riservatezza sull’oggetto delle stesse, sulle procedure seguite, sugli aspetti tecnici e progettuali, sugli allestimenti, sui documenti e sulle conoscenze da acquisire nel corso delle attività e delle varie procedure, disponendo in relazione alle medesime l’applicazione di speciali misure di sicurezza ai sensi della Direttiva 93/36.

Le autorità italiane hanno precisato che le misure di sicurezza previste dal Decreto riguardano tanto la segretezza delle forniture e degli atti quanto l’adozione dell’obbligo di tutela del segreto militare nonché il rispetto delle regole previste dalla legislazione in materia di sicurezza militare, tra cui il possesso del Nulla Osta di Segretezza – NOS rilasciato dall’Autorità Nazionale di Sicurezza.

Dal momento che i velivoli oggetto delle forniture non possono considerarsi ad uso civile ma vanno annoverati a pieno titolo tra il materiale bellico impiegato a difesa della salvaguardia e dell’integrità dello Stato, è evidente che le misure disposte mirano alla tutela

degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato e come tali giustificano la piena applicabilità dell'intero disposto dell'art. 2 della Direttiva 93/36 e non solo della seconda condizione in esso prevista.

Nonostante la chiara risposta delle Autorità italiane, la Commissione, non ritenendosi soddisfatta, ha adottato un parere motivato nel quale ha precisato che non considera dimostrata la sussistenza di nessuna delle condizioni previste dall'art. 2, par. 1, lett. b) della Direttiva. Indi la Commissione ha introdotto il giudizio, malgrado la dichiarata disponibilità dal Governo italiano ad adeguare il decreto ad una interpretazione condivisa delle norme comunitarie.

Prima di replicare nel merito alle contestazioni sollevate dalla Commissione nell'atto introduttivo del giudizio, si ritiene necessario esporre brevemente alla Corte il contesto normativo nell'ambito del quale è stato adottato il Decreto di cui è causa.

Come più volte ricordato, l'adozione dell'atto rappresenta una mera specificazione di una lunga serie d'interventi che sono stati posti in essere dalle Autorità italiane allo scopo di adeguare il sistema della sicurezza nazionale allo scenario internazionale delineatosi dopo gli eventi terroristici dell'11 settembre 2001. Ne discende pertanto che la ricostruzione del quadro che ha fatto da sfondo all'adozione del Decreto risulta indispensabile ai fini di una corretta interpretazione del significato e della portata delle sue disposizioni. La suddetta ricostruzione, peraltro, consentirà di mettere in luce un ulteriore aspetto che la Commissione ha indebitamente sottovalutato nei suoi scritti difensivi ma che risulta di fondamentale importanza ai fini di un corretto esame della presente fattispecie, vale a dire *la natura essenzialmente militare degli elicotteri oggetto del Decreto controverso*.

Come evidenziato dal Governo italiano nella risposta alla lettera di messa in mora, a seguito dei tragici attentati terroristici verificatisi nella seconda metà del 2001, le Autorità italiane hanno intrapreso un profondo processo di analisi volto all'individuazione delle misure maggiormente idonee a prevenire e fronteggiare il pericolo di attacchi non convenzionali. Già all'indomani di quegli eventi, il Ministero della Difesa ha indirizzato alle varie amministrazioni dello Stato una nota con cui queste venivano sollecitate *“a una particolare attenzione verso quegli acquisti, da parte di strutture pubbliche, di beni o strumenti che possano avere un impiego, seppure eventuale, anche come sistemi d'arma (ad esempio aerei, elicotteri, cingolati o altro)”* e con la quale sono state invitate *“a sospendere, ove ciò sia possibile, le procedure già avviate per l'acquisto dei beni precisati, al fine di poter concordare con lo stesso Dicastero le opportune caratteristiche tecniche”*.

Il processo di riflessione è stato esteso alle varie amministrazioni dello Stato nonché ad un Comitato di esperti dei Ministeri della Difesa e dell'Interno, ed ha portato, tra l'altro, all'adozione della Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 31 ottobre 2002.

Tale Direttiva riveste particolare importanza in quanto, a seguito dell'evoluzione dello scenario internazionale, dispone una vera e propria *“militarizzazione”* degli elicotteri destinati all'ammmodernamento ed al potenziamento delle flotte adibite a compiti di sicurezza, ordine pubblico o protezione civile dello Stato.

La Direttiva presidenziale, infatti, constata che le azioni eversive in ambito internazionale vanno assumendo sempre più le caratteristiche di un conflitto armato e che i recenti avvenimenti sovversivi hanno aggravato lo stato di allerta verso il terrorismo su scala mondiale. Per tale ragione, raccogliendo i suggerimenti provenienti dal Ministero della Difesa, stabilisce che nelle modalità di approvvigionamento dei mezzi dei vari Corpi di sicurezza dello Stato si debba garantire la riservatezza delle informazioni tecniche riguardanti i mezzi impiegati.

Al tempo stesso, dispone che le acquisizioni di elicotteri destinati all'ammmodernamento ed al potenziamento delle flotte elicotteristiche adibite a compiti di sicurezza, ordine pub-

blico o protezione civile “*devono avere caratteristiche tali da poterne consentire un impiego, anche se eventuale, come sistemi d’arma e di difesa, avendo cura di assicurare la massima interoperabilità con i mezzi esistenti*”.

In un’ottica di efficienza e minimizzazione delle difficoltà operative, logistiche, e di addestramento, connesse all’eventuale uso militare e/o antiterrorismo degli elicotteri adibiti a compiti di sicurezza, ordine pubblico o protezione civile, la Direttiva presidenziale dispone che nell’ambito dell’acquisizione dei suddetti elicotteri debbano essere assicurate due esigenze di importanza vitale: *i) l’utilizzabilità di tali velivoli come sistemi d’arma e di difesa; ii) la necessità di assicurarne la massima interoperabilità con i mezzi già in dotazione dei Corpi dello Stato.*

La Direttiva prevede altresì che le proposte di acquisto ed i relativi capitoli tecnici degli elicotteri in questione siano preventivamente approvati da un’apposita Commissione istituita presso il Ministero dell’Interno, composta dai rappresentanti del Ministero della Difesa e delle altre amministrazioni interessate, *precisando in ogni caso che le valutazioni in ordine alle misure da adottare per garantire le esigenze di sicurezza nazionale connesse alle forniture in esame sono rimesse ai responsabili delle Amministrazioni che intendono procedere alle acquisizioni.*

Facendo seguito alle suddette disposizioni, nel febbraio 2003 è stata costituita mediante decreto del Ministero dell’Interno la menzionata Commissione interministeriale.

Tale Commissione ha recepito le conclusioni dei lavori svolti dal Gruppo Tecnico di Valutazione, nominato dal Capo della Polizia – Direttore Generale della Pubblica Sicurezza nell’aprile 2002 e composto da rappresentanti dei vari dicasteri interessati, allo scopo di individuare le caratteristiche tecniche di base degli elicotteri in dotazione ai vari Corpi di sicurezza dello Stato. Successivamente, essa ha dato mandato ai rappresentanti del Ministero della Difesa (Stato Maggiore dell’Aeronautica ed ARMAREO – Direzione Generale Armamenti Aeronautici) di procedere alla redazione di un documento che indicasse i requisiti tecnici ed operativi in presenza dei quali un velivolo può considerarsi utilizzabile come “*sistema d’arma o di difesa*”.

Il suddetto documento è stato redatto dallo Stato Maggiore della Difesa nell’aprile 2003 sotto forma di Scheda, nella quale si precisa anzitutto che “*il sistema d’arma si configura come l’insieme costituito dalla piattaforma elicotteristica, dall’armamento e dagli equipaggiamenti che formano un complesso cooperante nell’azione atta a portare offesa o consentire la difesa dell’aeromobile da attacchi ostili*”. La Scheda puntualizza, altresì, che alla luce di quanto disposto dalla Direttiva del Presidente del Consiglio, le piattaforme in parola possono essere utilizzate sul territorio nazionale per esigenze prettamente militari e, in concorso con gli aeromobili delle altre Forze Armate, nelle operazioni aereo-terrestri o aereo-navali (quali, ad esempio, il controllo delle “*no-fly zone*”, in cui è necessario che tutti gli aeromobili operanti nell’area possiedano caratteristiche tali da consentire un continuo monitoraggio dell’intera situazione aerea da parte del Centro di Comando e Controllo Aereo e una gestione integrata degli aeromobili impiegati).

Per consentire la massima interoperabilità con i mezzi esistenti, la Scheda dispone inoltre che gli elicotteri, oltre ai requisiti di base, debbano possedere requisiti minimi specifici inerenti ai settori dell’armamento, della comunicazione, della navigazione e dell’identificazione per essere eventualmente impiegati come sistema d’arma. Più in particolare, essi devono avere la predisposizione completa (installazione di supporti, attacchi, connessioni elettriche ed idrauliche, ecc.) per poter alloggiare, senza provocare alterazioni alla loro configurazione originaria, un armamento leggero idoneo ad assolvere i compiti istitu-

zionali dei Corpi di Sicurezza dello Stato (che sia altresì analogo a quello già installato su altri elicotteri delle Forze armate).

Per procedere all'individuazione dei suddetti equipaggiamenti ed in generale dell'intera piattaforma – continua la Scheda – si deve far ricorso al concetto di “supporto logistico integrato” che, oltre ad utilizzare metodologie, procedure e *standards* commerciali, tenga conto del sistema di sopportabilità militare di alcuni apparati forniti in GFE (*Government Furnished Equipment*). Ciò al fine di garantire la massima efficienza del mezzo, l'interscambio e la standardizzazione dei componenti di bordo. Il supporto logistico richiesto deve consentire inoltre il massimo uso delle risorse già esistenti in termini di capacità del personale specializzato, di procedure manutentive/addestrative, di *Air Ground Equipment* e di infrastrutture esistenti. In tal senso si auspica altresì la certificazione IFR (la certificazione che permette i voli notturni e con condizioni meteorologiche avverse), al fine di consentire la più ampia utilizzazione del velivolo e liberare così risorse fondamentali della Difesa.

Al fine di contrastare la rapida e continua evoluzione della minaccia terroristica, che potrebbe concretizzarsi anche nell'utilizzazione di armamenti di lancio impiegati per scopi militari, infine, si è ritenuto opportuno che le piattaforme in oggetto fossero munite di predisposizioni complete idonee ad accogliere sistemi di autoprotezione passivi (corazzature) ed attivi (missili e sistema “*Chaff/Flares Dispencer*”). Tali predisposizioni sono volte a favorire l'eventuale impiego dei velivoli nel corso di operazioni al di fuori del territorio nazionale, a diretto supporto dei Corpi di Sicurezza dello Stato eventualmente schierati “fuori area” o per altre esigenze militari.

Recependo le indicazioni contenute nella Scheda, la Commissione interministeriale ha redatto, approvato e trasmesso alle amministrazioni interessate i capitolati tecnici relativi ai “*Requisiti militari di massima*” che deve possedere la flotta elicotteristica al servizio dei vari Corpi di sicurezza dello Stato.

Più tardi, la Commissione ha approvato e trasmesso alle competenti amministrazioni una “Scheda relativa alla normativa tecnica ed all'omologazione degli aeromobili delle Amministrazioni dello Stato”, che è stata predisposta dal Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti aeronautici (ARMAEREO) nel maggio 2003 quale parte integrante dei “*Requisiti militari di massima*” testé menzionati.

La citata Scheda, vista la necessità di rendere gli elicotteri destinati ai vari Corpi dello Stato idonei all'impiego come sistemi d'arma e di difesa, ha precisato che la loro configurazione può essere omologata dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC) esclusivamente in termini di “*No Hazard*” mentre l'intera configurazione del mezzo deve essere omologata dall'Amministrazione Difesa – Direzione Generale Armamenti Aeronautici (ARMAEREO). ARMAEREO dunque sarà l'amministrazione responsabile della certificazione nonché dell'assegnazione delle matricole militari e della gestione degli aeromobili in parola.

All'esito di tutto questo articolato processo di valutazione, nel luglio 2003, il Ministero dell'Interno ha adottato il decreto oggetto di giudizio. Con tale decreto il Ministro competente si è limitato a recepire l'indicazione contenuta nel decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 31 ottobre 2002, ai sensi del quale le valutazioni in ordine alle misure da adottare per garantire le esigenze di sicurezza nazionale connesse alle forniture di elicotteri in esame sono rimesse ai responsabili delle Amministrazioni interessate, e a tal fine ha operato un espresso rinvio a tutto il processo di analisi e agli atti normativi che ne sono derivati, cui si è fatto cenno nei paragrafi che precedono.

Passando ad esaminare nel merito le censure avanzate dalla Commissione nell'atto introduttivo del giudizio, risulta anzitutto poco comprensibile il ragionamento svolto a tito-

lo preliminare al § 26 del ricorso, dove si afferma che l'art. 4, lett. c), del D.Lgs. n. 358/1992, richiamato dal Decreto, riproduce l'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36/CEE e non prevede alcuna misura di sicurezza né fornisce indicazioni su quali siano quelle applicabili al caso di specie. Di conseguenza – sostiene la Commissione – il rinvio effettuato nelle premesse del Decreto è privo di contenuto.

Il suddetto rilievo – che peraltro non è stato sollevato in questi termini dalla Commissione nel parere motivato e quindi non può essere preso in considerazione dalla Corte – è poco comprensibile perché, come hanno rilevato più volte le Autorità italiane nel corso della procedura amministrativa, il richiamo all'art. 4, lett. c), del D.Lgs. n. 358/1992 operato nel dispositivo del decreto deve essere letto alla luce delle premesse dello stesso. Esse consentono di individuare senza difficoltà alcuna sia le motivazioni e la natura delle misure di sicurezza disposte dal Decreto sia le circostanze che permettono di ritenere soddisfatte le deroghe previste all'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36.

La Commissione pertanto valuta la fattispecie sulla base di un approccio solo formalistico e si limita ad esaminare solo la parte dispositiva del Decreto omettendo di tenere nella dovuta considerazione le motivazioni che ne hanno ispirato l'adozione e che pure risultano esterne nelle premesse dell'atto. Nella valutazione della parte dispositiva, inoltre, la Commissione pretende di attenersi al dato meramente letterale, pervenendo così ad un'interpretazione ingiustificatamente restrittiva dei contenuti normativi dell'atto.

Ebbene, la difesa erariale ritiene che la Corte debba prestare la massima attenzione tanto al contenuto della parte dispositiva del decreto quanto a quello delle premesse e procedere ad una lettura combinata dei medesimi.

L'esame del preambolo del decreto – che la Commissione ha omesso di svolgere in maniera adeguata nelle sue memorie – è di fondamentale importanza ai fini di un corretto inquadramento del *thema decidendum*. Esso infatti contiene numerosi e rilevanti riferimenti testuali agli atti che hanno preparato l'adozione del decreto e di cui questo costituisce una semplice specificazione, dai quali emerge con chiarezza la natura *non civile* degli elicotteri cui si riferisce il decreto oggetto di censura.

Il preambolo in questione richiama innanzitutto le disposizioni della Direttiva del Presidente del Consiglio del 31 ottobre 2002 i cui contenuti sono stati illustrati nei paragrafi precedenti.

Successivamente fa rinvio alle conclusioni a cui è prevenuta la Commissione interministeriale composta dai rappresentanti del Ministero della Difesa e delle altre amministrazioni interessate, nonché al Requisito militare di massima relativo all'elicottero biturbina leggero da questa elaborato, con cui è stato recepito il Requisito tecnico di massima predisposto dal Gruppo Tecnico di Valutazione nominato dal Capo della Polizia.

Svolti questi rinvii di carattere preliminare, le premesse del Decreto rilevano la necessità di potenziare ed adeguare le flotte elicotteristiche dei Corpi di sicurezza dello Stato alle necessità di sicurezza nazionale indicate nella Direttiva presidenziale. Al contempo sottolineano le esigenze da ritenere fondamentali ai fini della tutela di interessi essenziali di sicurezza dello Stato.

In particolare, il preambolo evidenzia che la natura e le particolari caratteristiche degli elicotteri della tipologia leggera destinati ad un possibile impiego militare rendono necessario garantire la massima riservatezza sull'oggetto delle forniture, sulle procedure seguite, sugli aspetti tecnici e progettuali, sugli allestimenti, sui documenti e sulle conoscenze che in ogni caso dovranno essere acquisite nel corso delle attività e delle varie procedure. Un maggiore dettaglio circa le informazioni in questione sarebbe infatti in contrasto con le precipue

esigenze di segretezza che occorre garantire nell'acquisizione dei velivoli in esame e rischierebbe di vanificare ogni sforzo compiuto in questo senso.

È sulla scorta di tutte queste necessarie considerazioni che, alla fine, la parte dispositiva del Decreto precisa due cose, e cioè che: i) “è necessario adottare, in relazione all'esigenza di segretezza delle forniture stesse, le speciali misure di sicurezza previste dall'art. 4, lett. c), da estendersi agli atti del Gruppo Tecnico di valutazione e della Commissione interministeriale”; ii) “ricorrono nella fattispecie le condizioni di cui all'art. 4, lett. c) [del D.Lgs. n. 358/1992]”.

È evidente dunque che un'interpretazione di carattere teleologico e sistematico del decreto nel suo complesso (parte motiva e dispositivo del decreto unitamente a tutti gli atti cui essi fanno rinvio) consente d'individuare con sufficiente chiarezza le finalità perseguite e gli interessi oggetto di tutela.

Nonostante la non del tutto ineccepibile tecnica redazionale – di cui in effetti si è preso atto nella lettera del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri inviata in risposta al parere motivato, senza che ciò costituisca tuttavia un'ammissione d'incompatibilità del decreto come invece asserisce la Commissione – altrettanto chiaramente si evince che, nel disporre “speciali misure di sicurezza, da estendersi agli atti del Gruppo tecnico di valutazione e della Commissione interministeriale”, il decreto non ha inteso operare un rinvio esclusivamente alla seconda condizione prevista dall'art. 2 della Direttiva 93/36 (le misure speciali di sicurezza, per l'appunto) bensì all'intero disposto dell'articolo.

In altre parole, si può dedurre agevolmente che il decreto: i) dispone (implicitamente) la segretezza degli atti e di tutte le informazioni concernenti gli aspetti tecnici e progettuali dei velivoli oggetto di acquisizione, nonché delle relative procedure di acquisizione, integrando così la prima delle condizioni di cui all'art. 2 della Direttiva 96/36 (appalti dichiarati segreti); ii) prevede l'adozione di speciali misure di sicurezza; iii) indica manifestamente che le misure adottate sono intese a garantire la “protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato”, con ciò integrando la terza condizione di cui al menzionato art. 2, par. 1, lett. b) della Direttiva.

La Commissione, sulla base dell'evidente approccio formalistico adottato sin dall'inizio della procedura contenziosa ritiene che gli elementi di cui sopra, che sono stati sottoposti alla sua attenzione dalle Autorità italiane, non debbano essere presi in considerazione. Essa sostiene invece che nessuna delle deroghe previste dall'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36 è applicabile nel caso di specie.

La risposta alle obiezioni sollevate dalla Commissione con riguardo a ciascuna delle condizioni di cui all'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36 sarà svolta qui di seguito.

La Commissione sostiene che la dichiarazione di segretezza cui fa riferimento il Decreto non può costituire un'ipotesi compresa nelle speciali misure di sicurezza, poiché questo avrebbe l'effetto di svuotare in buona parte di contenuto l'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva comunitaria (§ 32 del ricorso). Essa può semmai evocare la prima delle condizioni previste dall'articolo in parola, che riguarda gli appalti dichiarati segreti. Se anche così fosse, la Commissione ritiene comunque che neanche tale condizione può considerarsi soddisfatta, in quanto non è sufficiente “la semplice affermazione che l'Amministrazione reputa di dover tenere segrete le forniture di cui trattasi, senza alcuna spiegazione sugli interessi che il segreto mira a tutelare e sulle ragioni per le quali tali interessi non possono essere tutelati se non mantenendo segreti gli appalti (§ 38 del ricorso)”.

Nel ricorso la Commissione asserisce del resto che l'applicazione della dichiarazione di segretezza di cui all'art. 2, par. 1, lett. b) della Direttiva 93/36 presuppone la prova degli

interessi che essa intende tutelare (§ 39) e non può essere giustificata invocando “delle non meglio specificate ragioni di sicurezza”, poiché altrimenti si trasformerebbe in una deroga generale alla Direttiva (§ 40).

È significativo che la Commissione, nell'atto introduttivo del giudizio, tralasci invece un altro argomento sviluppato nel parere motivato a proposito della segretezza.

Ci si riferisce alla tesi secondo cui gli elicotteri di cui si discute sono destinati ad un uso civile e pertanto la necessità di renderli idonei ad un impiego come sistemi d'arma e di difesa richiederebbe semplicemente l'integrazione della loro configurazione con “*un minimo di equipaggiamenti peculiari per tale tipo di attività*”. Questa circostanza farebbe sì, secondo la Commissione, che le informazioni potenzialmente sensibili da mantenere riservate nell'interesse della sicurezza dello Stato potrebbero, se del caso, riguardare solo alcune specifiche caratteristiche tecniche dei suddetti elicotteri.

Le censure avanzate dalla Commissione sono manifestamente infondate e destinate alla reiezione.

Anzitutto, non è corretto affermare che una dichiarazione di segretezza come quella intervenuta nel caso in esame non possa in nessun caso essere ricondotta nell'ambito delle speciali misure di sicurezza di cui all'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36.

Come si è visto in precedenza, infatti, il decreto di cui è causa, oltre a citare espressamente più volte l'esigenza di procedere alla segretezza delle forniture, dispone che tale segretezza debba essere estesa agli atti del Gruppo Tecnico di Valutazione e a quelli della Commissione interministeriale.

L'ampiezza della dichiarazione di segretezza è tale che essa, non estendendosi semplicemente alle forniture in contestazione ma a tutta una serie di atti di carattere amministrativo elaborati nella fase prodromica al processo di acquisizione degli elicotteri, è certamente idonea ad integrare non solo la prima delle condizioni di cui all'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36 (gli appalti dichiarati segreti) bensì anche la seconda condizione (appalti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza).

A prescindere da questa ovvia considerazione di carattere preliminare, e volendo qui seguire l'impostazione formale della Commissione ed esaminare la fattispecie alla luce della prima delle due condizioni previste dalla Direttiva, si osserva che non è possibile sostenere – come fa la Commissione – che il Decreto dispone la segretezza delle acquisizioni aventi ad oggetto gli elicotteri biturbina leggeri, senza riportare alcuna indicazione in merito agli interessi che la dichiarazione di segretezza degli appalti si propone di tutelare né fornire la prova degli interessi in parola.

Come illustrato abbondantemente nei paragrafi che precedono, infatti, sia il richiamo alla Direttiva presidenziale e “*alle [concrete e reali] necessità di sicurezza nazionale*” da essa evidenziate, sia il rinvio agli altri atti e alle motivazioni ad essi sottese che hanno preceduto l'adozione del decreto valgono chiaramente ad esplicitare che l'esigenza avuta di mira è la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato.

Da questo punto di vista, si rammenta che, nel mutato scenario internazionale, i concetti di guerra e materiale bellico, al pari della nozione stessa di tutela degli interessi essenziali della sicurezza nazionale, hanno indubbiamente subito una modifica sostanziale del loro significato originario. L'esigenza primaria di fronteggiare adeguatamente in tutti gli stadi dell'organizzazione della sicurezza dello Stato la nuova realtà di pericolo, per la Comunità, per il territorio nazionale (specie per uno Stato come l'Italia i cui confini geografici coincidono con quelli dell'Unione europea), nonché per il territorio di quei Paesi esteri che vedono vari Stati impegnati in operazioni di *peace keeping*, impone di approntare una difesa integrata dei

vari elementi che costituiscono il complesso della pubblica sicurezza di uno Stato e richiede che tutti i Corpi di sicurezza di quest'ultimo siano in condizione di garantire la possibilità di impiego dei mezzi in dotazione a ognuno di essi (interoperabili tra loro) per esigenze di sicurezza dello Stato, militari e/o di antiterrorismo.

Ora, a differenza di quanto sostiene la Commissione, non può essere messo in discussione che gli elicotteri di cui è causa non sono destinati solo ad un uso civile bensì anche ad un impiego militare ed antiterroristico come sistema d'arma e di difesa. Le amministrazioni interessate dal decreto (incluso il Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco), del resto, sono appunto le Forze di Polizia, e cioè quelle Forze che per statuto condividono la responsabilità della sicurezza nazionale.

La volontà, ampiamente manifestata nella Direttiva presidenziale dell'ottobre 2002, di assicurarsi la possibilità di utilizzo dei velivoli in questione per esigenze riferibili alla sicurezza nazionale ha comportato quindi una vera e propria militarizzazione dei velivoli in parola. Tanto è vero che, come si è già evidenziato, gli stessi devono possedere una matricola militare e devono essere registrati nell'albo degli aeromobili militari.

L'istituzione di una Commissione interministeriale con il compito di elaborare, sulla base di precise indicazioni fornite dallo Stato Maggiore della Difesa, veri e propri "requisiti militari" che devono essere soddisfatti dai velivoli in parola, la natura stessa dei suddetti requisiti ed il fatto che l'omologazione degli aeromobili, a copertura dell'intera configurazione finale del velivolo, sia di competenza della Direzione Generale Armamenti Aeronautici (ARMAEREO), vale a dire di un organismo prettamente militare, dimostrano la fondatezza delle argomentazioni del Governo italiano.

Gli elicotteri in questione, seppure formalmente classificabili tra i beni cd. *dual use*, presentano caratteristiche tali da far prevalere nettamente la loro natura bellica (nella nuova accezione del termine impostasi, come detto, negli ultimi tempi) e, come tali, essi fanno parte a pieno titolo del sistema di difesa posto a protezione della sicurezza nazionale dello Stato. Ciò risulta ampiamente confermato dal contenuto della Scheda tecnica e dei Requisiti militari dei velivoli cui si è ampiamente parlato.

Come già precisato, tali velivoli sono dotati della predisposizione completa necessaria, fra l'altro, ad alloggiare l'armamento leggero idoneo ad assolvere i compiti di istituto dei Corpi di Sicurezza dello Stato (lo stesso già installato su altri elicotteri delle Forze armate) ed ad accogliere sistemi di autoprotezione passiva (corazzature) ed attiva (come, ad esempio, missili) di un aeromobile. Ciò con il preciso obiettivo di garantire l'interscambio e la standardizzazione delle componenti di bordo di tutti i velivoli in dotazione alle Forze armate ed, in particolare, allo scopo di consentire la più ampia utilizzazione degli elicotteri in questione, liberando di conseguenza risorse a disposizione della Difesa.

È quindi evidente come il fine perseguito non sia l'elusione della normativa in materia di appalti ma, al contrario, la tutela di interessi essenziali di sicurezza dello Stato, che giustifica l'adozione di particolari misure ai fini dell'acquisizione di tali mezzi.

Ciò posto, è perfettamente valido l'argomento delle Autorità italiane secondo cui la dichiarazione di segretezza degli appalti di cui si tratta è necessaria al fine di evitare che, attraverso la pubblicizzazione delle acquisizioni concernenti tali elicotteri, siano svelate informazioni altamente sensibili sui mezzi in dotazione alle Forze armate, sui relativi equipaggiamenti ed armamenti nonché sui supporti logistici, con conseguente grave pregiudizio per le esigenze di tutela di interessi essenziali di sicurezza dello Stato.

A tale riguardo, risulta errato l'argomento addotto dalla Commissione nel parere motivato secondo cui l'esigenza di tutela degli interessi in gioco potrebbe essere adegua-

tamente garantita attraverso la semplice segretazione di certe caratteristiche tecniche degli aeromobili.

In primo luogo, non è possibile, né dal punto di vista tecnico né dal punto di vista operativo, separare la fornitura degli elicotteri con quella degli strumenti e delle caratteristiche tecniche in grado di consentire un impiego militare dei velivoli. Tali strumenti e caratteristiche tecniche, infatti, condizionano sin dall'inizio la preparazione degli elicotteri e l'allestimento di base degli stessi, in quanto questi ultimi sono gestiti dal c.d. "*Flight Management System*", un complesso elettronico-informatico di bordo che s'interfaccia a livello meccanico, elettrico ed avionico con tutti i sistemi di comunicazione, navigazione, pilotaggio e di impiego dell'aeromobile necessari a gestire la missione. Ciò implica che, sin dalla fase progettuale e di disegno e fino alla fase d'industrializzazione, di produzione e di supporto logistico, è necessario tener in conto che la macchina dovrà essere dotata di determinati apparati/sistemi. In altre parole, è necessario che sin dalle prime fasi di costruzione siano inseriti apparati avionici, *computers*, *displays*, comandi, attacchi meccanici, cavi elettrici e quant'altro sia idoneo a ricevere, controllare e gestire gli apparati in modo da garantirne l'impiego come sistema d'arma e di difesa. A titolo di esempio, si cita la capacità NVG, vale a dire la capacità di poter volare di notte rilevando l'ambiente esterno. Questa caratteristica, tipicamente militare, non è trasponibile ad elicotteri civili, dal momento che presuppone che tutti gli strumenti ed apparati di bordo (*cockpit*, piantana strumenti, luci di navigazione e di atterraggio, illuminazione interna etc.) siano NVG compatibili e, conseguentemente, disponibili per l'installazione a bordo fin dalla linea di montaggio (non è infatti possibile installarli quando la piattaforma è già predisposta).

Ora, è quanto mai evidente che, rendendo pubblico e divulgando un capitolato tecnico che preveda già queste predisposizioni, questi cablaggi suppletivi, questi *computer* addizionali necessari per gestire gli equipaggiamenti in modo da rendere utilizzabile l'elicottero come sistema d'arma e difesa, si divulgerebbe il c.d. *Interface Control Document* («ICD») degli apparati/equipaggiamenti di cui si chiede la predisposizione. L'ICD, d'altra parte, altro non è se non un dettagliato documento tecnico nel quale sono riportate tutte le caratteristiche meccaniche, elettriche, funzionali ed operative dell'equipaggiamento cui si riferisce, quali ad esempio il protocollo di comunicazione con il computer di bordo, la frequenza di utilizzo, la forma del segnale elettrico etc.... Rendere accessibile tale documento equivale in concreto a comunicare la tipologia degli apparati che si vogliono inserire nella macchina e le sue caratteristiche tecniche ed operative, vale a dire svelare proprio ciò che è necessario tenere segreto.

Da quanto sopra emerge dunque chiaramente che la segretazione non può riguardare solo le informazioni relative ad alcune caratteristiche tecniche, come sostiene la Commissione, ma necessariamente tutta la macchina fin dalla sua concezione progettuale. L'esigenza di segretazione, peraltro, si pone anche in relazione al supporto logistico che riguarda apparati e macchina di base che, come si è detto, devono tenuti segreti visto che dalla loro descrizione è possibile risalire alla configurazione stessa dell'elicottero. Per lo stesso motivo si devono altresì tenere segreti l'addestramento del personale e le procedure operative, in quanto tanto l'uno quanto le altre utilizzano un simulatore di volo (previsto nel contratto), che è l'esatta copia dell'elicottero in fase di fabbricazione. È proprio in considerazione di tutto ciò, d'altra parte, che nei contratti di appalto con le relative amministrazioni dello Stato deve essere imposta al fornitore un'apposita clausola relativa alla tutela del segreto militare.

È facile a questo punto convenire che le censure sollevate dalla Commissione sono del tutto prive di fondamento in quanto si basano su presupposti erronei che non tengono in

debito conto le peculiarità ed i vincoli di carattere tecnico che condizionano i processi di acquisizione degli elicotteri in esame.

La Commissione contesta che le speciali misure di sicurezza che devono accompagnare l'esecuzione delle forniture controverse possano comprendere la dichiarazione di segretezza nell'ampia accezione che è stata illustrata dalle Autorità italiane anche della presente memoria. Essa ritiene altresì che gli obblighi contrattuali di riservatezza a carico del fornitore imposti in relazione alle forniture in oggetto non possano costituire misure speciali di sicurezza perché, "essendo correnti nei contratti di appalto pubblici", sarebbero privi del carattere di "specialità" (§ 43 del ricorso).

Ad avviso della Commissione, inoltre, il Nulla Osta di Segretezza – NOS cui fa riferimento il Governo italiano consiste in un'abilitazione all'accesso a notizie riservate e pertanto riguarda la condizione del fornitore piuttosto che le modalità di esecuzione degli appalti (§ 45).

La Commissione ribadisce, in ogni caso, che i compiti cui sono chiamate le amministrazioni destinatarie degli elicotteri in questione sono essenzialmente di tipo civile e quindi l'esigenza di poter intervenire in operazioni di tipo militare "richiede al massimo che la loro configurazione sia integrata con un minimo di equipaggiamenti peculiari per tale tipo di attività atti a garantirne l'interoperabilità (§ 49 del ricorso)". Ne discende di conseguenza che l'esigenza di riservatezza legata al pregiudizio d'interessi essenziali dello Stato dovrebbe essere circoscritta a queste sole caratteristiche tecniche.

Ebbene, come si è visto nei paragrafi precedenti, non possono sussistere dubbi sul fatto che le speciali misure di sicurezza disposte mediante decreto comprendono anche la segretezza, posto che quest'ultima non è limitata alle sole forniture *de quibus* ma si estende per espressa previsione agli atti del Gruppo tecnico di valutazione e della Commissione interministeriale, e cioè ad una lunga serie di atti di carattere amministrativo elaborati nella fase prodromica al processo di acquisizione degli elicotteri.

Accanto alla segretezza, le misure di sicurezza disposte dal decreto prevedono l'imposizione *ipso facto* dell'obbligo della tutela del segreto militare nelle condizioni contrattuali a carico del fornitore. Tale imposizione avviene mediante il richiamo alle disposizioni di cui al R.D.L. n. 1161 dell'11 luglio 1941, recante norme relative al segreto militare, operato dal Decreto in via automatica benché implicita nel momento in cui dispone la dichiarazione di segretezza delle acquisizioni.

Contrariamente a quanto asserito dalla Commissione, l'imposizione del citato obbligo di tutela del segreto militare a carico del fornitore non corrisponde alla mera previsione di generici obblighi di riservatezza da parte del produttore dei beni oggetto di acquisizione, poiché le forniture in questione hanno uno *status* speciale che deriva dalla loro classificazione e dal relativo assoggettamento alle regole e ai vincoli previsti dalla legge in materia di sicurezza militare. Ne consegue pertanto che l'imposizione di un obbligo siffatto non può essere considerata alla stregua di quelle previsioni contrattuali *standard* che sono rinvenibili nei contratti di appalti pubblici di forniture.

Dal suddetto assoggettamento automatico alle norme ed ai vincoli previsti dalla legge in materia di sicurezza militare discende l'obbligo ulteriore per tutti i soggetti coinvolti nelle forniture di essere in possesso del c.d. Nulla Osta di Segretezza – NOS, vale a dire una speciale abilitazione all'accesso a notizie classificate rilasciato dall'Autorità Nazionale di Sicurezza.

Il possesso di tale Nulla Osta di Segretezza non può pertanto essere considerato come una circostanza attinente alla semplice condizione del fornitore, come sostiene la

Commissione, ma costituisce con tutta evidenza una speciale modalità di esecuzione degli appalti ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. *b*), della Direttiva 93/36.

Si tenga presente che la procedura per l'ottenimento del citato Nulla Osta di Sicurezza è applicata dall'Autorità Nazionale di Sicurezza in maniera particolarmente rigorosa ed implica un controllo completo ed approfondito della società produttrice e del suo personale dipendente. La società interessata deve possedere requisiti di sicurezza adeguati al livello di riservatezza delle informazioni classificate a cui avrà accesso. È evidente dunque che il possesso del Nulla Osta di Segretezza che fornisce l'abilitazione all'accesso a notizie classificate non costituisce una semplice formalità amministrativa, ma richiede la compresenza di determinati requisiti di funzionamento della società detentrici del medesimo.

La correttezza dell'approccio seguito dal Governo italiano è stata confermata *in toto* dalla giurisprudenza stessa della Corte (1), la quale ha statuito chiaramente che l'ottenimento di un certificato di sicurezza militare da parte di un'impresa prestataria di servizi nell'ambito di un contratto di appalto pubblico costituisce una speciale misura di sicurezza ai sensi della normativa comunitaria sugli appalti e non già una condizione del prestatario, come ritenuto dalla Commissione.

Alla luce di quanto sopra sfugge la ragione per cui la Commissione si ostini a rimanere ferma nelle posizioni assunte all'inizio della fase pre-contenziosa della procedura, nonostante la palese infondatezza delle medesime.

Come si diceva sopra a proposito della condizione relativa al carattere segreto degli appalti, del resto, la piena applicabilità della deroga di cui all'art. 2, par. 1, lett. *b*), della Direttiva nella presente fattispecie risulta soddisfatta per l'evidente ragione che la Commissione muove da un presupposto sbagliato: la natura civile dei velivoli cui si riferisce il decreto e la possibilità di garantire la tutela degli interessi essenziali dello Stato attraverso la segretezza di talune caratteristiche tecniche degli elicotteri.

Sono tre le circostanze specifiche che valgono a smentire la suddetta tesi della Commissione.

La prima è rinvenibile nel titolo stesso del documento in cui sono state riassunte e compiutamente illustrate le caratteristiche tecnico-operative-logistiche dei mezzi in parola. Il documento in parola, denominato "Requisito Militare di massima", contiene i requisiti tecnici ed operativi in presenza dei quali un velivolo può essere utilizzato come sistema d'arma o di difesa e quindi si riferisce ad aeromobili che devono possedere connotazioni militari ed essere in grado di soddisfare ruoli militari.

La seconda smentita si trova nel Capitolato Tecnico dei contratti che disciplina l'acquisizione degli elicotteri *de quibus*. In tale Capitolato Tecnico viene identificata una configurazione degli aeromobili che prevede, oltre a quelli di base, requisiti specifici inerenti ai sistemi di armamento, comunicazione, navigazione e identificazione necessari all'impiego come sistema d'arma (su tale aspetto si rinvia a quanto già illustrato *supra*).

La terza smentita, infine, è la certificazione e l'assegnazione all'aeromobile di una matricola militare a copertura dell'intera configurazione da parte dell'Amministrazione Difesa – Direzione Generale Armamenti Aeronautici (ARMAREO) (2).

(1) Sentenza della Corte 16 ottobre 2003, causa C-252/01, *Commissione/Belgio*, Racc. 2003 pagina I-11859.

(2) Al riguardo è utile richiamare la definizione di «Aeromobile civile» (1)(7)(9) contenuta nel Regolamento (CE) n. 1334/2000 che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni

Il fatto che l'impiego militare o paramilitare dei suddetti elicotteri sia eventuale non vale, contrariamente a quanto vorrebbe far credere la Commissione, a rimettere in dubbio il carattere non civile dei menzionati velivoli: la necessità di garantire il loro impiego anche come sistema d'arma è tale da imporre sin dal momento della progettazione delle macchine quei vincoli di allestimento della configurazione che valgono a condizionare le procedure di affidamento soprattutto sotto il profilo della segretezza, e a caratterizzare come militari piuttosto che come civili i citati elicotteri.

La Commissione argomenta che le esigenze della riservatezza e tutela del segreto militare possono essere perseguiti in fase di esecuzione del contratto e sono compatibili con l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica. Essi in particolare potrebbero essere limitati ad alcune caratteristiche tecniche specifiche dell'elicottero ed essere soddisfatti imponendo al personale delle società fornitrici un obbligo di segretezza sanzionabile penalmente, come riconosciuto dalla Corte in un altro caso in materia di appalti.

Le osservazioni della Commissione confermano la linea scelta di costruire le proprie censure in modo teorico, attraverso un pedissequo richiamo a criteri astratti, senza preoccuparsi di procedere ad un'esatta contestualizzazione della vicenda di cui si parla e di valutarne adeguatamente le precise caratteristiche.

Innanzitutto, per ciò che concerne il primo argomento della Commissione, esso denota una sorprendente mancanza di conoscenza delle specificità dell'industria aeronautica.

Come già esplicitato in precedenza, infatti, gli aeromobili di oggi vengono progettati e costruiti in modo molto diverso da come era in uso fare in passato. Oggi l'elicottero nasce "integrato" sin dalla fase di definizione e di progetto. L'integrazione dei vari sistemi di bordo non consiste più nella semplice connessione di un apparato all'altro, bensì nella "connessione" delle varie "funzioni" che i singoli apparati (motore, navigazione, comunicazione, armamento, etc.) sono in grado di fornire. Ciò al fine di assicurare l'ottimale svolgimento delle missioni per le quali l'elicottero è stato costruito. È evidente quindi che, passando dal concetto di "integrazione di apparati", inteso come "connessione di apparati", a quello ben più ampio e sofisticato di "integrazione di funzioni", non è più possibile pervenire alla conclusione per cui, una volta acquisito un elicottero base da un qualunque fornitore, è possibile procedere poi ad una successiva installazione di qualsiasi apparato militare di cui si abbia bisogno.

Integrare le funzioni significa definire sin dal progetto le modalità di interfaccia dei vari sistemi, le modalità di scambio dei dati di volo, di navigazione, di puntamento nonché le modalità di controllo dei dati scambiati fra i vari apparati. Tanto per fare un esempio, mentre una volta le radio di bordo erano operate dall'equipaggio in modo separato fra loro, così come gli apparati di navigazione (VOR, ILS etc.), oggi tramite il *Flight Management System* (FMS) il tutto viene gestito in modo integrato. Per raggiungere questo risultato, tuttavia, è necessario curare e lavorare su tale aspetto sin dalle prime fasi della progettazione, non essendo possibile ottenerlo dall'integrazione di semplici apparati cosiddetti *Stand Alone*.

di prodotti e tecnologie a duplice uso, e successive modificazioni, (GUUE n. L 159 del 30/06/2000 pag. 1). Stando al suddetto Regolamento, infatti, «Il termine «aeromobile civile» comprende solo quei tipi di «aeromobili» elencati per deliberazione nelle liste pubbliche di certificazione di navigabilità aerea emesse dai servizi dell'Aviazione civile per linee commerciali civili nazionali ed internazionali o per uso dichiaratamente civile, privato o di affari».

Altro aspetto importante è legato ai fattori logistici ed addestrativi. Con la dizione “sistema d’arma”, in tutto il mondo aeronautico, non s’intende solo l’elicottero in se stesso, bensì l’insieme della piattaforma, dei suoi sistemi di armamento, degli apparati necessari per il supporto logistico, dei sistemi per l’addestramento, specificatamente il simulatore di volo. Ciò che rende efficace il “sistema d’arma” ed in grado l’elicottero di svolgere efficacemente le sue missioni è l’insieme di tutti i fattori sopra elencati, ovvero la piattaforma volante che deve portare l’equipaggio in una certa zona d’operazione; i sistemi di bordo (di visione, di ricognizione, di armamento, etc...) che devono permettere all’equipaggio di svolgere il compito assegnatogli; gli equipaggiamenti di supporto al suolo che devono permettere il mantenimento in efficienza di volo dell’elicottero; i sistemi di addestramento che devono mettere l’equipaggio nelle migliori condizioni di svolgere il proprio lavoro.

Non è quindi possibile separare in modo netto alcuni aspetti da altri, rendendone segreti alcuni e pubblici altri. La “integrazione”, come sopra definita, rende il sistema d’arma un tutto uno e ne discende dunque – per fare un esempio che consente di replicare anche al primo rilievo della Commissione riguardante la tutela della segretezza – che non si possono rendere pubbliche le caratteristiche di un sistema come può essere il simulatore di volo e mantenere segrete quelle dell’elicottero, poiché il primo è rappresentativo della piattaforma volante quanto a cabina di pilotaggio, sistemi, leggi di controllo, funzionalità, ecc....

Per quanto riguarda, invece, l’obiezione – si ribadisce non sollevata dalla Commissione nel parere motivato – circa la possibilità di prevedere un obbligo di segretezza sanzionabile penalmente a carico del fornitore, è agevole rilevare che ciò appare insufficiente a garantire la tutela d’interessi del tutto particolari come gli interessi essenziali di sicurezza dello Stato che sono coinvolti nel caso in esame. Nella presente fattispecie, lo si ricorda, non si controverte in merito all’acquisizione di semplici apparecchiature *hardware* necessarie alla realizzazione di sistemi informativi, come nel precedente a cui ha fatto rinvio la Commissione, bensì all’acquisizione di elicotteri destinati ad un impiego militare e le cui caratteristiche tecniche rendono necessario assoggettare a speciali misure di sicurezza non solo le citate caratteristiche tecniche e di interoperabilità dei velivoli ma anche tutto il procedimento di valutazione, selezione, acquisizione, fornitura e supporto logistico dei mezzi in parola.

Quanto rilevato sopra, è più che sufficiente a dar conto della correttezza della posizione delle Autorità italiane e conferma la piena applicabilità della seconda delle condizioni di cui all’art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36.

Con riferimento agli interessi essenziali di sicurezza dello Stato di cui all’art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva, la Commissione asserisce che la deroga in questione non è invocata specificamente dalle Autorità italiane, le quali hanno fatto riferimento agli interessi essenziali dello Stato in relazione all’esigenza di impedire la divulgazione di informazioni sensibili relative ai mezzi in dotazione delle Forze Armate (§ 57 del ricorso).

La Commissione sottolinea che, se anche le argomentazioni del Governo italiano sul mutato clima di sicurezza dopo gli attentati dell’11 settembre 2001 e le misure adottate in conseguenza dovessero integrare “una persistente minaccia grave ed effettiva” – circostanza che, ad avviso della Commissione, non è stata dimostrata –, queste non possono costituire una risposta idonea e proporzionata allo scopo che s’intende perseguire (§ 59).

Come per l’analisi delle prime due condizioni di cui all’art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36, anche per l’esame della sussistenza del presupposto relativo alla tutela d’interessi essenziali di sicurezza dello Stato, la Commissione mostra di prediligere un’impostazione ingiustificatamente formalistica. Essa prescinde sia dall’effettivo contenuto delle

risposte fornite delle Autorità italiane nella procedura amministrativa che dal contesto geopolitico e normativo che ha fatto da sfondo all'adozione del Decreto.

A dimostrare l'esistenza di una minaccia persistente, grave ed effettiva alla sicurezza (nazionale e mondiale, interna ed esterna) bastano gli eventi terroristici che hanno fatto seguito agli accadimenti dell'11 settembre 2001: i tragici attentati di Madrid nel marzo 2004 e quelli di Londra nel luglio 2005.

Le numerose iniziative e prese di posizione che si sono registrate un po' ovunque in seno alle più alte istanze e sedi istituzionali dell'Unione europea, d'altra parte, attestano la chiara e sempre più crescente consapevolezza dei mutamenti che sono intervenuti negli ultimi anni nel campo della sicurezza e della necessità impellente di procedere ad un adattamento e rafforzamento degli strumenti di difesa esistenti allo scopo di far fronte al rischio concreto ed attuale di minacce ed attacchi alla sicurezza.

Tale consapevolezza ha trovato riprova nell'evoluzione che il concetto stesso di *homeland security* ha subito negli ultimi tempi nel mondo occidentale ed in Europa. La sicurezza nazionale (ed internazionale) – sia dello Stato e delle sue istituzioni che della società e dei cittadini – può essere assicurata solo attraverso una piena integrazione e sinergia dei vari sistemi di difesa.

Conferma dell'esattezza del punto di vista sopra enunciato può essere rinvenuta in molteplici iniziative assunte a livelli vari.

Volendo limitarsi a citare solo alcuni degli esempi più recenti, si attira l'attenzione sulle dichiarazioni rese dal Segretario generale del Consiglio dell'Unione europea, nonché Alto Rappresentante per la Politica Estera e la Sicurezza Comune e Capo dell'Agenzia Europea per la Difesa (AED) (3), Sig. Javier Solana, e dal Vice Presidente della Commissione europea, Günter Verheugen, durante i discorsi da loro pronunciati il 9 febbraio 2006 a Bruxelles in occasione di una conferenza organizzata dall'AED sul tema "*Research and Technology – An Imperative for European Defence*".

Visto che uno degli obiettivi avuti di mira dall'Unione europea *«is to enhance Europe's ability to deal with a complex and uncertain security environment»* e che *«as we move into the 21st century, we face a radically changed strategic environment. New threats and challenges, requiring new roles and new missions of our armed forces»*, il Sig. Solana ha sottolineato che *«We are working under tight rules of engagement and 24-hour global scrutiny. In ambiguous circumstances, where the opponent will often be hard to identify and isolate. In everything we do, we must bring together civil and military instruments, and protect our own people as never before»*.

Tale visione è stata altresì ribadita dal Sig. Verheugen il quale, parlando proprio dell'*homeland security*, ha riconosciuto che *«[t]he boundaries between "Internal" and "External" security are blurred»* e che *«in real life, operations of the civil security sector and the military sector resemble each other – and increasingly so»*.

(3) Si ricorda che l'AED è stata costituita dal Consiglio dell'Unione europea il 12 luglio 2004 (azione comune 2004/551/PESC) con la missione di aiutare il Consiglio e gli Stati membri nello sforzo di migliorare le capacità di difesa dell'UE nel settore della gestione delle crisi e di sostenere la PESD (politica europea in materia di sicurezza e di difesa) nel suo assetto attuale e in quello futuro. Si ricorda che tra i principali settori di attività dell'AED vi è anche lo sviluppo delle capacità di difesa nel settore della gestione delle crisi nonché il potenziamento dell'efficacia della ricerca e della tecnologia (R&T) europea nel settore della difesa.

Nella direzione condivisa dalla Repubblica italiana e dai vertici dell'UE e degli altri Stati membri istituzionalmente investiti di responsabilità in tema di sicurezza e difesa si colloca altresì la *Risoluzione sulla ricerca in materia di sicurezza – le tappe future* (2004/2171(INI)) che è stata adottata dal Parlamento europeo nel giugno 2005. In essa si è chiaramente ribadito che, «*in seguito ai recenti mutamenti geopolitici, sociali e tecnologici e ad avvenimenti recenti a livello mondiale quali gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 negli USA e dell'11 marzo 2004 a Madrid, la sicurezza è diventata una questione più urgente e gli Stati membri dell'UE devono essere più preparati a far fronte a nuovi tipi di minacce alla sicurezza grazie a un uso più efficace delle conoscenze*» (considerando A della Risoluzione, sottolineato da chi scrive).

La citata *Risoluzione*, i cui contenuti e raccomandazioni riguardano questioni che evidentemente, data la loro natura, si collocano anche al di fuori e al di là del settore della ricerca, conferma inequivocabilmente che «*le nuove minacce si avvalgono delle nuove tecnologie, vanno al di là dei confini statali, approfittano dell'apertura e della trasparenza che caratterizzano la società moderna, altamente tecnologica e democratica dell'Europa, minacciando la sicurezza degli Stati membri sia dall'esterno che all'interno del territorio dell'Unione europea e rendendo ancora più difficile operare una distinzione tra sicurezza interna ed esterna*» (considerando C, sottolineatura aggiunta).

Date l'urgenza, la novità del tipo di minaccia che incombe sull'UE e l'impossibilità di distinguere tra sicurezza interna ed esterna, oltre alla necessità di adottare soluzioni che evitino duplicazioni dei sistemi e delle infrastrutture, che siano interoperabili a livello nazionale e comunitario e che siano quindi efficaci dal punto di vista dei costi (considerando F), il Parlamento europeo raccomanda che il futuro Programma europeo di ricerca sulla sicurezza (PERS) contempra tra le proprie priorità proprio la lotta al terrorismo, il monitoraggio del territorio, la protezione civile, la protezione delle infrastrutture critiche nonché il controllo delle frontiere esterne dell'Unione (articoli 8 e 9).

Tale posizione è rispecchiata dalla proposta di Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il Settimo programma quadro di attività comunitarie di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione (2007-2013) che è stata presentata dalla Commissione stessa nell'aprile 2005 e che è stata approvata con emendamenti in prima lettura dalla competente Commissione del Parlamento europeo lo scorso maggio.

Nel testo approvato dal Parlamento europeo molta enfasi viene posta sull'importanza di rafforzare un settore vitale come quello della sicurezza e di sviluppare conoscenze, processi e tecnologie interoperabili in grado di assicurare la sicurezza dei cittadini contro minacce attuali come quelle del terrorismo e di consentirne una rapida identificazione (anche attraverso il miglioramento degli strumenti di controllo e di sorveglianza dei confini via terra e via mare) nonché di restaurare l'ordine e la sicurezza nel caso in cui si dovesse verificare situazioni di crisi. A tal fine si richiede specificatamente che «*[s]ecurity research should emphasise the Union's capabilities regarding surveillance, distribution of information and knowledge of threats and incidents as well as systems for better assessments and situation control through better use of common ICT-systems in the fields of different operations. The research should be organised in such a way that it contributes to a common defence market in Europe*».

La Commissione, conscia della debolezza della propria posizione, tenta di respingere gli argomenti del Governo italiano sulla necessità e sulla proporzionalità delle misure disposte dal Decreto in esame affermando che queste devono essere conformi alle norme del *Trattato in materia di libera circolazione delle merci* (articolo 30 CE), e tenuto conto della deroga generale di cui all'art. 296 CE (§ 34 del ricorso).

Ebbene, a differenza di quanto sostiene la Commissione, nel caso di specie vi è stata una piena osservanza delle regole contenute nel Trattato.

A prescindere dal fatto che, come opportunamente rilevato dall'Avvocato Generale Alber (4), spetta in larga misura ai governi degli Stati membri valutare e definire quali siano gli interessi di sicurezza dello Stato e le misure da adottare a loro tutela, ci si permette di ricordare che la Corte ha precisato che il regime istituito dall'art. 296 CE intende preservare la libertà di azione degli Stati membri in talune materie concernenti la difesa e la sicurezza nazionale.

La giurisprudenza ha specificamente chiarito che, «nel prevedere espressamente la possibilità che uno Stato membro adotti *“le misure che ritenga necessarie” alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza, l'art. 296 CE attribuisce agli Stati membri un potere discrezionale particolarmente ampio nel valutare le esigenze che rientrano in tale tutela*” (sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, causa T-26/01, Fiocchi Munizioni S.p.a./Commissione, in *Racc.* 2003 pag. II-03951, punto 58).

La sussistenza di un siffatto potere discrezionale degli Stati membri per quanto riguarda l'adozione di misure ritenute necessarie per garantire la pubblica sicurezza, nell'accezione sia di sicurezza interna che di sicurezza esterna dello Stato membro, è stata espressamente riconosciuta dalla Corte anche ai fini dell'applicazione della deroga di cui all'art. 30 CE, proprio con riferimento a prodotti appartenenti alla categoria dei beni *dual use*, nel caso in cui gli stessi siano oggettivamente idonei ad un uso per scopi militari (sentenza della Corte del 17 ottobre 1995, causa C-83/94, Leifer, in *Racc.* 1995 pag. I-03231, punto 35).

Alla luce di quanto sopra e di tutte le considerazioni svolte in precedenza a proposito della natura dei velivoli interessati dal Decreto di cui è causa nonché degli interessi che esso intende tutelare – alla quali peraltro si rinvia *in toto* – è evidente dunque che, contrariamente a quanto vorrebbe far credere la Commissione, nella presente fattispecie tanto l'art. 2, par. 1, lett. b), della Direttiva 93/36 quanto le pertinenti norme del Trattato sono rispettati.

Roma li 19 giugno 2006 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

(4) Conclusioni presentate il 3 aprile 2003 nella causa C-252/01, *Commissione/Belgio*, cit. *supra*.

Ancora sul divieto di circolazione nel Land Tirolo

(Corte di Giustizia delle Comunità europee,
ordinanze 30 luglio 2003, 2 ottobre 2003, 27 aprile 2004)

Si riprende in questa sede in considerazione il caso del divieto settoriale di circolazione dei camion nel Land Tirolo, oggetto della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 15 novembre 2005, in causa C-320/03 (1) per alcuni approfondimenti in ordine alla tutela cautelare apprestata in ambito comunitario, in quanto in tale giudizio sono stati emessi ben tre provvedimenti cautelari.

1. I provvedimenti d'urgenza innanzi al giudice comunitario: aspetti generali

L'art. 242 T.C.E. stabilisce che *“i ricorsi proposti alla Corte di Giustizia non hanno effetto sospensivo. Tuttavia, la Corte può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato”*.

È dunque conferita alla Corte (nonché al Tribunale di primo grado, le cui decisioni possono essere impugnate davanti alla Corte di Giustizia) la facoltà di adottare misure che consentono di sospendere l'esecutorietà dell'atto impugnato.

Tale potere deve essere esercitato in presenza di alcune condizioni analoghe a quanto previsto nell'ordinamento nazionale:

– il *fumus boni juris*, ossia l'accertamento dell'esistenza di fondate ragioni nel senso dell'accoglimento della richiesta di tutela avanzata in via principale;

– il *periculum in mora*, ovvero il fondato timore che nelle more della decisione le circostanze che rendono effettiva la tutela richiesta in via principale vengano meno.

Si tratta di un procedimento caratterizzato dall'urgenza del “provvedere”: l'adozione della misura cautelare prima della pronuncia nella causa principale si rende infatti necessaria al fine di evitare un danno grave ed irreparabile al ricorrente.

Con riguardo alla valutazione della presenza dei suddetti presupposti in sede di pronuncia sulla richiesta cautelare, la Corte, in più occasioni, ha avuto modo di ribadire che *“secondo l'art. 83, par. 2, del regolamento di procedura, la sospensione dell'esecuzione e l'ordinanza con la quale vengono disposti provvedimenti provvisori sono subordinate all'esistenza di motivi di urgenza e di argomenti che giustifichino, prima facie, l'adozione di siffatti*

(1) In questa Rivista, 2005, n. 4, p. 18.

provvedimenti. Dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che provvedimenti del genere possono essere presi in considerazione soltanto qualora le circostanze di fatto o di diritto invocate per ottenerli giustifichino, prima facie, la loro adozione. È inoltre necessario che tali provvedimenti siano urgenti, nel senso che essi devono essere emanati e devono produrre i loro effetti prima che venga emessa la pronuncia nel merito, al fine di evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave ed irreparabile; infine, è necessario che essi siano provvisori, perché non pregiudichino la decisione nel merito” (ord. 13 dicembre 1984, in causa C-269/84 R. (2), *Fabbro e al. C. Commissione*, punti 2 e 3, nonché in precedenza ord. 7 luglio 1981, cause C-60/81 R. e C-190/81 R., *IBM c. Commissione*) e che “*di fronte agli argomenti svolti dalle parti per quanto riguarda la legittimità del provvedimento impugnato, è opportuno che il giudice del procedimento sommario limiti il proprio esame agli aspetti che consentano di stabilire se la sospensione del provvedimento stesso sia urgente e di valutare se la sua immediata applicazione, cioè prima che sia emessa una pronuncia nel merito, sia atta a recare al richiedente danni irreversibili, che non potrebbero essere riparati nemmeno se il provvedimento impugnato fosse annullato, ovvero che, malgrado il loro carattere provvisorio, sarebbero sproporzionati rispetto all’interesse della commissione a che, in conformità all’art. 185 (ora 242) del Trattato CEE, i suoi provvedimenti siano eseguiti anche qualora costituiscono oggetto di ricorso giurisdizionale”* (ord. 21 agosto 1980, causa C-174/80 R., *Reichardt c. Commissione*, punto 1; nonché 31 luglio 1989, causa C-206/89 R., *M. S. c. Commissione*).

Con particolare riguardo alla gravità e irreparabilità del pregiudizio subito dal ricorrente è stato precisato che “*la natura urgente di una domanda di sospensione dell’esecuzione o di provvedimenti provvisori deve valutarsi con riguardo alla necessità di statuire in via interlocutoria al fine di evitare che sia arrecato un danno grave ed irreparabile alla parte che chiede la sospensione dell’esecuzione o i provvedimenti provvisori. Il danno di natura pecuniaria può essere di norma considerato grave ed irreparabile solo qualora non possa essere interamente risarcito in caso di accoglimento del ricorso principale. Ciò può in particolare valere quando l’asserito danno minacci la stessa esistenza dell’impresa o, anche, una volta verificatosi, non possa essere valutato”* (ord. 23 maggio 1990, cause C-51/90 e C-59/90 R., *Comos Tank e al. C. Commissione*, massima) e ancora che “*nell’ambito di una domanda di provvedimenti urgenti, un danno meramente pecuniario non può, in linea di principio, essere considerato irreparabile, o anche difficilmente riparabile, qualora, in ipotesi, possa essere oggetto di una successiva compensazione. Tuttavia, spetta al giudice del procedimento sommario valutare gli elementi che permettono di stabilire, nelle circostanze proprie di ciascun caso di specie, se l’esecuzione immediata delle decisioni oggetto della domanda di*

(2) La Corte attribuisce al giudizio cautelare lo stesso numero della causa principale seguito dalla lettera “R”, che sta per *reféré* (procedura d’urgenza).

sospensione sia atta ad arrecare al richiedente danni che non potrebbero essere riparati, nemmeno se le decisioni di cui trattasi dovessero essere annullate nell'ambito di una causa principale. Il giudice del procedimento sommario deve analogamente valutare, mettendo a confronto gli interessi rispettivi delle parti, se la concessione di provvedimenti provvisori si riveli necessaria per evitare al ricorrente un danno grave ed irreparabile" (ord. 23 novembre 1990, causa T-45/90 R., *Speybrouck c. Parlamento*, massima).

La concessione di misure cautelari richiede inoltre una valutazione degli interessi contrapposti: infatti *"qualora debba pronunciarsi su una domanda di sospensione dell'esecuzione, la Corte deve prendere in considerazione non soltanto l'interesse del richiedente all'adozione del provvedimento richiesto, ma anche le difficoltà che tale provvedimento potrebbe causare alle istituzioni comunitarie, nonché gli inconvenienti che potrebbero derivarne per i terzi"* (ord. 13 gennaio 1979, causa C-4/78 R., *Salerno c. Commissione*, massima).

Quanto al procedimento, la disciplina è contenuta negli artt. 83-88 del Regolamento di procedura della Corte.

I soli atti per i quali può essere richiesta la sospensione sono quelli adottati dalle istituzioni.

Deve poi trattarsi di atti produttivi di effetti giuridici (*"una decisione che abbia esaurito la propria efficacia non può costituire oggetto di provvedimento di sospensione"*, così ord. 22 maggio 1978, causa C-92/78 R., *Simmenthal c. Commissione*, massima).

La richiesta può essere presentata soltanto se l'atto di cui si chiede la sospensione sia già stato impugnato dinanzi alla Corte: non è dunque possibile in sede comunitaria proporre una istanza cautelare *ante causam*.

A ben vedere tale circostanza non risulta in sintonia con la giurisprudenza della Corte sulle procedure nazionali a rilevanza comunitaria. In proposito la Corte si è infatti espressa nel senso dell'incompatibilità con il diritto comunitario, più in particolare con la direttiva ricorsi in materia di appalti 89/665, di normative nazionali che impongano la previa proposizione di un ricorso di merito come condizione per adottare provvedimenti provvisori contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice (sent. 15 maggio 2003, in causa C-214/00 *Commissione c. Spagna*) (3).

(3) Tale sentenza conclude un procedimento di infrazione relativo al recepimento della direttiva che coordina le disposizioni sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (Dir. n. 89/665 CE). La disciplina spagnola, infatti, consentiva la richiesta di provvedimenti urgenti prima della proposizione del ricorso principale ma imponeva al ricorrente l'onere di impugnare l'atto illegittimo, pena la cessazione di efficacia della misura interinale. Ad avviso della Commissione, invece, la normativa di recepimento avrebbe dovuto prevedere in via generale un potere del giudice di adottare provvedimenti provvisori, anche prescindendo dalla previa presentazione del ricorso nel merito. La prospettazione della Commissione, seguita poi dall'Avvocato generale ed accolta dalla Corte di Giustizia, si fondava sul principio dell' *"effetto utile"*, nel senso che il recepimento delle direttive deve essere tale da garantire il perseguimento dello scopo che si prefiggono (art. 249, 3° comma, T.C.E.). In quest'ottica la Corte, riecheggiando un'importante precedente (sent. 19 settembre 1996, in causa C-236/95, *Commissione c. Repubblica Ellenica*) sottolinea come la direttiva 89/665 miri a consolidare i meccanismi volti a garantire l'effettiva applicazione delle

A norma dell'art. 36 del protocollo sullo Statuto della Corte, competente a concedere il provvedimento di sospensione è il Presidente della Corte, che decide sulla base di una procedura sommaria con ordinanza motivata. Tale ordinanza può essere sempre modificata o revocata nel corso del giudizio su istanza delle parti ed in seguito a mutamento di circostanze.

La sospensione dell'atto ha come unico effetto quello di renderlo provvisoriamente inapplicabile: è stato infatti precisato che *“la richiesta tendente ad ottenere un provvedimento provvisorio non è pertinente, dal momento che la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento dell'Alta autorità con il quale viene rifiutata un'autorizzazione non potrebbe essere equiparata alla concessione dell'autorizzazione stessa. In ogni caso, infatti, un'autorizzazione del genere potrebbe essere concessa solo dall'autorità amministrativa, e la Corte non ha il potere di impartire ad essa istruzioni”* (ord. 12 maggio 1959, causa C-19/59 R., *Geitling e al. C. Alta autorità CECA*, massima) (4).

direttive comunitarie sugli appalti pubblici in una fase in cui le violazioni possano ancora essere corrette e che tale risultato sarebbe impedito dalla necessità di far precedere la richiesta di provvedimenti urgenti dal rituale esercizio dell'azione di merito: l'esigenza del previo ricorso principale potrebbe infatti rendere difficoltosa la tutela d'urgenza in relazione alla celerità delle procedure ad evidenza pubblica (cfr. punti 49 e 95). Nell'ordinamento nazionale italiano il potere del giudice di disporre misure *ante causam* in sede di impugnazione di atti amministrativi illegittimi non è legislativamente previsto. Tuttavia l'esigenza di una tale tutela è stata segnalata dai giudici amministrativi di primo grado, che hanno più volte sollevato dubbi di contrarietà della disciplina di cui all'art. 21 della Legge T.A.R. agli artt. 24 e 113 della Costituzione, agli artt. 6 e 13 della CEDU, nonché alla stessa Dir. n. 89/665 CE. In particolare, a fronte della declaratoria di manifesta infondatezza della questione da parte della Corte Costituzionale (ord. 10 maggio 2002, n. 179), il T.A.R. Lombardia si è rivolto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee chiedendo una ulteriore valutazione in ordine alla compatibilità della nuova disciplina sulla tutela cautelare (l. 205/2000) con le prescrizioni della direttiva “ricorsi” (ord. T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 24 aprile 2003, iscritta nel registro della Corte di Giustizia in data 13 maggio 2003, al numero C-202/03 *DAC*). Anche con riferimento a questa causa la Corte, con l'ord. 29 aprile 2004, ha ribadito il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi in materia di appalti la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio.

(4) Nell'ordinamento giuridico nazionale il sistema cautelare si presenta invece in una duplice veste. Mentre il sistema cautelare tipico si caratterizza per l'espressa previsione delle ipotesi di *periculum* e dei provvedimenti cautelari che il giudice può adottare, relativamente ai provvedimenti “atipici”, ex art. 700 c.p.c., il legislatore non definisce i vari *pericula* ma lascia il sistema aperto, in modo che qualsiasi situazione giuridicamente protetta minacciata da un pregiudizio imminente e irreparabile possa trovare adeguata protezione. La necessità di una tutela cautelare atipica è stata peraltro avvertita anche nell'ambito del processo amministrativo. Accogliendo i suggerimenti della dottrina e della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1) la legge n. 205/2000 ha sostituito al limitato potere di sospensione dell'atto impugnato, previsto in precedenza dall'art. 21 della legge n. 1034/1971, un generale potere cautelare: attualmente il giudice amministrativo può infatti adottare le misure cautelari che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (art. 21 L. T.A.R. nel testo attuale). Tali misure possono anche consistere nell'imposizione di un *facere* all'amministrazione come ad esempio l'ammissione con riserva ad una gara o ad un concorso ovvero l'ingiunzione al pagamento di una somma.

Il potere di adottare provvedimenti sospensivi è stato dalla Corte riconosciuto anche in capo ai giudici nazionali con riferimento ai provvedimenti nazionali di esecuzione di atti comunitari di cui risulta contestata la legittimità. Nella nota sentenza 21 febbraio 1991, cause C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrick* si afferma infatti che: “l’art. 185 (ora 242) del Trattato CEE attribuisce alla parte ricorrente nell’ambito del ricorso per annullamento la facoltà di instare per la sospensione dell’esecuzione dell’atto impugnato e conferisce alla Corte la competenza per concederla. La coerenza del sistema di tutela cautelare impone che il giudice nazionale possa, allo stesso modo, ordinare la sospensione dell’esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale basato su un regolamento comunitario la cui legittimità sia in contestazione. (...) Poiché il potere dei giudici nazionali di concedere tale sospensione trova riscontro nella competenza riservata alla Corte di cui all’art. 185 (ora 242) nell’ambito dei ricorsi ai sensi dell’art. 173 (ora 230), è necessario che detti giudici concedano la sospensione solo alle condizioni previste per le domande di provvedimenti urgenti dinanzi alla Corte. (...) Deve aggiungersi, peraltro, che il giudice nazionale chiamato ad applicare le norme comunitarie nell’ambito della propria competenza ha l’obbligo di garantire la piena efficacia del diritto comunitario e quindi, in caso di dubbi sulla validità dei regolamenti comunitari, di tener conto dell’interesse della Comunità affinché gli stessi regolamenti non vengano esclusi senza una garanzia rigorosa. Per altro verso, qualora la sospensione dell’esecuzione possa comportare per la Comunità un rischio finanziario, il giudice nazionale deve imporre al richiedente la prestazione di sufficienti garanzie, quali la costituzione di una cauzione o di un sequestro a scopo conservativo” (punto 18 e seguenti).

Oltre alla sospensione degli atti delle istituzioni, la Corte può disporre provvedimenti provvisori atipici. Infatti, in virtù dell’art. 243 T.C.E., “la Corte di giustizia, negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari”.

Anche per la concessione dei provvedimenti provvisori, che segue lo stesso iter procedurale previsto per la sospensiva, occorre la previa instaurazione di un giudizio di merito avente ad oggetto il provvedimento adottato, nonché la sussistenza delle condizioni precedentemente analizzate del *fumus boni juris*, del *periculum in mora* e dell’urgenza del provvedere. Nella prassi i provvedimenti provvisori si sostanziano in un’ingiunzione con cui si chiede agli Stati membri di sospendere l’applicazione di determinati atti.

La Corte dispone inoltre ex art. 256 T.C.E. della facoltà di sospensione dell’esecuzione forzata delle decisioni del Consiglio o della Commissione costituenti titolo esecutivo, che importano, a carico di persone che non siano gli Stati, un obbligo pecuniario, spettando invece il controllo della regolarità dei provvedimenti esecutivi alle giurisdizioni nazionali.

2. Il caso di specie: la sospensione del regolamento del Land Tirolo sul divieto settoriale di circolazione

Il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione contro la Repubblica d’Austria ha visto l’instaurazione del procedimento cautelare (C-320/03 R) articolato in più fasi.

Con atto separato, depositato nella cancelleria della Corte il 25 luglio 2003, la Commissione ha presentato, ai sensi degli artt. 242-243 T.C.E., una domanda di provvedimenti provvisori intesa ad ottenere, nei confronti della Repubblica austriaca, un'ingiunzione ad adottare le misure necessarie per sospendere l'esecuzione del regolamento controverso.

A parere della Commissione il divieto di transito avrebbe ostacolato la libera prestazione dei servizi nel settore del trasporto e la libera circolazione delle merci: infatti il provvedimento avrebbe penalizzato *“se non quasi esclusivamente, quantomeno in via principale, il trasporto in transito internazionale delle merci interessate”* risultando *“indirettamente discriminatorio”*; inoltre, con riguardo all'urgenza si constatava la produzione ad opera del regolamento *“di effetti immediati e rilevanti sull'attività commerciale delle imprese di trasporti che operano sul mercato interessato e, in generale, sul regolare funzionamento del mercato interno”*.

Con ordinanza 30 luglio 2003 il Presidente della Corte ha ingiunto, a titolo conservativo, alla Repubblica d'Austria di sospendere l'esecuzione del divieto di circolazione contenuto nel regolamento contestato fino alla pronuncia dell'ordinanza che avrebbe posto fine al procedimento sommario. Nella stessa veniva fissata un'udienza per il 27 agosto 2003.

Ha trovato dunque applicazione nel caso di specie l'art. 84, n. 2 del regolamento di procedura, che consente al Presidente di *“accogliere una domanda di provvedimenti provvisori anche prima che l'altra parte abbia presentato le sue osservazioni”*, con la possibilità che tale provvedimento possa essere successivamente modificato o revocato anche d'ufficio.

La lettura dell'ordinanza consente alcune precisazioni in merito ai presupposti di un provvedimento cautelare *inaudita altera parte*.

L'adozione di un tale provvedimento è subordinata ad una valutazione sommaria sulla non infondatezza degli argomenti addotti dalla parte a sostegno del ricorso e sulla sussistenza di circostanze che giustifichino la necessaria urgenza della concessione del provvedimento provvisorio immediato, nonché ad un bilanciamento di interessi, la *“buona amministrazione della giustizia”* e gli obiettivi che il regolamento controverso si propone di raggiungere che non devono essere *“seriamente”* pregiudicati dalla ritardata applicazione.

All'esito dell'udienza del 27 agosto, in cui sono intervenuti il Governo italiano e quello tedesco, il Presidente si riservava.

Quindi, con l'ordinanza 2 ottobre 2003, adottata a seguito dei rilievi di entrambe le parti, l'ingiunzione disposta nei confronti della Repubblica d'Austria di sospensione dell'esecuzione del divieto di circolazione è stata prorogata fino al 30 aprile 2004.

Tale provvedimento presenta la singolarità di contenere un invito alle parti a *“procedere ad una concertazione al fine di individuare le misure più idonee a conciliare, ancorché provvisoriamente, i contrapposti interessi in gioco e a comunicare alla Corte ogni eventuale compromesso”*(ord. 2 ottobre 2003, C-320/03 R, punto 105).

In mancanza di tale accordo, ed a seguito di ulteriori osservazioni presentate dalle parti, il procedimento cautelare si è infine concluso con l'ordi-

nanza 27 aprile 2004, che ha prorogato l'efficacia del provvedimento cautelare fino alla pronuncia sul merito del ricorso (che ha poi accolto il ricorso della Commissione).

Dott.ssa Chiara Di Seri

Corte di Giustizia delle Comunità europee, ordinanza 30 luglio 2003 nella causa C-320/03 R – Commissione c/ Repubblica d'Austria – Pres. R. Iglesias - Sospensione del divieto settoriale di transito ai sensi del regolamento del *Landeshauptmann* (governatore regionale) del Tirolo 27 maggio 2003: misure di limitazione del traffico sull'autostrada A 12 dell'Inntal.

«1.- Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 24 luglio 2003, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica d'Austria, attraverso il divieto di transito per gli autocarri che trasportano determinate merci basato sul regolamento del *Landeshauptmann* del Tirolo 27 maggio 2003, con il quale si adottano misure di limitazione del traffico sull'autostrada A 12 dell'Inntal (BGBl. II 2003/279; in prosieguo: il «regolamento controverso»), è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 1 e 3 del regolamento (CEE) del Consiglio 26 marzo 1992, n. 881, relativo all'accesso al mercato dei trasporti di merci su strada nella Comunità effettuati in partenza dal territorio di uno Stato membro o a destinazione di questo, o in transito sul territorio di uno o più Stati membri (*G.U.* L 95, pag. 1), degli artt. 1 e 6 del regolamento (CEE) del Consiglio 25 ottobre 1993, n. 3118, che fissa le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali di merci su strada in uno Stato membro (*G.U.* L 279, pag. 1), e degli artt. 28 CE - 30 CE.

2.- Con atto separato, depositato nella cancelleria della Corte il 25 luglio 2003, la Commissione, ai sensi degli artt. 242 CE e 243 CE, ha presentato una domanda di provvedimenti provvisori intesa ad ottenere che la Corte ingiunga alla Repubblica austriaca di adottare le misure necessarie per sospendere l'esecuzione del regolamento controverso finché la Corte non abbia statuito sul ricorso di merito.

3.- La Commissione ha chiesto espressamente, ai sensi dell'art. 84, n. 2, del regolamento di procedura, che venisse emanata in via cautelare, ancor prima che la controparte avesse presentato le proprie osservazioni, un'ordinanza di accoglimento della domanda di provvedimenti provvisori fino alla pronuncia dell'ordinanza conclusiva del presente procedimento sommario.

4.- Nella domanda di provvedimenti provvisori la Commissione riassume i fatti come segue. In applicazione dell'*Immissionsschutzgesetz-Luft* (legge sul controllo delle immissioni nell'aria) austriaco, mediante il controverso regolamento del 27 maggio 2003 il *Landeshauptmann* del Tirolo ha imposto un divieto di transito per gli automezzi pesanti che trasportino determinate merci su una tratta di circa 46 km dell'autostrada A 12 dell'Inntal. Tale divieto assoluto di transito entra direttamente in vigore a tempo indeterminato per i veicoli interessati a partire dal 1° agosto 2003.

5.- Fondato sull'*Immissionsschutzgesetz-Luft* austriaco, il regolamento controverso sarebbe inteso a ridurre le emissioni prodotte dagli interventi dell'uomo, migliorando in tal modo la qualità dell'aria al fine di tutelare così durevolmente la salute umana nonché il patrimonio faunistico e floristico (art. 1 del regolamento controverso).

6.- Nell'art. 2 del regolamento controverso viene individuata una «zona di risanamento», cioè una tratta di circa 46 km dell'autostrada A 12 dell'Inntal, fra i territori comunali di Kundl e Ampass. In base all'art. 3 del regolamento controverso, in tale zona di risanamento è vietato il transito di autocarri o autoarticolati di peso complessivo ammissibile superiore alle 7,5 tonnellate e di autocarri con rimorchio ove la somma dei pesi complessivi massimi ammissibili di entrambi i veicoli sia superiore a 7,5 tonnellate, per il trasporto delle seguenti merci: tutti i rifiuti inclusi nell'elenco di rifiuti europeo [conformemente alla decisione della Commissione 3 maggio 2000, 2000/532/CE, che sostituisce la decisione 94/3/CE che istituisce un elenco di rifiuti conformemente all'articolo 1, lett. a), della direttiva 75/442/CEE del Consiglio relativa ai rifiuti e la decisione 94/904/CE del Consiglio che istituisce un elenco di rifiuti pericolosi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 91/689/CEE del Consiglio relativa ai rifiuti pericolosi (*G.U. L 226*, pag. 3), nella formulazione della decisione del Consiglio 23 luglio 2001, 2001/573/CE, che modifica la decisione 2000/532 (*G.U. L 203*, pag. 18)], cereali, legname in tronchi e sughero, minerali ferrosi e non ferrosi, pietrame, terra e materiale di sterro, autoveicoli e rimorchi, nonché acciaio da costruzione. Non è richiesto alcun provvedimento di autorizzazione delle autorità; il divieto ha efficacia diretta.

7.- Ai sensi dell'art. 4, dal divieto di cui all'art. 3 del regolamento controverso sono esclusi gli autoveicoli il cui transito, avente come scopo un'attività di carico o scarico per fini commerciali, abbia il luogo di partenza o di destinazione del viaggio nel territorio del Comune di Innsbruck o dei distretti di Kufstein, Schwaz o Innsbruck-provincia. Ulteriori deroghe sono contenute nell'*Immissionschutzgesetz-Luft*. Sono esenti da detto divieto di transito diverse categorie di veicoli, tra cui i mezzi per la manutenzione stradale, i mezzi adibiti alla raccolta dei rifiuti e i veicoli per uso agricolo e forestale. Tali veicoli sono esentati dal divieto direttamente. Per altri tipi di veicoli può essere richiesta un'autorizzazione per il caso singolo, a condizione che sussista un interesse pubblico o un rilevante interesse personale.

8.- A parere della Commissione il divieto di transito ostacola in modo evidente la libera prestazione dei servizi nel settore del trasporto delle merci garantita dal Trattato CE e concretizzata, nel diritto derivato, dai regolamenti nn. 881/92 e 3118/93, e la libera circolazione delle merci ai sensi dell'art. 28 CE.

9.- Di fatto, il provvedimento penalizzerebbe, se non quasi esclusivamente, quantomeno in via principale, il trasporto in transito internazionale delle merci interessate e sarebbe pertanto, quantomeno indirettamente, discriminatorio. Ciò sarebbe incompatibile sia con i citati regolamenti relativi al mercato dei trasporti di merci su strada nella Comunità e al cabotaggio, sia con gli artt. 28 CE e seguenti, quando non sia possibile addurre una giustificazione. Tale provvedimento non potrebbe essere giustificato dalla tutela ambientale e sarebbe in ogni caso sproporzionato.

10.- Quanto all'urgenza, la Commissione sostiene tra l'altro che il regolamento controverso produrrebbe effetti immediati e rilevanti sull'attività commerciale delle imprese di trasporti che operano sul mercato interessato e, in generale, sul regolare funzionamento del mercato interno.

11.- Con riferimento all'ordine pubblico, la causa rivestirebbe importanza esemplare in quanto altri *Länder* federali austriaci, interessati da un elevato traffico di transito, avrebbero già manifestato l'intenzione di seguire l'esempio tirolese e di prendere in considerazione l'istituzione di divieti di transito. Per giunta, non è da escludere l'ipotesi che anche altri Stati membri possano valutare l'opportunità di tali misure.

12.- Il divieto settoriale di transito inciderebbe inoltre in maniera diretta sulla catena logistica degli operatori economici che trattano le merci interessate, catena perfettamente basata sulle esigenze del mercato. Il provvedimento adottato unilateralmente, senza indugio, a livello nazionale provocherebbe cambiamenti bruschi e sostanziali delle condizioni attualmente esistenti sul mercato dei trasporti di merci su strada nella Comunità, che non potrebbero poi essere pienamente ristabilite. Ne verrebbero danneggiati innanzi tutto gli anelli più deboli della catena, nel caso concreto le imprese operanti nel settore del trasporto di merci su strada e in modo particolare le piccole imprese specializzate nel trasporto di tipi di merci specifiche in base alle dimensioni del proprio parco autoveicoli. Più della metà dei trasportatori interessati disporrebbe solamente di uno-tre autocarri, e un ulteriore 31% di quattro-dieci autocarri. Solo circa il 15% delle imprese disporrebbe di oltre dieci veicoli.

13.- Per le imprese specializzate nel trasporto di determinate merci e che utilizzano a tal fine veicoli speciali (ad esempio trasporto di autovetture nuove o di rifiuti), il divieto settoriale di transito equivarrebbe ad un divieto di transito generale, non potendo esse convertire senz'altro la propria attività nel trasporto di merci diverse.

14.- Nella maggior parte degli Stati membri, soprattutto in Germania, il settore dei trasporti stradali presenta sovraccapacità che provocherebbero un'aspra concorrenza tra le aziende e si tradurrebbero in margini ridotti. In tale mercato, sarebbe concorrenziale solo chi fosse in grado di sfruttare costantemente i propri veicoli al massimo. Per i trasportatori sarebbe pertanto di vitale necessità non perdere i contratti in essere, né i rapporti con i clienti. Per le imprese dotate di pochi veicoli, periodi di sosta di un paio di giorni potrebbero già significare la rovina economica.

15.- In questa situazione critica, per le imprese di trasporto merci interessate esisterebbero in teoria solo due possibilità per eludere il divieto di transito: scegliere un percorso alternativo o effettuare il loro trasporto per ferrovia.

16.- Dopo un esame di tali possibilità, la Commissione è del parere che per le aziende interessate, comunque si comportino per non dover cessare del tutto la propria attività, conseguirebbero maggiori spese e perdite di tempo. Nell'ambito della forte concorrenza esistente nel settore dei trasporti di merci su strada, tali maggiori spese non potrebbero tuttavia essere fatte ricadere direttamente sui committenti o sui clienti, ma dovrebbero essere sostenute, quantomeno a breve termine, dai trasportatori stessi. Solo le grandi aziende sarebbero però in grado di compensare le maggiori spese su una tratta (nel caso concreto l'asse del Brennero attraverso l'Austria). Le piccole aziende specializzate nel trasporto di merci interessate dal divieto di transito non potrebbero sostenere le maggiori spese nemmeno a breve termine, perdendo i contratti in essere e i propri committenti. In considerazione della già menzionata specializzazione di gran parte delle piccole imprese, vi sarebbe da temere che molte di esse non potrebbero ottenere commesse sostitutive a breve termine e dovrebbero chiudere il proprio parco autoveicoli.

17.- La Commissione è giunta alla conclusione che, alla luce dei margini ridotti delle imprese di trasporto su strada, vi sarebbe da temere che le aziende di piccole e medie dimensioni interessate si troverebbero costrette a cessare la propria attività. Un simile pregiudizio peserebbe gravemente sull'economia europea e sarebbe di natura irreparabile.

18.- Dalle dichiarazioni della Repubblica austriaca nel procedimento precontenzioso e in special modo dalla sua risposta al parere motivato della Commissione risulta che essa considera il regolamento controverso compatibile con la normativa comunitaria. Il divieto di transito in questione sarebbe stato adottato in conformità delle disposizioni nazionali e delle direttive della Comunità relative alla tutela della qualità dell'aria. Si tratterebbe di un provvedi-

mento necessario, proporzionato e non discriminatorio. I dubbi della Commissione sarebbero infondati anche per quanto riguarda le disastrose conseguenze economiche di tale provvedimento, in quanto la ferrovia costituirebbe un'alternativa - sul piano sia tecnico sia economico - attuabile per il trasporto delle merci che rientrano nel divieto settoriale di transito.

19.- Ai sensi dell'art. 84, n. 2, del regolamento di procedura, il presidente può accogliere una domanda di provvedimenti provvisori anche prima che l'altra parte abbia presentato le sue osservazioni. Tale provvedimento può essere successivamente modificato o revocato anche d'ufficio.

20.- In questa fase del procedimento la Repubblica austriaca non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sulla domanda di provvedimenti provvisori presentata dalla Commissione, cosicché è ancora impossibile determinare se la Commissione abbia sufficientemente esposto in fatto e in diritto la necessità del provvedimento da essa richiesto.

21.- Gli argomenti della Commissione non appaiono tuttavia, *prima facie*, del tutto infondati e non è da escludere che le circostanze addotte dalla Commissione giustifichino la necessaria urgenza della concessione del provvedimento provvisorio immediato richiesto.

22.- Per contro, non risulta, *prima facie*, che il ritardo di alcune settimane nell'applicazione del regolamento controverso possa seriamente pregiudicare l'obiettivo di cui all'art. 1 di tale regolamento.

23.- Pertanto appare necessario, in particolare alla luce della prossima entrata in vigore del regolamento controverso, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, che lo *status quo* sia mantenuto fino alla decisione sulla domanda di provvedimenti provvisori (v. ugualmente, in questo senso, ordinanza 28 giugno 1990, causa C-195/90 R, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-2715).

24.- Di conseguenza occorre ordinare, in via cautelare, che la Repubblica austriaca sospenda il divieto settoriale di transito ai sensi del regolamento controverso fino alla pronuncia dell'ordinanza conclusiva del presente procedimento sommario.

Per questi motivi, il Presidente della Corte così provvede:

1) *La Repubblica d'Austria sospende il divieto settoriale di transito ai sensi del regolamento del Landeshauptmann del Tirolo del 27 maggio 2003, con il quale vengono adottate misure di limitazione del traffico sull'autostrada A 12 dell'Inntal, fino all'emanazione dell'ordinanza conclusiva del presente procedimento sommario.*

2) *Le spese sono riservate.*

Lussemburgo, 30 luglio 2003».

Corte di Giustizia delle Comunità europee, ordinanza 2 ottobre 2003 nella causa C-320/03 R - Commissione delle Comunità europee, sostenuta da Repubblica federale di Germania e da Repubblica italiana (avv. dello Stato G. De Bellis) c/ Repubblica d'Austria - Pres. R. Iglesias - Sospensione dell'esecuzione del divieto settoriale di transito contenuto nella *Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol, mit der auf der A 12 Inntalautobahn verkehrsbeschränkende Maßnahmen erlassen werden (sektorales Fahrverbot)* [regolamento del governatore regionale del Tirolo recante misure di limitazione del traffico sull'autostrada A 12 della valle dell'Inn (divieto settoriale di transito)], del 27 maggio 2003 (BGBl. II, 2003/279).

«1.- Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 24 luglio 2003 la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica d'Austria, istituendo il divieto di transito per gli

autocarri che trasportano determinate merci per mezzo della *Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol, mit der auf der A 12 Inntalautobahn verkehrsbeschränkende Maßnahmen erlassen werden (sektorales Fahrverbot)* [regolamento del governatore regionale del Tirolo recante misure di limitazione del traffico sull'autostrada A 12 della valle dell'Inn (divieto settoriale di transito)], del 27 maggio 2003 (BGBl. II, 2003/279; in prosieguo: il «regolamento controverso»), è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 1 e 3 del regolamento (CEE) del Consiglio 26 marzo 1992, n. 881, relativo all'accesso al mercato dei trasporti di merci su strada nella Comunità effettuati in partenza dal territorio di uno Stato membro o a destinazione di questo, o in transito sul territorio di uno o più Stati membri (*G.U. L 95*, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 1° marzo 2002, n. 484 (*G.U. L 76*, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento n. 881/92»), degli artt. 1 e 6 del regolamento (CEE) del Consiglio 25 ottobre 1993, n. 3118, che fissa le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali di merci su strada in uno Stato membro (*G.U. L 279*, pag. 1), come modificato dal regolamento n. 484/2002 (in prosieguo: il «regolamento n. 3118/93»), nonché degli artt. 28 CE - 30 CE.

2.- Con separato atto, depositato presso la cancelleria della Corte il 25 luglio seguente, la Commissione ha presentato, ai sensi degli artt. 242 CE e 243 CE, una domanda di provvedimenti urgenti intesa ad ottenere che la Corte ingiunga alla Repubblica d'Austria di adottare le misure necessarie per sospendere l'esecuzione del regolamento controverso finché la Corte non abbia statuito sul ricorso nel merito.

3.- La Commissione ha parimenti chiesto, a termini dell'art. 84, n. 2, del regolamento di procedura, l'accoglimento in via cautelare della domanda di provvedimenti urgenti ancor prima che la controparte avesse presentato le proprie osservazioni, sino alla pronuncia dell'ordinanza conclusiva del procedimento sommario.

4.- Con ordinanza 30 luglio 2003 veniva ingiunto, a titolo cautelativo, alla Repubblica d'Austria di sospendere l'esecuzione del divieto di transito contenuto nel regolamento controverso, sino alla pronuncia dell'ordinanza conclusiva del procedimento sommario.

5.- Con istanze depositate presso la cancelleria della Corte, rispettivamente in data 29 luglio e 6 agosto 2003, la Repubblica federale di Germania e la Repubblica italiana hanno chiesto di intervenire nel presente procedimento sommario a sostegno della Commissione.

6.- Ai sensi degli artt. 40, primo e quarto comma, dello Statuto della Corte di giustizia, nonché 93, nn. 1 e 2, del regolamento di procedura, tali domande di intervento nel procedimento sommario devono essere accolte.

7.- La Repubblica d'Austria ha presentato osservazioni scritte in merito alla domanda di provvedimenti urgenti con telefax del 18 agosto 2003. Con telefax di pari data, la Repubblica federale di Germania e la Repubblica italiana hanno presentato le rispettive memorie di intervento.

8.- Le osservazioni orali delle parti sono state sentite all'udienza del 27 agosto 2003.

CONTESTO NORMATIVO E DI FATTO

La normativa comunitaria relativa al mercato interno dei trasporti su strada

9.- I regolamenti nn. 881/92 e 3118/93, invocati dalla Commissione nel proprio ricorso, costituiscono il contesto normativo del mercato interno dei trasporti su strada e disciplinano la libera prestazione dei servizi in tale settore sul territorio della Comunità.

Le direttive comunitarie relative alla tutela della qualità dell'aria ambiente

10.- La normativa comunitaria relativa alla tutela della qualità dell'aria ambiente è costituita, segnatamente, dalla direttiva del Consiglio 27 settembre 1996, 96/62/CE, in mate-

ria di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente (*G.U.* L 296, pag. 55), nonché dalla direttiva del Consiglio 22 aprile 1999, 1999/30/CE, concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo (*G.U.* L 163, pag. 41), come modificata dalla decisione della Commissione 17 ottobre 2001, 2001/744/CE (*G.U.* L 278, pag. 35; in prosieguo: la «direttiva 1999/30»).

11.- L'obiettivo generale della direttiva 96/62 consiste, a termini dell'art. 1, nella definizione dei principi di base di una strategia comune volta a:

– definire e stabilire obiettivi di qualità dell'aria ambiente nella Comunità europea al fine di evitare, prevenire o ridurre gli effetti nocivi sulla salute umana e sull'ambiente nel suo complesso;

– valutare la qualità dell'aria ambiente negli Stati membri in base a metodi e criteri comuni;

– disporre di informazioni adeguate sulla qualità dell'aria ambiente e far sì che siano rese pubbliche, tra l'altro mediante soglie d'allarme;

– mantenere la qualità dell'aria ambiente, laddove è buona, e migliorarla negli altri casi.

12.- L'art. 7 della direttiva 96/62 così recita:

«Miglioramento della qualità dell'aria ambiente

Requisiti generali

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare il rispetto dei valori limite.

2. Qualunque misura presa per raggiungere gli scopi della presente direttiva deve:

a) prendere in considerazione una strategia integrata a difesa dell'aria, dell'acqua e del suolo;

b) non contravvenire alla legislazione comunitaria in materia di salvaguardia della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro;

c) non avere effetti nocivi e significanti sull'ambiente degli altri Stati membri.

3. Gli Stati membri predispongono piani d'azione che indicano le misure da adottare a breve termine in casi di rischio di un superamento dei valori limite e/o delle soglie d'allarme, al fine di ridurre il rischio e limitarne la durata. Tali piani possono prevedere, a seconda dei casi, misure di controllo e, ove necessario, di sospensione delle attività, ivi compreso il traffico automobilistico, che contribuiscono al superamento dei valori limite».

13.- L'art. 8, n. 3, della direttiva 96/62 prevede peraltro:

«Nelle zone e negli agglomerati di cui al paragrafo 1, gli Stati membri adottano misure atte a garantire l'elaborazione o l'attuazione di un piano o di un programma che consenta di raggiungere il valore limite entro il periodo di tempo stabilito.

Tale piano o programma, da rendere pubblico, deve riportare almeno le informazioni di cui all'allegato IV».

14.- Valori limite per il biossido di azoto sono fissati nella direttiva 1999/30.

15.- A termini dell'art. 4 della direttiva 1999/30:

«Biossido di azoto e ossidi di azoto

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le concentrazioni di biossido di azoto e, ove possibile, degli ossidi di azoto nell'aria, valutate a norma dell'articolo 7, non superino i valori limite indicati nella sezione I dell'allegato II, a decorrere dalle date ivi indicate.

I margini di tolleranza indicati nella sezione I dell'allegato II si applicano a norma dell'articolo 8 della direttiva 96/62/CE.

2. La soglia di allarme per le concentrazioni di biossido di azoto nell'aria ambiente è indicata nella sezione II dell'allegato II».

16.- Dall'allegato II della direttiva 1999/30 risulta che, per quanto attiene al biossido di azoto, il valore limite annuo, compreso il margine di tolleranza previsto, è fissato per il 2002 in 56 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.

17.- Ai sensi del quarto considerando della direttiva 1999/30, i valori limite fissati nella direttiva medesima costituiscono requisiti minimi e, a norma dell'art. 130 T del Trattato CE (divenuto art. 176 CE), gli Stati membri possono mantenere ovvero introdurre provvedimenti di protezione ancora maggiore, stabilendo valori limite più rigorosi.

La normativa nazionale e i fatti all'origine della controversia

18.- Le direttive 96/62 e 1999/30 sono state trasposte nell'ordinamento austriaco per mezzo di modificazioni all'*Immissionsschutzgesetz-Luft* (legge austriaca in materia di protezione contro l'inquinamento dell'aria, BGBl. I, 1997/115).

19.- A seguito di un primo superamento del valore limite per il biossido di azoto nel 1999, il 1° ottobre 2002 entrava in vigore un divieto di circolazione notturna per gli automezzi pesanti su un troncone dell'autostrada A 12 nella valle dell'Inn (Austria).

20.- Il valore limite annuo fissato per il 2002 in 55 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ dall'*Immissionsschutzgesetz-Luft* risultava superato su tale troncone autostradale, alla stazione di rilevamento di Vomp, ove la media annuale registrata ammontava a 61 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.

21.- Il divieto di circolazione notturna, originariamente previsto per una durata limitata, veniva quindi prorogato e successivamente sostituito, a decorrere dal 1° giugno 2003, da un divieto permanente di transito notturno per gli automezzi pesanti di peso superiore a 7,5 tonnellate adibiti al trasporto di merci, divieto valido tutto l'anno.

22.- Il 27 maggio 2003 il *Landeshauptmann von Tirol* emanava, sulla base dell'*Immissionsschutzgesetz-Luft*, il regolamento controverso, con cui vietava a tempo indeterminato, a decorrere dal 1° agosto 2003, il transito su un troncone di circa 46 km dell'autostrada A 12 nella valle dell'Inn ad una determinata categoria di automezzi pesanti adibiti al trasporto di talune merci.

23.- Il regolamento controverso è inteso, a termini dell'art. 1, a ridurre le emissioni prodotte dagli interventi dell'uomo, migliorando in tal modo la qualità dell'aria al fine di tutelare durevolmente la salute umana nonché il patrimonio faunistico e floristico.

24.- Nell'art. 2 del regolamento controverso viene individuata una «zona di risanamento» consistente in un troncone di circa 46 km dell'autostrada A 12 della valle dell'Inn tra i comuni di Kundl e Ampass (Austria). Ai sensi del successivo art. 3, è vietato il transito agli autocarri o autoarticolati di peso complessivo autorizzato superiore a 7,5 tonnellate e agli autocarri con rimorchio ove la somma dei pesi complessivi massimi autorizzati di entrambi i veicoli risulti superiore a 7,5 tonnellate, per il trasporto delle seguenti merci: tutti i rifiuti inclusi nell'elenco di rifiuti europeo [di cui alla decisione della Commissione 3 maggio 2000, 2000/532/CE, che sostituisce la decisione 94/3/CE, che istituisce un elenco di rifiuti conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 75/442/CEE relativa ai rifiuti e la decisione del Consiglio 94/904/CE che istituisce un elenco di rifiuti pericolosi ai sensi dell'art. 1, paragrafo 4, della direttiva del Consiglio 91/689/CEE relativa ai rifiuti pericolosi (G.U. L 226, pag. 3), nel testo di cui alla decisione del Consiglio 23 luglio 2001, 2001/573/CE, che modifica la decisione 2000/532 (G.U. L 203, pag. 18)], cereali, legname in tronchi e sughero, minerali ferrosi e non ferrosi, pietrame, terra e materiale di sterro, autoveicoli e rimorchi, nonché acciaio da costruzione. Nessun intervento da

parte di alcuna autorità è necessario ai fini dell'esecuzione del detto divieto, possedendo questi efficacia diretta.

25.- Il successivo art. 4 esclude dal divieto gli autocarri il cui transito, diretto ad attività di carico o scarico per fini commerciali, abbia il luogo di partenza o di destinazione del trasporto nel territorio del comune di Innsbruck o dei distretti di Kufstein, di Schwaz o di Innsbruck-Land (Austria). Ulteriori deroghe sono peraltro previste dallo stesso *Immissionsschutzgesetz-Luft*. La detta legge esenta direttamente dal divieto di transito diverse categorie di veicoli, tra cui i mezzi per la manutenzione stradale, i mezzi adibiti alla raccolta di rifiuti e i veicoli per uso agricolo e forestale. Per altri tipi di veicoli può essere richiesta un'autorizzazione caso per caso, a condizione che sussistano un interesse pubblico o un rilevante interesse personale.

FASE PRECONTENZIOSA DEL PROCEDIMENTO

26.- In esito ad un primo scambio di lettere con la Repubblica d'Austria, la Commissione inviava al detto Stato membro, in data 25 giugno 2003, una lettera di diffida invitandolo a rispondere entro il termine di una settimana. La Repubblica d'Austria rispondeva con lettera 3 luglio 2003.

27.- Con lettera 9 luglio 2003 la Commissione notificava alla Repubblica d'Austria un parere motivato ai sensi dell'art. 226 CE, cui il detto Stato membro rispondeva con lettera del 18 luglio seguente.

REQUISITI RELATIVI ALLA CONCESSIONE DI PROVVEDIMENTI URGENTI

28.- Conformemente all'art. 243 CE la Corte può ordinare, nei giudizi dinanzi ad essa proposti, i provvedimenti provvisori necessari.

29.- L'art. 83, n. 2, del regolamento di procedura esige che le domande relative a tali provvedimenti precisino l'oggetto della causa, i motivi di urgenza, nonché gli argomenti di fatto e di diritto che giustificano *prima facie* l'adozione del provvedimento provvisorio richiesto.

30.- Secondo costante giurisprudenza, i provvedimenti provvisori possono essere accordati dal giudice del provvedimento sommario se è comprovato che la loro concessione è giustificata *prima facie* da argomenti di fatto e di diritto (*fumus boni iuris*) e che gli stessi sono urgenti in quanto occorre, per evitare un danno grave ed irreparabile agli interessi del ricorrente, che essi siano emanati e producano i loro effetti già prima della decisione della causa principale. Il giudice dell'urgenza procede parimenti, all'occorrenza, alla ponderazione degli interessi in gioco [v. ordinanza 14 febbraio 2002, causa C-440/01 P(R), Commissione/Artogodan, *Racc.* pag. I-1489, punti 58 e 59].

SUL FUMUS BONI IURIS

Argomenti delle parti

31.- Secondo la Commissione, il divieto di transito ostacolerebbe manifestamente la libera prestazione dei servizi nel settore del trasporto delle merci, garantito dal Trattato e sancito dal diritto derivato nei regolamenti nn. 881/92 e 3118/93, nonché la libera circolazione delle merci ai sensi dell'art. 28 CE.

32.- Il provvedimento di cui trattasi inciderebbe di fatto, se non esclusivamente quanto meno in maniera preponderante, sul transito internazionale delle merci, operando quindi una discriminazione, quanto meno indiretta, che sarebbe incompatibile con i regolamenti nn. 881/92 e 3118/93, nonché con gli artt. 28 CE e seguenti. Una siffatta misura, essendo discri-

minatoria, non potrebbe essere giustificata da considerazioni relative alla tutela dell'ambiente e sarebbe, in ogni caso, sproporzionata.

33.- Allineandosi a tali motivi la Repubblica federale di Germania aggiunge che il regolamento controverso non potrebbe trovare giustificazione nelle direttive 96/62 e 1999/30 e che esso costituirebbe violazione del principio di leale cooperazione sancito dall'art. 10 CE nonché del principio di proporzionalità.

34.- La Repubblica d'Austria non potrebbe avvalersi dell'art. 7 della direttiva 96/62, atteso che tale disposizione imporrebbe la predisposizione di un piano di azione, consentirebbe unicamente l'adozione di provvedimenti provvisori e prevedrebbe che le misure adottate non possano avere effetti nocivi e significativi sull'ambiente degli altri Stati membri, requisiti nessuno dei quali ricorrerebbe nella specie.

35.- Il regolamento controverso non sarebbe nemmeno conforme all'art. 8 della direttiva 96/62.

36.- La Repubblica federale di Germania ritiene parimenti che il superamento del valore limite di biossido di azoto, sul quale si fonda il regolamento controverso, non sia stato accertato nel rispetto dei requisiti risultanti dagli allegati V e VI della direttiva 1999/30.

37.- Ai sensi dell'art. 10 CE, la Repubblica d'Austria avrebbe dovuto provvedere a concertarsi in tempo utile prima di emanare un provvedimento così radicale quale il divieto di transito settoriale di cui trattasi.

38.- Inoltre, il provvedimento imposto con il regolamento controverso sarebbe sproporzionato, in quanto nulla giustificerebbe il riferimento al trasporto di merci su autocarri o a talune merci specifiche.

39.- All'udienza la Repubblica italiana ha posto l'accento, dal canto suo, sulla necessità che provvedimenti di tal genere vengano adottati esclusivamente a livello comunitario.

40.- La Repubblica d'Austria ritiene, invece, il regolamento controverso conforme al diritto comunitario.

41.- Il divieto di transito sarebbe stato disposto nel rispetto della normativa interna nonché delle disposizioni delle direttive comunitarie relative alla protezione della qualità dell'aria ambiente, in particolare degli artt. 7 e 8 della direttiva 96/62.

42.- Il regolamento controverso non costituirebbe nemmeno violazione dei regolamenti nn. 881/92 e 3118/93. Infatti, tali regolamenti non concederebbero al titolare di una licenza comunitaria un diritto incondizionato e non lo libererebbero dall'obbligo di rispettare le condizioni generali di trasporto.

43.- Il divieto di transito di cui trattasi costituirebbe peraltro un provvedimento necessario, non discriminatorio e proporzionato.

44.- La necessità del provvedimento risulterebbe comprovata dalla semplice constatazione del superamento dei valori limite fissati, tanto nella normativa austriaca quanto nella direttiva 1999/30, per il biossido di azoto per l'anno 2002.

45.- Quanto all'assenza di discriminazione, la Repubblica d'Austria deduce che il divieto di transito riguarderebbe parimenti il traffico interno. Le deroghe previste sarebbero limitate, giustificate da ragioni imperative di interesse pubblico ed opererebbero parimenti a favore dei trasportatori stranieri.

46.- In ogni caso, il divieto di transito, anche ove fosse ritenuto indirettamente discriminatorio, potrebbe essere giustificato da motivi attinenti alla tutela della salute umana e dell'ambiente.

47.- Le preoccupazioni della Commissione quanto agli effetti catastrofici di tale provvedimento sarebbero destituiti di fondamento, atteso che la ferrovia costituirebbe una vali-

da soluzione alternativa tanto sul piano tecnico quanto su quello economico per assicurare il trasporto delle merci oggetto del divieto di transito.

Giudizio

48.- A termini dell'art. 83, n. 2, del regolamento di procedura, la domanda di provvedimenti provvisori deve specificare, in particolare, gli argomenti di fatto e di diritto che giustifichino *prima facie* l'adozione del provvedimento provvisorio richiesto.

49.- A tale riguardo, da un primo esame degli elementi dedotti dalle parti emerge che il regolamento controverso introduce restrizioni alle libertà di circolazione previste dal Trattato e dal diritto derivato, senza che occorra determinare con precisione in tale fase le disposizioni comunitarie interessate.

50.- Infatti, il regolamento controverso istituisce un divieto totale di transito nei confronti di un'ampia categoria di trasportatori su un'arteria di transito che si inserisce in una delle principali vie di comunicazione terrestri per gli scambi tra l'Europa settentrionale e il settentrione dell'Italia.

51.- L'eventuale carattere indirettamente discriminatorio di tale ostacolo non può essere escluso *prima facie*.

52.- È pur vero che il regolamento controverso si applica nei confronti di tutti i trasportatori, indipendentemente dalla loro nazionalità, e che penalizza quindi parimenti i trasportatori austriaci che effettuino il trasporto delle merci interessate sul troncone autostradale *de quo*.

53.- Non può essere tuttavia escluso che il regolamento controverso, in considerazione del tipo di trasporto cui esso si riferisce nonché della portata delle deroghe ivi previste, focalizzi essenzialmente, di fatto, la restrizione sui trasportatori degli Stati membri diversi dalla Repubblica d'Austria, senza che tale squilibrio possa trovare giustificazione. La valutazione di tale questione necessita tuttavia un esame dettagliato dell'impatto del regolamento controverso sulle singole categorie di trasportatori, esame che non risulta possibile nella fase del presente procedimento sommario. All'udienza le varie parti hanno d'altronde indicato a tal riguardo cifre che appaiono, a prima vista, contraddittorie e la cui pertinenza non ha potuto essere verificata.

54.- Oltre alla questione dell'eventuale discriminazione, la valutazione della sussistenza di un inadempimento al diritto comunitario da parte della Repubblica d'Austria richiede peraltro un dettagliato esame dell'ostacolo rappresentato dal divieto di transito.

55.- In tale esame occorre, da un lato, tener conto degli obiettivi di tutela della salute e/o dell'ambiente invocati dalla Repubblica d'Austria e, in particolare, verificando in quale misura il regolamento controverso si inserisce nel tessuto normativo comunitario in materia di qualità dell'aria ambiente nonché, dall'altro, valutare la proporzionalità dell'ostacolo creato rispetto a tali obiettivi.

56.- A tale riguardo appare *prima facie* che, come sostenuto dalla Repubblica d'Austria, il regolamento controverso si integra nel contesto normativo nazionale istituito al fine di adempiere gli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie in materia di qualità dell'aria ambiente.

57.- Inoltre, l'effettività del superamento del valore limite per le emissioni di biossido di azoto nel 2002, circostanza che si afferma essere all'origine dell'emanazione del regolamento controverso, non è stata contestata dalle varie parti in causa.

58.- Senza che sia necessario, nella fase attuale, accertare se il regolamento controverso possa fondarsi su considerazioni relative alla tutela dell'ambiente e/o della salute, è evidente che le esigenze connesse a considerazioni di tal genere devono prevalere, in linea di principio, rispetto a considerazioni di carattere economico.

59.- L'accento posto dalla Commissione, nell'ambito della propria domanda di provvedimenti urgenti sugli aspetti puramente economici della fattispecie, non può essere quindi semplicemente condiviso.

60.- Ciò premesso, il divieto di transito istituito con il regolamento controverso solleva nondimeno seri interrogativi quanto alla sua compatibilità con il diritto comunitario.

61.- Anzitutto, come rilevato dalla Repubblica italiana, il regolamento controverso è stato emanato solamente qualche mese dopo l'entrata in vigore del divieto di transito notturno, vale a dire prima che gli effetti di quest'ultimo provvedimento sulla concentrazione di biossido di azoto potessero essere compiutamente valutati. Infatti, considerato che il divieto di transito notturno è entrato in vigore solamente il 1° ottobre 2002, la media annuale di biossido di azoto per l'anno 2002 non consentiva di valutarne l'impatto effettivo.

62.- Inoltre, la brevità del termine intercorrente tra l'emanazione e l'entrata in vigore del regolamento controverso può considerevolmente aggravare gli effetti negativi del medesimo sull'attività e sull'organizzazione degli autotrasportatori interessati. Un periodo di due mesi appare infatti molto ridotto in considerazione degli adeguamenti strutturali, in termini di modalità di trasporto o di percorsi, resi necessari dal divieto di transito. In particolare, ancorché la Repubblica d'Austria abbia potuto dedurre taluni elementi comprovanti la fattibilità di un aumento dell'offerta di trasporto ferroviario sul percorso interessato, da tutte le informazioni comunicate dalle parti emerge che tale adeguamento è realizzabile solamente a medio termine e in modo progressivo.

63. Infine, come sostenuto dalla Commissione e dalle parti intervenienti, provvedimenti che incidono direttamente sul trasporto delle merci tra gli Stati membri sembrano richiedere un determinato grado di previa concertazione a livello comunitario, il che sembra essere completamente mancato nella specie.

64.- La valutazione definitiva di tutti questi argomenti, il che implica la delicata questione dell'individuazione di un equilibrio tra le esigenze del mercato interno, da un lato, e la tutela della salute e/o dell'ambiente, dall'altro, esige un esame più approfondito che non può essere effettuato nell'ambito del presente procedimento sommario.

65.- Ciò premesso, e senza che occorra pronunciarsi ulteriormente, in tale fase, sui vari motivi dedotti nell'ambito della causa principale, si deve rilevare che la fondatezza del ricorso principale non può essere senz'altro esclusa, ancorché gli argomenti dedotti dalla Repubblica d'Austria a propria difesa non possano essere negati.

66.- Occorre quindi proseguire l'esame della domanda di provvedimenti provvisori verificando se i provvedimenti richiesti siano urgenti nel senso che, al fine di evitare un pregiudizio grave e irreparabile agli interessi fatti valere dalla Commissione, è necessario che tali provvedimenti vengano disposti e producano i loro effetti prima della decisione nel merito e, in caso affermativo, procedere alla ponderazione degli interessi in gioco.

IN ORDINE ALL'URGENZA E ALLA PONDERAZIONE DEGLI INTERESSI

Argomenti delle parti

67.- Quanto all'urgenza, la Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, sostiene che il regolamento controverso, destinato ad entrare in vigore il 1° agosto 2003, produrrebbe effetti diretti e rilevanti sull'attività delle imprese di trasporto operanti sul mercato interessato e, in termini più generali, sul buon funzionamento del mercato interno.

68.- Secondo la Commissione, la controversia presenta valore di principio con riguardo all'ordine pubblico, in quanto altri *Länder* austriaci oltre al Tirolo, caratterizzati da un rilevante transito di veicoli, avrebbero già affermato di voler seguire l'esempio del regola-

mento controverso prendendo in considerazione l'emanazione di disposizioni analoghe. Non sarebbe inoltre escluso che altri Stati membri oltre alla Repubblica d'Austria possano prevedere provvedimenti di tal genere.

69.- Il divieto di transito inciderebbe inoltre, nella specie, direttamente sulla catena logistica degli operatori economici che trattano le merci interessate. Tale divieto, disposto unilateralmente e senza preavviso, modificherebbe improvvisamente ed essenzialmente le condizioni attuali del mercato comunitario del trasporto delle merci, condizioni che non potrebbero essere più pienamente ripristinate in seguito. Ne soffrirebbero anzitutto le maglie più deboli della catena di produzione, vale a dire le imprese di autotrasporto e, in particolare, quelle piccole imprese che, in considerazione delle dimensioni del loro parco di autoveicoli, si sono specializzate nel trasporto di un solo tipo di merci. Oltre la metà delle imprese di trasporto interessate disporrebbe solamente di un numero di autocarri compreso tra uno e tre ed il 31% di un numero compreso tra quattro e dieci.

70.- Per le imprese che si sono specializzate nel trasporto di determinate merci (ad esempio, il trasporto di vetture nuove o di rifiuti) ed utilizzano a tal fine veicoli speciali, il divieto settoriale di transito equivarrebbe ad un divieto generale, in quanto non potrebbero riconvertire agevolmente a breve termine la loro attività nel trasporto di altre merci.

71.- Nella maggior parte degli Stati membri, in particolare in Germania, il settore dell'autotrasporto presenterebbe sovraccapacità che spiegherebbero la vivace concorrenza tra le imprese e i ridotti margini di utile. Sarebbero concorrenziali solamente le imprese che riescano a mantenere l'utilizzazione delle proprie capacità ad un livello elevato. Sarebbe quindi vitale per le imprese di trasporto non perdere né ordinativi in corso né clienti esistenti. Un'attesa di qualche giorno potrebbe già significare la rovina economica per le imprese che dispongano di un numero ridotto di veicoli.

72.- Secondo la Repubblica federale di Germania, il divieto di transito di cui trattasi interesserebbe, su base annuale, circa 53 700 viaggi tra la Germania e l'Italia. Ne deriverebbero quindi gravi conseguenze per le imprese interessate, come risulterebbe dalle dichiarazioni di talune di esse. Tali conseguenze sarebbero ancor più rilevanti in quanto si ripercuoterebbero parimenti sull'organizzazione dei percorsi effettuati dagli autocarri al fine di effettuare tragitti a vuoto.

73.- A parere della Commissione e delle parti intervenienti, non sussisterebbe peraltro alcuna sufficiente soluzione alternativa.

74.- Le imprese di trasporto interessate avrebbero infatti soltanto due possibilità di ovviare al divieto di transito, vale a dire scegliere un itinerario alternativo o ricorrere al trasporto ferroviario.

75.- Orbene, gli itinerari alternativi implicherebbero un considerevole aumento della lunghezza e della durata dei tragitti con rilevante aggravio dei costi, nonché un superiore consumo di carburanti ed un aggravamento dell'inquinamento.

76.- Quanto allo spostamento del trasporto su ferrovia, l'unica soluzione possibile per le società di autotrasporto sarebbe costituita dalla cosiddetta «*chaussée roulante*» («*Rollende Strasse*», «strada su ferrovia»). Infatti, il trasporto su vagoni ferroviari non farebbe parte della loro sfera di attività e il trasporto combinato non accompagnato sarebbe escluso per la maggior parte delle piccole e medie imprese che non dispongono dei mezzi per recuperare i container o i semirimorchi nel luogo di destinazione. Orbene, l'offerta attuale di treni di «*chaussée roulante*» sarebbe insufficiente, il che implicherebbe onerose perdite di tempo. La Repubblica federale di Germania insiste in particolare sul fatto che un sufficiente aumento dell'offerta di trasporto ferroviario potrebbe essere realizzata solamente a

medio termine. Essa rileva parimenti che la «*chaussée roulante*» difetterebbe spesso della necessaria flessibilità, in considerazione dell'esistenza, in linea di principio, di un termine di prenotazione pari a 48 ore, e che tale forma di trasporto non sarebbe economicamente interessante per i trasporti regionali su brevi distanze. Oltre a tali aspetti, la Repubblica italiana pone l'accento sul costo nettamente più elevato del trasporto ferroviario.

77.- Le imprese interessate si troverebbero quindi confrontate, indipendentemente dalla loro condotta, con costi supplementari e con perdite di tempo al fine di non essere costrette a cessare completamente l'attività. Tenuto conto dello scarso valore delle merci oggetto del divieto di transito e dell'accesa concorrenza nel settore del trasporto su strada delle merci, tali costi supplementari non potrebbero essere direttamente traslati sui committenti o sui clienti, bensì dovrebbero essere sopportati dai trasportatori, quanto meno in un primo tempo. Tuttavia, solamente le grandi imprese sarebbero in grado di compensare costi supplementari su un percorso determinato, nella specie la rotta del Brennero attraverso l'Austria. Le piccole imprese che si sono specializzate nel trasporto delle merci oggetto del divieto di transito non potrebbero far fronte immediatamente a tali costi supplementari e perderebbero in tal modo gli ordinativi ricevuti nonché i relativi committenti. In considerazione della specializzazione della maggior parte di tali imprese, sarebbe legittimo il timore che molte di esse non possano ottenere ordinativi sostitutivi nel breve termine e siano quindi costrette a lasciare i propri veicoli fermi.

78.- In conclusione, tenuto conto dei ridotti margini di utile per le imprese di trasporto su strada, le piccole e medie imprese interessate potrebbero trovarsi costrette a cessare la loro attività. Tale pregiudizio inciderebbe pesantemente sull'economia europea e non sarebbe riparabile.

79.- Secondo i dati forniti dalla Repubblica federale di Germania, la perdita annuale in termini di fatturato per le imprese interessate si attesterebbe intorno a EUR 54 milioni, senza considerare il trasferimento delle sedi delle imprese, il che comporterebbe la perdita di centinaia di posti di lavoro ed il fallimento di decine di imprese.

80.- La Commissione e la Repubblica italiana fanno inoltre presente che il divieto di transito inciderebbe non solamente sul settore dei trasporti, bensì parimenti su quello dell'industria produttiva, in particolare sull'industria del legno e sulle cave di pietra nell'Italia settentrionale. A parere della Repubblica federale di Germania, le regolari relazioni economiche tra i vettori risulterebbero compromesse ed il divieto di transito potrebbe determinare, in ultima analisi, una cessazione degli scambi tra l'Italia e la Germania per talune merci oggetto del divieto *de quo*.

81.- La ponderazione degli interessi deporrebbe a favore dell'accoglimento della domanda, atteso che sarebbero ipotizzabili provvedimenti meno restrittivi, quali un divieto di transito per gli autocarri più inquinanti.

82.- Per quanto attiene agli interessi connessi alla tutela dell'ambiente fatti valere dalla Repubblica d'Austria, la Commissione sostiene che, contrariamente alle ripercussioni economiche tangibili derivanti dal divieto di transito, il pregiudizio potenziale che la non applicazione del divieto di transito implicherebbe per l'ambiente nella valle dell'Inn non sarebbe quantificabile. La Repubblica federale di Germania osserva, dal canto suo, che il regolamento controverso, lungi dal risolvere il problema delle emissioni di biossido di azoto, non farebbe altro che spostarlo verso altre zone dell'Austria o verso altri Stati membri nonché verso la Svizzera. La Repubblica italiana sostiene, peraltro, che, per poter valutare l'ampiezza dei problemi ambientali sollevati, occorrerebbe procedere preliminarmente ad una valutazione degli effetti benefici derivanti dal divieto di circolazione notturna istituito nell'ottobre 2002, il che sarebbe possibile solamente alla fine del 2003.

83.- Nelle proprie osservazioni la Repubblica d'Austria contesta l'argomento relativo alla gravità e all'irreparabilità del danno in caso di applicazione del regolamento controverso.

84.- La Repubblica d'Austria contesta anzitutto formalmente che altri *Länder* austriaci oltre al Tirolo prevedrebbero di seguire l'esempio di tale regolamento. Per quanto consta alla Repubblica d'Austria, nessun altro Stato membro intenderebbe nemmeno operare in tal senso, ragion per cui l'effetto di contagio invocato dalla Commissione sarebbe inesistente.

85.- Inoltre, tenuto conto del lasso di tempo tra la data di emanazione del regolamento controverso, nel maggio del 2003, e quella della sua data in vigore, vale a dire il 1° agosto 2003, gli interessati avrebbero disposto di un periodo transitorio sufficientemente ampio.

86.- La Repubblica d'Austria deduce inoltre che gli svantaggi derivanti ai trasportatori da un divieto di transito farebbero parte dei rischi inerenti a qualsiasi economia di mercato e che, per il resto, il trasferimento su ferrovia sarebbe possibile sia sotto il profilo tecnico che sotto quello economico. Quanto agli aspetti tecnici, la Repubblica d'Austria contesta alla Commissione di non aver tenuto conto delle possibilità di riconvertire il trasporto mediante il sistema dei container o mediante il trasporto combinato non accompagnato. Quanto al resto, le capacità del sistema ferroviario sarebbero già ora sufficienti laddove, in caso di impossibilità tecnica, sarebbe possibile il ricorso a deroghe caso per caso, come previsto nella normativa austriaca. Sotto il profilo economico, il costo e la durata del trasporto ferroviario sarebbero analoghi a quello del trasporto su strada.

87.- Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, gli autotrasportatori potrebbero utilizzare parimenti altri percorsi diversi da quello passante sul troncone autostradale di cui trattasi. A tale riguardo la Repubblica d'Austria sottolinea il fatto che, attualmente, una percentuale importante del flusso di autocarri in transito su tale troncone sarebbe conseguenza della scelta degli autotrasportatori interessati di non seguire il percorso più corto, vale a dire attraverso la Svizzera.

88.- La Repubblica d'Austria sostiene inoltre che l'incidenza del divieto di transito sarebbe relativamente limitata per le imprese di trasporto su strada. Tenuto conto delle rilevanti capacità finanziarie di cui esse dovrebbero disporre per effetto della normativa comunitaria, il rischio di cessazione dell'attività sarebbe ridotto. La Commissione non avrebbe parimenti dedotto elementi convincenti atti a comprovare l'esistenza di un danno reale per le industrie di produzione, in particolare per l'industria italiana del legno.

89.- Infine, nell'ambito della ponderazione degli interessi, la Repubblica d'Austria insiste sulla rilevanza del danno per la salute e per l'ambiente, danno che sarebbe comprovato dal superamento dei valori limite previsti dalla direttiva 96/62 nonché da vari studi internazionali. Tali interessi fondamentali prevarrebbero sugli interessi economici che riguarderebbero unicamente la tutela del settore dell'autotrasporto.

Giudizio

90.- Al fine di determinare tanto la necessità di adozione di provvedimenti urgenti quanto la portata dei medesimi, occorre procedere alla ponderazione degli interessi in gioco, ove la minaccia di un pregiudizio grave ed irreparabile - elemento di urgenza addotto - costituisce uno dei termini del raffronto effettuato in tale contesto.

91.- Gli interessi fatti valere dalla Repubblica d'Austria sono connessi a considerazioni fondate sulla tutela dell'ambiente e della salute.

92.- Un pregiudizio per interessi di tal genere presenta, in linea di principio, carattere irreversibile atteso che, nella maggior parte dei casi, aggressioni all'ambiente ed alla salute non possono essere eliminate, per loro stessa natura, retroattivamente.

93.- L'effettività di tale pregiudizio appare peraltro comprovata dagli elementi di fatto dedotti nell'ambito del presente procedimento sommario.

94.- Ciò premesso, dalla normativa comunitaria relativa alla tutela della qualità dell'aria e, in particolare, dal programma comunitario di politica ed azione a favore dell'ambiente e di uno sviluppo sostenibile (*G.U.* 1993, C 138, pag. 5) emerge che la politica in materia di qualità dell'aria ambiente è prevista a livello comunitario sulla base di obiettivi a lungo termine.

95.- Nella specie, la situazione attuale in materia di inquinamento dell'aria ambiente nella zona interessata costituisce la risultante di un'evoluzione graduale e, *prima facie*, non sembra poter essere risolta in modo soddisfacente se non a medio termine e progressivamente.

96.- Ciò premesso, saranno probabilmente necessarie misure strutturali e tutte le parti del presente procedimento sommario sono tenute, in misura diversa, a concorrere alla ricerca delle soluzioni più adeguate. Le soluzioni che potranno essere individuate rappresenteranno necessariamente un compromesso tra i contrapposti interessi, senza che possa essere escluso a priori che esse siano fonte di taluni inconvenienti tanto per il funzionamento del mercato interno quanto per gli interessi di talune categorie di operatori economici della Comunità.

97.- Ciò premesso, pur riconoscendo che il regolamento controverso può contribuire al miglioramento a breve termine della situazione in materia di qualità dell'aria ambiente nella zona interessata, si deve necessariamente rilevare che un approccio strutturale a medio termine, che è indispensabile, non può essere pregiudicato dalla non applicazione temporanea del detto regolamento.

98.- In altri termini, non sembra che, ove la Corte dovesse respingere il ricorso proposto dalla Commissione, la non applicazione del regolamento controverso nel breve periodo precedente la decisione sul merito possa compromettere a più lungo termine la salvaguardia della qualità dell'aria ambiente nella zona interessata.

99.- Per contro, non possono essere sottovalutati la gravità ed il carattere difficilmente riparabile dei danni che potrebbero risultare dall'immediata entrata in vigore del divieto di transito. Infatti, appare che, in considerazione della sua portata e del suo carattere unilaterale, tale divieto incida sensibilmente sul funzionamento e sulla solidità economica e finanziaria di molte imprese comunitarie.

100.- Gli elementi di fatto dedotti, in particolare, dalle parti intervenienti comprovano l'effettività e la rilevanza delle ripercussioni economiche del divieto di transito per molte imprese di trasporto, in particolare per le imprese di ridotte dimensioni specializzate nel trasporto delle merci oggetto del divieto *de quo*.

101.- Tale pregiudizio non si esaurirebbe nella somma delle conseguenze pecuniarie negative per le singole imprese. È stata dimostrata in termini convincenti la sussistenza di un rischio rilevante che il divieto di transito possa causare la sparizione definitiva di varie imprese nonché una modificazione strutturale e, in una determinata misura, irreversibile delle condizioni di trasporto e dei flussi degli scambi di merci nella e attraverso la zona interessata.

102.- Ciò premesso, il rischio di un danno grave e irreparabile derivante dall'immediata applicazione del regolamento controverso dev'essere considerato sufficientemente dimostrato.

103.- Alla luce degli elementi di valutazione dedotti dinanzi al giudice del procedimento sommario, appare quindi necessario adottare i provvedimenti provvisori che consentiranno di preservare nella misura del possibile, a breve termine, gli interessi in gioco. Per tale

periodo dev'essere attribuito peso preminente agli interessi minacciati in modo più immediato e irreversibile, vale a dire agli interessi fatti valere dalla Commissione.

104.- Appare quindi opportuno prorogare per un periodo limitato l'ingiunzione già disposta nei confronti della Repubblica d'Austria di sospendere l'esecuzione del divieto di transito settoriale oggetto del regolamento controverso.

105.- Tenuto conto, tuttavia, dell'effettività e della rilevanza dei problemi di qualità dell'aria ambiente nella zona interessata, le parti sono invitate a procedere ad una concertazione al fine di individuare le misure più idonee a conciliare, ancorché provvisoriamente, i contrapposti interessi in gioco e a comunicare alla Corte ogni eventuale compromesso.

106.- In difetto, le parti sono invitate a raccogliere tutte le informazioni pertinenti relative, in particolare, all'evoluzione della qualità dell'aria ambiente nella zona interessata, all'incidenza stimata del divieto di transito notturno durante l'anno 2003 nonché alle prospettive in materia di sviluppo del trasporto ferroviario o del trasporto su altri percorsi, e a presentare tali informazioni alla Corte, accompagnate dalle osservazioni ritenute utili, entro e non oltre il 6 febbraio 2004.

107.- Sulla base di tali nuove informazioni e osservazioni, il provvedimento disposto con la presente ordinanza potrà essere prorogato, revocato o modificato.

108.- Alla luce dei suesposti elementi, appare giustificato prorogare sino al 30 aprile 2004 il provvedimento provvisorio già disposto con la menzionata ordinanza 30 luglio 2003.

Per questi motivi, il Presidente della Corte così provvede:

1) *La Repubblica d'Austria sospende l'esecuzione del divieto settoriale di transito di cui alla Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol, mit der auf der A 12 Inntalautobahn verkehrsbeschränkende Maßnahmen erlassen werden (sektorales Fahrverbot) [regolamento del governatore regionale del Tirolo recante misure di limitazione del traffico sull'autostrada A 12 della valle dell'Inn (divieto settoriale di transito)], del 27 maggio 2003, sino al 30 aprile 2004.*

2) *Le spese sono riservate.*

Lussemburgo, 2 ottobre 2003».

Corte di Giustizia delle Comunità europee, ordinanza 27 aprile 2004 nella causa C-320/03 R - Commissione delle Comunità europee, sostenuta da Repubblica federale di Germania e da Repubblica italiana (avv. dello Stato G. De Bellis) c/ Repubblica d'Austria – Pres. V. Skouris - Sospensione dell'esecuzione del divieto settoriale di transito contenuto nella *Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol, mit der auf der A 12 Inntalautobahn verkehrsbeschränkende Maßnahmen erlassen werden (sektorales Fahrverbot)* [regolamento del governatore regionale del Tirolo recante misure di limitazione del traffico sull'autostrada A 12 della valle dell'Inn (divieto settoriale di transito)], del 27 maggio 2003 (BGBl. II, 2003/279).

«1.- Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 24 luglio 2003 la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica d'Austria, istituendo il divieto di transito per gli autocarri che trasportano determinate merci contenuto nella *Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol, mit der auf der A12 Inntalautobahn verkehrsbeschränkende Maßnahmen erlassen werden (sektorales Fahrverbot)* [regolamento del governatore regionale del Tirolo recante misure di limitazione del traffico sull'autostrada A12 della valle

dell'Inn (divieto settoriale di transito)], del 27 maggio 2003 (BGBl. II, 2003/279; in prosieguo: il «regolamento controverso»), è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 1 e 3 del regolamento (CEE) del Consiglio 26 marzo 1992, n. 881, relativo all'accesso al mercato dei trasporti di merci su strada nella Comunità effettuati in partenza dal territorio di uno Stato membro o a destinazione di questo, o in transito sul territorio di uno o più Stati membri (*G.U. L. 95*, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 1 marzo 2002, n. 484 (*G.U. L. 76*, pag. 1), degli artt. 1 e 6 del regolamento (CEE) del Consiglio 25 ottobre 1993, n. 3118, che fissa le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali di merci su strada in uno Stato membro (*G.U. L. 279*, pag. 1), come modificato dal regolamento n. 484/2002, nonché degli artt. 28 CE-30 CE.

FATTI DELLA CONTROVERSIA

2.- Con atto separato, depositato presso la cancelleria della Corte il 25 luglio 2003, la Commissione ha presentato, ai sensi degli artt. 242 CE e 243 CE, una domanda di provvedimenti urgenti intesa ad ottenere che la Corte ingiunga alla Repubblica d'Austria di adottare le misure necessarie per sospendere l'esecuzione del divieto di transito istituito dal regolamento controverso finché la Corte non abbia statuito sul ricorso principale.

3.- La Commissione ha chiesto anche, ai sensi dell'art. 84, n. 2, del regolamento di procedura, l'accoglimento in via cautelare della domanda di provvedimenti urgenti, ancor prima che la controparte presenti le proprie osservazioni, sino alla pronuncia dell'ordinanza conclusiva del procedimento sommario.

4.- Con ordinanza 30 luglio 2003, causa C-320/03 R, Commissione/Austria (*Racc. pag. I-7929*), è stato ingiunto alla Repubblica d'Austria, a titolo cautelativo, di sospendere l'esecuzione del divieto di transito contenuto nel regolamento controverso sino alla pronuncia dell'ordinanza conclusiva del procedimento sommario.

5.- Con ordinanza 2 ottobre 2003, causa C-320/03 R, Commissione/Austria (*Racc. pag. I-0000*), il provvedimento di sospensione dell'esecuzione del detto divieto di transito è stato prorogato sino al 30 aprile 2004.

6.- Con questa stessa ordinanza 2 ottobre 2003 è stato ammesso l'intervento nel presente procedimento sommario della Repubblica federale di Germania e della Repubblica italiana a sostegno delle conclusioni della Commissione.

7.- I punti 105-107 dell'ordinanza 2 ottobre 2003 sono formulati come segue:

«105. Tenuto conto, tuttavia, dell'effettività e della rilevanza dei problemi di qualità dell'aria ambiente nella zona interessata, le parti sono invitate a procedere ad una concertazione al fine di individuare le misure più idonee a conciliare, ancorché provvisoriamente, i contrapposti interessi in gioco e a comunicare alla Corte ogni eventuale compromesso.

106. In difetto, le parti sono invitate a raccogliere tutte le informazioni pertinenti relative, in particolare, all'evoluzione della qualità dell'aria ambiente nella zona interessata, all'incidenza stimata del divieto di transito notturno durante l'anno 2003 nonché alle prospettive in materia di sviluppo del trasporto ferroviario o del trasporto su altri percorsi, e a presentare tali informazioni alla Corte, accompagnate dalle osservazioni ritenute utili, entro e non oltre il 6 febbraio 2004.

107. Sulla base di tali nuove informazioni e osservazioni, il provvedimento disposto con la presente ordinanza potrà essere prorogato, revocato o modificato».

8.- Il 4 febbraio 2004 la Repubblica d'Austria, d'accordo con le altre parti del presente procedimento, ha chiesto che il termine assegnato per presentare alla Corte tali osserva-

zioni pertinenti fosse prorogato sino al 1° marzo 2004. A sostegno di tale domanda essa rilevava che una proroga del detto termine era auspicabile viste le concrete possibilità di giungere ad una conciliazione degli interessi in gioco. Con decisione del presidente della Corte 5 febbraio 2004 tale domanda è stata accolta.

9.- Tuttavia, poiché una siffatta concertazione non aveva portato ad un accordo entro il nuovo termine all'uopo fissato, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica d'Austria e la Commissione, rispettivamente il 25 febbraio e il 1° marzo 2004, hanno sottoposto le loro osservazioni alla Corte.

SULLA PROROGA DEL PROVVEDIMENTO DI SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE DEL REGOLAMENTO CONTROVERSO

Osservazioni delle parti

10.- La Commissione rileva che tra le parti si sono tenute due riunioni, la prima il 14 gennaio 2004 e la seconda il 17 febbraio successivo, durante le quali sono state esaminate diverse misure alternative al divieto settoriale di transito stabilito dal regolamento controverso ed aventi lo stesso obiettivo di quest'ultimo, senza tuttavia presentare carattere discriminatorio né costituire un ostacolo altrettanto grave alla libera prestazione dei servizi di trasporto e alla libera circolazione delle merci.

11.- Essa rileva che alcune stime scientifiche effettuate dalla Ökoscience AG, con sede in Coire (Svizzera), rappresentata dal sig. J. Thudium, esperto in igiene dell'aria, che accompagnava la delegazione austriaca, hanno evidenziato che il divieto settoriale di transito potrebbe comportare una riduzione degli agenti inquinanti che, per gli ossidi di azoto, oscillerebbe tra il 5% ed il 6% delle emissioni attuali, stime che la stessa non pone in dubbio.

12.- Con riferimento agli effetti di riduzione degli agenti inquinanti determinati da misure alternative al divieto settoriale di transito previsto dal regolamento controverso, da queste stesse stime risulterebbe che un divieto di transito per gli automezzi pesanti delle classi EURO 0 e 1 darebbe luogo ad una riduzione del 2% degli ossidi d'azoto, un divieto di transito per gli automezzi pesanti della classe EURO 2 comporterebbe una riduzione dal 6 al 7% e una limitazione della velocità degli autoveicoli sul tratto interessato dal divieto di transito, tramite l'installazione di un dispositivo di gestione del traffico, porterebbe ad una riduzione dei detti ossidi d'azoto che, in condizioni ideali, sarebbe dell'11%. I dati relativi agli effetti di un prolungamento dalle attuali 7 alle 12 ore al giorno del divieto di transito notturno per gli automezzi pesanti non sarebbero ancora disponibili.

13.- Ne conseguirebbe che due almeno delle misure sopra citate avrebbero, prese separatamente, una maggiore efficacia del divieto settoriale di transito decretato dal regolamento controverso. Dato che tali misure alternative sono conformi al diritto comunitario, la Commissione ritiene che esse avvalorino la propria tesi secondo la quale tale divieto settoriale di transito è sproporzionato.

14.- Il governo austriaco sottolinea che misure che introducono un divieto di transito per gli automezzi pesanti hanno un'efficacia molto decrescente. Infatti, un divieto di transito per gli automezzi pesanti delle classi EURO 0, 1 e 2 sull'autostrada della valle dell'Inn (autostrada A 12) comporterebbe una riduzione degli ossidi di azoto dell'8,5% per il 2003 e del 6% per il 2004, e tale riduzione non supererebbe il 3,5% nel 2005. Nel corso di quest'ultimo anno, al più tardi, il divieto di transito dovrebbe essere rafforzato, estendendolo agli automezzi pesanti appartenenti alla classe EURO 3, per continuare a garantire un apprezzabile effetto di riduzione, anche se un simile divieto sarebbe difficilmente giustificabile sul piano della certezza del diritto.

15.- Riguardo ad una limitazione di velocità per gli autoveicoli circolanti sul tratto interessato dal divieto settoriale di transito decretato dal regolamento controverso, tale governo rileva, basandosi su studi scientifici, che limitazioni di velocità rigide, applicabili giorno e notte su lunghe distanze, a prescindere dallo stato del traffico, sono relativamente poco rispettate. Un dispositivo di gestione del traffico in funzione delle emissioni inquinanti consentirebbe di prevedere una maggiore osservanza dei limiti di velocità, ma per la sua realizzazione occorrerebbe un certo periodo di tempo, cosicché, anche se i lavori di costruzione di un siffatto dispositivo potessero iniziare come previsto durante la prima metà del 2004, questo sistema non sarebbe probabilmente operativo prima del 2005.

16.- Il governo austriaco ne conclude che per il rispetto degli obiettivi in materia di qualità dell'aria sia necessario istituire, oltre a un divieto di transito notturno, il divieto settoriale di transito previsto dal regolamento controverso. Le misure alternative proposte dalla Commissione non sarebbero attualmente realizzabili o non avrebbero la stessa efficacia risultante dall'applicazione del detto divieto.

17.- Il governo tedesco ricorda che, con il regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 22 dicembre 2003, n. 2327, che istituisce per il 2004 un sistema provvisorio di punti per gli automezzi pesanti che transitano attraverso l'Austria nell'ambito di una politica dei trasporti sostenibile (*G.U. L 345*, pag. 30), la Comunità ha introdotto una nuova disciplina del sistema di ecopunti a decorrere dal 1° gennaio 2004, la quale prevede condizioni più restrittive per i percorsi in transito attraverso l'Austria. Secondo lo stesso governo, quest'ultimo Stato membro non applica tale regolamento e non esaurisce quindi le misure di cui dispone per migliorare la protezione della popolazione e dell'ambiente.

18.- Il detto governo sottolinea le ripercussioni economiche negative e il danno spesso irreparabile che il divieto settoriale di transito previsto dal regolamento controverso causerà a numerose imprese di trasporto. Esso ritiene che la soluzione raccomandata dalla Repubblica d'Austria, che consiste nel trasferire su ferrovia i trasporti soggetti a tale divieto, vada incontro ad ostacoli molto maggiori di quanto tale Stato membro ammetta, a causa in particolare di una carente potenzialità del trasporto ferroviario e di difficoltà nel trasferire determinati trasporti su ferrovia.

Giudizio

19.- Al punto 65 dell'ordinanza 2 ottobre 2003, Commissione/Austria, citata, è stato constatato che la fondatezza del ricorso principale non può essere totalmente esclusa, ancorché gli argomenti dedotti dalla Repubblica d'Austria a propria difesa non possano essere negati. Con riferimento al punto 102 della stessa ordinanza, esso enuncia che il rischio di un danno grave e difficilmente riparabile derivante dall'immediata applicazione del regolamento controverso dev'essere considerato sufficientemente dimostrato. Pertanto in detta ordinanza è stato deciso di prorogare per un periodo limitato, sino al 30 aprile 2004, l'ingiunzione effettuata al detto Stato membro di sospendere l'esecuzione del divieto settoriale di transito stabilito da tale regolamento. L'obiettivo di tale provvedimento sospensivo era quello, in particolare, di consentire alle parti di procedere ad una concertazione al fine di prevedere misure idonee a conciliare, anche se provvisoriamente, i contrapposti interessi in gioco.

20.- Le osservazioni sottoposte alla Corte dalle parti del presente procedimento a seguito del fallimento delle negoziazioni svoltesi a tal fine non rimettono in discussione la fondatezza di detta ordinanza né le conclusioni cui il giudice del procedimento sommario è giunto al riguardo.

21.- Infatti, il regolamento controverso stabilisce un divieto di transito permanente per gli automezzi pesanti con peso massimo autorizzato superiore a 7,5 tonnellate che trasportano merci, specificamente elencate, su un tratto autostradale di 46 km appartenente ad una delle principali vie di comunicazione terrestri per gli scambi tra l'Europa settentrionale e il nord Italia, mentre, da un lato, l'aggiramento della regione interessata va incontro ad altri limiti di circolazione e, dall'altro, le osservazioni del governo austriaco non hanno potuto dissipare i dubbi sull'eventuale carattere indirettamente discriminatorio di tale ostacolo alle libertà di circolazione previste dal Trattato CE.

22.- Il governo austriaco fa riferimento alla nozione di «merci compatibili con il trasporto ferroviario» («*bahnaffine Güter*») per giustificare la scelta delle merci considerate dal regolamento controverso. Tale scelta non è stata pertanto effettuata in funzione di un particolare contributo delle merci interessate al superamento dei valori limite delle emissioni nocive, ma in base alla presunta attitudine di tali merci ad un trasporto ferroviario. Orbene, poiché la decisione di optare per il trasporto ferroviario di una determinata merce dipende spesso non tanto dalla natura di quest'ultima quanto da altri criteri, quali il tragitto da percorrere, la durata del trasporto e i costi che ne derivano, non si può escludere che tale criterio non possa giustificare la scelta effettuata. Il fatto che l'art. 3 del detto regolamento elenchi merci molto diverse, quali rifiuti, cereali, legname in tondelli, scorze e sughero, minerali ferrosi e non ferrosi, pietrame, terra e materiale di sterro, autoveicoli e rimorchi, nonché acciaio da costruzione, ha piuttosto l'effetto di rafforzare i dubbi che sussistono al riguardo.

23.- Inoltre, le osservazioni sottoposte alla Corte in conformità al punto 106 dell'ordinanza 2 ottobre 2003, Commissione/Austria, citata, mostrano che esistono diverse misure alternative che consentono di giungere ad una sostanziale riduzione delle emissioni nocive. È certamente vero che alcune di queste diverse misure perderanno parte della loro efficacia nel corso degli anni, in particolare il divieto di transito per gli automezzi pesanti delle classi EURO 0,1 e 2 a seguito della sostituzione progressiva di tali veicoli con automezzi pesanti più moderni. Tuttavia il presente procedimento sommario riguarda il futuro immediato, vale a dire il periodo che trascorrerà sin quando la Corte avrà statuito sul ricorso principale.

24.- Le parti esprimono opinioni divergenti sulla questione se queste diverse misure possano sostituire il divieto settoriale di transito stabilito dal regolamento controverso o se soltanto la combinazione di tale divieto con le dette misure consentirà di pervenire al grado di riduzione delle emissioni nocive ritenuto indispensabile. Al riguardo sembrerebbe che, anche supponendo che una siffatta combinazione sia necessaria, nondimeno le altre misure potrebbero produrre un effetto riduttivo di tali emissioni. Pertanto, nelle due fattispecie, risulta rafforzato il peso degli interessi che depongono a favore di una proroga della sospensione dell'esecuzione del regolamento controverso disposta con l'ordinanza 30 luglio 2003, Commissione/Austria, citata.

25.- Con riserva di quanto precede, le informazioni fornite alla Corte in osservanza dell'ordinanza 2 ottobre 2003, Commissione/Austria, citata, non hanno rivelato elementi nuovi tali da condurre il giudice del procedimento sommario, in questa fase del procedimento, ad un risultato del bilanciamento degli interessi in gioco differente da quello sul cui fondamento la detta ordinanza è stata emanata.

26.- Alla luce di quanto esposto e in assenza di un accordo tra le parti riguardo le misure idonee a conciliare, ancorché provvisoriamente, i contrapposti interessi in gioco al fine di pervenire ad un compromesso, si deve decidere che il provvedimento di sospensione dell'esecuzione disposto con l'ordinanza 30 luglio 2003, Commissione/Austria, citata, mantenuto in vigore con l'ordinanza 2 ottobre 2003, Commissione/Austria, citata, sino al 30 aprile

2004, è prorogato a partire da quest'ultima data sino a quando la Corte non abbia statuito sul ricorso principale.

Per questi motivi, il Presidente della Corte così provvede:

1) Il provvedimento di sospensione dell'esecuzione disposto con l'ordinanza 30 luglio 2003, Commissione/Austria (causa C-320/03 R), e mantenuto in vigore con l'ordinanza 2 ottobre 2003, Commissione/Austria, è prorogato sino a quando la Corte non abbia statuito sul ricorso principale.

2) Le spese sono riservate.

Lussemburgo, 27 aprile 2004».

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Causa C-82/06 – (Commissione europea c/ Repubblica italiana) –
Ricorso notificato il 2 marzo 2006 (ct.10020/06, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

“La Commissione ha richiesto alla Corte di:

– constatare che la Repubblica italiana, non avendo elaborato né comunicato

un piano di gestione dei rifiuti, conformemente all’art 7, paragrafo 1 della direttiva 75/442/CEE, modificata, per la provincia di Rimini;

un piano di gestione dei rifiuti comprendente i luoghi o impianti adatti per lo smaltimento dei rifiuti e dei rifiuti pericolosi, conformemente all’articolo 7, paragrafo 1, quarto trattino, della direttiva 75/442/CEE, modificata per la Regione Lazio,

un piano di gestione dei rifiuti, conformemente all’articolo 6 della direttiva 91/689/CEE per le Regioni Friuli Venezia Giulia e Puglia e per la Provincia Autonoma di Bolzano-Alto Adige, nonché per la provincia di Rimini;

è venuta meno agli obblighi imposti dall’art. 7, paragrafo 1 della direttiva 75/442/CEE sui rifiuti, come modificata dalla direttiva 91/156/CEE e all’articolo 6 della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi.

– condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese di giudizio”.

IL CONTRORICORSO

«La Repubblica italiana si pregia di esporre alla Corte le seguenti considerazioni a sostegno del proprio controricorso.

A giudizio della Commissione, la Repubblica italiana sarebbe venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del diritto comunitario, giacché non avrebbe provveduto a elaborare e comunicare alcuni piani di gestione dei rifiuti – nella specie il piano di gestione dei rifiuti per la Provincia di Rimini e per la Regione Lazio, nonché dei rifiuti pericolosi per le Regioni Friuli Venezia-Giulia e Puglia, per la Provincia autonoma di Bolzano Alto-Adige e per la provincia di Rimini – in conformità a quanto previsto rispettivamente dagli art. 7 della Direttiva Rifiuti, modificata e dall’art. 6 della Direttiva Rifiuti pericolosi.

In particolare, l’art. 7 della Direttiva 75/442/CEE il cui fine è garantire la protezione della salute umana e dell’ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell’ammasso e del deposito dei rifiuti, come modificata stabilisce:

1. Per realizzare gli obiettivi previsti negli art. 3, 4 e 5 la o le autorità competenti di cui all'articolo 6 devono elaborare quanto prima uno o più piani di gestione dei rifiuti che contemplino fra l'altro:

- tipo, qualità e origine dei rifiuti da recuperare o da smaltire;*
- requisiti tecnici generali;*
- tutte le disposizioni speciali per rifiuti di tipo particolare;*
- i luoghi od impianti adatti per lo smaltimento.*

Tali piani potranno riguardare ad esempio:

- le persone fisiche o giuridiche abilitate a procedere alla gestione dei rifiuti;*
- la stima dei costi delle operazioni di recupero o smaltimento;*
- le misure atte ad incoraggiare la razionalizzazione della raccolta, della cernita e del trattamento dei rifiuti.*

2. Eventualmente, gli Stati membri collaborano con gli altri Stati membri interessati e la Commissione per l'elaborazione dei piani. Essi li trasmettono alla Commissione.

3. Gli Stati membri hanno la facoltà di prendere i provvedimenti necessari per impedire movimenti di rifiuti non conformi con i loro piani di gestione dei rifiuti. Tali provvedimenti devono essere comunicati alla Commissione e agli Stati membri.

L'art. 6 della Direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi, il cui scopo è di garantire che lo smaltimento dei rifiuti pericolosi sia sottoposto al massimo controllo possibile, dispone:

1. Conformemente all'articolo 7 della direttiva 75/442/CEE, le autorità competenti elaborano, separatamente o nell'ambito dei propri piani generali di gestione dei rifiuti pericolosi e le rendono pubblici.

2. La Commissione procede ad una valutazione comparativa dei piani suddetti, in particolare per quanto riguarda i metodi di smaltimento e di recupero. La Commissione tiene queste informazioni a disposizione delle autorità competenti degli Stati membri che ne fanno richiesta.

Ad avviso della Commissione, la normativa *de qua*, tra gli innumerevoli obblighi che impongono agli Stati membri farebbe sorgere accanto al più evidente obbligo di elaborare dei piani di gestione dei rifiuti e dei rifiuti pericolosi, anche un obbligo di comunicazione della documentazione alla medesima autorità.

La Corte di Giustizia ha aderito a tale interpretazione sancendo che la mancata comunicazione alla Commissione delle informazioni relative ai piani di gestione e di smaltimento dei rifiuti e dei rifiuti pericolosi implica una violazione agli obblighi incombenti sullo Stato membro, in forza degli artt. 7 della Direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CE modificata, e 6 della Direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 96/689/CEE (C-466/99).

Nel caso di specie, la ricorrente lamenta non solo la mancata notificazione dei piani, ma la loro stessa elaborazione da parte delle autorità a ciò deputate; occorre, perciò, verificare se effettivamente le Amministrazioni sopra indicate non abbiano provveduto ad uniformarsi alla normativa comunitaria in materia di gestione di rifiuti e di rifiuti pericolosi.

Per ciò che concerne la Regione Friuli Venezia-Giulia, in data 29 marzo 2006, la citata Amministrazione ha trasmesso il “*Piano regionale di gestione dei rifiuti – sezione rifiuti speciali non pericolosi, rifiuti speciali pericolosi, nonché rifiuti urbani pericolosi*” (allegato. 1), approvato con Delibera della Giunta Regionale della Regione Autonoma Friuli Venezia-Giulia del 28 marzo 2006, n. 610.

L’amministrazione ha quindi provveduto ad adeguarsi alla normativa comunitaria, se pur dopo la data di scadenza del termine fissato nel parere motivato (13 settembre 2005). Non vi è dubbio che vi sia stato un ritardo nell’adempimento dell’obbligo comunitario, ma tale ritardo può essere temperato compiendo alcune considerazioni.

In primo luogo l’elaborazione di un piano di gestione dei rifiuti si presenta come una operazione tecnicamente complessa ed articolata, che non si conclude agevolmente nell’arco di un tempo così breve. Inoltre, dalla lettura del documento allegato, si evince che una volta informata l’Amministrazione dell’atto formale di costituzione in mora da parte della Commissione, la medesima ha immediatamente attivato la procedura di predisposizione del Piano regionale, rendendo così incontrovertibilmente chiara la sua volontà di rispondere in maniera efficiente ed esaustiva al monito proveniente dalla Comunità Europea.

A riguardo della Provincia Autonoma di Bolzano, dalla documentazione fornita dalla citata Amministrazione, risulta che la medesima abbia provveduto a trasmettere la “*Proposta del piano provinciale per la gestione dei rifiuti pericolosi*” approvata con Delibera della Giunta Provinciale della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige del 16 gennaio 2006, n. 95 (allegato 2). Il documento allegato si configura come Piano Provinciale dei rifiuti pericolosi mirante a dare attuazione alle disposizioni comunitarie citate; il piano fornisce sia un quadro aggiornato ed esaustivo della situazione regionale sotto il profilo della produzione dei rifiuti pericolosi, sia degli impianti autorizzati alle attività di smaltimento e recupero sul territorio provinciale.

Anche in questo caso l’adozione è avvenuta dopo la scadenza del termine concesso dalla Commissione, ma è ancorché evidente che ad oggi non persiste più l’inadempimento agli obblighi comunitari e che dunque non possa essere accolta la contestazione della Commissione.

Per ciò che concerne la Provincia di Rimini, la citata Amministrazione ha trasmesso la delibera del Consiglio Provinciale del 14 dicembre 2004, n. 86 con la quale è stato adottato il nuovo “*Piano Provinciale per la gestione dei rifiuti urbani e speciali*” (allegato 3), che verrà approvato entro il corrente anno e sostituirà il vigente “*Piano infraregionale per lo smaltimento dei rifiuti urbani e speciali del bacino di Rimini*”. Tale piano, approvato dalla Regione Emilia-Romagna con Delibera n. 2009 del 30 luglio 1996 e quindi prima dell’adozione del D.Lgs. 22/1997 attuativo delle Direttive Rifiuti e Rifiuti pericolosi, contiene comunque gli elementi salienti di cui alle direttive 75/442/CEE e 91/689/CEE, ivi comprese disposizioni relative ad alcune tipologie di rifiuti pericolosi ed è stato integrato nel corso degli ultimi anni

attraverso tre Delibere di Consiglio Provinciale, al fine di adeguarsi alle direttive in materia di imballaggio, rifiuti di imballaggio e di apparecchiature contenenti PCB/PCT.

Orbene, poiché la “*proposta di piano*” non è stata ancora approvata, l’accertamento dell’inadempimento nel caso specifico deve essere valutato in relazione al piano attualmente in vigore. Allora è chiaro che, di inadempimento si potrà parlare, laddove si accerti o che sia mancata notificazione del predetto piano e dei suoi successivi aggiornamenti e /o sia da ritenere incompleto alla luce delle prescrizioni sancite dalle Direttive comunitarie, ma è incontestabile che l’elaborazione del medesimo sia avvenuta e che la Commissione abbia il dovere tenerne conto.

Per ciò che concerne gli adempimenti messi in atto dalla Regione Lazio, la Direzione Regionale Attività della Presidenza ha comunicato, con nota n. 43870 del 31 marzo 2006, che la citata regione ha già ottemperato a tutti gli obblighi scaturenti dalla direttiva attraverso l’adozione di tre diversi strumenti pianificatori già consegnati a suo tempo alla Commissione europea in particolare:

a) *piano di gestione dei Rifiuti della regione Lazio, approvato il 10 luglio con deliberazione n. 112 del Consiglio regionale;*

b) *piano degli interventi emergenza per l’intero territorio del Lazio, approvato il 15 luglio 2003, con decreto n. 65 del Commissario delegato per l’emergenza ambientale nel territorio della Regione Lazio;*

c) *piano d’individuazione dei siti ritenuti idonei ad ospitare impianti di termovalorizzazione, approvato il 20 settembre 2003, con decreto n. 75 del Commissario delegato per l’emergenza ambientale nel territorio della Regione Lazio.*

In questa sede, al fine di chiarire eventuali equivoci, dato che la lettura integrata dell’insieme dei documenti può presentarsi complessa, l’Amministrazione citata ha ritenuto opportuno evidenziare sinteticamente i dati che possono interessare la Commissione europea, vale a dire i dati concernenti “*luoghi o impianti adatti per lo smaltimento*” come testualmente recita il quarto trattino, paragrafo 1, dell’art. 7 della direttiva 75/442/CEE, modificata (allegato 4).

Dalla lettura del documento allegato e degli atti sopra indicati adottati dalla Regione Lazio, emerge chiaramente che alcuna contestazione può essere mossa alla citata Amministrazione, la quale ha provveduto ad individuare l’impiantistica idonea e necessaria a chiudere la corretta gestione del ciclo dei rifiuti, secondo le precise indicazioni dettate in sede comunitaria.

Infine, a riguardo della Regione Puglia, l’Assessorato all’Ecologia dell’Amministrazione Regionale ha comunicato di aver avviato un percorso per rispondere appieno alle esigenze di pianificazione in materia di rifiuti pericolosi. In particolare, la Amministrazione ricorda che una parte della pianificazione in materia di rifiuti pericolosi è stata elaborata con la definizione del piano di gestione del PCP (D.G.R. 804/04); poi ulteriormente implementato con il Decreto del Commissario Delegato n. 187/CD/2005 contenente, tra l’altro, i criteri per l’utilizzazione degli impianti di trattamento/smalti-

mento dei rifiuti speciali operanti in Puglia, nonché disposizioni specifiche per il corretto smaltimento dei rifiuti di amianto legato in matrice cementizia o resinosa (allegato 5).

La Regione, infine, ha dichiarato che è stata assicurata la copertura finanziaria per la redazione del Piano e che il percorso – che porterà ad un incrocio puntuale dei dati di produzione dei rifiuti speciali e speciali pericolosi con le disponibilità impiantistiche per il recupero ed il trattamento /smaltimento di tali rifiuti e con la conclusiva individuazione degli ulteriori fabbisogni articolati su base provinciale – verrà concluso entro l'anno.

Anche in tal caso, quindi, non pare condivisibile la contestazione mossa dalla Commissione, giacché non si tratterebbe della mancata elaborazione dello strumento di pianificazione, ma al più della sua incompletezza ancorché destinata ad essere definitivamente superata in breve tempo.

A questo punto, appare chiaro che la situazione italiana in ordine all'adeguamento agli obiettivi imposti dall'art. 7 della Direttiva 75/442/CEE e dall'art. 6 della Direttiva 91/689/CEE (attuati in Italia dall'art. 22 del Decreto Legislativo 5 febbraio 1997, n. 22) non si rispecchia fedelmente nel quadro rappresentato dalla Commissione Europea.

Allo stato degli atti, in effetti, sia la Regione Autonoma Friuli Venezia-Giulia che la Provincia Autonoma di Bolzano Alto-Adige, hanno provveduto a trasmettere i Piani di gestione mancanti, se pur dopo la scadenza del termine imposto dalla Commissione; per ciò che concerne la Regione Lazio, alla luce della documentazione fornita, si ritiene che abbia già correttamente adempiuto agli obblighi imposti in materia dal diritto comunitario; mentre più problematica appare la posizione della Provincia di Rimini e della Regione Puglia.

In materia di gestione di rifiuti, entrambe le suddette Amministrazioni sono in procinto di approvare Piani di gestione destinati a sostituire (nel caso della Provincia di Rimini) o a completare (nel caso della Regione Puglia) quelli attualmente vigenti, che a quanto risulta dai dati trasmessi, contengono comunque gli elementi salienti richiesti dalle Direttive. La censura mossa dalla Commissione in relazione alle suddette Amministrazioni, se pur fondata dovrebbe limitarsi però, alla mancata comunicazione degli strumenti pianificatori attualmente in vigore e/o la loro eventuale incompletezza sotto un profilo contenutistico, nelle more dell'approvazione dei nuovi Piani.

Tanto premesso si chiede che la Commissione voglia valutare l'opportunità di rinunciare al ricorso, in considerazione delle attività poste in essere nella Repubblica Italiana per la dare adempimento agli obblighi imposti dalle direttive citate e della rilevante probabilità, che prima della definizione della causa, i relativi processi di adeguamento siano sostanzialmente e formalmente conclusi.

Roma, 21 aprile 2006 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

LA CONTROREPLICA PER LA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano desidera esporre alla Corte di Giustizia alcune considerazioni in merito alla replica presentata dalla Commissione europea concernente la presente causa.

1.- Nel controricorso infatti, dopo aver esposto lo stato degli atti e dimostrato il progressivo sostanziale adeguamento dell'ordinamento nazionale a quanto disposto dagli articoli 7, paragrafo 1 della direttiva 75/442/CEE e 6 della direttiva 91/689/CEE, il Governo italiano richiedeva alla Commissione di valutare l'opportunità di rinunciare al ricorso, sia pure con condanna dello Stato italiano alle spese processuali, atteso il ritardo nel dar corso agli obblighi di cui si discute.

2.- La replica della Commissione non sembra lasciare alcuno spazio a tale ipotesi e, con un metodo ricorrente nel contenzioso con la Repubblica Italiana, utilizza le ammissioni ragionevolmente contenute nell'atto di difesa, come argomenti di accusa. *Nulla questio* sul metodo, se non che costringe controparte ad adottare tutte le argomentazioni possibili per evitare un'inutile condanna. E valgono al riguardo le seguenti considerazioni.

3.- L'articolo 7 paragrafo 1 della direttiva 75/442/CEE, richiamata al riguardo anche dall'articolo 6 della direttiva 91/689/CEE testualmente dispone: "*Per realizzare gli obiettivi previsti negli articoli 3, 4 e 5 la o le autorità competenti di cui all'articolo 6 devono elaborare quanto prima uno o più piani di gestione dei rifiuti, che contemplino fra l'altro:*

- *tipo, quantità e origine dei rifiuti da recuperare o da smaltire;*
- *requisiti tecnici generali;*
- *tutte le disposizioni speciali per rifiuti di tipo particolare;*
- *i luoghi o impianti adatti per lo smaltimento.*

Tali piani potranno riguardare ad esempio:

- *le persone fisiche o giuridiche abilitate a procedere alla gestione dei rifiuti,*
- *la stima dei costi delle operazioni di ricupero e di smaltimento,*
- *le misure atte ad incoraggiare la razionalizzazione della raccolta, della cernita e del trattamento dei rifiuti*".

4.- Il dato testuale della direttiva sembra limitarsi ad imporre la sola *elaborazione* di un piano, non richiedendo alcuna definitività all'atto di programmazione. È evidente d'altronde che anche un piano adottato e non approvato (è questa la terminologia che usano in Italia i cultori del diritto amministrativo) ha effetti relativamente vincolanti, dal momento che tutte le iniziative pubbliche e private che concernono lo smaltimento dei rifiuti devono necessariamente rapportarsi, almeno quanto a coerenza e compatibilità, con la pianificazione *in itinere*. L'approvazione definitiva condiziona soprattutto l'attuazione del piano e la possibilità per i soggetti pubblici di dar corso alla spesa.

Sotto questo profilo la situazione descritta nel controricorso, contrariamente a quanto ritenuto dalla Commissione, dimostra l'insussistenza di un inadempimento.

5.- Né appare fondata la tesi, espressa dalla stessa Commissione in ordine alla mancata indicazione dei luoghi di smaltimento. Indicare *criteri specifici* per l'individuazione dei luoghi è tecnica di pianificazione che conduce ad analogo risultato richiesto dalla direttiva, con il pregio di evitare l'appesantimento dell'iter procedurale di elaborazione del piano con scelte concre-

te di terreni e siti (quindi di interessi) rimessi alle autorità che gestiscono le procedure autorizzative.

6.– Quanto infine all'idea, formulata dalla Commissione in relazione al piano della provincia di Rimini secondo cui un piano redatto in attuazione della direttiva 75/442/CEE non sarebbe idoneo a risolvere i problemi cui fa fronte la successiva direttiva 91/689/CEE, si tratta di una petizione di principio del tutto indimostrata.

7.– In realtà nella presente controversia si assiste ad una vicenda processuale molto singolare. La questione dell'inadempimento italiano alle direttive sui rifiuti che impongono l'elaborazione di piani è stata impostata e giustamente condotta avanti dalla Commissione sul piano formale del ritardo nell'elaborazione e sulla mancata comunicazione dei piani.

Senonché una volta che il Governo Italiano, in sede di controricorso, ha depositato in giudizio gli atti della cui mancanza si lamentava la Commissione, il giudizio dovrebbe terminare ed ogni questione in ordine alla valenza sostanziale degli atti dovrebbe essere semmai oggetto di nuova ed autonoma procedura d'inflazione. Solo così i diritti di difesa della Repubblica Italiana si potrebbero considerare pienamente rispettati. Al contrario nella replica la Commissione solleva inammissibilmente questioni (di inadempimento sostanziale) sulle quali non ha avuto corso nessuna necessaria propedeutica procedura di contestazione.

Conseguentemente insiste affinché il ricorso *ex adverso* proposto sia dichiarato inammissibile o comunque infondato.

Roma 5 settembre 2006 Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo»

C-116/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Direttiva 76/207/CE – Parità di trattamento – Discriminazione indiretta – Direttiva 92/85/CEE – Protezione delle lavoratrici gestanti – Ordinanza della Tampereen Käräjäoikeus (Finlandia) del 24 febbraio 2006, notificata l'11 maggio 2006 (cs. 20415/06, avv. dello Stato W. Ferrante).

I QUESITI

1.– Se sussista una discriminazione diretta o indiretta, contraria all'art. 2 della direttiva 76/207/CE sulla parità di trattamento come modificata dalla direttiva 2002/73, qualora un datore di lavoro rifiuti di cambiare la data del congedo parentale per l'educazione dei figli accordato ad una lavoratrice o di sospenderlo a causa di una nuova gravidanza di cui la lavoratrice è venuta a conoscenza prima dell'inizio del congedo parentale, poggiando sull'interpretazione consolidata di disposizioni nazionali a norma delle quali una nuova gravidanza non è in linea generale un motivo imprevedibile e giustificato sulla cui base possono essere cambiate la data e la durata del congedo parentale.

2.– Se un datore di lavoro possa giustificare la sua condotta, che è descritta al punto 1) e costituisce eventualmente una discriminazione indiretta, in modo sufficiente con riferimento alla menzionata direttiva, nel senso che la modifica dell'organizzazione del lavoro degli insegnanti e la continui-

tà dell'insegnamento implicherebbe i problemi abituali, ma non seri impedimenti o che il datore di lavoro dovrebbe a norma delle disposizioni nazionali indennizzare la perdita di salario causata al supplente dell'insegnante che si trovi in congedo parentale se l'insegnante già in congedo parentale ritornasse al proprio lavoro durante il medesimo.

3.– Se sia applicabile la direttiva 92/85/CEE sulla protezione delle lavoratrici gestanti e di altre determinate lavoratrici e, in caso di applicabilità della suddetta direttiva, se la condotta del datore di lavoro descritta al punto 1) contrasti con gli artt. 8 e 11 di codesta direttiva allorché la lavoratrice, proseguendo il suo congedo parentale, perda la possibilità di fruire dei benefici salariali del congedo di maternità fondati sul rapporto di servizio.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano ritiene che al primo quesito vada data risposta negativa, atteso che, ai sensi della legislazione finlandese di settore, del contratto collettivo applicabile nel caso di specie e dell'interpretazione giurisprudenziale offerta in materia, una nuova gravidanza della lavoratrice non costituisce motivo imprevedibile e giustificato, tale da modificare le possibilità pratiche di occuparsi della prole, al punto che l'interessata ne sia impedita per lungo tempo, condizione richiesta per poter revocare l'istanza di congedo parentale al fine di ottenere un'anticipazione del rientro al lavoro.

Occorre osservare che la ricorrente del giudizio *a quo* ha motivato la sua richiesta di modifica del congedo parentale, già ottenuto per il periodo 11 agosto 2004 – 4 giugno 2005, in relazione al fatto che aveva scoperto di trovarsi nuovamente in stato di gravidanza e che avrebbe preferito continuare lo svolgimento dell'attività lavorativa fino al momento in cui sarebbe dovuta entrare in congedo di maternità, ai sensi della legislazione finlandese vigente. Inoltre, la ricorrente aveva rappresentato al datore di lavoro l'intenzione di sostituire il suo periodo di congedo parentale con un corrispondente periodo che avrebbe potuto essere fruito dal coniuge, al fine di consentirle di ottenere, a tempo debito, il congedo di maternità.

Tuttavia, la nuova gravidanza non costituisce un motivo tale da giustificare la revoca del congedo parentale già concesso alla lavoratrice. Infatti, ai sensi della normativa applicabile al caso in esame, le ragioni che possono consentire una tale modifica attengono tutte ad un cambiamento imprevisto ed essenziale quanto alle *possibilità pratiche di occuparsi del figlio già nato* (come una malattia grave o la morte del figlio o di un genitore ovvero il divorzio). Al contrario, non sono considerate ragioni sufficienti il trasloco in un altro comune, l'inizio di un nuovo rapporto di lavoro o *una nuova gravidanza*.

Ciò considerato, deve ritenersi che non si sia configurata nei confronti della lavoratrice alcuna forma di discriminazione, né diretta né indiretta, ai sensi dell'art. 2, n. 2 della direttiva 76/207, come modificata dalla direttiva 2002/73, quanto alla possibilità di fruire, a tempo debito, del congedo di maternità, per il fatto di trovarsi già in congedo parentale.

Infatti, i due tipi di congedo trovano giustificazione in esigenze diverse: quello parentale, nella necessità di prendersi cura della prole già nata; il con-

gedo di maternità, nella necessità di non imporre alla gestante lo svolgimento dell'attività lavorativa nell'imminenza del parto, a causa delle particolari condizioni psicofisiche in cui essa si trova.

Ciò premesso, deve ritenersi che *ciascuna misura di favore per la lavoratrice risulta essere indipendente dall'altra* e che il congedo parentale già concesso può essere modificato solo da circostanze giustificate rispetto alle finalità della misura stessa.

Pertanto, nessuna forma di discriminazione, neppure indiretta, può essere ravvisata nel caso di specie, posto che lo stato di gravidanza, nel momento in cui la lavoratrice aveva richiesto la revoca del congedo parentale, non modificava né faceva venire meno le esigenze di cura ed educazione del figlio già nato, che costituiscono presupposto del congedo stesso; inoltre, in quello stesso momento, la possibilità di chiedere il congedo di maternità rappresentava un'ipotesi ancora futura ed eventuale.

Né giova qui richiamare la giurisprudenza Busch (sentenza 27 febbraio 2003, causa C-320/01), dalla quale si può al più ricavare che *lo stato di gravidanza della lavoratrice risulta irrilevante ai fini della concessione o della revoca del congedo parentale*. Infatti, in tal caso, codesta Corte di Giustizia ha precisato che il principio di parità di trattamento sul luogo di lavoro esclude che lo stato di gravidanza sia un fatto tale da incidere sulla possibilità per la lavoratrice di essere reintegrata nel posto di lavoro prima della scadenza del congedo parentale, *qualora vi sia stato l'assenso del datore di lavoro per tale rientro anticipato*, senza che lo stesso fosse consapevole della nuova gravidanza della lavoratrice. Codesta Corte ha in proposito escluso che vi fosse un obbligo di quest'ultima di informare il datore di lavoro del suo nuovo stato di gravidanza.

Da tale principio non può però discendere la preclusione per il datore di lavoro di negare il predetto consenso al rientro anticipato al lavoro per ragioni organizzative, del tutto a prescindere dal motivo che ha determinato la richiesta di interruzione del congedo parentale e cioè il nuovo stato di gravidanza.

In merito al secondo quesito, il Governo italiano ritiene di dover dare risposta positiva, in quanto il datore di lavoro può giustificare la sua condotta sia in ragione delle difficoltà organizzative che comporterebbe il rientro anticipato del lavoratore dal congedo parentale programmato, sia, soprattutto, con riguardo alla necessità per lo stesso datore di lavoro di dover indennizzare la perdita di salario causata al sostituto del lavoratore che si trovi in congedo parentale, qualora questi ritorni al lavoro nel corso dello stesso congedo.

Deve osservarsi che, quand'anche dovessero permanere dubbi in ordine all'esistenza di una discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 2, n. 2 della direttiva 76/207, tuttavia, nel caso di specie, appare ravvisarsi quella "finalità legittima" ed il ricorso a "mezzi appropriati e necessari", tali da escludere che un'ipotetica situazione di svantaggio per la lavoratrice costituisca indirettamente una forma di discriminazione. Infatti, la tutela della lavoratrice va comunque temperata con le esigenze organizzative del datore di lavoro e con i diritti del lavoratore che sostituisce quello in congedo parentale. Sotto il primo profilo, il datore di lavoro ha evidenziato le difficoltà organizzative

che sarebbero derivate dal prematuro rientro della lavoratrice dal congedo parentale atteso che la carenza di qualificazione del supplente aveva comportato una redistribuzione del lavoro tra gli altri professori che sarebbe stata nuovamente messa in discussione dal rientro della lavoratrice, con pregiudizio anche dell'interesse degli studenti alla continuità ed uniformità dell'insegnamento.

In secondo luogo, deve rammentarsi che, se si fosse sospeso il congedo parentale della lavoratrice, il supplente già nominato si sarebbe trovato disoccupato pochi mesi dopo aver assunto l'incarico. In tal caso, qualora quest'ultimo avesse impugnato la cessazione delle sue funzioni, ne sarebbero potuti derivare al datore di lavoro danni di entità pari al salario dovuto allo stesso, in quanto, ai sensi della normativa finlandese applicabile, lo stesso datore di lavoro avrebbe potuto porre termine ad una supplenza soltanto nel caso in cui il dipendente titolare avesse il *diritto incondizionato di tornare al lavoro*.

Quest'ultima condizione non appare rispettata nel caso di specie, posto che una nuova gravidanza della lavoratrice non viene considerata quale causa legittima di sospensione del congedo parentale, in base alla disciplina nazionale applicabile, secondo le considerazioni in precedenza esposte.

Con riguardo al terzo quesito, il Governo italiano ritiene di dover rispondere nel senso di ritenere applicabile alla fattispecie *de qua* la direttiva 92/85/CEE sulla protezione delle lavoratrici gestanti, ma di dover escludere che, nel caso in esame, la condotta del datore di lavoro contrasti con gli artt. 8 e 11 della predetta direttiva sia per quanto concerne la tutela della salute della lavoratrice gestante, sia per quanto riguarda la tutela dei benefici patrimoniali spettanti alla lavoratrice nel periodo in cui essa avrebbe potuto chiedere il congedo di maternità, in quanto la stessa lavoratrice ha fruito dei livelli minimi di tutela garantiti dall'art. 11, n. 2 lett. b) e n. 3 della predetta direttiva.

Innanzitutto, deve ritenersi applicabile al caso di specie la direttiva 92/85, concernente l'attuazione delle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle gestanti, posto che la direttiva 76/207, come modificata dalla direttiva 2002/73 sulla parità di trattamento sul luogo di lavoro, all'art. 2, n. 7, comma 4, lascia impregiudicate le disposizioni della predetta direttiva 92/85.

Deve, peraltro, escludersi che, nel caso di specie, la condotta del datore di lavoro abbia determinato un contrasto con gli artt. 8 e 11 dell'ultima direttiva citata.

In primo luogo, non si è determinato un contrasto con l'art. 8, il quale prevede che la lavoratrice possa disporre di un periodo facoltativo di congedo di maternità (di almeno quattordici settimane ininterrotte) e debba comunque disporre di un periodo obbligatorio (di almeno due settimane). Infatti, la finalità perseguita dalla norma in esame è quella di evitare che la lavoratrice sia tenuta a svolgere attività lavorativa nell'imminenza del parto, a causa delle delicate condizioni psicofisiche che la maternità comporta.

Tale finalità non è stata vanificata nel caso *de quo*, posto che la lavoratrice già si trovava in congedo parentale, dunque in una situazione di asten-

sione dall'attività lavorativa, pertanto, nessun pregiudizio poteva in concreto verificarsi per le sue condizioni di salute a ragione della mancata concessione del congedo di maternità.

In secondo luogo, non può ravvisarsi contrasto alcuno neppure con l'art. 11 della citata direttiva, sotto il profilo dei danni patrimoniali lamentati dalla ricorrente.

In proposito, l'art. 11, n. 2 e 3 stabilisce che: *“nel caso contemplato all'art. 8, devono essere garantiti: a) i diritti connessi con il contratto di lavoro delle lavoratrici di cui all'art. 2 (n.d.r. gestanti, puerpere o in periodo di allattamento), diversi da quelli specificati nella lettera b) del presente punto; b) il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata alle lavoratrici di cui all'art. 2; 3) l'indennità di cui al punto 2), lettera b) è ritenuta adeguata se assicura redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute, entro il limite di un eventuale massimale stabilito dalle legislazioni nazionali”*.

Ciò premesso, deve osservarsi che, sebbene la mancata sospensione del congedo parentale abbia impedito alla ricorrente di usufruire del congedo di maternità e di tutti i benefici salariali a questo connessi, fondati sul rapporto di servizio, tuttavia, non si è verificata alcuna violazione della direttiva sul punto.

Infatti, conformemente a quanto disposto dall'art. 11, n. 2, lett. b) e n. 3 della citata direttiva, la ricorrente ha percepito, per il periodo 29 dicembre 2004 – 18 maggio 2005, quindi ben prima del tempo prescritto per l'inizio del congedo di maternità (fissato per il 19 febbraio 2005), *l'indennità di malattia*, oltre ad un *aiuto per l'assistenza a domicilio*, nonché, per il periodo in cui avrebbe dovuto fruire del congedo di maternità (19 febbraio 2005 – 18 maggio 2005), *l'indennità di maternità e per genitore*, quest'ultima conservata fino al 21 dicembre 2005.

Ciò considerato, deve ritenersi che il livello minimo di tutela economica assicurato dalla predetta direttiva sia stato in concreto garantito nel caso di specie e che, pur in assenza della concessione del congedo di maternità, non si sia verificata alcuna violazione della direttiva sotto l'aspetto delle pretese patrimoniali di cui la ricorrente potesse dirsi titolare.

Né può ritenersi violato il disposto di cui all'art. 11, n. 2, lett. a) della predetta direttiva, in relazione ai diritti *diversi* da quelli di cui alla lett. b) – riduzione delle ferie annue, sospensione del maturarsi del diritto a pensione, sospensione del maturarsi dell'anzianità di servizio – atteso che tali pretese non formavano oggetto della causa principale e per tale motivo non sono prese in considerazione nell'ordinanza di rimessione.

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso di ritenere che, ai sensi della legislazione finlandese di settore, del contratto collettivo applicabile nel caso di specie e dell'interpretazione giurisprudenziale offerta in materia, una nuova gravidanza della lavoratrice non costituisca motivo imprevedibile e giustificato, tale da modificare le possibilità pratiche di occuparsi della prole e sufficiente al fine di modificare la durata del congedo parentale già concesso.

Il Governo italiano propone di risolvere il secondo quesito nel senso di ritenere che il datore di lavoro possa legittimamente giustificare il suo rifiuto di consentire l'interruzione del congedo parentale, sia in ragione delle difficoltà organizzative che comporterebbe il rientro anticipato del lavoratore dal congedo parentale programmato, sia, soprattutto, con riguardo alla necessità per lo stesso datore di lavoro di dover indennizzare la perdita di salario causata al sostituto del lavoratore che si trovi in congedo parentale, qualora questi ritorni al lavoro anticipatamente.

Il Governo italiano propone di risolvere il terzo quesito nel senso di ritenere applicabile alla fattispecie *de qua* la direttiva 92/85/CEE sulla protezione delle lavoratrici gestanti, ma di dover escludere che, nel caso in esame, la condotta del datore di lavoro contrasti con gli artt. 8 e 11 della predetta direttiva sia per quanto concerne la tutela della salute della lavoratrice gestante, sia per quanto riguarda la tutela dei benefici patrimoniali spettanti alla lavoratrice nel periodo in cui essa avrebbe potuto chiedere il congedo di maternità, in quanto la stessa lavoratrice ha fruito dei livelli minimi di tutela garantiti dall'art. 11, n. 2 lett. b) e n. 3 della predetta direttiva.

Roma, 18 luglio 2006

Avvocato dello Stato Wally Ferrante»

Cause riunite C-147 e 148/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Disciplina degli appalti di lavori pubblici – Ordinanza del *Consiglio di Stato* (Italia) notificata il 1° giugno 2006 (ct. 24254/06, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Il rinvio tra origine da due procedimenti nei quali le società istanti nei giudizi principali (S. e S.C.S.) avevano partecipato a due gare indette (rispettivamente il 18 dicembre 2002 e l'8 settembre 2004) dal Comune di Torino per l'affidamento di un appalto di lavori. Le relative procedure erano d'importo inferiore alla soglia comunitaria.

In data 28 gennaio 2003 la Giunta comunale di Torino aveva deliberato in via generale che anche per gli appalti sotto soglia l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con "l'applicazione del criterio di maggior ribasso o all'offerta economicamente più vantaggiosa, con *verifica delle offerte anomale...*, criterio previsto dalla Direttiva 93/37/CEE... con *disapplicazione* dell'art. 21, 1-bis, della l. n. 109/94, nella parte in cui prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale".

Pertanto, per la gara già indetta (alla quale aveva partecipato la S.), l'indizione fu rinnovata dal Comune di Torino, con modifica delle modalità di aggiudicazione (per la quale il bando aveva originariamente previsto che si sarebbe proceduto con l'esclusione automatica delle offerte sospettate di anomalia), stabilendo di non applicare l'at. 21, 1-bis, legge 109/94. Per l'altra gara, invece, le modalità di aggiudicazione si conformarono alla delibera del 28 gennaio 2003, prevedendo, conseguentemente, la verifica delle offerte anomale.

All'apertura delle buste, le società appellanti risultarono essere le prime tra le offerte non anomale. Per quelle anomale si compì, quindi, la verifica di congruità a seguito della quale risultarono adeguate le offerte rispettivamente-

te dell'A.T.I. e di un'associazione temporanea di imprese, ancorché idealmente suscettibili di esclusione automatica, qualora fosse stato applicato il comma 1-*bis*, art. 21, legge 109/94.

Le appellanti si tutelarono dinnanzi al T.A.R. Piemonte, il quale respinse sia l'istanza cautelare che il ricorso nel merito. Le ricorrenti dedussero in quella sede la violazione dell'art. 21, 1-*bis*, legge 109/94, che prevede l'obbligo in caso di gara sotto soglia di esclusione automatica. Il T.A.R., invece, ritenne che la norma in questione non implicasse un dovere di disapplicazione, quanto piuttosto conferisse una discrezionalità alla stazione appaltante di procedere o meno alla verifica di congruità.

Nelle ordinanze di rinvio il C.d.S., dopo aver richiamato le norme comunitarie rilevanti, come modificatesi nel tempo (il 30 aprile 2004 è entrata in vigore la Dir. 2004/18 che contiene norme analoghe in materia di offerte anomale), si sofferma sulla legge nazionale 109/94, con cui si è data attuazione alla direttiva 93/37/CEE e nota come il comma 1-*bis* dell'art. 21 abbia previsto in tema di offerte anomale una disciplina differenziata in caso di lavori sopra o sotto la soglia comunitaria.

Il C.d.S., smentendo sul punto il T.A.R., rileva che la norma predetta stabilirebbe l'obbligatorietà della procedura di esclusione automatica di cui all'art. 21 citato. Il Collegio prosegue, quindi, analizzando le più plausibili argomentazioni della Giunta comunale con cui questa ha disapplicato il comma 1-*bis* citato, in quanto contrastante con il diritto comunitario.

La Giunta comunale, a sua volta, aveva mosso dalla considerazione di un dato di fatto, ovvero dalla "inidoneità della procedura di esclusione automatica ad orientare verso un'efficiente regolazione del fenomeno delle offerte anomale". La regola, pur nell'intento di accelerare i tempi e la trasparenza, favorirebbe invece, secondo il Comune, accordi collusivi rendendo conveniente per le concorrenti raggiungere accordi sul prezzo, così da influenzare *ex ante* il successivo esito della procedura. La Giunta aveva infatti osservato in precedenza il fenomeno della omogeneizzazione delle offerte e la crescita del numero di denunce all'A.G. per turbativa d'asta, apparendo pertanto preferibile inserire un elemento d'imprevedibilità, non pronosticabile *ex ante* dalle partecipanti. Per il Comune di Torino la regola dell'esclusione automatica prevista dal comma 1-*bis* contrastava quindi con il diritto sopranazionale. Quest'ultimo aveva pertanto proceduto alla disapplicazione della norma nazionale.

Le argomentazioni del Comune circa il contrasto della norma con la normativa comunitaria si fondavano sull'obbligo di rispetto, anche per gli appalti sotto soglia, dei principi fondamentali del diritto comunitario, tra i quali, quelli di parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità di non discriminazione.

In aggiunta, il Comune aveva osservato che ogni sistema di medie aritmetiche che preveda l'esclusione o l'aggiudicazione automatica sarebbe incompatibile con il diritto comunitario, ai sensi di un indirizzo della giurisprudenza comunitaria formatosi nel vigore dell'art. 29, par. 5, Dir. 71/395/CEE – antecedente storico dell'art. 30, par. 4, Dir. 93/37/CEE – il

quale vieterebbe agli Stati membri di emanare disposizioni imponenti l'esclusione d'ufficio di determinate offerte, per un criterio puramente matematico (al riguardo cita, sent. 22 giugno 1989, Causa C-103/88, sent. 18 giugno 1991, causa C-295/89).

Il giudice nazionale osserva, in aggiunta ai rilievi del Comune, come il diritto ad una buona amministrazione, sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 42), ove proiettato nella realtà amministrativa dei singoli Stati membri, *“include quello di ogni individuo ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che possa arrecargli pregiudizio, nonché il corrispondente obbligo per ogni amministrazione nazionale di motivare le sue decisioni.”* Il Consiglio di Stato ritiene che l'art. 30 (4) Dir. 93/37 condivida con l'art. 42 della Carta *“la medesima ratio, finalizzata a consentire ad ogni persona, comunque coinvolta in un procedimento amministrativo, di esporre compiutamente le proprie ragioni, in un effettivo confronto dialettico con la parte pubblica”*.

Inoltre, il Collegio osserva che la sottoposizione delle discipline interne sugli appalti pubblici ai principi del diritto comunitario è una circostanza ormai recepita anche dalla Dir. 2004/18/CE, la quale al II considerando recita:

“l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato”.

Ciò nonostante, il Collegio, pur condividendo l'esposta cornice teorica, dubita che la specifica regola sulla verifica in contraddittorio delle offerte anomale abbia natura di principio fondamentale del diritto comunitario, ovvero di principio derivato da quelli di diritto fondamentale del diritto comunitario, in grado di prevalere sulle disposizioni nazionali confliggenti.

Di qui i rinvii pregiudiziali, non sussistendo né i presupposti per un'interpretazione conforme, né le condizioni per omettere l'adempimento del rinvio.

Infatti, la questione, oltre ad essere rilevante, non risulta essere identica ad altra sulla quale la Corte abbia già statuito. L'unico precedente degno di rilievo (sent. 27 novembre 2001, causa C-285/99 e C-286/99), *“pur investendo profili giuridici connessi con quelli sopra esposti, concerne in realtà procedure di aggiudicazione di appalti direttamente regolati dal diritto comunitario”*.

I QUESITI

1.- Se la regola stabilita dal par. 4 dell'art. 30 della Dir. CEE 93/37, o quella analoga recata dai parr. 1 e 2 dell'art. 55 della Dir. CE 2004/18 (laddove rite-

nuto quest'ultimo il parametro normativo rilevante), secondo cui, qualora le offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poterle rifiutare, ha l'obbligo di richiedere, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e di verificare detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite, enunci, o no, un principio fondamentale del diritto comunitario.

2.- In caso di risposta negativa al precedente quesito, se la regola stabilita dal par. 4 dell'art. 30 della Dir. CEE 93/37, o quella analoga recata dai parr. 1 e 2 dell'art. 55 della Dir. CE 2004/18 (laddove ritenuto quest'ultimo il parametro normativo rilevante), secondo cui, qualora le offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poterle rifiutare, ha l'obbligo di richiedere, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e di verificare detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite, pur non presentando le caratteristiche di un principio fondamentale del diritto comunitario, sia, o no, un corollario implicito o un 'principio derivato' del principio di concorrenza, considerato in coordinamento con quelli di trasparenza amministrativa, e non discriminazione in base alla nazionalità, e se, quindi, come tale, esso sia dotato o no, d'immediata vincolatività e di forza prevalente sulle normative interne eventualmente difformi, dettate dagli stati membri per disciplinare gli appalti di lavori pubblici esulanti dal campo di diretta applicabilità del diritto comunitario.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano osserva quanto segue.

III A) – La giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'obbligo di procedere ad una verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse presentate nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica è oggetto di una costante giurisprudenza della Corte, formatasi inizialmente sotto il vigore della Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

Questa, all'art. 29, n. 5, prevedeva infatti che:

«Qualora, per un determinato appalto, talune offerte presentino manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice ne verifica la composizione prima di decidere in merito all'aggiudicazione dell'appalto. Essa tiene conto del risultato di tale verifica.

All'uopo, essa chiede all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili. (...)».

Tale norma è stata interpretata dalla Corte nel senso che, quando le offerte di un concorrente presentano manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alle prestazioni da fornire, l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 obbliga l'amministrazione, prima di decidere sull'aggiudicazione dell'appalto, ad invitare l'offerente a fornire una giustificazione delle sue offerte di prezzo oppure comunicargli quali delle sue offerte presentino un carattere

anormale, concedendogli un termine congruo per presentare precisazioni complementari (sentenza 10 febbraio 1982, causa 76/81, *Transporoute*, *Racc.* pag. 417, punto 18). Al punto 17 di tale sentenza, la Corte ha infatti ritenuto che l'amministrazione aggiudicatrice non può in alcun caso respingere un'offerta anormalmente bassa senza neanche chiedere all'offerente le giustificazioni necessarie, poiché lo scopo dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, che consiste nel proteggere l'offerente dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, non potrebbe essere raggiunto se si lasciasse a quest'ultima il compito di valutare l'opportunità di richiedere le giustificazioni.

Ancora, la stessa norma è stata interpretata come impeditiva di discipline nazionali che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva (v. sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, *Racc.* pag. 1839, punti 19 e 21, e 18 giugno 1991, causa C-295/89, *Donà Alfonso*, *Racc.* pag. I-2967, pubblicazione sommaria, punti 1 e 2 del dispositivo). La Corte ha pertanto dichiarato che l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 prescrive all'autorità aggiudicatrice di verificare la composizione delle offerte che presentino un carattere anormalmente basso e, a questo scopo, le impone di chiedere all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie (v. sentenza *Fratelli Costanzo*, *cit.*, punto 16). Secondo la Corte, un criterio matematico, in forza del quale vengono considerate anormali e quindi escluse dalla gara le offerte che presentano una maggiorazione inferiore del 10% alla maggiorazione media, rispetto all'importo base fissato come prezzo dei lavori, di tutte le offerte ammesse a gareggiare, "*priva i partecipanti alla gara che abbiano presentato offerte particolarmente basse della possibilità di provare che si tratta di offerte serie. L'applicazione di un criterio del genere contrasta con lo scopo della direttiva 71/305, che consiste nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici*" (sentenza *Fratelli Costanzo*, summenzionata, punto 18).

La Corte ha anche rilevato che, per consentire ai partecipanti alla gara che hanno presentato offerte particolarmente basse di dimostrare la serietà di tali offerte e per garantire in tal modo l'accesso agli appalti di lavori pubblici, il Consiglio ha prescritto, all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, "*una precisa e dettagliata procedura di verifica delle offerte risultanti anormalmente basse e che tale scopo sarebbe compromesso qualora gli Stati membri, nel recepire tale disposizione, potessero scostarsene in misura sostanziale*" (sentenza *Fratelli Costanzo*, *cit.*, punto 20). Essa ha infine aggiunto che la procedura di verifica prevista all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 dev'essere applicata ogniquale volta l'amministrazione aggiudicatrice intenda escludere delle offerte perché le considera anormalmente basse rispetto alla prestazione, "*di modo che gli offerenti hanno la garanzia di non essere esclusi dall'appalto oggetto della gara senza aver avuto la possibilità di dimostrare la serietà delle loro offerte*" (sentenza *Fratelli Costanzo*, *cit.*, punto 26).

È significativo come tale norma sia stata ripresa e meglio specificata, nella successiva Direttiva 93/37/CEE, la quale, come risulta dal primo ‘considerando’, costituisce una codificazione della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (*G.U.* L 185, pag. 5), e delle sue modifiche successive. Come la Corte ha già rilevato al punto 13 della sentenza 16 ottobre 1997, causa C-304/96, *Hera* (*Racc.* pag. I-5685), l’art. 30, n. 4, della direttiva corrisponde all’art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, nella versione risultante dalla direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE (*G.U.* L 210, pag. 1).

Pertanto, dal momento che i requisiti previsti dall’art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 sia nella sua versione iniziale sia nella versione modificata, sono in sostanza identici a quelli imposti dall’art. 30, n. 4, della direttiva, le considerazioni che precedono valgono anche per quanto riguarda l’interpretazione di quest’ultima disposizione. Come la Corte ha avuto modo di affermare, infatti, “*l’art. 30, n. 4, della direttiva presuppone necessariamente l’applicazione di una procedura di verifica in contraddittorio delle offerte che sono state considerate anormalmente basse dall’amministrazione aggiudicatrice, imponendo a quest’ultima l’obbligo, dopo aver preso conoscenza di tutte le offerte e prima di decidere di aggiudicare l’appalto, di chiedere anzitutto per iscritto precisazioni sugli elementi dell’offerta sospettata di anomalia che abbiano concretamente dato luogo a dubbi da parte sua e di valutare successivamente questa offerta in relazione alle giustificazioni fornite dall’offerente interessato in risposta a tale richiesta*” (sentenza della Corte del 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini S.p.A.*, cause riunite C-285/99 e C-286/99, p. 51, in *Racc.*, 2001 pag. 9233).

Nel caso da ultimo citato, non è stato giudicato sufficiente nemmeno l’obbligo di presentare al momento dell’offerta giustificazioni per il 75% dell’importo posto a base d’asta. Ciò in quanto “*è rilevante che esse possano fornire la prova della serietà della loro offerta per tutti gli elementi che la compongono, siffatte giustificazioni preliminari non sono in ogni caso conformi allo spirito della procedura di verifica in contraddittorio istituita dall’art. 30, n. 4, della direttiva. Infatti, è essenziale che ogni offerente sospettato di aver presentato un’offerta anormalmente bassa disponga della facoltà di far valere utilmente il suo punto di vista al riguardo, conferendogli la possibilità di presentare ogni giustificazione sui vari elementi della sua offerta in un momento – che si colloca necessariamente dopo l’apertura di tutte le buste – in cui egli ha conoscenza non solo della soglia di anomalia applicabile all’appalto di cui trattasi nonché del fatto che la sua offerta è apparsa anormalmente bassa, ma anche dei punti precisi che hanno suscitato perplessità da parte dell’amministrazione aggiudicatrice*” (sentenza *Impresa Lombardini*, *cit.*, punti 52-53).

Tale principio di contraddittorio, giudicato “*essenziale*”, è strettamente inerente ai principi di trasparenza e parità di trattamento che la direttiva si pone. Infatti, “*l’esistenza di un dibattito effettivo in contraddittorio, situato in un momento utile nella procedura di esame delle offerte, tra l’amministra-*

zione aggiudicatrice e l'offerente costituisce un requisito fondamentale della direttiva, al fine di evitare l'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice e di garantire una sana concorrenza tra le imprese" (sentenza Impresa Lombardini, *cit.*, punto 57). La Corte ha altresì affermato, nella citata sentenza, che, "nella prospettiva dello sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, è essenziale che questa facoltà sia la più ampia e completa possibile, l'offerente deve poter presentare a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni, in particolare quelle enunciate all'art. 30, n. 4, secondo comma, della direttiva, che, tenuto conto della natura e delle caratteristiche dell'appalto di cui trattasi, ritiene utili, senza alcuna limitazione al riguardo. Per quanto riguarda l'amministrazione aggiudicatrice, essa è tenuta a prendere in considerazione l'insieme delle giustificazioni dedotte dall'imprenditore prima di adottare la sua decisione circa l'accoglimento o il rigetto dell'offerta di cui trattasi" (sentenza Impresa Lombardini, *cit.*, punto 82).

Dunque la giurisprudenza comunitaria è univoca nell'affermare l'esistenza di un obbligo di verifica in contraddittorio delle offerte anomale in relazione alle procedure ad evidenza pubblica. Le norme da cui tale principio è stato desunto sono contenute in direttive che si pongono quale obiettivo quello di coordinare le procedure di appalto, con l'intenzione di raggiungere "la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico". Ciò avviene in misura indissolubilmente legata alla considerazione per cui "lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti alle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri; che le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli imprenditori della Comunità di valutare se gli appalti proposti presentano per loro interesse; che pertanto occorre dare loro una sufficiente conoscenza delle prestazioni da fornire e delle relative condizioni; che più in particolare nelle procedure ristrette, la pubblicità ha per fine di permettere agli imprenditori degli Stati membri di manifestare il loro interesse agli appalti, richiedendo alle amministrazioni aggiudicatrici un invito a presentare l'offerta in conformità delle condizioni prescritte", rendendo opportuno, altresì "prevedere norme comuni sulla partecipazione agli appalti di lavori pubblici nelle quali devono essere inclusi sia criteri di selezione qualitativa che criteri di aggiudicazione degli appalti" (secondo, decimo e dodicesimo 'considerando' della Direttiva 93/37/CEE).

Tali finalità generali, sono state recepite ed evidenziate dalla Corte di Giustizia, la quale ha potuto osservare come "l'obiettivo fondamentale della direttiva è pertanto quello di aprire alla concorrenza il settore degli appalti pubblici di lavori. Infatti, proprio tale apertura alla concorrenza comunitaria in conformità delle procedure previste dalla direttiva garantisce contro il rischio di favoritismi da parte dei pubblici poteri" (sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., *Racc. pag.* I-5409, punto 75).

Il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha quindi come fine essenziale di proteggere gli interessi degli operatori economici e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche (v., in tal senso, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, *Racc.* pag. I-8035, punti 16 e 17, e 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-939, punti 41 e 42). L'amministrazione aggiudicatrice "è pertanto tenuta a rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, come risulta del resto esplicitamente dagli artt. 22, n. 4, 30, n. 4, quarto comma, e 31, n. 1, della direttiva. Inoltre, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertarne il rispetto" (sentenza Impresa Lombardini, *cit.*, punti 37-38).

III B) – Gli appalti "sotto soglia"

È necessario peraltro considerare che le norme e i principi delle direttive citate si applicano agli appalti di rilievo comunitario.

Il Governo italiano è conscio del fatto che, anche in relazione agli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria si possano individuare esigenze analoghe a quelle sopra esaminate e le stesse direttive succitate possano costituire un punto di riferimento anche per le discipline nazionali in materia.

Tali conclusioni, tuttavia, devono anche tenere conto della gradualità con la quale ha proceduto il processo di armonizzazione nella materia, nonché della necessità di evitare che, in determinati casi, la procedura di verifica delle offerte anomale prescritta dalle disposizioni comunitarie possa pregiudicare la snellezza e la celerità del procedimento di aggiudicazione.

In particolare, con riguardo alla gradualità del processo di armonizzazione, si osserva che nella originaria Direttiva 71/305/CEE, nel disciplinare gli appalti che implicavano un rilievo comunitario, il legislatore affermò (settimo considerando) che:

"gli appalti di lavori pubblici il cui ammontare è inferiore a 1.000.000 di unità di conto possono, per il momento, non essere sottoposti alla concorrenza quale organizzata dalla presente direttiva e che è pertanto opportuno stabilire che le misure di coordinamento non vanno applicate ai suddetti appalti; che, in base all'esperienza acquisita, la Commissione sottoporrà successivamente al Consiglio una nuova proposta di direttiva intesa a ridurre l'importo a partire dal quale le misure di coordinamento saranno applicabili agli appalti di lavori pubblici".

Analogamente, la direttiva 93/37/CEE, applicabile al caso di specie all'epoca dei fatti di causa, disponeva, nel quarto considerando, che:

"gli appalti di lavori il cui ammontare è inferiore a 5.000.000 di ECU possono non essere sottoposti alla concorrenza quale è organizzata dalla presente direttiva e che è opportuno stabilire che le misure di coordinamento non vanno applicate ai suddetti appalti;"

Sulla base delle direttive citate, pertanto, *il legislatore comunitario sembra avere escluso espressamente l'applicabilità delle disposizioni contenute nelle stesse agli appalti sotto soglia comunitaria*, pur nella considerazione della generale valenza di tali disposizioni e dei principi comunitari che ne costituiscono la base.

In tal senso sembrano doversi interpretare le norme delle direttive in questione (ed in particolar modo l'art. 6 della direttiva 93/37), laddove stabiliscono la soglia di valore al di là della quale operano le disposizioni in questione.

Ciò evidentemente in base ad una generale esigenza di semplificazione del procedimento di aggiudicazione, volta ad escludere aggravii sproporzionati dello stesso in relazione agli appalti di minor valore.

In relazione a tale esigenza, infatti, pare doversi ritenere che necessità di snellezza e celerità del procedimento, anche in considerazione del valore ridotto dell'appalto, possano, nel caso di appalti "sotto soglia", giustificare la procedura di esclusione automatica, determinando, in particolari circostanze di fatto, la compressione delle esigenze anzidette a favore dell'interesse pubblico ad un'aggiudicazione spedita. A tal riguardo si può altresì osservare che l'imposizione della regola di verifica in contraddittorio per tutti gli appalti condurrebbe ad un onere procedurale aggiuntivo il quale, in considerazione dell'eventuale numero elevato delle offerte, sarebbe idoneo a determinare un ritardo potenzialmente dannoso nello svolgimento della procedura stessa, al limite vanificandone lo stesso scopo.

Con l'ulteriore avanzamento del mercato comune e con il suo successivo completamento sembra, infine, emergere una tendenza ad orientare tutta la disciplina degli appalti ai principi posti a base della normativa comunitaria pertinente.

Tanto pare potersi evincere dal testo della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (in *G.U.*, L 134 del 30 aprile 2004 pag. 0114 – 0240).

In particolare, al secondo considerando di tale direttiva è contenuta la seguente considerazione, che pare modificare parzialmente la prospettiva dalla quale muovevano le precedenti direttive:

“L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpre-

tate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato”.

Peraltro, pur non riportando, come nelle precedenti direttive, una espressa previsione di inapplicabilità delle disposizioni in essa contenute agli appalti “sotto soglia”, la nuova direttiva, nel considerando citato, pare indicare soltanto una linea di tendenza verso una maggiore armonizzazione della disciplina complessiva degli appalti pubblici e non anche escludere il permanere di una certa discrezionalità degli Stati membri nel disciplinare le procedure di aggiudicazione degli appalti “sotto soglia”. Ciò, evidentemente, in ossequio alla stessa esigenza di semplificazione sopra esaminata che, nelle procedure di aggiudicazione di minore rilevanza economica, pare assumere maggiore rilevanza rispetto agli altri principi che assumono rilevanza in materia.

A tale più ampia impostazione si è, tra l'altro, uniformato il legislatore italiano, il quale, nell'adeguare alla direttiva 2004/18/CE il regime degli appalti pubblici, con il D.Lgs. n. 163/2006 (cd. Codice degli appalti pubblici), di recente emanato, ha parzialmente rivisto la disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti “sotto soglia”, estendendo anche a questi ultimi la possibilità di scelta, rimessa quindi alla stazione appaltante, tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta più vantaggiosa. Tale previsione ha delle ripercussioni anche in tema di disciplina delle offerte anomale. Infatti, se la stazione opta per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, allora potrà procedere alla verifica delle offerte anomale ai sensi degli artt. 86 e ss.; al contrario, in caso di adozione del criterio del prezzo più basso, si applicherà la disposizione derogatoria di cui al comma 9, dell'art. 122, la quale prevede che:

“9. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque.[...]”

Tale scelta del legislatore concilia le esigenze di semplificazione e trasparenza nel caso di appalti “sotto soglia”, sostanzialmente rimettendo alla stazione appaltante la scelta del criterio di aggiudicazione e delle modalità di verifica delle offerte anomale.

E', inoltre, necessario considerare che la direttiva 2004/18/CE non appare applicabile al caso di specie, nel quale entrambe le procedure di aggiudicazione oggetto delle cause principali erano iniziate sulla base di bandi di gara emanati e pubblicati in date antecedenti al 31 gennaio 2006, data entro la quale gli Stati membri, in virtù dell'art. 80 di tale direttiva, dovevano adottare le misure per conformarsi alle sue disposizioni.

III C) – Conclusioni

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Governo italiano ritiene che, pur essendo la normativa comunitaria in materia di aggiudicazione di appalti pubblici improntata alla tutela dei principi del trattato ed in

particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza, le disposizioni comunitarie pertinenti in materia di valutazione di offerte anomale non trovino automatica applicazione anche alle procedure di aggiudicazione di appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria prevista da dette disposizioni.

Inoltre le esigenze di semplificazione del procedimento di aggiudicazione sopra rappresentate appaiono prevalenti, nelle procedure predette, rispetto alla tutela dei principi suddetti e, pertanto, tali da far ritenere che gli stessi principi, interpretati alla luce delle citate esigenze, non ostino comunque a disposizioni nazionali, come quelle in vigore nella Repubblica italiana all'epoca dei fatti di causa, le quali consentano l'esclusione automatica di offerte che appaiano anormalmente basse, ovvero, come le successive disposizioni nazionali, attualmente in vigore, le quali, nel rimettere alla discrezionalità delle autorità amministrative la scelta del criterio di aggiudicazione negli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, consentano l'esclusione automatica di tali offerte nel caso in cui venga prescelto il criterio di aggiudicazione basato sul prezzo più basso, sempre che il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a cinque.

Roma, 11 agosto 2006

Avvocato dello Stato Danilo Del Gaizo»

Causa C-173/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Applicazione dell'art. 216 del Codice Doganale Comunitario in caso di merce comunitaria preventivamente esportata in regime di “Perfezionamento attivo” (artt. 114 e 115 del C.D.C.) – Ordinanza della Commissione Tributaria Regionale di Genova (Italia), del 13 febbraio – 17 marzo 2006, notificata il 24 maggio 2006 (ct. 22833/06, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

Con ordinanza pronunciata in data 13 febbraio – 17 marzo 2006 l'Autorità Giudiziaria in epigrafe indicata ha sollevato davanti alla Corte una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE nell'ambito di un giudizio tributario d'appello avverso la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sorto per impugnazione da parte della soc. A. contro l'Agenzia delle Dogane che agisce in recupero di dazi dovuti ai sensi dell'art. 216 del Codice Doganale Comunitario nel corso di operazione che l'A. sostiene rientrare nell'ambito del c.d. regime di “perfezionamento attivo”.

Dal contenuto dell'ordinanza risulta che l'A. S.r.l. con sede in Vercelli, operando nell'ambito del c.d. regime di “perfezionamento attivo”, ha preventivamente esportato in Ungheria riso lavorato di origine comunitaria e successivamente ha importato dalla Thailandia, in esenzione daziaria, quantità di riso semigreggio, da considerarsi a reintegrazione di quello comunitario precedentemente esportato; che sulla predetta importazione la Dogana di

Genova – porto di sbarco del riso thailandese – con Verbali di revisione dell'accertamento, ha in seguito recuperato il dazio, ai sensi dell'art 216 del Codice Doganale Comunitario, sull'assunto che l'intera operazione non poteva rientrare nella fattispecie di "perfezionamento attivo" prevista dagli artt. 114 e 115 del Codice Doganale Comunitario, atteso il fatto che l'esenzione daziaria si sarebbe potuta concedere soltanto se le importazioni a reintegro avessero riguardato merce anch'essa proveniente da uno dei paesi con cui vige l'accordo con la CEE, tra i quali non è compresa la Thailandia; che è sorta controversia fra la A. S.r.l. di Vercelli e l'Agenzia delle Dogane – Direzione Circostrizionale di Genova in ordine alla corresponsione o meno di dazi doganali all'importazione nel caso di operazioni di "Perfezionamento Attivo" come sopra delineate.

I QUESITI

1.– Se l'art. 216 del Codice Doganale Comunitario (Regolamento CEE n. 2912/92 del 12 ottobre 1992) possa trovare applicazione nel caso in cui una merce comunitaria (riso) previamente esportata, in Regime di Perfezionamento Attivo con certificato EUR 1, verso un paese terzo (con il quale vige un Trattato doganale preferenziale), dia luogo all'applicazione dei diritti doganali di importazione al momento della successiva reimportazione a reintegro della stessa merce (equivalente) da un paese terzo c.d. "non accordista";

2.– Se nel caso di mancato prelievo dei diritti *ex art. 216 C.D.C.* contestualmente all'importazione a reintegro, la Dogana possa successivamente richiederli e non si integri invece la fattispecie esentiva di cui al successivo art. 220

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano sul primo quesito oggetto di richiesta di pronuncia pregiudiziale osserva che l'applicazione dell'art. 216 del Regolamento CEE 2913/92 nell'ambito delle operazioni di perfezionamento attivo di riso, è stata in passato oggetto di discussione in varie sedi, in ambito nazionale e comunitario a causa della non chiara formulazione della norma in questione e della contestuale operatività nella stessa disposizione di regole concernenti settori diversi della materia doganale, quali quelle del regime di perfezionamento attivo e quelle in materia di origine.

I dubbi interpretativi riguardanti l'applicazione di tale norma, in particolare nelle ipotesi di operazioni di perfezionamento attivo di riso con compensazione per equivalenza ed esportazione anticipata, sono stati però superati dalla lettura della norma fornita dai Servizi della Commissione nel documento TAXUD/724/2003 del 20 marzo 2003 nel quale, pur riconoscendo l'ambiguità della disposizione e la necessità di una riformulazione della stessa, è stato statuito che in tutte le ipotesi in cui si effettui una operazione di perfezionamento attivo di riso con esportazione anticipata e che all'atto dell'esportazione venga emesso un certificato EUR 1 (che in base ad un accordo preferenziale con il paese di destinazione della merce permette di usufruire di un trattamento preferenziale), all'atto del reintegro della merce extracomunitaria dovranno essere riscossi i relativi diritti doganali. Ciò in quanto,

come indicato nel documento comunitario sopra citato *“l’articolo 216, nonostante il suo contesto, non costituisce né una regola di origine né una regola di perfezionamento attivo ma una regola riguardante l’obbligazione doganale. In altre parole, la base giuridica di un possibile recupero di dazi doganali è l’articolo 216 stesso del Codice, e non la “regola del no drawback” stabilita nel Protocollo sull’origine”*.

L’interpretazione fornita dai Servizi della Commissione elimina ogni dubbio riguardo alla necessità della presenza o meno di un accordo preferenziale dal paese di provenienza della merce di reintegro al fine dell’applicazione dei dazi su tale merce, in quanto in tale ipotesi il debito doganale nasce dal fatto che tutta l’operazione rientra nell’ambito del regime di perfezionamento attivo nel quale sono state già concesse numerose agevolazioni, quali l’esportazione anticipata, la compensazione per equivalenza e l’emissione del certificato EUR 1 all’atto dell’esportazione; la previsione di una esenzione dei dazi doganali anche sulla merce a reintegro determinerebbe un eccessivo cumulo di benefici nell’ambito di una sola operazione; l’operatore, pertanto, nelle operazioni di specie può alternativamente scegliere di usufruire dell’agevolazione all’atto dell’esportazione con l’emissione del certificato EUR1 oppure avere l’esenzione del dazio all’atto del reintegro.

L’Amministrazione doganale italiana già in passato, sulla base di precedenti indicazioni fornite al riguardo dai Servizi della Commissione, aveva diramato istruzioni interne con note prot. n. 12389/IV del 16 gennaio 1997 e prot. n. 1779/VII/SD del 5 marzo 2001 dell’allora Dipartimento delle Dogane e delle Imposte Indirette Direzione Centrale Servizi Doganali con l’indicazione della suddetta modalità operativa in occasione di operazioni della specie; a seguito dell’emissione del documento comunitario sopra citato, l’Agenzia delle Dogane con nota prot. 2364 del 18 luglio 2003 ha riconfermato le istruzioni precedentemente fornite.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che la società interessata, specializzata nello specifico settore, avrebbe potuto e dovuto essere al corrente delle modalità di svolgimento di tali operazioni, e correttamente l’ufficio doganale coinvolto nella fase di reintegro della merce, si è immediatamente attivato per ovviare all’inesattezza dell’operazione con l’emissione degli avvisi di revisione dell’accertamento che devono essere ritenuti legittimi.

Sul secondo quesito oggetto della richiesta di pronunzia pregiudiziale, il Governo Italiano osserva che l’art. 220, paragrafo 2, lettera *b)*, C.D.C. esclude la contabilizzazione a posteriori dell’importo dei dazi, tra l’altro, quando l’importo dei dazi legalmente dovuto non è stato contabilizzato per un errore dell’autorità doganale, che non poteva ragionevolmente essere scoperto dal debitore avendo questi agito in buona fede e rispettato tutte le disposizioni previste dalla normativa in vigore riguardo alla dichiarazione in dogana.

La non contabilizzazione, dunque, secondo tale disposizione, può essere concessa solo al contemporaneo verificarsi delle seguenti condizioni: 1) la mancata contabilizzazione risulta da un errore dell’Autorità doganale; 2) tale errore non poteva ragionevolmente essere scoperto dal debitore; 3) il debito-

re deve aver rispettato tutte le disposizioni previste dalla normativa in vigore riguardo alla dichiarazione in dogana; 4) il debitore ha agito in buona fede.

Nel caso di specie, l'art. 220, paragrafo 2, lettera b), del C.D.C., non trova applicazione, per quanto risultante dai fatti di causa, in relazione alle suesposte condizioni .

In particolare, con riferimento alla condizione di cui al punto 1), come più volte chiarito dalla giurisprudenza comunitaria formatasi sulla questione (C-499/03 P del 3 marzo 2005, tra Biegi Nahrungsmittel e Commonfood; nonché le sentenze 12 luglio 1989, causa 161/88, Binder; 14 maggio 1996, cause riunite C 153/94 e C-204/94, Faroe Seafood e a.; e le ordinanze 9 dicembre 1999, C-299/98 P, CPL Imperial 2 e Unifrigo/Commissione e 11 ottobre 2001, causa C-30/00, William Hinton & Sons, *Racc.*), l'errore dell'Autorità Doganale ha rilevanza soltanto nell'ipotesi in cui risulti da un comportamento attivo; nel caso di specie non vi è stato un errore dell'Autorità doganale sia al momento dell'esportazione che al momento dell'importazione a reintegro; in merito si rappresenta che al momento dell'emissione dell'Eur 1 nessun errore è stato commesso, in quanto il riso esportato era effettivamente di origine italiana; lo stesso deve affermarsi per la introduzione (avvenuta con bolletta IM5 di temporanea importazione), in quanto l'accettazione della bolletta in Dogana non ha un significato giuridicamente rilevante in relazione all'approvazione o autorizzazione delle particolari modalità operative prescelte e non comporta, altresì, un preventivo controllo sulla regolarità dell'operazione, controllo che viene in genere effettuato a posteriori, nell'ottica della maggior snellezza e velocizzazione delle operazioni doganali; il controllo a posteriori, previsto dall'art. 11 del D.Lgs. 374/90, è stato effettuato con le revisioni d'accertamento, oggetto dell'impugnazione in argomento, mediante le quali sono state modificate le dichiarazioni di temporanea importazione ed è stato contestualmente richiesto il versamento dei dazi all'importazione.

In riferimento alla condizione di cui al punto 2), anche nell'ipotesi in cui si riconoscesse l'errore dell'Autorità doganale, si rileva che tale errore avrebbe potuto essere ragionevolmente scoperto dal debitore in base alla sua esperienza professionale in materia di sdoganamento e commercio internazionale ed in quanto titolare di autorizzazione al regime doganale di "perfezionamento attivo".

In riferimento alle condizioni di cui ai punti 3) e 4), si evidenzia che è l'operatore ad avere presentato una dichiarazione doganale in contrasto con le regole dettate dalla normativa doganale relativa al regime del "perfezionamento attivo".

Il quesito formulato dal giudice remittente involge quindi, sia pure implicitamente, l'esimente generale della *buona fede* dell'operatore doganale e la sua operatività al fine della sua liberazione dall'obbligo di corrispondere le imposte dovute in riferimento alle operazioni poste in essere o, quanto meno, al fine dell'applicabilità del beneficio della sospensione del pagamento; l'istituto della *buona fede* da parte della giurisprudenza comunitaria è sempre stato rigidamente interpretato alla luce di alcuni principi generali: da un lato, a tutela della posizione del privato, con il richiamo alla clausola

generale di *equità* (*ex plurimis*, Corte di Giustizia, 15 dicembre 1983, Schoeller & Sohne/Commission, C-283/82), al fine di *limitare il pagamento a posteriori* dei diritti all'importazione o all'esportazione al caso in cui tale pagamento sia *giustificato* e compatibile con la protezione del principio del *legittimo affidamento* (cfr. Corte di Giustizia, 1 aprile 1993, Hewlett Packard France, C-250/91) e non esponga l'operatore a *pregiudizi eccedenti l'ordinario rischio commerciale* (Trib., 10 maggio 2001, Kaufring A.G., nelle cause riunite da T186/97 a 293/97); dall'altro, a tutela dell'interesse della Comunità alla riscossione delle risorse proprie, con la attribuzione a carico dell'operatore dei normali rischi dell'attività imprenditoriale, dichiarando che (decisione 17 luglio 1997, Pascoal & Filhos, C-97/95): “*La buona fede dell'importatore non lo esime dalla sua responsabilità per l'adempimento dell'obbligazione doganale essendo questi il dichiarante della merce importata* (in senso analogo, sent. 11 dicembre 1980, C-827/79, Acampora; sent. 14 maggio 1996, C-153/94 e C-204/94, Faroe Seafood). *Se così non fosse, infatti, l'importatore sarebbe indotto a non verificare più l'esattezza dell'informazione fornita alle Autorità di Stato di esportazione da parte dell'esportatore, né la buona fede di quest'ultimo, il che darebbe luogo ad abusi. (...) La Comunità non è tenuta a sopportare le conseguenze pregiudizievoli di comportamenti scorretti dei fornitori dei suoi cittadini, inoltre, (...) l'importatore può agire in giudizio per il risarcimento nei confronti dell'autore del falso e, infine, nel calcolare i vantaggi realizzabili mediante il commercio di prodotti che possono fruire di preferenze tariffarie, l'operatore economico accorto e al corrente della normativa vigente deve valutare i rischi inerenti al mercato che gli interessa ed accettarli come facenti parte della categoria dei normali inconvenienti dell'attività commerciale”*; “[...] *Ad ogni modo, è pacifico che la Comunità non è tenuta a sopportare le conseguenze pregiudizievoli dei comportamenti scorretti dei fornitori degli importatori (sentenza Pascoal & Filhos, cit., punto 59)*” (Sentenza del 9 marzo 2006, nella causa C-293/04 tra Beemstrboer Coldstore Services & Inspecteur der Belastingdienst – Douanedistrict Arnhem).

In tutte queste situazioni è stata, quindi, ritenuta irrilevante la situazione di buona fede del debitore perché assorbita nel concetto giuridico di *rischio economico*; quest'ultimo concetto viene, in buona sostanza, ad affiancarsi a quello della *buona fede*, bilanciando i contrapposti interessi della Comunità e dell'operatore in occasione delle controversie concernenti il pagamento dei dazi doganali costituenti risorse proprie della Comunità.

Anche la Commissione Europea si è allineata sulle posizioni della giurisprudenza comunitaria, come risulta dal “*Documento informativo sull'applicazione degli articoli 220, paragrafo 2, lettera b, e 239 del codice doganale comunitario*” (TAXUD/783/2002-IT-REV.3 del 1° luglio 2003); al punto 1.2.5.3. tale documento prende in esame i certificati di origine inesatti (aggettivo usato nel Regolamento e che esprime un concetto ben più limitato da quello di falso) e dà rilievo alla qualità di errore attivo (nell'accezione precisata al punto 1.1.1.) per escludere la contabilizzazione a posteriori dei dazi,

in concomitanza con la buona fede dell'operatore, e specificando che spetta a quest'ultimo "dimostrare di aver agito con diligenza per assicurarsi che fossero rispettate tutte le condizioni per il trattamento preferenziale"; in ogni caso "tali norme si applicano soltanto se il beneficio del trattamento preferenziale risulta dal rilascio di un certificato da parte delle autorità competenti di un paese terzo. Non si applicano quindi né ai certificati falsi o falsificati, né nei casi in cui l'esportatore certifichi in prima persona che le merci soddisfano le condizioni richieste per poter beneficiare del regime preferenziale (esportatori autorizzati)".

Ad avviso del Governo italiano, nella controversia pendente dinanzi all'Autorità Giudiziaria remittente gli operatori imputati tendono ad introdurre, a propria difesa, l'esimente della *buona fede* per liberarsi dalle responsabilità che sono state loro attribuite dalla Commissione Tributaria di primo grado in corretta applicazione dei principi dettati dalle disposizioni comunitarie sopra esaminate.

Il Governo italiano si è determinato a formulare le presenti osservazioni per l'esigenza di ottenere dalla Corte di Giustizia una chiara conferma dei principi sanciti dai citati art. 216 e 220 CDC (nel senso sopra specificato) e l'affermazione che la loro applicazione integrale non può essere contrastata dall'esimente della *buona fede* che non può essere invocata in fattispecie come quella in esame, ove deve prevalere il principio del *rischio economico* a carico dell'operatore commerciale, anche in relazione a precedenti operazioni eseguite in regime di beneficio per la ricorrenza di diversi presupposti soggettivi od oggettivi; se così non fosse si correrebbe il rischio di vedere vanificate le esigenze preminenti della Comunità e di rendere difficile o impossibile l'azione di recupero nei confronti dei debitori.

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando in via generale che: 1) *il regime di "perfezionamento attivo" di cui agli art. 114, 115 e 216 del codice doganale comunitario riguarda ogni singola operazione doganale per la quale si verificano le condizioni di legge e l'operatore non può pretendere l'estensione dei suoi benefici anche alla successiva operazione di reimportazione a reintegro della stessa merce da un paese terzo "non accordista"*; 2) *l'obbligazione di cui sopra non può essere contrastata con il richiamo ai principi degli art. 220, comma 2, lett. b), del codice doganale comunitario, salva solo l'operatività dell'esimente della "buona fede" qualora ricorrano contemporaneamente le quattro condizioni previste dalla norma, con la conseguenza che nella fattispecie di cui è causa, l'operatore non può invocarne l'applicazione per l'assenza di quelle condizioni.*

Roma, 26 luglio 2006

Avvocato dello Stato Giuseppe Albenzio».

Causa C-174/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Ordinanza n. 7291/06 della *Corte Suprema di Cassazione*, seconda sez. tributaria (Italia), depositata il 29 marzo 2006 sul ricorso Ministero delle finanze e Ufficio IVA di Milano c/CO.GE.P. s.r.l. (ct. 20419/06, avv. dello Stato S. Fiorentino).

IL FATTO

Oggetto della controversia è l'imposta sul valore aggiunta dovuta dalla CO.GE.P. s.r.l., resistente nel giudizio principale, per servizi resi dal Consorzio autonomo del porto di Genova, costituiti dalla concessione in uso di aree di proprietà pubblica e facenti parte del demanio marittimo.

L'Amministrazione finanziaria italiana ha contestato alla società, per il suddetto titolo, di non aver emesso "autofattura" per un imponibile pari a lire 141.003.000 nell'anno 1991, a lire 34.107.000 nell'anno 1992 e a lire 30.800.000 nell'anno 1993 ed ha applicato le conseguenti sanzioni.

La CO.GE.P. s.r.l. ha proposto ricorso giurisdizionale ed ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti di rettifica e di applicazione delle sanzioni, sostenendo che l'operazione ritenuta soggetta ad I.V.A. dall'Amministrazione finanziaria italiana, consistente nella concessione di un deposito costiero per il magazzinaggio di olii minerali, era invece soggetta ad imposta di registro in misura proporzionale, vale a dire ad imposta alternativa all'imposta sul valore aggiunto.

Ciò in quanto la concessione di beni del demanio marittimo non è assimilabile alla locazione, né dà luogo alla costituzione di un diritto reale ed inoltre in quanto il Consorzio autonomo del porto di Genova svolge funzioni di gestione del demanio marittimo, non qualificabili come attività d'impresa.

Il giudice di prima istanza (la Commissione tributaria di primo grado di Milano), riuniti i tre ricorsi avverso i tre provvedimenti di rettifica, li ha accolti.

L'Ufficio I.V.A. di Milano ha proposto appello, sostenendo che le operazioni compiute erano soggette all'imposta sul valore aggiunto, trattandosi di prestazioni di servizi rese nell'esercizio di un'impresa.

Il giudice di secondo grado (Commissione tributaria regionale della Lombardia) ha respinto l'appello dell'Amministrazione finanziaria italiana, osservando che l'art. 10, n. 8, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 - legge fondamentale in materia di I.V.A. - nel prevedere l'esenzione per le locazioni ed altre operazioni, non contempla, tra i casi di esclusione dell'esenzione, le concessioni di beni pubblici. Queste, secondo il diritto italiano, come interpretato dal giudice di secondo grado, non possono considerarsi né cessioni di beni (imponibili ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. 633/72), né prestazioni di servizi (imponibili ai sensi dell'art. 3 della stessa legge fondamentale I.V.A.), non potendo, in particolare, rientrare nella nozione residuale prevista dall'art. 3, comma 1, del d.P.R. 633/72, che definisce prestazioni di servizi, tra le altre, le "obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte".

La Commissione tributaria regionale ha osservato, quindi, che il rapporto di concessione dedotto in giudizio rientra a pieno titolo nel novero delle concessioni su beni demaniali che, secondo l'art. 5, parte prima, n. 2 della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (legge fondamentale in materia di imposta di registro), sono soggetti ad imposta proporzionale di registro, il che esclude l'assoggettabilità ad I.V.A. stante il principio dell'alternatività previsto dall'art. 40 del medesimo d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131.

L'Amministrazione finanziaria italiana ha proposto ricorso alla Corte di cassazione, chiedendo l'annullamento della sentenza d'appello.

A sostegno del ricorso, ha invocato un precedente della medesima Corte di cassazione, la sentenza n. 6281 del 26 maggio 1992, nel quale si era affermato che *“L’atto di concessione di beni del demanio marittimo, stipulato dall’Ente autonomo del porto di Trieste nell’ambito delle attribuzioni e dei poteri ad esso conferiti dalla legge istitutiva 9 luglio 1967 n. 589 e dal d.P.R. 2 ottobre 1978, n. 714, è soggetto all’imposta sul valore aggiunto, in quanto atto compiuto nell’esercizio dell’impresa gestita dall’ente pubblico economico e inteso all’impiego produttivo di un bene di cui l’ente ha la disponibilità e l’amministrazione; ad esso si applica, pertanto, l’imposta di registro in misura fissa, a norma dell’art. 38 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634”*.

Secondo l’Amministrazione finanziaria italiana, infatti, il Consorzio autonomo del Porto di Genova, al pari dell’Ente autonomo del Porto di Trieste (al quale si riferiva il precedente giurisprudenziale invocato a sostegno), è ente pubblico economico che opera in piena autonomia e orienta la sua azione secondo principi imprenditoriali. Quindi l’atto di concessione del deposito costiero risulta compiuto nell’esercizio dell’impresa gestita dall’ente, essendo diretto all’impiego produttivo del bene attraverso la percezione di canoni direttamente imputabili alla gestione del Consorzio.

IL QUESITO

Se il conferimento ad un soggetto del diritto di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, senza prestazione di servizi di carattere prevalente su quello di consentire l’uso del bene, per un periodo determinato e dietro corrispettivo d’importo assai inferiore al valore del bene, conferimento posto in essere, su domanda dell’interessato, da un ente pubblico che esercita un’impresa, attraverso l’emanazione di un atto amministrativo, come avviene nella concessione di beni demaniali disciplinata dal diritto nazionale, anziché con un contratto, costituisca un’ipotesi di locazione di beni immobili esente da I.V.A., secondo la previsione dell’art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva 77/388/CEE.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«LA NORMATIVA COMUNITARIA

Vengono in rilievo, ai fini della risoluzione della questione pregiudiziale, l’art. 4, nn. 1, 2 e 5, l’art. 6, n. 1 e l’art. 13, parte B), lettera della direttiva 77/388/CEE (Sesta direttiva del Consiglio in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d’affari).

L’articolo 4 della direttiva (*“Soggetti passivi”*), ai nn. 1, 2 e 5, stabilisce che:

“1. Si considera soggetto passivo chiunque esercita in modo indipendente e in qualsiasi luogo una delle attività economiche di cui al paragrafo 2, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività.

2. Le attività economiche di cui al paragrafo 1 sono tutte le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi, comprese le attività estrattive, agricole, nonché quelle delle professioni liberali o assimilate. Si

considera in particolare attività economica un'operazione che comporti lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità.

5. Gli Stati, le regioni, le province, i comuni e gli altri organismi di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità, anche quando, in relazione a tali attività od operazioni, percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni.

Se però tali enti esercitano attività od operazioni di questo genere, essi devono essere considerati soggetti passivi per dette attività od operazioni quando il loro non assoggettamento provocherebbe distorsioni di concorrenza di una certa importanza.

In ogni caso, gli enti succitati sono sempre considerati come soggetti passivi per quanto riguarda le attività elencate nell'allegato D quando esse non sono trascurabili (1).

Gli Stati membri possono considerare come attività della pubblica amministrazione le attività dei suddetti enti le quali siano esenti a norma degli articoli 13 o 28".

L'articolo 6 della direttiva ("Prestazioni di servizi"), al n. 1, stabilisce che:

"1. Si considera "prestazioni di servizi" ogni operazione che non costituisce cessione di un bene ai sensi dell'articolo 5.

Tale operazione può consistere tra l'altro:

– in una cessione di beni immateriali, siano o no rappresentati da un titolo;

– in un obbligo di non fare o di tollerare un atto od una situazione;

– nell'esecuzione di un servizio in base ad una espropriazione fatta dalla pubblica amministrazione o in suo nome o a norma di legge".

L'articolo 13 della direttiva ("Esenzioni all'interno del Paese"), parte B ("Altre esenzioni") stabilisce che:

"Fatte salve altre disposizioni comunitarie, gli Stati membri esonerano, alle condizioni da essi stabilite per assicurare la corretta e semplice applicazioni delle esenzioni sottoelencate e per prevenire ogni possibile frode, evasione ed abuso:

a) .. Omissis ..

b) l'affitto e la locazione di beni immobili, ad eccezione:

1. delle prestazioni di alloggio, quali sono definite dalla legislazione degli Stati membri, effettuate nel settore alberghiero o in settori aventi funzioni analoghe, comprese le locazioni di campi di vacanza o di terreni attrezzati per il campeggio;

2. delle locazioni di aree destinate al parcheggio di veicoli;

(1) L'Allegato D alla Sesta Direttiva IVA contempla, al punto 4, la "prestazione di servizi portuali e aeroportuali".

3. delle locazioni di utensili e macchine fissati stabilmente;

4. delle locazioni di casseforti.

Gli Stati membri possono stabilire ulteriori esclusioni dal campo di applicazione di tale esenzione”.

LA NORMATIVA NAZIONALE ITALIANA (2).

Secondo l'articolo 4 (“*Esercizio di imprese*”), comma 2, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (legge fondamentale IVA):

“Si considerano in ogni caso effettuate nell’esercizio di imprese:

1) .. *Omissis ..*

2) *le cessioni di beni e le prestazioni di servizi fatte da altri enti pubblici e privati, compresi i consorzi, le associazioni o altre organizzazioni senza personalità giuridica e le società semplici, che abbiano per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciali o agricole”*(3).

L’art. 3 (“*Prestazioni di servizi*”) del d.P.R. 633/72 stabilisce che:

“Costituiscono prestazioni di servizi le prestazioni verso corrispettivo dipendenti da contratti d’opera, appalto, trasporto, mandato, spedizione, agenzia, mediazione, deposito e in genere da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte.

Costituiscono inoltre prestazioni di servizi, se effettuate verso corrispettivo:

1) *le concessioni di beni in locazione, affitto e simili;*

2) .. *Omissis ...”*

L’art. 10 (“*Operazioni esenti dall’imposta*”) del d.P.R. 633/72 stabilisce che:

“Sono esenti dall’imposta:

1-7) ... *Omissis ...*

8) *le locazioni non finanziarie e gli affitti, relative cessioni, risoluzioni e proroghe, di terreni e aziende agricole, di aree diverse da quelle destinate a parcheggio di veicoli, per le quali gli strumenti urbanistici non prevedono la destinazione edificatoria, ed i fabbricati, comprese le pertinenze, le scorte e in genere i beni mobili destinati durevolmente al servizio degli immobili locati e affittati, esclusi quelli strumentali che per le loro caratteristiche non sono suscettibili di diverse utilizzazione senza radicali trasformazioni e quelli destinati ad uso civile abitazione locati dalle imprese che li hanno costruiti per la vendita o acquistati per la rivendita;”*

L’art. 41 (“*Violazioni dell’obbligo di fatturazione*”) del d.P.R. 633/72, al comma 6, stabilisce che:

“Il cessionario o committente che nell’esercizio di imprese, arti o professioni abbia acquistato beni o servizi senza emissione della fattura o con

(2) Si indicheranno le norme nel testo applicabile ai fatti di causa, in applicazione del principio *tempus regit actum*.

(3) Il comma 5 dello stesso art. 4 stabilisce inoltre che “*agli effetti delle disposizioni di questo articolo sono considerate in ogni caso commerciali, ancorché esercitate da enti pubblici, le seguenti attività: a – g) .. Omissis ..; h) servizi portuali e aeroportuali;i-l) Omissis ...”*

emissione di fattura irregolare da parte del soggetto obbligato ad emetterla, è tenuto a regolarizzare l'operazione con le seguenti modalità:

a) se non ha ricevuto la fattura entro quattro mesi dalla data di effettuazione dell'operazione deve presentare all'ufficio competente nei suoi confronti, entro il trentesimo giorno successivo, un documento in duplice esemplare contenente le indicazioni prescritte dall'art. 21 e deve contemporaneamente versare la relativa imposta;

b) ... Omissis ...".

Gli articoli 822, comma 1 e 823, comma 1 del codice civile stabiliscono che:

"822. Demanio pubblico. – Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale";

"823. Condizione giuridica del demanio pubblico. – I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano";

Gli articoli 36, comma 1 e 37 del codice della navigazione stabiliscono che:

"36. Concessione di beni demaniali. – L'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo";

"37. Concorso di più domande di concessione. – Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

Quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata.

Nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al recedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata".

LA POSIZIONE DELLA GIURISDIZIONE DI RINVIO

La Corte di cassazione ha rilevato che il diritto del concessionario consiste nell'uso, anche non esclusivo, del bene dietro un corrispettivo che può essere anche notevolmente inferiore al valore dell'utilità ricevuta e per una durata limitata, senza che l'ente concedente sia tenuto alla prestazione di servizi di contenuto preminente rispetto a quello di consentire l'uso del bene.

Ha osservato che la concessione è un atto avente ad oggetto la messa a disposizione di superfici immobiliari per un tempo prestabilito, comportante un valore aggiunto assai limitato, che potrebbe non giustificare il diritto alla detrazione.

Ha rilevato che il contenuto del concessionario è del tutto simile a quello del conduttore, anche se di minore rilevanza economica, perché l'uso del bene non può avvenire in contrasto con l'interesse pubblico.

Ha, poi, osservato che il rapporto di concessione, sebbene sorga per effetto di un atto amministrativo unilaterale, discrezionale e autoritativo, presuppone, per la sua costituzione, una manifestazione di volontà dell'interessato diretta ad ottenere la concessione e che, inoltre, gli aspetti ulteriori del rapporto, successivi alla sua costituzione, sono regolati da una convenzione bilaterale, di tal che sussisterebbe il requisito del consenso.

Ha, infine, escluso che sulla base dell'ordinamento nazionale le concessioni di beni del demanio portuale possano considerarsi "servizi portuali" (v. art. 4, punto 5, comma 3 e Allegato D, n. 4, della Sesta Direttiva e art. 4, comma 5, lettera del d.P.R. 633/72).

Sulla base di tali premesse, la Corte di cassazione ha ritenuto che, ai fini della soluzione della questione sottoposta, implicante l'interpretazione dell'art. 10, comma 1, n. 8), del d.P.R. 633/72, occorre definire la nozione comunitaria di "locazione e affitto di immobili", rilevante ai fini dell'art. 13, parte B, numero b) della Sesta direttiva IVA, per stabilire se all'interno di essa potesse ricadere il rapporto dedotto in giudizio dalle parti.

Nella formulazione del quesito sottoposto a codesta On.le Corte, il Giudice remittente ha, poi, dato per presupposto che il fornitore del servizio, il Consorzio autonomo del Porto di Genova, fosse un ente pubblico che esercita un'impresa.

LE OSSERVAZIONI DEL GOVERNO ITALIANO

Secondo la giurisprudenza italiana il Consorzio autonomo del porto di Genova, disciplinato dal R.D. 16 gennaio 1936, n. 801, è ente pubblico economico, tenuto conto che esso svolge in via prevalente attribuzioni di carattere imprenditoriale, tra le quali la gestione della "stazione marittima e portuale" (v. Corte di cassazione, Sezione Unite, sent. n. 13298 del 10 dicembre 1991 e sent. n. 4187 del 6 maggio 1996).

Il Consorzio opera, rispetto alla gestione dei beni del demanio di cui si rende consegnatario, non in nome e per conto dello Stato (che rimane titolare della proprietà), ma in proprio, in quanto amministra tali beni con autonome valutazioni e decisioni, individuando i soggetti ai quali sia opportuno devolverne il godimento, fissando i compensi, riscuotendoli ed impiegandoli in finalità istituzionali (v. Corte di cassazione, sent. n. 10097 del 25 luglio 2001, resa in una controversia nella quale si discuteva, come nella presente, dell'assoggettabilità ad I.V.A. delle concessioni di beni del demanio marittimo).

Questi principi sono stati accolti dalla giurisdizione di rinvio, per modo che risulta accertato che il fornitore del servizio è un ente pubblico che gestisce un'impresa e che la concessione a terzi del diritto di uso esclusivo del bene demaniale esprime un momento tipico delle sue incombenze di natura imprenditoriale.

Dal punto di vista soggettivo l'operazione deve, pertanto, ritenersi effettuata da un soggetto passivo IVA, tenuto conto che, secondo la consolidata giurisprudenza di codesta Corte, ai fini dell'esenzione prevista dall'art. 4, n. 5, primo comma della sesta direttiva, devono essere congiuntamente soddisfatte due condizioni: l'esercizio di un'attività da parte di un ente pubblico e

l'esercizio di tale attività in veste di pubblica autorità (v. *sentenze 14 dicembre 2000, causa C-446/98, Fazenda Publica, punto 15; 25 luglio 1991, causa C-202/90, Ayuntamiento de Sevilla*).

Nel caso di specie, per contro, l'atto di concessione è atto inerente all'esercizio dell'impresa, compiuto dal Consorzio in vista di un interesse economico proprio, per il conseguimento di ricavi direttamente imputabili alla gestione dell'ente.

Trascorrendo al profilo oggettivo dell'operazione, deve osservarsi che, secondo la giurisprudenza della Corte, le esenzioni previste dall'art. 13 della direttiva 77/388/CEE costituiscono nozioni autonome di diritto comunitario e devono pertanto ricevere una definizione comunitaria indipendente dalle singole legislazioni nazionali (v. *sentenze 12 settembre 2000, causa C-358/97, Commissione/Irlanda, punto 51; 16 gennaio 2003, causa C-315/00, Maierhofer, punto 25, 12 giugno 2003, causa C-275/01, Sinclair Collis,, punto 22; 18 novembre 2004, causa C-284/03, Belgio Temco Europe SA*).

Infatti, anche se l'art. 13, parte B, della direttiva rinvia alle condizioni di esenzione stabilite dagli Stati membri, la necessità che le esenzioni previste da tale disposizione corrispondano a nozioni autonome di diritto comunitario risiede nell'esigenza che la base imponibile dell'IVA sia determinata in maniera uniforme e secondo le norme comunitarie (v. *sentenza 4 ottobre 2001, causa C-326/99, Goed Wonen, punto 47*).

I termini con i quali sono state designate le esenzioni di cui all'articolo 13 devono essere interpretati restrittivamente, dato che costituiscono deroghe al principio generale secondo cui l'I.V.A. è riscossa per ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo (v. *sentenze 8 maggio 2003, causa C-269/00, Seeling, punto 44; 20 giugno 2002, Commissione/ Germania, causa C-287/00, punto 43; 15 giugno 1989, causa 348/87, Stichting Uitvoering, punto 13*).

Ciò non esclude, peraltro, che alla nozione di "locazioni di beni immobili", per gli effetti di cui all'art. 13, parte B), lettera b), della sesta direttiva – tenuto conto che questa non reca alcun chiarimento sulla portata dell'espressione – possa attribuirsi una portata per determinati aspetti più ampia di quella sancita dai diversi diritti nazionali (v. *sentenza 12 settembre 2000, causa C-358/97, Commissione/Irlanda, punti 53 e 54*).

Tale conclusione può ricavarsi, sulla base di un'interpretazione sistematica, dal regime delle eccezioni all'esenzione previste ai numeri da 1 a 4 del medesimo articolo 13 parte B), lettera b) che, in più di un caso, riguardano ipotesi che già risulterebbero estranee all'ambito delle locazioni, se a tale termine si attribuisse un significato coincidente con quello che esso riceve nelle legislazioni dei diversi paesi membri.

È stato, quindi, affermato che la locazione di beni immobili ai sensi dell'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva consiste in sostanza nel fatto che il proprietario dell'immobile cede al locatario, in cambio di un canone e per una durata convenuta, il diritto di occupare il suo bene e di escluderne altre persone (v. *sentenza Seeling citata, punto 49; sentenza 9 ottobre 2001, causa C-409/98, Mirror Group, punto 31*).

L'esame di queste decisioni consente, tuttavia, di ritenere che l'indicazione del "proprietario", quale fornitore del servizio, sia espressione generica, che si riferisce al soggetto cui spetta generalmente la facoltà di disposizione del bene e, quindi, di attribuzione del godimento di esso a terzi, ma non individui un elemento essenziale della locazione, così come avviene nei diversi diritti nazionali, nei quali la titolarità del diritto di proprietà in capo al locatore non costituisce presupposto di validità o di efficacia del contratto (appartenendo al tema dell'adempimento la garanzia del locatore di assicurare al locatario il pacifico godimento del bene).

Neanche essenziale sembra essere ritenuto, nella giurisprudenza della Corte, ispirata piuttosto dagli aspetti economico – fattuali del fenomeno che non da quelli giuridico – formali, che il godimento del bene al all'interessato sia attribuito mediante l'assunzione di un'obbligazione ovvero mediante la costituzione, verso corrispettivo, di un diritto reale di durata limitata (v., *in tema di usufrutto, sentenza 4 ottobre 2001 Goed Wonen citata, punti 55 e 59*).

La Corte ha invece mostrato di ritenere essenziali, nella considerazione dell'operazione, il consenso delle parti e la considerazione, nel consenso delle parti, della durata del godimento, il che certamente avviene nel caso in cui, come nella fattispecie che ha dato luogo alla controversia principale, il corrispettivo sia fissato in funzione di tale durata (v. *sentenza 12 settembre 2000, Commissione c/Irlanda citata, punti 56 e 57*).

Alla luce delle considerazioni che precedono, ritiene il Governo italiano che la concessione in uso del deposito portuale, in un caso come quello rilevante nella controversia principale, rientri nella definizione di locazione contenuta nell'art. 13, parte B, lettera *b*) della direttiva, perché con essa si attribuisce al beneficiario, verso corrispettivo commisurato alla durata del rapporto, comunque limitata, il godimento del bene ad esclusione di tutti gli altri, ivi compreso il concedente, non ostando a tale conclusione la circostanza che il concedente non sia il proprietario e che il corrispettivo, comunque non simbolico, possa risentire della considerazione di altre utilità di cui beneficia il concedente.

Né è di ostacolo a tale conclusione la circostanza che il consenso del concedente sia espresso nella forma dell'atto amministrativo e secondo le procedure richieste dal codice della navigazione: l'utilizzo di tale strumento risponde a due fondamentali esigenze – la necessità che, trattandosi di un bene di proprietà pubblica, il suo godimento sia attribuito a terzi secondo regole che assicurino la trasparenza e la libera concorrenza e la necessità che lo sfruttamento di esso risponda costantemente, durante l'intero svolgimento della concessione, ad un interesse pubblico (sotto pena di revoca dell'atto amministrativo) – ma non introduce sostanziali alterazioni alla causa del rapporto, che resta una causa di scambio sovrapponibile a quella tipica del contratto di locazione.

Sebbene con ciò si trascorra ad una questione di interpretazione del diritto nazionale, che competerà alle parti del giudizio principale dinanzi alla giurisdizione di rinvio, il Governo italiano deve dissentire dall'impostazione che traspare dall'ordinanza di rinvio, secondo la quale l'equiparazione alla

locazione renderebbe necessariamente esente da I.V.A. la concessione di un bene strumentale, quale il deposito portuale.

Per quanto qui rileva, il Governo italiano intende mettere in evidenza che, come emerge dallo stesso tenore letterale dell'art. 13, parte B, lett. b) e parte C della sesta direttiva, quest'ultima ha lasciato un'ampia discrezionalità agli Stati membri per quanto concerne l'esenzione o l'assoggettamento a imposta delle operazioni interessate (v. sentenza 4 ottobre 2001 *Goed Wonen* citata, punto 45; sentenza 3 febbraio 2000, causa C-12/98, *Amengual Far*, punto 13).

È stato affermato, avuto riguardo alla *ratio* della norma di esenzione, che “è parimenti conforme alla finalità generale della sesta direttiva il fatto che, se un bene immobile è messo a disposizione di un soggetto passivo mediante locazione o affitto, in quanto mezzo che concorre alla produzione di beni o servizi il cui costo si ripercuote sul prezzo di questi ultimi, esso resta o torna nel circuito economico e deve poter dar luogo a operazioni imponibili” e che “la caratteristica comune delle operazioni che l'art. 13, parte B, lett. b), della detta direttiva esclude dal campo di applicazione dell'esenzione è proprio, infatti, che esse implicano uno sfruttamento più attivo dei beni immobili” (v. sentenza 4 ottobre 2001 *Goed Wonen* citata, punto 53);

L'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva consente, quindi, agli Stati membri, come è stato enunciato da codesta Corte, di ottenere il risultato di esentare le sole locazioni di beni immobili destinati ad abitazione (v. sentenza 3 febbraio 2000, *Amengual Far*, citata, punti 14 e 15).

Quindi, il riportato art. 10, n. 8 del d.P.R. 633/72, il quale chiaramente assoggetta a tassazione le locazioni di immobili strumentali all'esercizio dell'impresa (come nella specie), non contrasta con alcuna previsione della sesta direttiva, come interretata dalla giurisprudenza di codesta Corte di giustizia.

CONCLUSIONI

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere al quesito sottoposto al suo esame affermando che:

L'art. 13, sub B, lett. b), della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che il conferimento ad un soggetto del diritto di usare in modo, anche esclusivo, un bene pubblico per un periodo determinato e verso corrispettivo, conferimento posto in essere attraverso l'emanazione di un atto amministrativo, su domanda dell'interessato, anziché con un contratto, da un ente pubblico che esercita un'impresa, costituisca un'ipotesi di locazione che uno Stato membro può esonerare dall'applicazione dell'imposta sulla cifra d'affari.

Roma, 28 luglio 2006

Avvocato dello Stato Sergio Fiorentino»

Causa C-175/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Codice della proprietà industriale e intellettuale – Ordinanza del Tribunale civile di Genova (Italia) notificata il 24 maggio 2006 (ct. 23659/06, avv. dello Stato W. Ferrante).

I QUESITI

1.- Se la richiesta di procedere alla descrizione, nei termini di cui agli artt. 128 e 130 del Codice Italiano della Proprietà Industriale e Intellettuale, secondo le modalità dettate da questo giudice nel caso di specie, sia, ai sensi e nei termini di cui al regolamento CE 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001 (relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale) da ricomprendersi tra gli atti di "assunzione delle prove" per le quali l'autorità giudiziaria di uno Stato membro può, in base al Regolamento suddetto, chiedere all'autorità giudiziaria competente di un altro Stato membro di procedere all'assunzione della prova stessa;

2.- se, in caso affermativo ed in caso di richiesta di descrizione incompleta o che non soddisfa le condizioni di cui all'art. 4 del regolamento, sussista per l'autorità giudiziaria richiesta l'obbligo:

– di trasmettere una dichiarazione di ricezione nei termini e nei modi di cui all'art. 7 del regolamento;

– di segnalare l'eventuale incompletezza della richiesta, onde consentire all'autorità giudiziaria richiedente di completare e/o adeguare la propria richiesta.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano ritiene che al primo quesito vada data risposta positiva atteso che la descrizione degli oggetti costituenti violazione della proprietà industriale nonché degli elementi di prova concernenti la denunciata violazione e la sua entità, ai sensi dell'art. 128 del D.Lgs. 10 febbraio 2005 n. 30 (Codice della proprietà industriale), quale misura cautelare, ha la funzione di preconstituire la prova della violazione del diritto, da utilizzarsi nel corso del successivo giudizio. Essa può dunque ricomprendersi tra gli atti istruttori di "assunzione delle prove" per le quali l'autorità giudiziaria di uno Stato membro può, in base al regolamento CE n. 1206/2001, chiedere all'autorità giudiziaria competente di un altro Stato membro di procedere all'assunzione della prova stessa.

La questione è stata sollevata dal Tribunale di Genova – sezione specializzata per la proprietà intellettuale e industriale nell'ambito di un procedimento di descrizione, *ex artt.* 128 e 130 del Codice della Proprietà Industriale, di un sistema di imbracatura adatta per l'uso su natanti, realizzato da una società con sede in Gran Bretagna e distribuito in Italia dalla (...) s.r.l., che si assume essere del tutto identico a quello il cui brevetto è di titolarità del Politecnico di Milano, di cui è inventore il ricorrente in quel procedimento e che forma oggetto di una domanda di brevetto depositata precedentemente a quella depositata dalla società inglese.

Il Giudice italiano investito della domanda ha, in un primo momento, disposto la descrizione della merce asseritamente contraffatta e la descrizione dei documenti di natura contabile, amministrativa e tecnica relativi alla produzione sul solo territorio provinciale, e, successivamente, ha disposto che le stesse operazioni venissero eseguite anche in territorio britannico,

sede della società tacciata di contraffazione, inoltrando la relativa richiesta all'autorità giudiziaria inglese ai sensi del regolamento n. 1206/2001 sulla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore delle prove in materia civile o commerciale.

La richiesta tornava sostanzialmente inevasa dall'ufficio del *Senior Master of the Queen's Bench Division of the Supreme Court of England and Wales*, che affermava: "la ricerca ed il grippaggio delle merci e dei documenti non rientra nella pratica degli agenti del *Senior Master*", richiamando un precedente parere del *Treasury Solicitor* in base al quale "considerata la materia ... non si tratta di questione che consideriamo debba rientrare nella competenza di questo ufficio in base alla procedura *Letter of Request*. Com'è noto, ci occupiamo dell'interrogazione di testimoni mentre questa materia particolare richiede la ricerca ed il grippaggio di merci e di documenti, che sembrano non rientrare nella pratica abituale".

Sostanzialmente lo Stato richiesto ha rifiutato l'esecuzione della richiesta con la motivazione che le attività oggetto della stessa non rientrerebbero nella pratica dell'autorità investita dal giudice italiano.

Lo Stato italiano, con l'adozione del D.Lgs. 30/05, ha inteso dare piena tutela alla proprietà industriale, ricomprendendo nella detta espressione marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali. Si tratta di una normativa che, pur se emanata sulla base della legge delega n. 273 del 2002, è pienamente conforme ai principi ed ai criteri dettati dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2004/48/CE del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, inclusi in detta espressione e per stessa precisazione contenuta nell'articolo 1, anche i diritti di proprietà industriale.

In base all'art. 6 della predetta direttiva, gli Stati membri assicurano che, a richiesta della parte che ha presentato elementi di prova ragionevolmente accessibili e sufficienti per sostenere le sue affermazioni e ha, nel convalidare le sue richieste, specificato prove che si trovano nella disponibilità della controparte, l'autorità giudiziaria competente possa ordinare che tali elementi di prova siano prodotti dalla controparte, a condizione che sia garantita la tutela delle informazioni riservate.

A tal fine gli Stati membri possono disporre che l'autorità giudiziaria competente consideri come elementi di prova ragionevoli un numero sostanziale di copie di un'opera o di qualsiasi altro oggetto protetto o un ragionevole campione. Alle stesse condizioni, in caso di violazione commessa su scala commerciale, gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire alle autorità giudiziarie competenti di ordinare, se del caso, su richiesta di una parte, la comunicazione delle documentazioni bancarie, finanziarie o commerciali che si trovano in possesso della controparte, fatta salva la tutela delle informazioni riservate.

Dal canto suo, la legislazione italiana (art. 128 del codice della proprietà industriale) prevede che il titolare di un diritto industriale possa chiedere

che sia disposta la descrizione degli oggetti costituenti violazione di tale diritto, nonché dei mezzi adibiti alla produzione dei medesimi e degli elementi di prova concernenti la denunciata violazione e la sua entità.

Il Tribunale competente, sentite le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni, provvede con ordinanza non impugnabile e, se dispone la descrizione, indica le misure necessarie da adottare per garantire la tutela delle informazioni riservate e autorizza l'eventuale prelevamento di campioni degli oggetti di cui si assume la preventiva invenzione. Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede sull'istanza con decreto motivato, anche *inaudita altera parte*, come accaduto nel caso di specie.

A norma dell'art. 130 del predetto Codice, la descrizione e il sequestro vengono eseguiti a mezzo di ufficiale giudiziario, con l'assistenza, ove occorra, di uno o più periti ed anche con l'impiego di mezzi tecnici di accertamento, fotografici o di altra natura. Gli interessati possono essere autorizzati ad assistere alle operazioni anche a mezzo di loro rappresentanti e ad essere assistiti da tecnici di loro fiducia.

La descrizione e il sequestro possono concernere oggetti appartenenti a soggetti anche non identificati nel ricorso, purché si tratti di oggetti prodotti, offerti, importati, esportati o messi in commercio dalla parte nei cui confronti siano stati emessi i suddetti provvedimenti e purché tali oggetti non siano adibiti ad uso personale. Il verbale delle operazioni di sequestro e di descrizione, con il ricorso ed il provvedimento, deve essere notificato al terzo cui appartengono gli oggetti sui quali descrizione o sequestro sono stati eseguiti, entro quindici giorni dalla data di conclusione delle operazioni stesse a pena di inefficacia.

Questo è il procedimento previsto dall'ordinamento italiano per l'acquisizione degli elementi utili nel successivo giudizio di merito, teso a rivendicare la paternità dell'invenzione ed eliminare gli effetti dell'uso non autorizzato della stessa.

Orbene, nel giudizio pendente davanti all'Autorità giudiziaria italiana, si discute dell'interesse dell'inventore italiano a non vedere commercializzati nel territorio nazionale prodotti del tutto simili a quelli frutto del suo ingegno e regolarmente brevettati. Quindi, al di là dei problemi legati al riconoscimento all'estero del detto brevetto, in mancanza di una normativa comunitaria che ne riconosca l'efficacia e la tutelabilità su tutto il territorio dell'Unione, ed in mancanza di elementi per poter affermare la piena applicabilità al caso di specie della Convenzione dell'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, sottoscritta, tra gli altri Paesi, anche dal Regno Unito, sussiste un interesse, in caso di illecita commercializzazione sul territorio dello Stato italiano di un prodotto analogo a quello oggetto di brevetto, ad assicurare a chi rivendica la paternità dell'invenzione tutte le garanzie di difesa del suo diritto, prima fra tutte quella prevista dall'ordinamento italiano di procedere ad una descrizione dettagliata del prodotto che si assume contraffatto al fine di provarne una sua sostanziale assimilazione a quello oggetto di brevetto.

Poiché nella fattispecie è emersa la necessità di acquisire questi elementi di prova fuori dal territorio nazionale, ma comunque in territorio comunitario, stante la provenienza del prodotto che si assume contraffatto dal Regno Unito, viene in rilievo il regolamento del Consiglio n. 1206/01 del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale.

Detto regolamento impone ai Paesi membri una precisa cooperazione giudiziaria. Più in particolare e per quello che interessa la questione sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro può richiedere all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro di procedere all'assunzione di una prova all'interno di un procedimento di natura civile o commerciale pendente presso la prima, descrivendo le modalità di assunzione della stessa.

La nozione di "assunzione delle prove" in materia civile e commerciale cui si riferisce il regolamento 1206/2001 ricomprende certamente la procedura indicata dal giudice italiano e richiesta all'omologo britannico, trattandosi di uno strumento di acquisizione della prova – che nel caso di specie non è testimoniale ma documentale – volto a garantire in buon esito di un giudizio pendente o da instaurare in un altro Stato membro.

Peraltro, in forza del richiamo contenuto nell'articolo 10, comma 3, del regolamento n. 1206/2001, il procedimento per descrizione rientra a pieno titolo tra le attività che si può chiedere di eseguire all'autorità di altro Paese membro. Invero, ai sensi dell'articolo 10, comma 3 *cit.*, l'autorità giudiziaria richiedente può chiedere *che la richiesta sia eseguita secondo una procedura particolare prevista dalla legge del proprio Stato membro*.

La procedura di descrizione può inoltre essere ricondotta alla nozione di "misura di protezione delle prove" di cui all'art. 7 della citata Direttiva 2004/48/CE relativa al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, che impone che gli Stati membri, ancor prima dell'instaurazione di un giudizio di merito, assicurino che la competente autorità giudiziaria, su richiesta di una parte che abbia assolto il proprio onere probatorio circa la violazione certa o altamente probabile del suo diritto, disponga celeri ed efficaci misure provvisorie per salvaguardare le prove della violazione lamentata. Ai sensi del citato art. 7 *"siffatte misure possono includere la descrizione dettagliata, con o senza prelievo di campioni, o il sequestro delle merci controverse, all'occorrenza, dei materiali e degli strumenti utilizzati nella produzione e/o distribuzione di tali merci e dei relativi documenti. Queste misure sono adottate, all'occorrenza, inaudita altera parte, in particolare quando eventuali ritardi potrebbero causare un danno irreparabile al titolare dei diritti o se sussiste un rischio comprovabile di distruzione degli elementi di prova"*.

Peraltro, già l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale prevedeva che i provvedimenti provvisori o cautelari, previsti dalla legge di uno Stato contraente, potessero essere richiesti all'autorità giudiziaria di detto Stato anche se, in forza dell'art. 2

della medesima Convenzione, la competenza a conoscere la controversia nel merito era riconosciuta al giudice di un altro Stato contraente.

In proposito, la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che, per provvedimenti provvisori o cautelari, devono intendersi i provvedimenti volti alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice di merito accertare l'esistenza (sentenze 28 aprile 2005, causa C-104/03, St. Paul Dairy Industries NV punto 13, sentenza 26 marzo 1992, causa C-261/90, Reichert e Kockler, *Racc.* pag. I-2149, punto 34 e sentenza 17 novembre 1998, causa C-391/95, Van Uden, punto 37). Certamente tale può considerarsi il procedimento di descrizione, improntato a celerità ed immediatezza, destinato ad acquisire elementi di prova rilevanti ai fini dell'accertamento della violazione della proprietà intellettuale e quindi strumentale all'instaurazione di una futura controversia.

Si vedano inoltre le conclusioni dell'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nella citata causa C-104/03 in base alle quali è sempre applicabile l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles ogni volta che la misura sia volta a costituire uno strumento per conservare un mezzo probatorio, al fine di farlo acquisire in un giudizio posteriore. Viene infatti precisato, al punto 32, che anche nel diritto europeo comparato esistono strumenti che consentono di procedere all'assunzione di prove – nella specie si trattava di prova testimoniale – prima che venga promossa un'azione. *“Essi solitamente si caratterizzano per il fatto che perseguono specificamente un obiettivo di conservazione processuale ai fini del quale il giudice adito può verificare il carattere effettivo dell'asserito rischio di sparizione della prova, la rilevanza per la soluzione di una lite dei fatti che si pretende far valere o un principio di prova per giustificare la necessità del procedimento”*.

Il procedimento di descrizione appare quindi pienamente rientrare tra gli atti di assunzione della prova, che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro può chiedere a quella di un altro Stato dell'Unione, non solo ai sensi del regolamento 1206/2001 ma anche in base ai principi di cooperazione tra Stati contraenti già affermati dalla Convenzione di Bruxelles e più specificamente confermati dalla Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

In merito al secondo quesito, il Governo italiano ritiene di dover dare risposta positiva, in quanto l'obbligo di trasmettere una dichiarazione di ricezione è prevista in ogni caso dall'art. 7 del regolamento a prescindere dall'accogliibilità della richiesta mentre l'obbligo di segnalare l'eventuale incompletezza della richiesta, alla luce del principio di cooperazione tra Stati in materia di assunzione di prove, sussiste in ogni caso in cui la richiesta possa essere integrata o chiarita illustrando la particolare procedura dello Stato richiedente.

Ai sensi dell'art. 7 del regolamento citato, l'autorità richiesta trasmette entro sette giorni dalla ricezione della richiesta una dichiarazione di ricezione all'autorità richiedente facendo eventualmente menzione delle mancanze della richiesta. Allo stesso modo procede se la richiesta non può essere eseguita per mancanza dei dati necessari alla sua esecuzione o perché è necessario un anticipo o un deposito (art. 8 reg. *cit.*).

Nel caso in cui l'esecuzione di una richiesta che soddisfi le condizioni di completezza esuli dalla competenza dell'autorità giudiziaria alla quale è stata trasmessa, quest'ultima inoltra la richiesta all'autorità giudiziaria competente del proprio Stato membro e ne informa l'autorità giudiziaria richiedente (art. 7, comma 2 reg. cit.).

Qualora l'autorità giudiziaria richiedente abbia chiesto di eseguire la richiesta secondo una procedura particolare prevista dalla legge del proprio Stato membro, l'autorità giudiziaria investita accoglie tale richiesta a meno che detta procedura non sia incompatibile con le leggi del suo Stato membro o per notevoli difficoltà di ordine pratico. In tal caso, ne informa l'autorità giudiziaria richiedente (art. 10, comma 3 reg. cit.).

In linea generale, comunque, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di una richiesta di esecuzione dell'assunzione delle prove dovrebbe essere limitata a ben definite situazioni eccezionali (11° considerando del reg. 1206/2001).

Nel caso di specie, il rifiuto è stato motivato con la considerazione che le attività di acquisizione delle prove, come richieste dal giudice italiano, non rientrerebbero tra le competenze dell'autorità richiesta.

In realtà, le motivazioni addotte dall'autorità giudiziaria britannica rendono non conforme al regolamento il rifiuto di esecuzione delle richieste del giudice italiano. Infatti, ai termini di regolamento, l'esecuzione di una richiesta può essere rifiutata solo se la richiesta non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento; se non è costituito un deposito o un anticipo, nel caso sia necessario, nel termine stabilito dal regolamento stesso; se l'autorità richiedente non ha dato seguito alla domanda di completamento regolamentare avanzata dal giudice richiesto; o, infine, se non rientra nelle attribuzioni del potere giudiziario.

Orbene, nonostante i possibili equivoci che può far sorgere il tenore della risposta dell'autorità britannica, deve escludersi che, nel caso di specie, ricorrano le prime tre condizioni. Quanto all'ultima eventualità, la risposta dell'autorità giudiziaria britannica appare non conforme al regolamento sia nel caso in cui nella stessa si debba cogliere una negazione di attribuzioni del potere giudiziario nel suo complesso, sia nel caso in cui la stessa debba interpretarsi soltanto come un difetto di competenza.

Ed invero, nella prima ipotesi, se tra le attribuzioni in materia di acquisizione delle prove del potere giudiziario britannico vi è solo quella di assumere testimonianze, vi è una sostanziale importante limitazione dell'applicazione del regolamento 1206/2001 per quanto riguarda il Regno Unito. Nella seconda, vi sarebbe una indubbia violazione del dettato regolamentare laddove questo impone all'autorità giudiziaria richiesta, in caso di sua incompetenza, di trasmettere d'ufficio la richiesta all'autorità competente per il tipo di procedura, dandone al contempo comunicazione all'autorità richiedente (art. 7, comma 2 reg. cit.).

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso di ritenere che la richiesta di procedere alla descrizione, nei termini di cui agli artt. 128 e 130 del Codice italiano della Proprietà Industriale e Intellettuale, sia da ricomprendersi, ai sensi del regolamento CE 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001 tra gli atti di assunzione

delle prove per le quali l'autorità giudiziaria di uno Stato membro può, in base al regolamento suddetto, chiedere all'autorità giudiziaria competente di un altro Stato membro di procedere all'assunzione della prova stessa.

Il Governo italiano propone di risolvere il secondo quesito nel senso che, in caso di richiesta di descrizione incompleta o che non soddisfa le condizioni di cui all'art. 4 del regolamento, sussiste l'obbligo per l'autorità giudiziaria richiesta di trasmettere una dichiarazione di ricezione nei termini e nei modi di cui all'art. 7 del regolamento nonché di segnalare l'eventuale incompletezza della richiesta, onde consentire all'autorità giudiziaria richiedente di completare o adeguare la propria richiesta.

Roma, 31 luglio 2006

Avvocato dello Stato Wally Ferrante».

Causa C-179/06 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento ex art. 226 CE notificato il 24 maggio 2006 – Siti di importanza comunitaria (SICp) e zone speciali di conservazione (ZPS) IT9120007 “Murgia Alta” – Interventi di edilizia industriale ad Altamura (BA) – Cattiva applicazione direttive 92/43/CE e 79/409/CE (ct. 21257/06, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

Il procedimento promosso dalla Commissione delle Comunità europee contro la Repubblica italiana è volto a far constatare che quest'ultima, avendo il Comune di Altamura e la Regione Puglia approvato, a partire dal dicembre 2000, una modifica di piano urbanistico costituita da una serie di interventi di edilizia industriale suscettibili di aver un impatto significativo nella ZPS e SICp IT 9120007 *Murgia Alta*, senza effettuare una previa valutazione dell'incidenza almeno per quanto riguarda gli impatti sulla ZPS, è venuta meno agli obblighi derivanti dal combinato disposto degli articoli 6, paragrafo 3, e 7 della direttiva 92/43/CEE.

IL CONTRORICORSO

«Il Governo della Repubblica italiana ritiene che non vi sia specifica violazione delle citate direttive e che comunque i fatti (vecchi e nuovi) e le corrette valenze giuridiche ad essi attribuibili possono ragionevolmente indurre la Commissione ad abbandonare il giudizio.

1. In via preliminare si rammenta che l'articolo 6 paragrafo 3 della direttiva Habitat dispone che “Qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla conservazione del sito, *ma che possa avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti*, forma oggetto di una opportuna valutazione dell'incidenza che ha sul sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo. Alla luce delle conclusioni della valutazione dell'incidenza sul sito e fatto salvo il paragrafo 4, le autorità nazionali competenti *danno il loro accordo su tale piano o progetto soltanto dopo aver avuto la certezza che esso non pregiudicherà l'integrità del sito in causa e, se del caso, previo parere dell'opinione pubblica*”.

2.- La disposizione comunitaria sembra richiamare l'attenzione su due aspetti: a) la possibilità d'incidenza significativa di uno o più progetti (o

piano) sulla conservazione del sito; b) l'obbligo di procedere a valutazione d'incidenza prima che l'autorità esprima il suo consenso al piano o al progetto, rendendo possibile l'iniziativa.

La legislazione regionale della Puglia, fin dal 1994 – ben prima quindi della delimitazione della zona protetta di cui si discute – conteneva speciali disposizioni finalizzate ad incentivare l'occupazione nei settori industriale, artigianale, agricolo, turistico ed alberghiero.

3.- In sintesi le procedure previste dalla legge regionale n. 34 del 19 dicembre 1994, così come modificata dalla legge regionale n. 8 del 28 gennaio 1998, prevedevano che i sindaci dei Comuni interessati potessero chiedere al Presidente della Giunta regionale la definizione di un *accordo di programma*, ai sensi dell'art. 27 della legge 8 giugno 1990, n° 142, per l'autorizzazione alla realizzazione di complessi produttivi che attivassero immediatamente livelli occupazionali non inferiori a 50 addetti per unità produttiva. La sottoscrizione di ciascun accordo di programma veniva di volta in volta autorizzata dalla Giunta regionale ed era ammissibile solo se lo strumento urbanistico vigente non prevedeva aree idonee con destinazione specifica operante e giuridicamente efficace per le opere da realizzare o fosse indispensabile l'ampliamento di strutture esistenti in aree contigue non destinate alle attività industriali e/ o artigianali.

4.- Le stesse norme precisavano che le aree interessate agli interventi previsti dall'accordo di programma dovevano essere dotate delle opere di urbanizzazione primaria; in assenza, le stesse opere dovevano essere previste a carico del soggetto destinatario della concessione edilizia. Evidente che l'intera applicazione delle misure incentivanti si fondava su l'individuazione delle aree e la predisposizione del progetto da parte del soggetto privato.

L'accordo di programma, contrariamente a quanto potrebbe ritenersi sulla base del lessico, non è atto che definisce una situazione giuridica, non è un atto amministrativo né un contratto (*iure civili*), ma semplice modulo procedimentale, nel quale uno o più soggetti pubblici e privati predeterminano i loro comportamenti e impegni per giungere ad un risultato finale. Nel caso di specie i singoli "*accordi di programma*", pur prefigurando una variante urbanistica nella destinazione d'uso delle aree destinate agli interventi, non surrogavano i procedimenti pubblici e convenzionali necessari per dar corso all'iniziativa, né si sostituivano al rilascio, per ciascuna costruzione, di una specifica licenza edilizia. Questo fa comprendere come a sei anni di distanza dall'adozione degli atti, la maggior parte delle iniziative previste in questi accordi non abbiano avuto realizzazione.

5.- In questo contesto l'articolo 1 *bis*, aggiunto dall'art. 1 comma 2 della legge regionale n. 8 del 1998, stabiliva espressamente che le disposizioni della legge d'incentivazione non potessero derogare alle norme "*in materia di vincoli di tutela del territorio e dell'ambiente*" e quindi al rilascio delle relative autorizzazioni. Nell'ordinamento italiano le aree ZPS e SICp godono di un regime molto simile a quello dei parchi ed delle altre aree naturali vincolate *ex lege*. La giurisprudenza di norma riconosce valore ed efficacia anche ai vincoli che sopravvengano a precedenti difformi destinazioni di piano

regolatore o a successive sanatorie, restando acquisiti solo diritti derivanti da costruzioni già realizzate in conformità a vigenti strumenti urbanistici.

6.- La particolare disciplina (essenzialmente urbanistica) diretta ad incentivare le iniziative industriali e turistiche in Puglia nelle forma sopra indicate, è stata peraltro abolita con la legge regionale 5 marzo 2004 n. 3

7.- Nondimeno la prospettiva di superare le difficoltà di modificazione delle destinazioni d'uso dei terreni e le tradizionali lungaggini nell'approvazione dei piani regolatori avevano condotto una larga parte dell'imprenditoria di Altamura a proporre moltissime iniziative di localizzazione industriale fondate sulle richiamate leggi regionali, confidando in un effetto di puntuale "*variante al piano regolatore comunale*" che veniva attribuita ad un procedura fondata su un accordo di programma, promosso dal sindaco e autorizzato dalla regione.

8.- Allo stato degli atti può tuttavia precisarsi:

– che le istanze pervenute al Comune di Altamura per l'applicazione della legge regionale n. 34/94 e 8/98 ammontano a 131;

– che di esse, solo 80 hanno conseguito conforme delibera del Consiglio Comunale;

– che, a seguito di delibera del consiglio comunale n. 102/2002, sono da considerare ancora attuabili solo 58, mentre le restanti 73 sono da considerarsi prive di efficacia.

9.- Già in sede precontenziosa il Ministero dell'Ambiente – Direzione Conservazione della Natura (doc. 41 del ricorso) ha precisato che "*Il Comune di Altamura a fronte dei 120 accordi di programma (su 131 richieste originarie) definiti ai sensi delle ll.rr 34/94 e 8/98 ha rilasciato solo 8 permessi di costruire per iniziative singole, in parte riferite ad ampliamenti di opifici esistenti ed in parte ricadenti in zone destinate dal P.R.G. ad insediamenti produttivi.*

Successivamente al giugno 2003 non risultano concessi ulteriori permessi di costruire né risulta essere rilasciato alcun permesso per iniziative inserite nel "Consorzio di Sviluppo Murgiano (per il quale è stata comunque prescritta la Valutazione d'incidenza) e nel Consorzio San Marco; ciò anche alla luce del provvedimento n. 102 del 18 novembre 2002 del Consiglio Comunale di Altamura, finalizzato a delocalizzare le relative iniziative"

10.- In pratica sono state attivate solo quindici iniziative, ognuna della quali ha riguardato parti distinte del territorio e distinte modalità di realizzazione (ampliamento, costruzione *ex novo*, utilizzazione di terreni già a vocazione industriale, variante alla previgente destinazione d'uso, etc.), Non esiste alcuna contiguità tra le stesse, né tanto meno un piano generale o territoriale che riguardi tali iniziative. Si tratta in altri termini di *singoli progetti*, ciascuno dei quali con una sua storia ed una sua peculiare incidenza sul contesto territoriale. Alcuni di essi, attesa la specifica importanza, sono stati assoggettati a preventiva valutazione d'incidenza, altri no, altri ancora sono stati assoggettati a diverse autorizzazioni in relazione agli aspetti ambientali e paesaggistici, per tutti il Comune di Altamura (v. oltre) si appresta ad effettuare anche una *valutazione globale d'incidenza* e a promuovere iniziative di mitigazione di eventuali (e allo stato "non provati") effetti.

11.- In tale contesto sembra abbastanza evidente la difficoltà del Governo Italiano di difendersi dall'accusa di aver dato corso ad un piano territoriale "che non esiste" e di non aver preventivamente valutato un incidenza di singoli progetti (che – si ripete restano del tutto scollegati tra loro sia sul piano funzionale che su quello spaziale) sull'area protetta, di cui la Commissione neppure fornisce un indizio.

12.- Ad ogni buon conto, poiché la scrupolosa conservazione del sito Alta Murgia, secondo le specifiche modalità previste nella direttive 92/43/CEE e 79/409/CEE, costituisce primario interesse del Comune di Altamura, della Regione Puglia e del Governo della Repubblica Italiana, sono stati avviati (e conclusi) studi aerofotogrammetrici sul sito da parte della Regione Puglia, è stata affidato dal Comune di Altamura l'incarico professionale per la valutazione d'incidenza ambientale di tutte le iniziative previste negli "accordi di programma" e – da ultimo – con correlate delibere della Giunta Regionale e del Consiglio Comunale di Altamura, sono state sospese tutte le procedure relative alle istanze per insediamenti produttivi di cui alle leggi regionali n. 34/94 e 8/98 in Comune di Altamura "nelle more della definizione del giudizio della procedura Comunitaria n. 2002/5403 e delle risultanze dell'incarico per la redazione dello studio d'incidenza ambientale prodotta dagli Accordi di Programma sul territorio comunale.

Si depositano gli atti indicati nell'elenco allegato al presente controricorso e si confida, in via principale, che la Commissione voglia rinunciare al ricorso e, in subordine, che lo stesso sia dichiarato inammissibile (per difetto di specifica contestazione) e comunque infondato nel merito.

Roma, 29 luglio 2006

Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Causa C-180/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Legge sulla tutela dei consumatori – Legge sui contratti conclusi a distanza – Regolamento (Ce) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001 – Ordinanza del *Oberlandesgericht Wien* (Austria), del 29 marzo 2006 depositata il 7 aprile 2006 e notificata il 1° giugno 2006 (ct. 23330/06, avv. dello Stato W. Ferrante).

I QUESITI

1.- Se il diritto riconosciuto ai consumatori dal § 5j del *Konsumentenschutzgesetz* austriaco (KSchG) (legge sulla tutela dei consumatori), BGBl. 1979/140, nella versione di cui all'art. 1, punto 2, del *Fernabsatzgesetz* austriaco (legge sui contratti conclusi a distanza), BGBl. I 1999/185, di poter chiedere in via giudiziaria agli imprenditori il premio apparentemente vinto, qualora questi ultimi inviino (abbiano inviato) promesse di vincita o altre analoghe comunicazioni a determinati consumatori e, per il modo in cui tali comunicazioni sono formulate, suscitino (abbiano suscitato) l'impressione che il consumatore abbia vinto un determinato premio, senza che la riscossione della vincita sia stata subordinata ad un'ordinazione di merce od anche ad una semplice ordinazione in prova e senza che sia stata ordinata della merce, e tuttavia il destinatario della comunicazione

richieda la vincita, costituisca ai sensi del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000 n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in prosieguo: il "regolamento n. 44/2001"), un diritto di natura contrattuale oppure un diritto a questo assimilabile a norma dell'art. 15, n. 1, lett. c), del detto regolamento.

2.- In caso di soluzione negativa della questione *sub* 1): se sussista un diritto ai sensi dell'art. 15, n. 1, lett. c) del regolamento n. 44/2001 nel caso in cui il diritto al pagamento della vincita non sia stato subordinato ad un'ordinazione di merce, e tuttavia il destinatario della comunicazione abbia ordinato dei prodotti.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano ritiene che al primo quesito vada data risposta positiva atteso che l'art. 15 n. 1 lett. c) del regolamento n. 44/2001, quale regola di competenza speciale rispetto a quella generale del domicilio del convenuto di cui all'art. 2 dello stesso regolamento, è finalizzata ad assicurare una protezione adeguata al consumatore quale parte del rapporto ritenuta più debole rispetto all'imprenditore che vende il prodotto o offre il servizio nell'ambito di un'attività professionale.

La questione sollevata dall'*Oberlandesgericht*, vertente sulla individuazione del giudice competente in caso di contratti conclusi a distanza ed in particolare di promessa di un premio, subordinata o meno all'ordinazione di prodotti, ha già formato oggetto di tre decisioni di codesta Corte, che hanno esaminato il problema sotto diverse sfaccettature in situazioni simili, anche se non interamente sovrapponibili, tutte concernenti vendite a distanza incentivate mediante promesse di vincite pecuniarie da parte di società con sede in Germania in favore di cittadini residenti in Austria: la sentenza 11 luglio 2002, causa C-96/00, Gabriel; la sentenza 20 gennaio 2005, causa C-27/02, Engler e la sentenza 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer (la prima e la terza causa sono sorte proprio da controversie promosse nei confronti della Schlank & Schick, parte della causa principale che ha originato il presente giudizio di rinvio).

Nelle tre citate cause era stato sostanzialmente posto il medesimo quesito ovvero se il diritto concesso ai consumatori dall'art. 5j della legge austriaca sulla tutela dei consumatori, nella formulazione dell'art. 1 n. 2 della legge austriaca sui contratti a distanza, di poter chiedere in via giudiziaria agli imprenditori il premio apparentemente vinto allorché questi ultimi abbiano inviato promesse di vincita o altre analoghe comunicazioni a un determinato consumatore e, con la formulazione di queste comunicazioni, abbiano suscitato l'impressione che il consumatore abbia vinto un determinato premio, costituisca ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968:

– un diritto di natura contrattuale ai sensi dell'art. 13, punto 3, che prevede una competenza speciale in materia di contratti conclusi da consumatori, oppure

– un diritto di natura contrattuale ai sensi dell'art. 5, punto 1, oppure

– un diritto derivante da delitto o quasi-delitto ai sensi dell'art. 5, punto 3.

Nella sentenza Gabriel, la vincita del premio era stata subordinata dal venditore ad un ordinativo di prova senza impegno e il consumatore aveva reclamato il premio *effettuando effettivamente un'ordinazione*.

In ordine a tale controversia, la Corte ha affermato che le norme in materia di competenza enunciate dalla Convenzione di Bruxelles devono essere interpretate nel senso che l'azione giudiziaria con la quale un consumatore mira a far condannare, nello Stato contraente nel cui territorio è domiciliato ed ai sensi della normativa di questo Stato, una società di vendita per corrispondenza avente sede in un altro Stato contraente al pagamento di una vincita, qualora detta società gli abbia indirizzato personalmente della corrispondenza tale da dare l'impressione che gli sarà attribuito un premio, a condizione che egli ordini merce per un importo determinato, e qualora detto consumatore formuli effettivamente tale ordine senza tuttavia ottenere il versamento di detta vincita, *ha natura contrattuale ai sensi dell'art. 13, primo comma, punto 3, della citata Convenzione*.

Nella sentenza Engler, la vincita del premio *non* era stata subordinata dal venditore all'ordinativo di merce e il consumatore aveva reclamato il premio *senza* effettuare alcuna ordinazione.

In ordine a tale controversia, la Corte ha affermato che l'azione giudiziaria con la quale un consumatore mira a far condannare, ai sensi della normativa dello Stato contraente nel cui territorio è domiciliato, una società di vendita per corrispondenza, avente sede in un altro Stato contraente, alla consegna di un premio da esso apparentemente vinto è *di natura contrattuale, ai sensi dell'art. 5, punto 1, della detta Convenzione*, purché, da un lato, la detta società, al fine di indurre il consumatore a stipulare un contratto, gli abbia inviato una missiva, che lo designa per nome, idonea a suscitare l'impressione che gli verrà attribuito un premio nell'ipotesi in cui restituisca il "buono di pagamento" allegato a tale lettera e purché, dall'altro, il detto consumatore accetti le condizioni stipulate dal venditore e reclaims effettivamente il versamento della vincita promessa. Per contro, quand'anche tale missiva contenga inoltre un catalogo pubblicitario di prodotti della stessa società accompagnato da un modulo di "domanda di prova senza impegno", la duplice circostanza che l'attribuzione del premio non dipenda dall'ordinativo di merci e che il consumatore non abbia di fatto effettuato il detto ordinativo è irrilevante ai fini della predetta interpretazione.

La Corte ha invece *escluso che la fattispecie integrasse un diritto di cui all'art. 13 punto 3 della Convenzione di Bruxelles*, richiedendo tale norma la "conclusione del contratto" avente "per oggetto una fornitura di servizio o di beni mobili materiali".

Nella sentenza Kapferer, la vincita del premio era stata subordinata dal venditore a un'ordinazione-prova non vincolante e il consumatore aveva reclamato il premio *senza* effettuare però alcuna ordinazione.

In ordine a tale controversia, la Corte non ha affrontato il quesito concernente la competenza, avendo ritenuto assorbente la soluzione in senso negativo della questione pregiudiziale circa la possibilità di riesaminare una decisione coperta da giudicato – appunto la statuizione che aveva affermato la compe-

tenza del giudice austriaco – se adottata in contrasto con i principi comunitari.

Rilevanti ai fini del presente giudizio appaiono invece, come si vedrà, le conclusioni rassegnate in tale causa dall'Avvocato Generale Antonio Tizzano che è entrato nel merito anche del quesito concernente la competenza. In particolare, il giudice del rinvio aveva chiesto se un'ingannevole promessa di vincita, destinata ad agevolare la conclusione di un contratto e dunque preparatoria di quest'ultimo, presenti un collegamento sufficientemente stretto con la preventivata conclusione di un contratto con un consumatore cosicché per l'azionamento di eventuali pretese su ciò fondate sussista la possibilità di adire il foro competente in materia di contratti conclusi da consumatori *ex art. 15, n. 1 lett. c)* del regolamento n. 44/2001. L'Avvocato Generale ha concluso per l'inapplicabilità del citato art. 15, n. 1 lett. c) e per l'applicabilità invece dell'art. 5, n. 1 lett. a) del medesimo regolamento, precisando che comunque anche tale norma avrebbe condotto a ritenere competente il giudice austriaco.

In tutte e tre le citate sentenze, è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 5 punto 3 della Convenzione di Bruxelles *sulla responsabilità da illecito* in quanto, secondo una giurisprudenza costante, la nozione di delitto o quasi-delitto ai sensi del citato art. 5, punto 3 comprende qualsiasi domanda mirante a coinvolgere la responsabilità del convenuto e che non si ricollega alla materia contrattuale di cui all'art. 5 n. 1 della stessa Convenzione (sentenze 27 settembre 1988, causa 189/87, Kalfelis; 26 marzo 1992, causa C-261/90, Reichert e Kockler e 27 ottobre 1988, causa C-51/97, Réunion européenne) e quindi ha natura residuale.

Nella controversia che ha originato il presente giudizio di rinvio, la vicenda è caratterizzata da una quarta combinazione degli elementi di fatto rispetto alle altre tre controversie: la vincita del premio *non* era stata subordinata dalla società Schlank & Schick a un'ordinazione di merci e *ciononostante* la Signora I. ha reclamato il premio *effettuando contestualmente un'ordinazione in prova non vincolante*.

Innanzitutto, giova premettere che, com'è noto, il regolamento n. 44/2001, entrato in vigore il 1 marzo 2002 ed applicabile *ratione temporis* alla causa principale, ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale – che è rimasta in vigore per i rapporti tra la Danimarca e gli Stati membri vincolati dal predetto regolamento – riprendendone in sostanza le disposizioni, pur apportandovi alcune modifiche ed adattamenti.

Ciò posto, va rilevato che il giudice del rinvio ha escluso non solo l'applicabilità dell'art. 5, punto 3 del regolamento n. 44/2001 – che corrisponde all'art. 5, punto 3 della Convenzione di Bruxelles – richiamando le motivazioni già esposte nelle tre richiamate sentenze in ordine alla residualità della predetta norma ma ha altresì scartato la possibilità di applicare utilmente al caso di specie l'art. 5, punto 1 lett. a) del regolamento n. 44/2001 – corrispondente all'art. 5, punto 1 della Convenzione di Bruxelles – pur ritenendo che detta norma non faccia esclusivo riferimento ai contratti sinallagmatici

ma sia applicabile ogni volta che sia rinvenibile “un obbligo giuridico liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra” e quindi anche un'obbligazione unilaterale, come nel caso di specie.

L'esclusione dell'applicabilità del citato art. 5, punto 1 lett. a) deriva dalla considerazione che, anche volendo inquadrare la controversia in una fattispecie di tipo contrattuale con obbligazioni a carico di una sola parte, il criterio del “giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita” non potrebbe comunque comportare la competenza del giudice austriaco.

Infatti, tale criterio di collegamento non individua direttamente il luogo dell'adempimento ma rinvia alla legge che disciplina l'obbligazione di cui è causa secondo le norme di conflitto del giudice adito (così le sentenze 28 settembre 1999, causa C-440/97, GIE Groupe Concorde, 6 ottobre 1976, causa 12/76, Industrie tessili italiana Como; 15 gennaio 1987, causa 266/85, Schenavai e 28 giugno 1994, causa C-288/92, Custom Made Commercial).

Orbene, sia per la legge austriaca, sia per quella tedesca – contrariamente a quanto disposto ad esempio nell'ordinamento italiano dall'art. 1182 del codice civile – per le obbligazioni pecuniarie, il luogo dell'adempimento è indicato nel domicilio del *debitore* e non del creditore e quindi l'obbligo di pagare la vincita del premio promesso dalla società debitrice, con sede in Germania, dovrebbe eseguirsi in Germania e non in Austria.

È vero che, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nella citata causa Kapferer, viene dato atto che il Governo austriaco, in identica situazione di fatto e di diritto, aveva dedotto che “il luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita” doveva intendersi l'Austria, con conseguente competenza del giudice austriaco ma nel presente giudizio la Corte è vincolata all'impostazione fornita del giudice del rinvio, al quale è attribuito l'onere di verificare, secondo il diritto internazionale privato austriaco, quale sia la legge applicabile, e che ha espressamente escluso la propria competenza in caso di applicazione dell'art. 5, punto 1, lett. a).

Va soggiunto che nella causa C-234/04, Kapferer, ove la Corte fosse entrata nel merito della questione, sarebbe stato invocabile l'art. 24 del regolamento che riconosce la competenza del giudice di uno Stato membro, davanti al quale il convenuto è comparso senza eccepire l'incompetenza di tale giudice, a condizione che non vi sia un altro giudice esclusivamente competente in virtù dell'art. 22 dello stesso regolamento. Nel caso di specie invece la società tedesca convenuta aveva espressamente eccepito l'incompetenza del giudice austriaco.

Nell'ordinanza di rinvio, l'*Oberlandesgericht* ritiene quindi che, per affermare la competenza del giudice austriaco, sia necessario dover inquadrare la fattispecie nell'ambito dell'art. 15, punto 1 lett. c) del regolamento – corrispondente all'art. 13, primo comma punto 3 della Convenzione di Bruxelles – relativo ai contratti conclusi da consumatori e chiede alla Corte se sia possibile tale interpretazione sia nel caso che la promessa di vincita non subordinata ad un'ordinazione di merce non sia stata effettivamente seguita da un'ordinazione, sia, in via gradata, nel caso che la promessa di

vendita non subordinata ad un'ordinazione sia stata invece seguita da un'ordinazione in prova contestuale alla richiesta di corresponsione del premio.

Va subito detto che la fattispecie realizzatasi nella causa principale corrisponde a quella indicata nel secondo quesito formulato in via gradata, avendo la signora Ilsinger effettuato un'ordinazione in prova, pur non essendovi tenuta, e che la risposta positiva al primo quesito non può che comportare, a maggior ragione, una risposta positiva al secondo quesito.

Infatti, la ragione per la quale, nella sentenza Engler, la Corte ha ritenuto che non fosse applicabile l'art. 13, primo comma, punto 3 della Convenzione di Bruxelles – ora art. 15, punto 1 lett. c) del regolamento n. 44/2001 – è che tale norma presuppone la “*conclusione di un contratto*” avente “*per oggetto una fornitura di servizio o di beni mobili materiali*” – mentre una sola promessa di vincita non accompagnata dall'ordinazione di un prodotto sicuramente non integra tale presupposto – nonché la ricorrenza delle due ulteriori condizioni di cui alle lettere a) e b) ovvero che la conclusione del contratto sia stata preceduta da una proposta specifica o da una pubblicità nello Stato in cui il consumatore ha il proprio domicilio e che il consumatore abbia compiuto in tale Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto.

Nella causa C-27/02, Engler è stato quindi affermato che il citato art. 13, comma 1, punto 3 della Convenzione di Bruxelles, quale norma derogatoria rispetto alla norma generale di cui all'art. 2 della medesima Convenzione, dovesse essere interpretata restrittivamente.

Al caso di specie è però applicabile l'art. 15, n. 1 lett. c) del regolamento n. 44/2001 nel frattempo entrato in vigore che, come correttamente osservato dal giudice remittente, è formulato in maniera più ampia. Infatti, non solo tale norma non prevede più le due condizioni di cui alle lettere a) e b) dell'art. 13, comma 1, punto 3 ma, pur continuando a riferirsi ad un contratto che “sia stato concluso” con una persona “le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore”, non fa più alcun riferimento al fatto che l'oggetto del contratto debba essere “una fornitura di servizi o di beni mobili materiali”, ben potendosi applicare anche ad un contratto che abbia un oggetto diverso e che non sia a prestazioni corrispettive.

Ciò detto, va rilevato che la promessa di un premio, indirizzata personalmente alla Signora I. e non subordinata ad un'ordinazione, che sia stata accettata dalla beneficiaria nel restituire il tagliando identificativo incollato sul suo certificato di richiesta di vincita, integra certamente un contratto concluso da consumatore ai sensi del citato art. 15, comma 1 lett. c) del regolamento, a prescindere dal fatto che detta accettazione sia stata accompagnata, come accaduto nella fattispecie, dall'ordinazione di un prodotto.

È evidente infatti che le modifiche apportate dall'art. 15, punto 1 lett. c) del regolamento, nel senso di una maggiore genericità della norma rispetto alla formulazione dell'art. 13, comma 1, punto 3 della Convenzione di Bruxelles, sono evidentemente finalizzate a rafforzare la tutela dei consumatori, che trovano sicuramente più agevole e meno oneroso adire un giudice dello Stato membro dove risiedono anziché il giudice di altro Stato. Il precedente Engler non può quindi precludere una diversa interpretazione atteso

che detta sentenza si fonda sulla Convenzione di Bruxelles, applicabile *ratione temporis* a quella causa, e non sul regolamento 44/2001.

Quanto alle conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-234/04, Kapferer, che ha ritenuto valida l'interpretazione della sentenza Engler anche alla luce del Regolamento sopravvenuto, va precisato che presupposto per l'applicazione dell'art. 15, n. 1 lett. c) del regolamento è pur sempre la "conclusione di un contratto" – sia pure con oggetto non predeterminato e con obblighi anche unilaterali – mentre nella causa C-234/04, diversamente da quanto è occorso nella fattispecie che ha originato il presente giudizio, la vincita era stata espressamente subordinata ad un'ordinazione e il destinatario della promessa si era limitato a reclamare il premio senza effettuare alcuna ordinazione. Non può dirsi quindi che lo stesso avesse accettato le condizioni contrattuali con la conseguenza che, in quel caso, un contratto non è mai stato validamente concluso.

In ordine al secondo quesito, come si è già detto, a maggior ragione è da ritenersi applicabile l'art. 15, comma 1 lett. c) del regolamento, essendo stata effettuata dal consumatore un'ordinazione di merce, tanto è vero che lo stesso giudice remittente ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in proposito solo in via subordinata, in caso di risposta negativa al primo quesito.

In proposito, basti aggiungere che, pur non avendo il venditore subordinato la vincita ad un ordinativo di merce, esiste un rapporto inscindibile tra la promessa del premio e l'ordinazione che il consumatore si è indotto a fare spontaneamente. Quest'ultimo ha infatti ordinato il prodotto essenzialmente, se non addirittura esclusivamente, in ragione della proposta del venditore, che implicava una promessa di vincita ampiamente superiore al costo del prodotto ordinato.

Alla luce di quanto sopra, sarebbe irrazionale affermare che per talune pretese derivanti dall'ordinazione della merce è applicabile l'art. 15, n. 1 lett. c) mentre per altre, anche derivanti da rapporti precontrattuali, che presentano con tale contratto un nesso talmente stretto da esserne inseparabili, sono applicabili altre norme. A tale proposito, codesta Corte ha ricordato la necessità di evitare, nella misura del possibile, il moltiplicarsi dei fori competenti relativamente al medesimo rapporto o a rapporti tra loro strettamente collegati (sentenza 19 febbraio 2002, causa C-256/00, Besix).

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso di ritenere applicabile l'art. 15, comma 1 lett. c) del regolamento n. 44/2001, dettato in materia di contratti conclusi da consumatori, alla pretesa volta a reclamare il premio promesso da una società di vendita per corrispondenza senza che la riscossione della vincita sia stata subordinata ad un'ordinazione di merce e senza che un'ordinazione sia stata effettuata dal richiedente il pagamento del premio.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso di ritenere, a maggior ragione, applicabile l'art. 15, comma 1 lett. c) del regolamento n. 44/2001 alla pretesa volta a reclamare il premio promesso da una società di vendita per corrispondenza senza che la riscossione della vincita sia stata subordinata ad un'ordinazione di merce e cionono-

stante un'ordinazione di prodotti sia stata effettuata nel richiedere il pagamento del premio.

Roma, 4 agosto 2006

Avvocato dello Stato Wally Ferrante”

Causa C-217/06 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempiamento ex art. 226 CE notificato il 24 maggio 2006 – Illegittimità dell'affidamento dei lavori pubblici relativi alla progettazione, realizzazione e gestione di primo periodo di opere idriche nel comune di Stintino – Artt. 3 e 12 della Direttiva 71/305/CEE (ct. 21258/06, avv. dello Stato S. Fiorentino).

IL RICORSO

La Commissione chiede alla Corte di constatare che

“avendo il Comune di Stintino attribuito direttamente a M. S.C.a.r.l., mediante la convenzione n. 7/91 ed i pedissequi atti aggiuntivi, l'appalto di lavori avente ad oggetto la realizzazione delle opere menzionate nella deliberazione n. 48 del Consiglio comunale di Stintino del 14 dicembre 1989, e segnatamente la “progettazione esecutiva e costruzione delle opere per l'adeguamento tecnologico e strutturale, riordino e completamento delle reti idriche e fognanti, delle rete viaria, delle strutture ed attrezzature di servizio nell'abitato, dei nuclei di insediamento turistico esterni e del territorio del Comune di Stintino, compreso il risanamento ed il disinquinamento della costa e dei centri turistici dello stesso”, senza ricorrere alle procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 71/305/CEE ed, in particolare, senza pubblicare alcun bando di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dalla direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e, in particolare, dal suo articolo 3 e dal suo articolo 12”.

La Commissione ha esposto di avere avviato, in seguito ad un reclamo pervenuto il 21 marzo 2003, una procedura di infrazione (n. 2003/4372) il cui oggetto è costituito dalla convenzione c.d. “di concessione” n. 7/91, conclusa tra il Comune di Stintino e la M. (1).

La stipula della convenzione, avvenuta il 2 ottobre 1991, faceva seguito ad una deliberazione del Consiglio comunale di Stintino (n. 48 del 14 dicembre 1989 – Allegato A/2 al ricorso), con la quale era stato deciso di “affidare in concessione alla S. S.p.A. (...), anche consorziata nelle forme di legge con altre ditte, sempre con partecipazione maggioritaria, il reperimento dei necessari mezzi finanziari, l'elaborazione delle progettazione

(1) Va qui rilevato che la Commissione enuncia di aver prodotto tale atto in allegato al ricorso, in particolare all'Allegato A/1 che, tuttavia, riguarda diverso documento (l'atto aggiuntivo n. 2, stipulato tra le stesse parti il 16 dicembre 1995): di fatto la convenzione n. 7/91, oggetto della procedura di infrazione, non figura fra i documenti prodotti dalla ricorrente.

delle opere di cui alla presente delibera, nonché la realizzazione e la gestione delle stesse (...)".

Oggetto della convenzione, poi stipulata con la M. (della quale la S. S.p.A. era socio maggioritario), era la "progettazione esecutiva e costruzione delle opere per l'adeguamento tecnologico e strutturale, riordino e completamento delle reti idriche e fognanti, delle rete viaria, delle strutture ed attrezzature di servizio dell'abitato, dei nuclei di insediamento turistico esterni e del territorio del Comune di Stintino, compreso il risanamento ed il disinquinamento della costa e dei centri turistici dello stesso".

Il Comune di Stintino ha concluso con M., nel periodo 1992-2001, undici "atti aggiuntivi", con i quali venivano definiti nel dettaglio una serie di interventi compresi nella convenzione originaria del 2 ottobre 1991, in particolare affidando alla società, con fissazione del relativo corrispettivo, la realizzazione di opere rientranti fra quelle previste nella convenzione nonché la cura di tutte le attività tecnico-amministrative necessarie fino al collaudo dei lavori (uno di tali aggiuntivi, il numero 11 stipulato il 1° ottobre 2001, costituisce l'Allegato A/3 al ricorso).

Ricevuto il reclamo, la Commissione, in data 5 maggio 2003, ha inviato alle autorità italiane una lettera di richiesta di informazioni, che non figura tra gli allegati al ricorso, alla quale le autorità italiane hanno dato risposta trasmettendo una nota esplicativa in data 24 novembre 2003 del Comune di Stintino (Allegato A/4 al ricorso). Nella nota, tra l'altro, si evidenziava:

- che la convenzione era stata stipulata ai sensi dell'art. 8 della Legge regionale della Sardegna 22 aprile 1987, n. 24 (2) (v. All. A/4, pag. 49, rigo 8 e ss.);
- che la durata della convenzione era di dubbia individuazione, perché

(2) Si riporta il testo dell'art. 8 della legge regionale della Sardegna n. 24/87 ("*Norme di semplificazione e snellimento delle procedure e disposizioni varie in materia di lavori pubblici*"):

"Art. 8 - *Affidamento in concessione.*

La Regione e gli enti di cui al precedente art. 1 possono affidare in concessione ad altri enti pubblici, a società a totale o prevalente capitale pubblico, ad imprese o consorzi di imprese pubbliche o private, la realizzazione di opere pubbliche di particolare rilevanza tecnico-economica.

La concessione può riguardare l'esecuzione di studi e indagini preliminari, l'approntamento di atti istruttori, le espropriazioni occorrenti per la realizzazione delle opere, le elaborazioni progettuali, la esecuzione delle opere e, eventualmente, la gestione anche temporanea delle stesse.

L'affidamento in concessione deve essere disposto mediante convenzione da approvarsi dall'organo competente ad approvare l'esecuzione dell'opera pubblica.

Lo schema della convenzione di cui al comma precedente, corredato da una relazione tecnica e da un progetto preliminare ove occorra, redatti dall'ente concedente, nei quali sono indicati gli elementi tecnici economiche che caratterizzano l'intervento, deve essere sottoposto al parere del Comitato tecnico-amministrativo regionale dei lavori pubblici.

La concessione che disciplina i rapporti tra concedente e concessionario deve prevedere:

- a) l'eventuale predisposizione a cura del concessionario dei progetti esecutivi secondo le vigenti norme;
- b) l'acquisizione da parte del concessionario, entro termini stabiliti, di tutte le autorizzazioni necessarie all'esecuzione dell'opera;
- c) l'approvazione del progetto esecutivo da parte del concedente;

l'art. 17 della stessa vincolava l'efficacia del contratto al termine di sessanta mesi ma anche al completamento delle opere previste nella relazione programmata di accompagnamento alla convenzione stessa. Di fatto, la clausola di cui all'art. 17 era stata, poi, oggetto di una novazione, che aveva differito la scadenza della convenzione di ulteriori sessanta mesi (sino al 2 ottobre 2001) e, comunque "fino al completamento delle opere programmate con la relazione di piano per le quali è stato reperito il finanziamento, nonché della gestione di primo periodo ..." (v. All. A/4, pag. 49, ultimi dodici righi);

– che la stipula degli atti aggiuntivi atteneva all'aspetto esecutivo della convenzione, perché "gli atti aggiuntivi stipulati in seguito dalle parti per l'esecuzione di lavori di volta in volta individuati trovano la loro fonte nell'atto concessorio originario di cui regolano alcuni aspetti di dettaglio, non configurandosi quindi come nuovi contratti che dovrebbero invece essere sottoposti alla normativa in vigore al momento della loro stipula" (v. All. A/4, pag. 50, rigo 22 e ss.);

d) l'espletamento, qualora il concessionario non sia l'esecutore diretto dei lavori, delle gare d'appalto tra imprese aventi i requisiti di legge con le modalità previste per l'aggiudicazione di appalti di opere pubbliche dalle norme vigenti;

e) le modalità per la partecipazione del concedente alla vigilanza sui lavori e ai collaudi in corso d'opera o definitivi;

f) le modalità e i termini per la consegna dell'opera al concedente e le relative penalità in caso di ritardo;

g) le modalità e i termini per il pagamento del corrispettivo della concessione e la determinazione delle ritenute di garanzia;

h) le modalità e i termini per la manutenzione dell'opera fino al collaudo;

i) le eventuali modalità di gestione delle opere;

l) i casi di decadenza della concessione;

m) quant'altro occorrente per garantire l'esecuzione dell'opera a perfetta regola d'arte.

La scelta del concessionario, qualora non sia un ente pubblico o una società a prevalente capitale pubblico, deve essere preceduta da una gara di qualificazione sulla base di una lettera di invito contenente lo schema di convenzione di cui al presente articolo al fine di accertare l'affidabilità del concessionario e la convenienza tecnico-economica dell'affidamento.

La lettera di invito per le gare di qualificazione dovrà essere inviata a tutte le imprese ed i consorzi di imprese che, a seguito di apposito avviso pubblico, ne abbiano fatto richiesta.

A parità di offerte i lavori sono concessi alle imprese, ai consorzi o ai raggruppamenti costituiti con la partecipazione non inferiore al 50 per cento di imprese che abbiano la sede legale in Sardegna da almeno tre anni.

Qualora le opere vengano eseguite in regime di concessione da parte di enti pubblici, le somme occorrenti possono essere rese disponibili mediante versamento su appositi conti correnti intestati alla Regione, cui si applica la disciplina dell'art. 4 della legge regionale 7 gennaio 1975, n. 1" (sottolineature aggiunte).

La norma è stata abrogata dalla legge regionale della Sardegna 28 aprile 1992 n. 6, che all'art. 24 dispone:

"1. Alla legge regionale 22 aprile 1987, n. 24, sono apportate le modifiche di cui ai commi successivi.

2. (...);

3. (...);

4. L'articolo 8 è abrogato".

Sia nella nota esplicativa del Comune di Stintino, sia nel corso della precedente riunione “pacchetto” sugli appalti pubblici tenutasi a Roma il 12 settembre 2003, le autorità italiane hanno sostenuto, per come riferisce la Commissione nel ricorso, che la convenzione del 2 ottobre 1991 non costituiva un appalto di lavori pubblici, ma una concessione sottratta agli obblighi di messa in concorrenza, tenuto anche conto che il contratto non ricadeva, *ratione temporis*, nell’ambito di applicazione della direttiva 89/440/CEE.

Con lettera di costituzione in mora del 30 marzo 2004, inviata il 1° aprile 2004 (Allegato A/5 al ricorso), la Commissione ha ritenuto non fondate le argomentazioni esibite dalle autorità italiane, perché la convenzione stipulata tra il Comune di Stintino e la M. non costituiva una concessione, ma un appalto di lavori pubblici soggetto alle procedure di scelta del contraente privato previste dalla direttiva 71/305/CEE, sia pure avuto riguardo al testo originario di essa, antecedente alle modifiche apportate dalla direttiva 89/440/CEE, atteso che l’articolo 3 della direttiva del 1971 definisce la concessione come un contratto analogo all’appalto dei lavori pubblici “*ma in cui la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo*”.

Le autorità italiane hanno risposto alla lettera di costituzione in mora il 30 giugno 2004 (Allegato A/6 al ricorso), tornando a contestare che la convenzione in esame costituisse un appalto di lavori pubblici, o anche una concessione di lavori pubblici rientrante nella definizione dell’art. 3 della direttiva del ’71, trattandosi di una diversa figura negoziale, riconducibile alla c.d. “concessione di committenza” conosciuta dal diritto italiano vigente all’epoca dei fatti, comportante il trasferimento di poteri pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici in ordine alle operazioni giuridiche e materiali coordinate all’esecuzione dell’opera pubblica (quali le espropriazioni, la scelta dell’appaltatore, la direzione lavori, il collaudo, etc...).

In data 13 ottobre 2004, la Commissione, non ritenendo convincenti le eccezioni formulate nella risposta alla lettera di costituzione in mora, ha inviato alla Repubblica italiana un parere motivato (Allegato A/7 al ricorso) che si concludeva con la contestazione oggetto del presente ricorso e con il seguente invito:

“La Commissione ritiene che, al fine di rimuovere l’infrazione al diritto comunitario di cui al presente parere motivato, la Repubblica italiana debba interrompere definitivamente ogni esecuzione delle attività affidate dal Comune di Stintino alla società M. con la convenzione conclusa il 2 ottobre 1991, ivi incluse le prestazioni dettagliate negli atti aggiuntivi successivamente firmati tra le suddette parti”.

Le autorità italiane hanno risposto al parere motivato comunicando una nota del Comune di Stintino, al quale erano allegati in copia una relazione dello stato dell’opera del Direttore dei lavori, due atti di aggiudicazione definitiva di lavori a soggetti differenti da M., individuati mediante procedura di evidenza pubblica, un avviso pubblico relativo alla realizzazione di importanti infrastrutture con ricorso alla finanza di progetto, due ricorsi proposti da M. avverso le procedure di ricerca del contraente privato indette

dell'Amministrazione comunale (la nota è stata versata in atti dalla ricorrente, in Allegato A/8 al ricorso, priva, però, dei suddetti allegati).

La Commissione ha deciso di adire codesta On.le Corte di giustizia, non ritenendo le argomentazioni e le prove comunicate dalle autorità italiane sufficienti a soddisfare l'invito contenuto nel parere motivato.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«II A) Sull'istruzione della causa

Formano oggetto della contestazione la convenzione n 7/91 stipulata il 2 ottobre 1991 dal Comune di Stintino ed i pedissequi undici atti aggiuntivi, conclusi dalle medesime parti sulla base della predetta convenzione.

Il Governo italiano rileva, in via preliminare, che, come già accennato nell'esposizione in fatto, la Commissione – la quale non ha contestato che le autorità italiane abbiano omesso, durante la procedura contenziosa, di comunicare gli atti suddetti – non ha allegato al ricorso introduttivo la convenzione del 2 ottobre 1991 e si è limitata a produrre due degli undici atti aggiuntivi.

Sebbene, infatti, nella lista degli allegati, con la classifica A/1, figuri la convenzione, il documento concretamente prodotto, individuato con le pagine da 21 a 28, costituisce uno degli atti aggiuntivi (il n. 2 del 16.12.1995). La ricorrente ha, poi, depositato, all'allegato A/3, un solo ulteriore atto aggiuntivo (il n. 11 del 1° ottobre 2001), quantunque nella lista degli allegati abbia enunciato che l'allegato A/3 contenga tutti e undici gli atti aggiuntivi.

Considerato l'art. 37 par. 1°, seconda parte del regolamento di procedura della Corte di giustizia, secondo il quale ogni atto processuale deve essere depositato “*corredato di tutti gli allegati in esso menzionati*” e, più in generale, il principio per il quale spetta alle parti dare offerta nei propri atti di prima difesa delle prove che si intendono invocare, desumibile dagli artt. 38, par. 1°, 40, par. 1°, 41, par. 1° e 42 del regolamento di procedura della Corte, il Governo italiano rileva che la convenzione n. 7/91 e i nove atti aggiuntivi non depositati dalla ricorrente non appartengono al processo quali mezzi di prova e che la possibilità di un deposito successivo dei documenti in questione è subordinata alla condizione prevista dall'art. 42, par. 1°, del regolamento di procedura, secondo il quale “*Le parti possono, anche nella replica e nella controreplica, proporre nuovi mezzi di prova a sostegno delle loro argomentazioni, motivando il ritardo nella presentazione dei mezzi suddetti*”.

In secondo luogo il Governo italiano rileva che, come accennato nell'esposizione in fatto, la risposta al parere motivato fornita dalle autorità italiane è stata depositata dalla Commissione priva dei suoi allegati.

Poiché, ai fini della eccezione di irricevibilità del ricorso che si svolgerà nel prosieguo del presente controricorso, occorrerà valutare l'esistenza di un inadempimento in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato ed occorrerà anche valutare come lo Stato membro avesse dato prova di tale situazione di fatto alla detta data di scadenza, si fa istanza affinché codesta Corte di giustizia voglia disporre, con ordinanza ai sensi dell'art. 45, par. 1° e par. 2°, lett. b, del regolamento di procedura, che la Commissione depositi copia

degli allegati, individuati con i numeri da 1 a 6, alla nota del Comune di Stintino prot. n. 11869 del 24 dicembre 2004 – Allegato A/8 al ricorso.

II.B) Nel merito

Ritiene il Governo italiano che la procedura di infrazione vada circoscritta alla stipula della convenzione n. 7/91 del 2 ottobre 1991, perché gli undici atti aggiuntivi, conclusi sulla base di detta convenzione, non costituiscono nuovi affidamenti di lavori suscettibili di ricadere nell'ambito di applicazione della direttiva 71/305/CEE.

Oggetto della direttiva, secondo il suo articolo 1, sono i "contratti" a titolo oneroso.

Gli atti aggiuntivi in questione non rientrano nella definizione di contratto rilevante ai fini della direttiva, in quanto non costituiscono manifestazione di autonomia negoziale, ma atti dovuti in forza delle preesistente convenzione.

Con la convenzione del 2 ottobre 1991 era, infatti, stato regolamentato in via generale il rapporto tra le parti, stabilendosi che ogni intervento ricadente nell'ambito di tale regolamentazione, una volta finanziato, sarebbe stato descritto in un apposito atto aggiuntivo, nel quale le parti avrebbero dato atto delle attività da svolgersi, fissato le modalità ed i tempi di attuazione dell'intervento, le modalità di pagamento e le modalità di consegna delle opere

Come evidenziato nella risposta alla lettera di richiesta di informazioni (Allegato A/4 al ricorso), la stipula degli atti aggiuntivi costituiva, quindi, un *momento esecutivo della convenzione generale*, un atto dovuto in forza del principio *pacta sunt servanda* che non richiedeva un'ulteriore manifestazione di volontà di obbligarci.

L'autonomia delle parti, nella fase di conclusione degli atti aggiuntivi, si esercitava su aspetti non essenziali del rapporto, come avviene nel caso di un contratto definitivo stipulato in esecuzione di un contratto preliminare e, soprattutto, non riguardava la fase di scelta del contraente, vale a dire la fase suscettibile di ricadere nelle previsioni della direttiva 71/305/CEE.

L'intero inadempimento contestato allo Stato italiano deve, pertanto, farsi risalire al momento della stipula della convenzione n. 7/91.

Così circoscritto l'oggetto della vertenza, ritiene il Governo italiano che il ricorso sia irricevibile perché privo di oggetto, tenuto conto che non sussisteva più, alla scadenza del parere, alcuna trasgressione che fosse possibile far cessare.

Secondo costante giurisprudenza della Corte, l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato (v. sentenze 4 luglio 2002, causa C-173/01, Commissione/Grecia, punto 7, 10 aprile 2003, causa C-114/02, Commissione/Francia, punto 9; 27 ottobre 2005, causa C-525/03, Commissione/Italia, punto 14).

Applicazione di tale principio alla materia degli appalti pubblici è stata fatta, ad esempio, nella sentenza 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia, con la quale è stato dichiarato irricevibile un ricorso indirizzato contro un bando di gara perché, alla scadenza del parere motivato, questo aveva esaurito tutti i propri effetti.

In altre circostanze il ricorso è stato ritenuto ricevibile con l'argomento che l'atto di aggiudicazione, alla predetta data di scadenza, continuava a produrre effetti, perché l'esecuzione del contratto che ne era scaturito si proiettava ben oltre il termine di scadenza fissato nel parere motivato.

Così, nella sentenza 28 ottobre 1999, causa C-328/96, Commissione/Austria, nella quale, in sostanza, non è stata ritenuta sufficiente, ai fini dell'irricevibilità, la modifica da parte delle autorità austriache delle condizioni generali in materia offerte e capitolati d'onori, sulle base delle quali era stato aggiudicato l'appalto, che non si era automaticamente tradotta, per ragioni derivanti dal principio *tempus regit actum*, nell'annullamento di un contratto stipulato nel vigore della previgente disciplina procedurale.

Analogamente, nella sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, la ricevibilità del ricorso è stata affermata, sul presupposto che la lesione cagionata dall'inosservanza delle disposizioni comunitarie in materia di affidamento degli appalti si protrae per l'intera durata dell'esecuzione dei contratti stipulati in violazione di esse, in base alla considerazione che i contratti in quel caso esaminati avrebbero continuato a produrre effetti per decenni (v., in particolare, il punto 36 sentenza).

Ora, nella risposta al parere motivato le autorità italiane hanno evidenziato che il Comune di Stintino si era già da tempo uniformato all'orientamento della Commissione, ritenendo concluso ogni rapporto con la concessionaria Maresar per quanto concerneva le infrastrutture comprese nella convenzione oggetto di contestazione.

Di fatto, gli effetti obbligatori della convenzione si sono esauriti con la stipula dell'atto aggiuntivo n. 11 (Allegato A/3 al ricorso) del 1° ottobre 2001: il Comune di Stintino ha provato, comunicando alla Commissione due successivi atti di aggiudicazione di lavori a soggetti terzi, individuati a seguito di procedure di messa in concorrenza nonché un avviso pubblico inerente la realizzazione di altre infrastrutture tramite *project financing*, che considerava estinto l'obbligo di affidare tali opere alla M., la quale, per parte sua, ha reagito con ricorsi giurisdizionali alle determinazioni dell'Amministrazione. Queste affermazioni di fatto sono rimaste del tutto prive di replica da parte della Commissione nel parere motivato.

Ritiene il Governo italiano che queste circostanze costituiscano seri argomenti di prova contraria rispetto a quanto affermato al punto 57 del ricorso, nel quale la Commissione, sul presupposto che l'oggetto della convenzione comprendeva lavori di ben più ampia portata di quelli affidato con gli undici atti aggiuntivi, paventa una perdurante vigenza del rapporto di concessione e, conseguentemente, l'ulteriore affidamento di opere alla M.

La Commissione pone, però, il problema della perdurante esecuzione di alcuni rapporti oggetto di singoli atti aggiuntivi.

Rileva il Governo italiano, a tale riguardo, che la condotta delle autorità italiane, che hanno sostanzialmente riconosciuto l'infrazione commessa (su ciò concorda la ricorrente), è stata ispirata dall'intento di adeguarsi alle contestazioni della Commissione, nei limiti in cui ciò fosse giuridicamente possibile. Giova, a tal proposito, rimarcare che, secondo giurisprudenza costan-

te della Corte, il procedimento precontenzioso ha tra i suoi scopi quello di offrire allo Stato membro interessato l'opportunità di conformarsi al parere motivato (v. sentenze 10 maggio 2001, causa C-152/98, Commissione/Paesi Bassi punto 23; 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione Italia, punto 10).

Le autorità italiane hanno comunicato alla Commissione una relazione della Direzione dei lavori dalla quale si evince che lo stato di avanzamento dei lavori e delle forniture oggetto degli undici atti aggiuntivi si attestava intorno alla percentuale dell'82%. La ricorrente sembra convenire (v. punto 54 del ricorso) che, nella sostanza, salvo alcune lavorazioni accessorie di scarsa importanza, l'unica opera effettivamente in corso di esecuzione alla data di scadenza fissata dal parere motivato fosse il bacino di regolazione idraulica, il cui stato di avanzamento era al 30% a causa di ritardi insorti nelle espropriazioni.

Non ignora questa difesa che, nella sentenza 2 giugno 2005, C-394/02, Commissione/Grecia, codesta Corte ha ritenuto ininfluenza, ai fini della irricevibilità del ricorso, che l'esecuzione del contratto contestato fosse stata completata nella misura dell'85%.

Ritiene, tuttavia, il Governo italiano che la vicenda che ha dato origine al presente procedimento presenti aspetti di fatto peculiari, che consentiranno di pervenire ad una decisione diversa.

La possibilità, per le autorità italiane, di risolvere il rapporto con M. relativo alla realizzazione del bacino di regolazione (risoluzione che avrebbe avuto necessariamente effetto retroattivo, stante l'indivisibilità della prestazione dedotta nel contratto), incontrava, nel nostro caso, il limite del legittimo affidamento ingeneratosi nella controparte, a causa della durata che aveva avuto il rapporto, svoltosi pacificamente dal 1991 al 21 marzo 2003 (data di avvio del procedimento precontenzioso: occorre, al riguardo, ricordare che la stipula dell'ultimo atto aggiuntivo data al 2 ottobre 2001).

Costituisce orientamento pacifico nella giurisprudenza della Corte che anche le amministrazioni nazionali sono tenute ad osservare il principio di tutela del legittimo affidamento degli operatori economici. Il principio costituisce parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe una violazione del Trattato e di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione (v. sentenza 3 maggio 1978, causa C-112/77, Toepfer, punto 19; v. anche sentenze 8 giugno 2000, causa C-396/98, Sclosstrasse, punto 44; 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer, punto 43 e ss.).

In conclusione, ritiene il Governo italiano che l'obbligo di conformarsi al parere motivato da parte delle autorità italiane sia stato adempiuto sino al limite in cui ciò non si scontrasse con posizioni intangibili, a causa del legittimo affidamento ingeneratosi nei titolari di tali posizioni.

III. Conclusioni

Sulla base delle considerazioni che precedono, il Governo italiano confida che la Corte vorrà accogliere le seguenti conclusioni:

– in via istruttoria, ordinare alla Commissione ricorrente il deposito dei documenti annessi all'Allegato A/8;

– nel merito, respingere il ricorso ovvero dichiararlo irricevibile perché privo di oggetto.

Roma, 4 agosto 2006

Avvocato dello Stato Sergio Fiorentino».

Causa C-230/06 (domanda di pronunzia pregiudiziale) – Ordinanza n. 11133/06 della Corte di Cassazione, sezione tributaria, emessa il 12 gennaio – 15 maggio 2006 e notificata il 7 luglio 2006 – Corretta interpretazione degli art. 11-*bis*, comma 1 e 2, Reg. 87/1062/CEE, introdotto dal Reg. 90/1429/CEE, e 215, comma 1, Reg. 92/2913/CEE (ct. 26736/06, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

1.- La questione oggetto del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione italiana concerne – da un lato – l'operatività dei termini posti dall'art. 11-*bis*, commi 1 e 2, Reg. 87/1062/CEE all'azione di accertamento della Dogana in seguito all'appuramento del transito della merce in regime di sospensione dei dazi presso la dogana di destinazione, nel caso sia successivamente scoperta la falsità dei documenti che attestavano quell'appuramento, con il conseguente problema della responsabilità dello spedizioniere, e – dall'altro lato – la individuazione, ai sensi dell'art. 215, comma 1, Reg. 92/2913/CEE, della dogana competente ad emettere l'ingiunzione per il pagamento dei dazi evasi nel caso prospettato.

2.- Nella specie era accaduto che l'appuramento della merce in transito comunitario (con certificati T1 risalenti al periodo fra il 23/4/1993 e il 16/7/1993) era stato eseguito dallo spedizioniere M. & M. presso la dogana tedesca di partenza di Weiden con certificati recanti timbri della dogana italiana di destinazione falsi e che tale falsità era stata scoperta solo qualche tempo dopo, in seguito ad indagini compiute dalla Guardia di Finanza italiana – servizio antifrode – SVAD di Fortezza (delle quali una prima notizia era stata inviata alla Dogana di Bolzano/Fortezza in data 17 novembre 1993, come da documento "C" allegato alla memoria difensiva 16 maggio 1997 dell'Amministrazione doganale italiana prodotta dinanzi al Tribunale di Trento) e dettagliatamente descritte nella *Relazione finale* prot. 29/SVAD dell'8 gennaio 1996 (all. 7 alla presente memoria) inoltrata alla Procura della Repubblica di Bolzano nell'ambito del procedimento penale n. R.G. 569/94-168/95 aperto per quei fatti presso il Tribunale Penale di Bolzano (come da richiesta di rinvio a giudizio 1 aprile 1996, all. 8).

3.- Una volta acquisita notizia della falsità, la Dogana italiana di Fortezza, competente in relazione al luogo dove era stato scoperto il reato perché la merce era stata irregolarmente introdotta in Italia attraverso il valico del Brennero, informava la dogana tedesca di partenza del mancato appuramento dei documenti T1 con nota 26 novembre 1993 (all. 1), ricevendo risposta in data 3 dicembre 1993 con indicazione del soggetto indicato come domiciliatario dalla casa di spedizione M. & M. GmbH (all. 2); la stessa

Dogana di Fortezza indirizzava, poi, alla ditta M. & M. l'invito a pagamento dei dazi evasi in data 6-14 agosto 1995 (all. 4-5), cui seguiva l'ingiunzione del 17 novembre 1995 (all. 6); il tutto era effettuato nel rispetto del termine triennale di cui all'art. 221 n. 3 Reg. 92/2913/CEE ed all'art. 378 n. 3 Reg. 93/2454/CEE, nel testo all'epoca vigente (*circostanza non contestata in giudizio e non oggetto di eccezione*).

4.- La ditta M. & M. opponeva l'ingiunzione della Dogana di Fortezza dinanzi al Tribunale di Trento eccependo sia l'incompetenza della Dogana di Fortezza, competente territorialmente essendo la Dogana di Aosta, sia la decadenza della Dogana da ogni diritto per mancato rispetto del termine di undici mesi imposto dall'art. 11-*bis*, comma 1, Reg. 87/1062/CEE per la segnalazione del mancato appuramento, con conseguente liberazione dello spedizioniere da ogni obbligo; l'Amministrazione finanziaria italiana contestava tali eccezioni, ritenendo competente all'emissione dell'ingiunzione per il pagamento dei dazi evasi la Dogana del luogo ove era scoperta la irregolare introduzione nello Stato della merce e ritenendo non operante il termine di decadenza di cui all'art. 11-*bis* Reg. 1062/87 nel caso l'appuramento fosse stato eseguito in base a certificazioni risultate false in seguito a successive indagini; sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Trento respingevano l'opposizione e la ditta M. & M. ricorreva in Cassazione; la Corte Suprema di Cassazione rimetteva, quindi, alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 Trattato Ce, le questioni pregiudiziali formulate nell'ordinanza 11133/09.

I QUESITI

1.- Se l'art. 11 *bis*, par. 1, del reg. 87/1062/CEE, modificato dal regolamento 93/2454/CEE, debba essere interpretato nel senso di rendere operante il termine di undici mesi, posto all'amministrazione doganale di partenza per comunicare il mancato appuramento delle merci in regime di transito comunitario, nel caso in cui l'appuramento da parte della dogana di destinazione risulti attestato in documenti contraffatti, la cui falsità non sia facilmente riconoscibile; se, ai fini dell'interpretazione della predetta norma, siano utilizzabili i principi affermati nelle sentenze della Corte di giustizia in cause C-325/00 e 222/01; se l'attribuzione allo spedizioniere doganale delle intere conseguenze di una irregolare operazione di transito comunitario, nell'ipotesi considerata, sia in contrasto col principio di proporzionalità.

2.- Se in ipotesi descritte nel precedente numero sia applicabile il par. 2 dell'art. 11 *bis*.

3.- Se l'art. 215, par. 1, del regolamento 92/2913/CEE debba essere interpretato nel senso che, in ipotesi quali quella descritta al n. 1, la competenza dell'ufficio doganale debba essere determinata secondo il criterio stabilito dalla seconda parte o dalla terza parte di detto paragrafo.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo della Repubblica italiana, anche nell'interesse dell'Amministrazione delle Finanze, interviene nel giudizio per formulare le osservazioni che seguono, al fine di sostenere la correttezza della interpretazione data alle norme comunitarie in discussione dai giudici del Tribunale e della

Corte d'Appello di Trento e la conseguente legittimità e tempestività dei provvedimenti adottati dai competenti uffici doganali italiani per il recupero dei dazi evasi nei confronti dello spedizioniere M. & M. con l'invito a pagamento 6-14 agosto 1995 e l'ingiunzione 17 novembre 1995.

– *Sulla prima parte del primo quesito, concernente l'art. 11-bis, comma 1, Reg. 87/1062, come introdotto dal Reg. 90/1429*: preliminarmente occorre rilevare che il Reg. 87/1062, ivi compreso l'art. 11-bis introdotto dal Reg. 90/1429, è stato abrogato dall'art. 127.1 Reg. 92/1214/CEE della Commissione del 21/4/1992, in *G.U.C.E.* n. L-132 del 16 maggio 1992 (entrato in vigore il terzo giorno successivo alla pubblicazione), a sua volta abrogato dall'art. 913 Reg. 93/2454, applicabile dal 1° gennaio 1994 ai sensi del suo art. 915, comma 2; la circostanza acquista evidenza con la rimessione disposta dalla Cassazione perché nei precedenti gradi del giudizio la norma era stata ritenuta inapplicabile alla fattispecie di causa; quindi la questione è *irricevibile* dalla Corte di Giustizia perché: *a)* proposta in relazione ad una norma abrogata e non applicabile, *ratione temporis*, alla causa, senza alcun riferimento a quella di cui all'art. 49 Reg. 92/1214, unica applicabile; *b)* concernente una disposizione che è stata riprodotta nel nuovo Reg. 92/1214 (e, poi, nel Reg. 93/2454) con modifiche rilevanti (come diremo in prosieguo) e, quindi, nel testo preso in esame dalla Cassazione ininfluente ai fini del giudizio; *c)* irraturalmente proposta nel giudizio *a quo* ove il motivo di ricorso in Cassazione che eccepisce la presunta violazione del Reg. 87/1062 (come modificato dal Reg. 93/2454, anziché dal Reg. 92/1214) è inammissibile per violazione dell'art. 366, comma 1, n. 4, del codice di procedura civile italiano (che impone la esatta indicazione delle norme di legge che si assumono violate); da tutte queste ragioni consegue, come già detto, la *irricevibilità* del quesito n. 1 poiché lo scopo della rimessione *ex art. 234 Trattato* è quella di risolvere una *questione pregiudiziale* per la decisione di una causa dinanzi alla Autorità Giudiziaria di uno Stato membro, qualora quella questione *non sia pregiudiziale* perché non ammissibile nel giudizio *a quo*, o comunque inutile ai fini del giudizio, la sua rimessione alla Corte di Giustizia non è ammissibile.

La Corte, a tale proposito, ha costantemente affermato quanto segue (da ultimo nella sentenza 30 giugno 2005 in causa C-165/03 Mathias Längst): “...30. *Al riguardo, occorre rammentare come, secondo costante giurisprudenza, il procedimento ex art. 234 CE costituisca uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario necessari per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti (v., segnatamente, sentenze 16 luglio 1992, causa C-83/91, Meilicke, Racc. pag. I-4871, punto 22, e 5 febbraio 2004, causa C-380/01, Schneider, Racc. pag. I-1389, punto 20). 31. Nell'ambito di tale cooperazione, spetta esclusivamente al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza*”

sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dal giudice nazionale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenza Schneider, cit., punto 21 e giurisprudenza cit.). 32. Tuttavia, la Corte ha parimenti affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza. Il rifiuto di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (sentenza Schneider, cit., punto 22). 33. Infatti, lo spirito di collaborazione che deve presiedere allo svolgimento del procedimento pregiudiziale implica che il giudice nazionale, dal canto suo, tenga presente la funzione di cui la Corte è investita, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche (sentenza Schneider, cit., punto 23)."

Ad ogni buon conto, qualora la Corte di Giustizia ritenga ricevibile la questione e la voglia esaminarla nel merito, sia pure con riferimento al Reg. 92/1214, applicabile alla operazione di transito comunitario della quale si discute (posta in essere con certificati T1 nel periodo fra il 23 aprile 1993 e il 16 luglio 1993), dovrà farsi riferimento all'art. 49, che riproduce, con alcune importanti integrazioni, l'abrogato art. 11-*bis* del vecchio Reg. 87/1062 (per completezza si precisa che anche l'art. 379 par. 1 Reg. 93/2454, nel testo originario, poi ulteriormente modificato con Reg. Cee 15 dicembre 2000 n. 2787 a partire dal 1° luglio 2001, contiene disposizioni identiche a quelle dell'art. 49); il termine di undici mesi indicato nell'art. 49.1 (come già nell'art. 11-*bis* abrogato) per la comunicazione da parte della dogana di provenienza della merce del mancato appuramento del transito non può trovare applicazione nei confronti ed a danno dell'amministrazione doganale competente in relazione al luogo in cui l'irregolarità è stata scoperta – diversa da quella di provenienza – che agisce per il recupero dei dazi evasi, quando l'appuramento sia stato effettuato in base a documenti risultati falsi, per varie ragioni.

In primo luogo, gli uffici doganali non sono in grado di avere cognizione della falsità a base dell'appuramento e, quindi, di agire prima di aver avuto notizia dei fatti delittuosi da parte degli organi di indagine (cosa che nella specie, come riferito nel precedente par. 2, è avvenuta la prima volta in data 17 novembre 1993); ciò in applicazione del principio generale sancito dall'art. 221 Reg. 92/2913/CEE – C.D.C., il cui ultimo paragrafo (nel testo vigente, sostanzialmente identico a quello anteriore alla modifica apportata con Reg. 2700 del 2000) dispone che *“qualora l'obbligazione doganale sorga a seguito di un atto che era nel momento in cui è stato commesso perseguibile penalmente, la comunicazione al debitore può essere effettuata alle condizioni previste dalle disposizioni vigenti, dopo la scadenza del termine*

di cui al paragrafo 3” [prima cinque, poi tre anni dalla data in cui è sorta l’obbligazione doganale]; detta disposizione [costituente esplicazione del principio generale *actio nondum nata non prescribitur*] deve trovare applicazione anche nel nostro caso, stante l’identità della *ratio legis* e la necessità di salvaguardare i diritti dell’Amministrazione che agisce per il recupero dei dazi evasi e che sarebbe, altrimenti, nell’impossibilità di perseguire i propri fini istituzionali; in proposito, riteniamo utile ricordare che la Corte di Giustizia Ce, in sede di interpretazione dell’art. 3 del Reg. CEE n. 1697/1979, poi trasfuso nell’art. 221, ultimo paragrafo, del Cod. Dog. Com., con la sentenza C-273-90 (causa “Meico-Fell”), ha statuito che “*l’espressione atto passibile di un’azione giudiziaria repressiva riguarda esclusivamente gli atti che nell’ordinamento giuridico dello Stato membro, le cui competenti autorità procedono al recupero, sono qualificati infrazioni ai sensi del diritto penale nazionale*”; tale interpretazione prescinde da ogni riferimento all’esito del procedimento penale derivante dall’accertamento del fatto-reato impenititivo dell’esatta riscossione.

In secondo luogo, il termine di cui all’art. 49.1 Reg. 92/1214 non può trovare applicazione in tutti i casi in cui l’appuramento è oggettivamente avvenuto, anche se con documenti falsi, come hanno correttamente deciso i giudici italiani di primo e secondo grado (sia pure in riferimento all’art. 11-bis abrogato); ciò è il frutto dell’applicazione del principio generale sopra esaminato nel par. 9 e di una corretta interpretazione della norma secondo quanto chiaramente traspare dalla sua lettera: il Capitolo IV del Regolamento 92/1214 parla di “*Spedizioni non presentate all’ufficio di destinazione*” e l’art. 49.1 ripete “*Quando una spedizione non sia stata presentata all’ufficio di destinazione*” (identica frase si legge nell’art. 379.1 Reg. 93/2454, mentre l’art. 11-bis Reg. 87/1062 parlava di “*mancato appuramento*”) e questa fattispecie non ricorre allorché l’appuramento c’è stato, indipendentemente dal suo esito e dalla sua genuinità; se il Legislatore avesse voluto collegare la decorrenza del termine ad un appuramento *regolare* lo avrebbe detto! d’altronde, solo l’evento omissivo (la *spedizione non ... presentata* o il *mancato appuramento*) è chiaramente percepibile dall’ufficio doganale, mentre un appuramento *irregolare* potrebbe non essere percepito immediatamente, come è avvenuto nella specie, a causa di una falsità non chiaramente identificabile; quanto testé osservato trova conferma nel nuovo art. 366.2 Reg. 93/2454 (come modificato dal Reg. 2787 del 2000) che, con funzione chiarificatrice e non innovatrice della precedente normativa, quindi applicabile anche al caso del quale si discute, dispone: “2. *La procedura di ricerca [ai sensi del n. 1: “al fine di raccogliere le informazioni necessarie all’appuramento del regime o, in mancanza, stabilire le condizioni d’insorgenza dell’obbligazione doganale, individuare il debitore e determinare le autorità doganali competenti”] è parimenti avviata qualora emerga a posteriori che la prova della conclusione del regime è stata falsificata e che il ricorso a tale procedura è necessario per giungere agli obiettivi di cui al paragrafo 1*”; in questo caso, come è logico e corretto, nessun termine e nessuna prescrizione formale sono posti all’azione dell’amministrazione doganale.

In terzo luogo, l'art. 49 non è applicabile nella specie perché non si è verificata l'altra condizione posta dal primo comma (e ribadita nell'art. 379.1 Reg. 93/2454) per la operatività dell'obbligo di notificazione entro il termine di undici mesi: *"e non possa accertarsi il luogo dell'infrazione o dell'irregolarità"* (condizione che non era esplicitata nell'art. 11-bis abrogato ma che costituisce un chiarimento più che una innovazione); poiché nella specie il luogo dell'infrazione è stato accertato dalla Guardia di Finanza-SVAD nella frontiera al valico del Brennero, ove la merce è stata clandestinamente introdotta in Italia (si veda la relazione allegata al n. 7, oltre agli altri documenti depositati nel giudizio *a quo*), la disposizione in esame risulta inapplicabile.

In quarto luogo, l'art. 49 non è applicabile nella specie perché rivolto alla sola dogana di provenienza (*"l'ufficio di partenza ne dà notificazione"*) nel caso sia rimasta competente al recupero dei dazi evasi, cioè nel caso in cui *non possa accertarsi il luogo dell'infrazione o dell'irregolarità* (v. par. 10), mentre *qualora questo luogo sia accertato* (come è nella fattispecie) e *sia competente la Dogana del detto luogo* (ai sensi degli art. 34 n. 1-2 e 37 n. 3 del Reg. 90/2726/CEE del Consiglio del 17/9/1990, oltre che dell'art. 378.3 Reg. 93/2454, su cui più diffusamente in prosieguo quando parleremo del terzo quesito) *non scatta la prescrizione della notificazione entro undici mesi*.

Infine, si osserva che il termine di decadenza in esame non può, comunque, trovare applicazione in danno dell'amministrazione doganale che procede per il recupero dei dazi evasi nei confronti del debitore o dei suoi rappresentanti che quelle operazioni irregolari hanno effettuato; ciò è stato affermato chiaramente dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza 14-11-2002, C-112/01: *"L'art. 379, n. 1, del regolamento n. 2454/93 [che, ripetesi, ribadisce la formulazione dell'art. 49.1 Reg. 92/1214], che fissa talune disposizioni di applicazione del regolamento n. 2913/92, che istituisce il codice doganale comunitario, in combinato disposto con quest'ultimo regolamento, dev'essere interpretato nel senso che l'importo di un'obbligazione doganale sorta a seguito di un'infrazione o di un'irregolarità commessa in occasione di una spedizione effettuata in regime di transito comunitario esterno può essere riscosso dall'ufficio di partenza presso l'obbligato principale, anche ove il detto ufficio non abbia notificato a quest'ultimo, entro la fine dell'undicesimo mese successivo alla data di registrazione della dichiarazione di transito comunitario, che tale spedizione non è stata presentata all'ufficio di destinazione e che il luogo dell'infrazione o dell'irregolarità non può essere accertato; infatti, un regolamento di attuazione deve costituire oggetto, se possibile, di un'interpretazione conforme alle disposizioni del regolamento base; ora, nessuna disposizione del codice doganale consente di concludere che l'inosservanza del termine di undici mesi comporti l'estinzione dell'obbligazione doganale sorta a carico dell'obbligato principale; questo termine costituisce una prescrizione procedurale che si rivolge soltanto alle autorità amministrative ed il cui scopo è quello di garantire un'applicazione diligente e uniforme delle disposizioni in materia di riscossione dell'importo dell'obbligazione doganale nell'interesse di una rapida messa a disposizione delle risor-*

se proprie della comunità; dato che l'inosservanza del termine di undici mesi non ha, in se stessa, alcuna incidenza sull'esigibilità e sulle modalità di riscossione dell'importo dell'obbligazione doganale, la circostanza che l'ufficio di partenza non abbia applicato una disciplina amministrativa relativa alla trasmissione di informazioni, come il sistema d'informazione previa, o che il ritardo nella notifica sia dovuto ad un errore o ad una negligenza da parte di tale ufficio è irrilevante."; questa pronuncia è decisiva per la soluzione del quesito posto dalla Cassazione ma non è stata presa in considerazione nonostante fosse stata citata dall'Amministrazione finanziaria nei suoi atti difensivi dinanzi alla Suprema Corte!

– *Sulla seconda parte del primo quesito, concernente la responsabilità dello spedizioniere doganale per le irregolarità delle operazioni di transito comunitario:* la Corte di Cassazione chiede anche se, ad avviso della Corte di Giustizia, possa essere considerata contrastante con il *principio di proporzionalità* “*l'attribuzione allo spedizioniere doganale delle intere conseguenze di una irregolare operazione di transito comunitario*”; al quesito deve essere data risposta negativa, con la conferma della piena operatività della responsabilità dello spedizioniere doganale per tutte le obbligazioni nascenti da una irregolare operazione di transito comunitario, atteso che la invocazione del “*principio di proporzionalità*” è del tutto fuori luogo nella fattispecie in esame ove, come in tutte le ipotesi di responsabilità dello spedizioniere per fatti connessi alle operazioni allo stesso affidate, trattasi di *responsabilità solidale* con l'operatore che vale solo a rafforzare le garanzie di soddisfacimento della Comunità per il recupero di risorse proprie e consente sempre allo spedizioniere di recuperare nei confronti del debitore quanto pagato in virtù di quella solidarietà; peraltro, trattasi di responsabilità a titolo principale (nel senso che manca la sussidiarietà che imporrebbe al preventiva escussione dell'operatore) proprio per la sua funzione di garanzia dei diritti della Comunità, radicata nel chiaro disposto dell'art. 96.2 Reg. 92/2913-Codice Doganale Comunitario (applicabile nella specie perché entrato in vigore prima dei fatti): “*...anche uno spedizioniere o un destinatario che accetti le merci sapendo che sono soggette al regime del transito comunitario sono tenuti a presentarle intatte all'ufficio doganale di destinazione nel termine fissato e a rispettare le misure di identificazione prese dalle autorità doganali*”, con la conseguente assunzione di tutte le relative responsabilità per il pagamento dei dazi e delle altre imposte.

La piena responsabilità dello spedizioniere, non suscettibile di riduzione a causa dell'entità del suo compenso, trova giustificazione anche nelle norme del Codice Doganale Comunitario che individuano il presupposto dell'obbligazione doganale ed i responsabili: l'obbligazione doganale sorge, ai sensi dell'art. 204.1, lett. b), in seguito all'inosservanza di una delle condizioni stabilite per il vincolo di una merce ad un determinato regime doganale (nella fattispecie il transito per la dogana di destinazione e l'uscita dal territorio doganale comunitario); il debitore è individuato dall'art. 204.3 “*nella persona tenuta, secondo il caso, ad adempiere gli obblighi che, per una merce soggetta a dazi all'importazione, derivano ...dall'utilizzazione del*

regime doganale cui la merce è stata vincolata”, cioè nella figura dell’obbligato principale e del suo spedizioniere (tenuto, ai sensi dell’art. 96.2 citato, al rispetto di tutti gli obblighi connessi al transito comunitario); l’esistenza di eventuali coobbligati (persone che hanno sottratto o collaborato alla sottrazione della merce al controllo doganale, art. 203.3) non comporta alcun beneficio di sussidiarietà o di preventiva escussione a favore degli obbligati principali individuati dall’art. 96 (si veda quanto deciso dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza 5 ottobre 1983 nelle cause riunite C-186-187/82: “secondo le norme comunitarie vigenti in materia doganale, la sottrazione, ad opera di terzi, anche senza colpa del debitore, di merce soggetta a dazio doganale non estingue la relativa obbligazione”).

La piena responsabilità dello spedizioniere trova ulteriore conferma nei principi più volte affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di responsabilità degli operatori commerciali: vedasi la nota sentenza della Corte di Giustizia CE 17/7/97-C 97/95, confermata, da ultimo, dalla sentenza del 9 marzo 2006, nella causa C-293/04 tra Beemstrboer Coldstore Services & Inspecteur der Belastingdienst – Douanedistrict Arnhem, secondo cui: “è pacifico che la Comunità non è tenuta a sopportare le conseguenze pregiudizievoli dei comportamenti scorretti dei fornitori degli importatori (sentenza Pascoal & Filhos, cit., punto 59)”; ancora, le sentenze del Tribunale di I grado CEE – sez. III – 9 giugno 1998 in cause riunite T-10/97 e T-11/97 Unifrigo Gadus s.r.l., ai punti 62-63, e della Corte di Giustizia – sez. II – 26 novembre 1998 in causa C-379/96 Covita AVE: “... tocca agli operatori economici adottare, nell’ambito dei loro rapporti contrattuali, i provvedimenti necessari per premunirsi contro i rischi di un’azione di recupero (sent. Corte 14 maggio 1996 in cause riunite C153/94 e C-904194 Faroe Seafood e a., Racc. pag. I-2465, punto 114; e 17 luglio 1997 causa C-97/95, Pascoal & Filhos, Racc. pag. I-4209, punto 60)”.

– Sul secondo quesito, concernente l’art. 11-bis, comma 2, Reg. 87/1062: ad avviso del Governo italiano la questione è irricevibile, per i motivi già esposti in relazione alla prima parte del primo quesito, nei par. 6-7; la questione è, altresì, irricevibile per l’inammissibilità del motivo di ricorso in Cassazione (come già eccepito nel corso del giudizio, v. controricorso e memoria, all. 9-10), perché trattasi di eccezione non ritualmente proposta dalla ditta opponente (proposta, cioè, solo in sede di comparsa conclusionale di secondo grado e non con l’originario atto di opposizione, in violazione del principio del contraddittorio) e che non può essere presa in considerazione dal Giudice italiano: poiché lo scopo della rimessione *ex art. 234 Trattato* – come dianzi rilevato – è quella di risolvere una *questione pregiudiziale* per la decisione di una causa dinanzi alla Autorità Giudiziaria di uno Stato membro, qualora quella questione non sia *pregiudiziale* perché non ammissibile nel giudizio *a quo* la sua rimessione alla Corte di Giustizia non è ammissibile (rileviamo che l’eccezione è stata già accolta dalla Corte d’Appello e non ancora esaminata dalla Cassazione che ha ritenuto di poter preliminarmente ricorrere all’art. 234 Tr., laddove avrebbe dovuto prima decidere sulla sua ammissibilità).

La questione, tuttavia, è mal posta, atteso che, nella versione dell'art. 49.2 Reg. 92/1214 in vigore al momento dei fatti di causa, concerne una prescrizione prevista dal Legislatore comunitario a carico della sola dogana di provenienza (atteso che concerne *"la notificazione di cui al paragrafo 1"*, cioè da parte dell'*ufficio di partenza*" come dedotto nel precedente par. 12) ed a condizione che *"non possa accertarsi il luogo dell'infrazione o dell'irregolarità"* (condizione che nella specie non ricorre, come precisato nel precedente par. 11), con tutte le conseguenze dedotte dianzi in merito al primo quesito e che qui si richiamano integralmente, ivi compresi il riferimento all'art. 366.2 Reg. 93/2454 ed alla sentenza 14 novembre 2002, C-112/01.

Peraltro, la questione è irrilevante nel giudizio *a quo*, come eccepito dall'Amministrazione Finanziaria nelle sue difese, e quindi *irricevibile* ai sensi e per i fini dell'art. 234 Trattato, perché nell'invito di pagamento rivolto alla M. & M. (in data 8 agosto 1995, all. 4) era fatta espressamente salva la facoltà di cui all'art. 11-*bis* paragrafo 2: *"si invita ... a pagare ... entro tre mesi dalla data di ricezione del presente invito, a meno che, entro il medesimo termine, codesta ditta possa dimostrare la regolare presentazione alla Dogana di destinazione dei documenti T1 in questione."*

– Sul terzo quesito, concernente la competenza dell'ufficio doganale ai sensi dell'art. 215, par. 1, Reg. 92/2913/CEE: la Cassazione chiede se la competenza dell'Ufficio doganale ad emettere l'invito a pagamento dei dazi evasi ed a curare la successiva procedura di riscossione debba essere determinata ai sensi della seconda parte o della terza parte di detto paragrafo; innanzitutto, si deve precisare che il testo dell'art. 215 a cui fa riferimento la Cassazione è quello modificato dall'art. 1 Reg. CE 13/4/1999 n. 955, mentre quello vigente all'epoca dei fatti era strutturato in termini formali diversi (con la distribuzione sui primi tre paragrafi di quanto raggruppato nel primo paragrafo della nuova versione), anche se con l'affermazione di principi sostanzialmente coincidenti.

Ad ogni buon conto è inutile ricercare eventuali differenze fra le due versioni della norma, atteso che la competenza dell'ufficio doganale per il recupero dei diritti evasi in occasione di operazioni di transito comunitario è dettagliatamente regolata dall'art. 34, par. 1-2, Reg. n. 90/2776 del Consiglio del 17 settembre 1990, relativo al transito comunitario, e che costituisce la normativa speciale regolante la materia, restato in vigore fino al 31 dicembre 1993 (essendo stato sostituito dall'art. 378.3 Reg. 93/2454, entrato in vigore il 1° gennaio 1994) e quindi applicabile ai fatti di causa; ai sensi del citato art. 34, par. 1-2, *"l'azione per il recupero dei dazi e degli altri diritti ed imposte...è posta in essere"* dallo Stato membro ove è stata commessa o accertata l'infrazione, quindi nella specie dallo Stato italiano ove è stata accertata l'infrazione (si vedano le indagini della Guardia di Finanza-SVAD più volte citate); solo nel caso in cui *"non è possibile stabilire il luogo dell'infrazione o dell'irregolarità"* il par. 3 attribuisce la competenza all'ufficio di partenza o di passaggio; significativa è, poi, la disposizione contenuta nel comma 3 del par. 3 del cit. art. 34, ove si dispone che *"Se, prima della scadenza del termine di tre anni a decorrere dalla data di registrazione della"*

dichiarazione T1, è possibile determinare lo Stato membro in cui la suddetta infrazione o irregolarità è stata effettivamente commessa [caso che ricorre nella specie], tale Stato membro procede, conformemente alle disposizioni comunitarie o nazionali, al recupero dei dazi ed altri diritti e imposte” (tale disposizione è confermata nell’art. 378.3 Reg. 93/2454, entrato in vigore successivamente ai fatti); ai sensi delle disposizioni richiamate, quindi, *la competenza nella specie deve essere attribuita alla Dogana italiana, in relazione al luogo in cui è stata commessa e, comunque, accertata l’infrazione alla disciplina del transito comunitario; il riferimento all’art. 215 Reg. 92/2913, sia pure formalmente errato, non scalfisce queste conclusioni, atteso che detta principi sostanzialmente identici.*

Per tutti i motivi esposti, si conclude perché codesta Corte di Giustizia, nel caso ritenga ricevibili i quesiti, voglia così rispondere:

1. al primo quesito, prima parte, ed al secondo quesito: a) *i termini di cui all’art. 49.1-2 Reg. 92/1214 non possono trovare applicazione in tutti i casi in cui l’appuramento è oggettivamente avvenuto, anche se con documenti falsi, e comunque non possono trovare applicazione nei confronti ed a danno dell’amministrazione doganale competente in relazione al luogo in cui l’irregolarità è stata scoperta – diversa da quella di provenienza – che agisce per il recupero dei dazi evasi; b) l’importo di un’obbligazione doganale sorta a seguito di un’infrazione o di un’irregolarità commessa in occasione di una spedizione effettuata in regime di transito comunitario esterno può essere riscosso dall’ufficio di partenza o da quello in cui l’infrazione è stata commessa o accertata, nei confronti di tutti gli obbligati, compreso lo spedizioniere, anche ove il detto ufficio non abbia notificato all’obbligato principale, entro la fine dell’undicesimo mese successivo alla data di registrazione della dichiarazione di transito comunitario, che tale spedizione non è stata presentata all’ufficio di destinazione e che il luogo dell’infrazione o dell’irregolarità non può essere accertato, e non gli abbia concesso il termine di tre mesi per fornire eventuali elementi di prova (ai sensi dell’art. 49.1-2 Reg. 92/1214 e dell’art. 379.1-2 Reg. 93/2454 nel testo vigente prima della modifica di cui al Reg. 2787 del 2000).*

2. Al primo quesito, seconda parte: *ai sensi dell’art. 96.2 Reg. 92/2913-Codice Doganale Comunitario lo spedizioniere che accetti le merci sapendo che sono soggette al regime del transito comunitario è tenuto a tutti gli obblighi relativi e risponde del pagamento dei dazi e delle altre imposte derivanti dalle irregolarità delle operazioni, senza che possa invocare limitazioni in virtù del principio di proporzionalità.*

3. Al terzo quesito: *ai sensi dell’art. 34, par. 1-2, Reg. n. 90/2776 del Consiglio del 17 settembre 1990 e dell’art. 378.3 Reg. 93/2454, entrato in vigore il 1° gennaio 1994, l’azione per il recupero dei dazi e degli altri diritti ed imposte evasi in occasione di operazioni di transito comunitario è posta in essere dallo Stato membro ove è stata commessa o accertata l’infrazione (nella specie, correttamente, dallo Stato italiano ove quella infrazione è stata accertata). (...).*

Roma, 10 agosto 2006

Avvocato dello Stato Giuseppe Albenzio».

Cause riunite C-231/06, C-232/06 e C-233/06 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Direttiva 19 dicembre 1978, 79/7/CEE – Regimi pensionistici – Contributi di regolarizzazione – Ordinanze del 10 maggio 2006, depositate il 22 maggio 2006, promosse dalla *Cour du travail* di Bruxelles (Belgio) (cs.28210/06, avv. dello Stato W. Ferrante).

I QUESITI

1.- Quanto ai contributi di regolarizzazione (art. 4 del regio decreto 25 giugno 1997 che introduce l'art. 16 *ter*, § 2), se la direttiva 19 dicembre 1978, 79/7/CEE debba essere intesa come diretta ad autorizzare l'adozione, da parte di uno Stato membro, di una normativa che consente a una categoria di persone di un determinato sesso, in origine discriminata, di beneficiare del regime di pensione applicabile alla categoria di persone dell'altro sesso, dietro il pagamento retroattivo di contributi (pagamento in unica soluzione di un capitale elevato) prescritti, ai sensi della legislazione applicabile in detto Stato, a favore di quest'ultima categoria di persone.

In caso di risposta affermativa, se la direttiva 19 dicembre 1978, 79/77CEE non debba essere intesa come diretta ad esigere che uno Stato membro adatti la normativa contraria alle disposizioni della menzionata direttiva qualora con una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee si sia constatato tale conflitto di norme e, quanto meno, entro il termine di prescrizione applicabile al credito contributivo scaturito dall'adozione di tale normativa.

2.- Quanto agli interessi di mora (art. 4 del regio decreto 25 giugno 1997 che introduce l'art. 16 *ter*, § 4, terzo comma), se la direttiva 79/7/CEE debba essere intesa come diretta ad autorizzare l'adozione, da parte di uno Stato membro, di una normativa che consente a una categoria di persone di un determinato sesso, in origine discriminata, di beneficiare del regime di pensione applicabile alla categoria di persone dell'altro sesso, dietro il pagamento di considerevoli interessi di mora prescritti, in forza della legislazione applicabile in detto Stato, a favore di quest'ultima categoria di persone.

In caso di risposta affermativa, se la direttiva 19 dicembre 1978, 79/77CEE non debba essere intesa come diretta ad esigere che uno Stato membro modifichi la normativa contraria a tale disposizione qualora con una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee si sia constatato tale conflitto di norme e, quanto meno, entro il termine di prescrizione applicabile agli interessi di mora scaturiti dall'adozione di tale normativa.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano ritiene che al primo quesito vada data risposta positiva, in quanto deve ritenersi che l'eccezionale retroattività di un atto comunitario, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere, debba essere temperata, da un lato, con i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto, dall'altro, con le norme interne in materia di prescrizione, come esposto nella sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2005, causa C-376/02, *Goed Wonen*.

La direttiva 79/7/CEE del Consiglio, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, trova il proprio fondamento nell'art. 119 del Trattato che sancisce il principio della parità di retribuzione, a parità di lavoro, senza alcuna discriminazione fondata sul sesso.

Con la sentenza del 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka, la Corte di giustizia ha chiarito che il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile previsto dal citato art. 119 del Trattato, stante il riferimento a "tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente", deve estendersi anche al regime pensionistico applicabile.

Ciò premesso, va ricordato che, a norma dell'art. 4 n. 1 della direttiva 79/7/CEE, il principio di parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione, direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in relazione a) all'applicazione del regime previdenziale, b) all'obbligo di versare i contributi e al calcolo degli stessi, c) al calcolo e alla durata delle prestazioni previdenziali.

Dal canto suo, l'art. 5 della direttiva citata prevede che gli stati membri adottino le misure necessarie affinché siano soppresse le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio di parità di trattamento. Il termine per tale adempimento è fissato in sei anni dall'articolo 8 della direttiva ed è andato a scadere il 23 dicembre 1984.

In attuazione della predetta direttiva, il Belgio ha adottato il regio decreto 27 giugno 1980 che ha modificato il regime preesistente, in vigore dal 1 gennaio 1964, in base al quale il personale di bordo dell'aviazione civile, *ad eccezione delle hostess di volo*, usufruiva di un regime previdenziale più favorevole, quanto alle pensioni di anzianità e di reversibilità, rispetto al regime di diritto comune degli altri dipendenti.

Con il citato regio decreto 27 giugno 1980, anche alle hostess è stato esteso, per il futuro, il regime previdenziale derogatorio di maggior favore previsto per gli assistenti di volo di sesso maschile mentre per il periodo dal 1 gennaio 1964 al 31 dicembre 1980 le predette hostess sono rimaste assoggettate, con riferimento all'importo dei contributi e a quello della pensione, al regime di diritto comune.

Successivamente, a seguito di alcune sentenze della *Cour du travail* di Bruxelles, che avevano ritenuto non correttamente recepita la direttiva 79/7/CEE non essendo stata prevista una disciplina transitoria, è stato adottato il regio decreto 25 giugno 1997 che ha compiutamente garantito la parità di trattamento tra i sessi, consentendo anche alle *hostess* che avevano prestato servizio prima dell'entrata in vigore del regio decreto 27 giugno 1980 la fruizione di una pensione analoga a quella prevista per il personale maschile di bordo, prevedendo la possibilità di una regolarizzazione retroattiva della posizione contributiva, per il periodo compreso tra il 1 gennaio 1964 e il 31 dicembre 1980, mediante il versamento, da parte delle *hostess*, *in unica soluzione*, dei contributi che avrebbero dovuto essere corrisposti qualora il regime previdenziale alle stesse applicabile fosse stato identico a quello degli *stuarths*, oltre gli interessi *calcolati al tasso annuale del 10%*.

La nuova normativa è stata adottata anche alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1986, causa C-71/85, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* che ha ritenuto non attuata nel suo complesso la direttiva 79/7/CEE da parte dell'Olanda, che si era limitata ad abrogare la norma incompatibile senza adottare una disciplina transitoria, non potendo lo stato membro richiamarsi al potere discrezionale di cui dispone nella scelta dei mezzi e della forma per raggiungere il risultato voluto dalla direttiva per negare sostanzialmente qualsiasi efficacia alle disposizioni volte ad assicurare la parità di trattamento in materia di previdenza sociale.

Ciò posto, appare pacifico che qualora un lavoratore richieda, come nel caso di specie, l'applicazione retroattiva di un regime pensionistico più favorevole, lo stesso non possa esimersi dal versamento dei contributi che avrebbero dovuto essere corrisposti ove fosse stato applicato quel regime previdenziale nel periodo considerato. Tale principio è stato chiaramente affermato dalle sentenze della Corte di giustizia del 28 settembre 1994, causa C-128/93, *Fisscher e del* del 24 ottobre 1996, causa C-435/93, *Dietz*, ove è stato precisato che il lavoratore non può pretendere, in particolare sul piano finanziario, un trattamento più favorevole di quello di cui avrebbe goduto se gli fosse stato applicato il regime previdenziale previsto per l'altro sesso.

D'altro canto, lo stesso giudice remittente osserva che si produrrebbe all'inverso una discriminazione ai danni del personale di sesso maschile qualora le hostess potessero beneficiare del loro stesso trattamento pensionistico omettendo il pagamento dei contributi da questi versati.

I dubbi sollevati dalla *Cour du travail* si appuntano invece sulle modalità di versamento dei contributi arretrati previste dalla legge belga, che richiede la corresponsione in unica soluzione di un capitale di ingente entità per una persona pensionata.

In proposito, va rilevato che il regio decreto del 25 giugno 1997, per assicurare la piena attuazione della direttiva 79/7/CEE, ha eccezionalmente conferito efficacia retroattiva alla stessa nonostante, in linea di massima, il principio della certezza del diritto osti a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, come affermato dalle sentenze della Corte di giustizia del 11 luglio 1991, causa C-368/89, *Crispoltoni e del* del 29 aprile 2004, cause riunite C-487/01 e C-7/02, *Gemeente Leusden e Holin Groep*.

Va ricordato infatti che sia la sentenza della Corte del 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber* in materia di regimi pensionistici di deroga convenzionale, sia la sentenza della Corte del 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne*, che ha riconosciuto per la prima volta l'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato, hanno limitato nel tempo gli effetti dalle stesse derivanti onde evitare il rischio di gravi inconvenienti che sarebbero potuti conseguire dalla loro applicazione retroattiva a rapporti giuridici pregressi costituiti secondo buona fede, limitando la possibilità degli interessati di avvalersi della disposizione, così come interpretata, allo scopo di rimettere in discussione rapporti giuridici sorti nel passato. Nella sentenza *Barber*, in particolare, la Corte ha precisato che altrimenti *l'equilibrio finanziario* di

numerosi regimi pensionistici avrebbe rischiato di essere retroattivamente sconvolto.

Alla luce di quanto sopra, appare conforme al diritto comunitario la legge belga che, pur consentendo l'applicazione retroattiva della direttiva 79/7/CEE – a decorrere da un'epoca addirittura anteriore all'8 aprile 1976 (data di deposito della citata sentenza Defrenne che ha affermato la diretta applicabilità dell'art. 119 del Trattato), avendo le hostess invocato la ricostruzione della loro posizione contributiva a decorrere, rispettivamente, dal 1966, dal 1963 e dal 1966 – subordini la regolarizzazione della posizione contributiva al pagamento di un capitale in unica soluzione.

Va infatti considerato che mentre il personale di volo di sesso maschile ha versato mensilmente i contributi durante la vita lavorativa attiva e quindi senza che sussistesse un contemporaneo obbligo dell'ente previdenziale di corrispondergli la pensione, le hostess delle tre cause principali, ormai già collocate in quiescenza, pretenderebbero di rateizzare i contributi, che avrebbero dovuto pagare nel passato, percependo invece *immediatamente* la pensione maggiorata della relativa integrazione. Appare evidente che in tal caso l'equilibrio finanziario dell'ente previdenziale rischierebbe di essere seriamente compromesso.

Si osserva inoltre che la normativa interna in tema di prescrizione può costituire un limite, in virtù del principio di certezza del diritto, all'applicazione retroattiva di una norma comunitaria.

La giurisprudenza formatasi in materia nell'ordinamento italiano ha affermato l'impossibilità di regolarizzare l'omesso versamento dei contributi in riferimento ai periodi per i quali la possibilità di effettuare e richiedere tale versamento è prescritta in quanto, nella materia previdenziale, il regime della prescrizione è sottratto alla disponibilità delle parti sicché deve escludersi l'esistenza di un diritto soggettivo degli assicurati a versare i contributi previdenziali prescritti e, una volta decorso il termine, la prescrizione opera di diritto, con la conseguenza che, rispondendo essa ad interessi generali, è rilevabile anche d'ufficio e non ne è consentita la rinuncia da parte dell'interessato (Corte di cassazione, sezione lavoro, del 4 giugno 2003 n. 8888).

L'ordinamento italiano prevede però, con l'art. 13 della legge del 18 agosto 1962 n. 1338, la facoltà per il lavoratore di costituire una rendita vitalizia in caso di omissioni contributive non più sanabili per intervenuta prescrizione, mediante il versamento di un importo calcolato in relazione all'età, alla retribuzione, alla durata del periodo da regolarizzare e all'anzianità contributiva, a prescindere dalle circostanze di carattere oggettivo e soggettivo che hanno dato causa al verificarsi dell'evento estintivo (Corte di cassazione, sezione lavoro, del 15 giugno 2001 n. 8089).

L'istituto della rendita vitalizia proprio dell'ordinamento italiano, che la giurisprudenza interna ha ritenuto pienamente legittimo, appare simile al sistema di regolarizzazione in unica soluzione previsto dalla legge belga che sembra contemperare l'interesse della lavoratrice ad ottenere una pensione in tutto assimilabile a quella del lavoratore di sesso maschile, che abbia presta-

to la medesima attività lavorativa, con l'interesse generale dell'equilibrio finanziario degli enti previdenziali.

Sempre in relazione all'ordinamento italiano, va inoltre ricordato un caso particolare di regolarizzazione contributiva, disciplinato dal regime transitorio della normativa sulla previdenza ed assistenza in favore degli avvocati (leggi 20 settembre 1980 n. 576 e 2 maggio 1983 n. 175) al fine di ottenere la retrodatazione dell'iscrizione alla cassa forense, che prevede espressamente il versamento dei contributi in unica soluzione, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla comunicazione della delibera di accoglimento della domanda del professionista. La Corte di cassazione, con sentenza del 9 luglio 2004 n. 12777, ha ritenuto che in mancanza del tempestivo pagamento dei contributi, con la predetta modalità, il professionista deve considerarsi decaduto irrimediabilmente dal diritto di vedersi riconosciuta l'iscrizione alla cassa anche per il periodo anteriore.

Deve quindi concludersi per la piena conformità ai principi comunitari di parità di trattamento di cui all'art. 119 del Trattato, da contemperarsi con il principio di pari rango di certezza del diritto, la legge belga che preveda la regolarizzazione di contributi prescritti mediante versamento in unica soluzione.

In merito al secondo quesito, il Governo italiano ritiene che allo stesso debba darsi risposta negativa, atteso che il tasso degli interessi previsto dalla legge belga per la regolarizzazione contributiva, pari al 10%, è superiore al tasso di interesse legale applicabile agli interessi di mora ed è ampiamente superiore al tasso bancario, rendendo così ingiustificatamente oneroso per la lavoratrice l'esercizio del diritto volto a regolarizzare la propria posizione contributiva al fine di ottenere il medesimo trattamento previdenziale goduto dal lavoratore che abbia svolto la medesima attività.

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso di ritenere che la direttiva 19 dicembre 1978, 79/7/CEE autorizzi l'adozione, da parte di uno Stato membro, di una normativa che consenta a una categoria di persone di un determinato sesso, in origine discriminata, di beneficiare del regime di pensione applicabile alla categoria di persone dell'altro sesso, dietro il pagamento retroattivo di contributi prescritti in unica soluzione.

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso di ritenere che la direttiva 19 dicembre 1978, 79/7/CEE non autorizzi l'adozione, da parte di uno Stato membro, di una normativa che consenta a una categoria di persone di un determinato sesso, in origine discriminata, di beneficiare del regime di pensione applicabile alla categoria di persone dell'altro sesso, dietro il pagamento di interessi prescritti al tasso del 10%, superiore al tasso legale previsto in tale Stato per gli interessi di mora ed ampiamente superiore al tasso bancario.

Roma, 21 settembre 2006

Avvocato dello Stato Wally Ferrante».

Causa C-242/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Accordo di associazione CEE/Turchia (12 settembre 1963) e Protocollo addizionale (Trib. 1973/30) – Libera circolazione dei lavoratori tra gli Stati membri della Comunità e la Turchia – Decisioni del Consiglio di associazio-

ne n. 2/76 e n. 1/80 – Legislazione olandese su ammissione e soggiorno degli stranieri – Ordinanza del *Raad van State* (Consiglio di Stato olandese) notificata il 27 luglio 2006 (cs. 30968/06, avv. dello Stato W. Ferrante).

IL FATTO

Il ricorrente, cittadino turco, è entrato in Olanda il 12 settembre 2000 e ha chiesto il rilascio di un permesso di soggiorno per abitare presso il coniuge olandese, permesso che gli è stato concesso in data 14 dicembre 2000, con validità fino al 2 ottobre 2001, successivamente prorogata fino al 2 ottobre 2002.

Il ricorrente ha svolto attività di lavoro subordinato presso diversi datori di lavoro dal 25 marzo 2001 al 21 aprile 2001; dal 2 maggio 2001 al 17 giugno 2001; dal 18 settembre 2002 al 30 ottobre 2002; dal 20 gennaio 2003 al 2 marzo 2003 e dal 17 marzo 2003 al 19 dicembre 2003.

Il 10 febbraio 2003, una volta che la validità del permesso di soggiorno era già scaduta, lo straniero ha chiesto una nuova proroga ma tale richiesta non è stata presa in esame dal Ministro per gli affari degli stranieri e l'integrazione olandese in quanto il ricorrente non aveva provveduto al pagamento dei diritti per la trattazione della domanda, pari a € 169.

Ai sensi della legge olandese del 23 novembre 2000, entrata in vigore il 1 aprile 2001, la domanda di proroga della durata di un permesso di soggiorno presentata oltre il termine di validità è equiparata ad una domanda di rilascio del permesso; comunque, se è presentata entro sei mesi dalla scadenza, come nel caso di specie, la domanda è esaminata alla luce dei requisiti richiesti per la prosecuzione del soggiorno. In attesa della decisione sulla domanda, lo straniero ha diritto di rimanere in Olanda.

Nella fattispecie, però, a decorrere dalla scadenza del permesso di soggiorno in data 2 ottobre 2002 fino al momento della presentazione della domanda di proroga in data 10 gennaio 2003, *il soggiorno dello straniero è stato irregolare*.

Sia in tale periodo, che in quello successivo alla presentazione della domanda, fino alla decisione sulla stessa, la legge olandese *fa inoltre divieto allo straniero di svolgere attività lavorativa*, invece svolta dal ricorrente.

In base alla legge olandese, qualora venga omesso il pagamento dei diritti per la trattazione della domanda, questa non viene presa in esame. In proposito, il ricorrente lamenta che l'obbligo di corrispondere tali diritti sarebbe in contrasto con l'art. 13 della decisione n. 1/80 del Consiglio di Associazione CEE-Turchia, istituito con l'Accordo di Associazione sottoscritto il 12 settembre 1963 tra gli Stati membri della CEE e la Turchia, che vieta nuove restrizioni alle condizioni d'accesso all'occupazione dei lavoratori.

Inoltre, si duole del fatto che, per i cittadini comunitari, è previsto il pagamento di un importo inferiore, pari a € 30, a titolo di diritti per il rilascio di un documento di soggiorno.

I QUESITI

1.a.– Se l'art. 13 della decisione n. 1/80, relativa allo sviluppo dell'associazione, alla luce dei punti 81 e 84 della sentenza 21 ottobre 2003, cause riunite C-317/01 e C-369/01, Abatay e Sahin (*Racc. pag. I-12301*), debba

essere interpretato nel senso che può far valere tale disposizione uno straniero, cittadino turco, che si sia attenuto alle regole per il primo ingresso e il soggiorno nel paese e che nel periodo dal 14 dicembre 2000 al 2 ottobre 2002 abbia regolarmente svolto attività di lavoro subordinato presso diversi datori di lavoro, ma che tuttavia non abbia richiesto entro i termini la proroga del periodo di validità del permesso di soggiorno rilasciatogli, cosicché dopo la scadenza di tale permesso e all'epoca della domanda di proroga dello stesso, secondo il diritto nazionale, non si trovava in una situazione di soggiorno regolare e non era neppure autorizzato a svolgere attività lavorative nel paese.

1.b.– Se per la soluzione della questione 1.a. abbia rilevanza la circostanza che una domanda di proroga, presentata dallo straniero oltre i termini, che sia stata ricevuta entro sei mesi dalla scadenza del periodo di validità di tale permesso di soggiorno, pur essendo equiparata, secondo il diritto nazionale, ad una domanda di concessione del primo permesso di soggiorno, viene esaminata alla luce dei requisiti posti per consentire la prosecuzione del soggiorno e che lo straniero può attendere nel paese la decisione su tale domanda.

2.a.– Se il termine «restrizione» di cui all'art. 13 della decisione n. 1/80 debba essere interpretato nel senso che in esso rientra l'obbligo di pagamento di diritti – relativi alla trattazione di una domanda di proroga della validità di un permesso di soggiorno – dovuti da un cittadino turco rientrante nell'ambito di applicazione della decisione n. 1/80, diritti il cui mancato pagamento comporta che la sua domanda non è presa in esame, a norma dell'art. 24, n. 2, della Vw 2000.

2.b.– Se sia diversa la soluzione della questione 2a. nel caso in cui l'importo dei diritti non superi i costi della trattazione della domanda.

3.– Se l'art. 13 della decisione n. 1/80, che mira a dare attuazione al Protocollo aggiuntivo all'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, in combinato disposto con l'art. 59 del detto Protocollo, debba essere interpretato nel senso che l'importo dei diritti dovuti per la trattazione di una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno ovvero per la proroga dello stesso (che all'epoca dei fatti ammontavano a EUR 169 per lo straniero) non possa superare per i cittadini turchi rientranti nell'ambito di applicazione della decisione n. 1/80 l'importo dei diritti (EUR 30) esigibili nei confronti dei cittadini della Comunità europea per la trattazione di una domanda di verifica alla luce del diritto comunitario e di rilascio dei documenti di soggiorno a questo collegati (vedi art. 9, n. 1, della direttiva 68/360/CEE, rispettivamente art. 25, n. 2, della direttiva 2004/38/CE).

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo italiano ritiene che al primo quesito vada data risposta negativa, presupponendo l'applicazione dell'art. 13 della decisione n. 1/80 l'esistenza di una “situazione regolare quanto al soggiorno e all'occupazione”.

Innanzitutto, occorre premettere che ai sensi dell'art. 2, n. 1 dell'*Accordo di associazione concluso il 12 settembre 1963 tra la CEE e la Turchia*, l'Accordo medesimo ha lo scopo di promuovere un rafforzamento

continuo ed equilibrato delle relazioni commerciali ed economiche tra le parti contraenti, tenendo conto della necessità di assicurare un più rapido sviluppo dell'economia turca ed il miglioramento del livello dell'occupazione e del tenore di vita del popolo turco.

Tale obiettivo viene perseguito mediante la realizzazione *graduale* della libera circolazione dei lavoratori (art. 12), nonché mediante l'eliminazione delle restrizioni alla libertà di stabilimento (art. 13) e alla libera prestazione dei servizi (art. 14) al fine di facilitare successivamente l'adesione della Turchia alla Comunità (art. 28).

Il 23 novembre 1970 è stato inoltre sottoscritto un Protocollo addizionale, che costituisce parte integrante dell'Accordo di associazione, che, per quanto rileva nella presente causa, stabilisce all'art. 41 n. 1 che "Le parti contraenti si astengono dall'introdurre tra loro nuove restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi" e all'art. 59 il principio secondo il quale "nei settori coperti dal presente protocollo, la Turchia non può beneficiare di un trattamento più favorevole di quello che gli Stati membri si accordano reciprocamente in virtù del trattato che istituisce la Comunità".

Alla luce di tale principio, il cittadino turco non può fruire, in base all'Accordo tra la CEE e la Turchia, di maggiori garanzie rispetto a quelle che assistono i cittadini comunitari nei loro reciproci rapporti in ordine al diritto di soggiorno in un altro Stato membro, che deriva dal diritto di accedere al mercato del lavoro.

Non viene invece affermato il contrario e cioè che gli Stati membri della Comunità non possano accordare ai cittadini comunitari un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato ai cittadini turchi.

Il 19 settembre 1980, il Consiglio di associazione, istituito dall'Accordo di associazione CEE-Turchia, emanava la decisione n. 1/80. Ai sensi dell'art. 6 di tale decisione: "1. Fatte salve le disposizioni dell'articolo 7, relativo al libero accesso dei familiari all'occupazione, il lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro ha i seguenti diritti:

– rinnovo, in tale Stato membro, dopo un anno di regolare impiego, del permesso di lavoro presso lo stesso datore di lavoro, se dispone di un impiego;

– candidatura, in tale Stato membro, ad un altro posto di lavoro, la cui regolare offerta sia registrata presso gli uffici di collocamento dello Stato membro, nella stessa professione, presso un datore di lavoro di suo gradimento, dopo tre anni di regolare impiego, fatta salva la precedenza da accordare ai lavoratori degli Stati membri della Comunità;

– libero accesso, in tale Stato membro, a qualsiasi attività salariata di suo gradimento, dopo quattro anni di regolare impiego.

2. Le ferie annuali e le assenze per maternità, infortunio sul lavoro o malattia di breve durata sono assimilate ai periodi di regolare impiego. I periodi di involontaria disoccupazione, debitamente constatati dalle autorità competenti e le assenze provocate da malattie di lunga durata, pur senza essere assimilate a periodi di regolare impiego, non pregiudicano i diritti acquisiti in virtù del periodo di impiego anteriore".

Ciò premesso, quanto al quesito *sub* 1a, è pacifico che il ricorrente non ha mai acquisito lo *status* di lavoratore dipendente ai sensi dell'art. 6 della decisione n. 1/80, avendo sempre lavorato per brevi periodi, con soluzione di continuità e presso diversi datori di lavoro.

Il giudice del rinvio ha quindi ipotizzato l'inquadramento della posizione del ricorrente nell'ambito applicativo dell'art. 13 della predetta decisione, in base al quale "*Gli Stati membri della Comunità e la Turchia non possono introdurre nuove restrizioni sulle condizioni d'accesso all'occupazione dei lavoratori e dei loro familiari che si trovino sui loro rispettivi territori in situazione regolare quanto al soggiorno e all'occupazione*".

In proposito, va sottolineato che la sentenza della Corte 11 maggio 2000, causa C-37/98, Savas ha chiarito la portata delle due clausole di "*standstill*" di cui all'art. 41 n. 1 del Protocollo addizionale e all'art. 13 della decisione n. 1/80, affermando, per quanto attiene al citato art. 41 n. 1, che tale disposizione non è di per se tale da far sorgere, in favore di un cittadino turco, il diritto di stabilimento, né il diritto di soggiorno direttamente derivanti dalla normativa comunitaria.

La Corte ha infatti precisato che le disposizioni relative all'Associazione CEE-Turchia non incidono sul potere degli Stati membri di disciplinare tanto l'ingresso nel proprio territorio dei cittadini turchi quanto le condizioni della loro prima occupazione bensì si limitano a disciplinare la posizione dei lavoratori turchi già regolarmente integrati nello Stato membro ospitante in ragione dell'esercizio legale di un'attività lavorativa per un determinato periodo, *conformemente alle condizioni previste dall'art. 6 della decisione n. 1/80, che, si è detto, non ricorrono nel caso del Sig. S.*

Al punto 59 della stessa sentenza Savas, la Corte ha affermato inoltre che i lavoratori turchi, contrariamente ai cittadini degli Stati membri, non hanno il diritto di circolare liberamente all'interno della Comunità ma fruiscono solo di taluni diritti nello Stato membro ospitante nel cui territorio sono entrati legalmente e hanno svolto una regolare attività lavorativa durante un determinato periodo.

In proposito, va ricordato che l'attività lavorativa svolta dal ricorrente dopo la scadenza del permesso di soggiorno (2 ottobre 2002) è stata espletata *illegalmente* posto che la legge olandese, pur consentendo allo straniero di rimanere sul territorio nazionale nelle more del rilascio di una proroga del permesso di soggiorno – da intendersi come rilascio di un permesso *ex novo* – fa divieto allo stesso di svolgere in tale periodo un'attività lavorativa, dovendosi comunque considerare il suo soggiorno *irregolare*.

Pertanto, quanto affermato dalla sentenza Savas in ordine all'efficacia diretta della clausola di "*standstill*" di cui all'art. 41 n. 1 del Protocollo addizionale, che imporrebbe allo Stato membro di astenersi dall'adozione di misure restrittive a decorrere dall'entrata in vigore di detto Protocollo addizionale (23 novembre 1970) – interpretazione estesa anche alla portata della clausola di "*standstill*" di cui all'art. 13 della decisione n. 1/80, con effetto dalla sua entrata in vigore il 1 dicembre 1980 – non sembra potersi applicare alla fattispecie in esame, atteso che il ricorrente ha interrotto il suo "*rego-*

lare soggiorno”, omettendo di chiedere la proroga di validità del relativo permesso prima della sua scadenza e non può al contempo vantare una situazione di *“regolare occupazione”*, considerato che ha prestato la propria attività lavorativa, nel periodo successivo al 2 ottobre 2002, nonostante la legge olandese glielo vietasse espressamente.

Non ricorre quindi alcuno dei due presupposti per invocare l’applicazione dell’art. 13 della decisione n. 1/80, che preclude agli Stati membri della Comunità e alla Turchia di adottare nuove restrizioni alle condizioni di accesso all’occupazione dei lavoratori, quali potrebbero essere, in linea di mera ipotesi, i diritti da corrispondere per la trattazione della domanda di proroga del permesso di soggiorno, previsti dalla legge olandese del 23 novembre 2000, successiva sia all’entrata in vigore del Protocollo addizionale, sia a quella della decisione n. 1/80.

Il predetto art. 13 richiede infatti che i lavoratori *“si trovino sui loro rispettivi territori in situazione regolare quanto al soggiorno e all’occupazione”* ; in proposito, secondo la sentenza della Corte del 21 ottobre 2003, cause riunite C-317/01 e C-369/01, Abatay e Sahin, da tale formulazione emerge che un cittadino turco può beneficiare della clausola di *“standstill” solo se abbia rispettato la normativa dello Stato membro ospitante in materia di ingresso, di soggiorno e, eventualmente, lavoro, e se pertanto si trovi legittimamente nel territorio dello Stato* (punto 84), ipotesi, come si è detto insussistente nel caso di specie.

Le competenti autorità nazionali possono dunque legittimamente adottare, anche successivamente all’entrata in vigore della decisione n. 1/80, provvedimenti più incisivi nei confronti dei cittadini turchi che versino in una situazione irregolare (cfr. in tal senso la citata sentenza Abatay e Sahin, punto 85).

La predetta sentenza della Corte Abatay e Sahin è stata pronunciata in ordine ad un caso di autotrasportatori turchi, i quali, *muniti di un regolare visto per ogni loro soggiorno in Germania*, effettuavano trasporti internazionali di merci e si trovavano a transitare nel territorio tedesco per periodi estremamente limitati, al solo scopo di trasportare e scaricare merci provenienti dalla Turchia e senza alcuna finalità di *“progressiva integrazione”* nel mercato del lavoro tedesco.

Il giudice del rinvio chiede quindi alla Corte di stabilire se, alla luce dell’interpretazione fornita dalla predetta sentenza (punto 117), l’art. 13 della decisione n. 1/80 sia applicabile alla fattispecie, atteso che le diverse attività lavorative svolte dal ricorrente sono senz’altro finalizzate ad una *“progressiva integrazione”* nel mercato del lavoro olandese.

A tale quesito non può che risponderci negativamente in quanto anche ammettendo che una progressiva integrazione vi sia stata, va escluso, come si è già detto, che il ricorrente si trovi in una *“situazione regolare quanto al soggiorno e all’occupazione”*, requisito che potevano invece vantare gli autotrasportatori della sentenza Abatay e Sahin e che è espressamente richiesto dall’art. 13 della decisione n. 1/80.

Quanto al quesito *sub 1b*, non può assumere alcun rilievo, per giungere all’opposta conclusione dell’applicabilità dell’art. 13 della decisione n. 1/80, il

fatto che lo straniero abbia chiesto la proroga del suo permesso di soggiorno *entro sei mesi* dalla sua scadenza, il che gli consente semplicemente di rimanere nel territorio dello Stato in attesa dell'esito della domanda, che verrà esaminata alla luce dei requisiti richiesti per consentire la prosecuzione del soggiorno.

Ciò non toglie che, in tale periodo, vi è il divieto di svolgere un'attività lavorativa subordinata, divieto che non è stato rispettato dal ricorrente, e che vi è comunque stata un'interruzione del "regolare soggiorno", con conseguente violazione, sotto un duplice profilo, della normativa nazionale in materia di soggiorno e di accesso al lavoro.

Dalla risposta negativa al primo quesito, deriva la non necessità di rispondere al secondo e al terzo quesito, subordinati alla ritenuta applicabilità dell'art. 13 della decisione n. 1/80 (p. 11 dell'ordinanza di rinvio).

Il Governo Italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che l'applicazione dell'art. 13 della decisione n. 1/80 presuppone l'esistenza di una "situazione regolare quanto al soggiorno e all'occupazione", che non sussiste nell'ipotesi di un cittadino turco che non abbia chiesto entro i termini la proroga del periodo di validità del permesso di soggiorno, cosicché, secondo il diritto nazionale, all'epoca della domanda di proroga, egli non si trovava in una situazione di soggiorno regolare e non era autorizzato a svolgere attività lavorativa nel paese.

Quanto al secondo e al terzo quesito, il Governo Italiano ritiene che la risposta agli stessi sia assorbita dalla risposta negativa al primo quesito.

Roma, 7 ottobre 2006

Avvocato dello Stato Wally Ferrante».

Causa C-257/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Art. 28 del Trattato Ce – Direttive 76/768/CEE e 93/35/CEE – Legge n. 713/86 – Libera circolazione delle merci – Restrizioni quantitative alle importazioni e misure di effetto equivalente – Denominazione di prodotti cosmetici da immettere sul mercato intracomunitario – Ordinanza n. 10712/06 della Corte di Cassazione, Sezione Seconda Civile (Italia), emessa in data 10 maggio 2006 e notificata in data 27 luglio 2006 (ct. 30225/06, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

La questione oggetto del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione italiana concerne la conformità ai principi desumibili dall'art. 28 Trattato e dall'art. 7 Direttiva 76/768/CEE dell'obbligo imposto dall'art. 10, comma 8, della legge 713/1986, come modificato dall'art. 9, comma 4, del decreto legislativo 126/1997, che – come già detto – pone a carico degli importatori di prodotti cosmetici l'onere di comunicare alle Autorità nazionali e regionali competenti in materia di sanità i dati necessari per individuare le ditte produttrici e la composizione delle merci.

La Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere sulla impugnazione proposta da una ditta importatrice avverso la sentenza del Tribunale di Parma che aveva rigettato la sua opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione emessa dal Sindaco del Comune di Parma per violazione dall'obbligo sud-

detto e conseguente irrogazione della sanzione pecuniaria prevista; la Corte ha, pertanto, sollevato la questione pregiudiziale, attesa la rilevanza della interpretazione della legge nazionale in senso conforme alla normativa comunitaria per la risoluzione della controversia.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

« L'art. 28 del trattato CE – come è noto – vieta fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente e, in materia di prodotti cosmetici, la direttiva 76/768/CEE prevede che gli stati membri non possano, per motivi inerenti alle esigenze contenute nella stessa direttiva, rifiutare, vietare o limitare l'immissione sul mercato dei prodotti cosmetici conformi alle disposizioni della direttiva.

L'art. 10, comma 8, della legge 713/1986, come modificata dal D.Lgs. 127/1997, prevede che gli importatori intracomunitari di prodotti cosmetici in confezioni pronte, debbano comunicare, ai fini dell'immissione in commercio degli stessi prodotti, oltre ai dati identificativi della ditta, anche l'elenco completo delle sostanze impiegate e di quelle contenute nel prodotto cosmetico.

Tale previsione appare rispettosa dei principi dettati dalla normativa comunitaria; la tutela della libera circolazione delle merci, sancita in generale dal Trattato CE, infatti, non può prevalere rispetto alla necessità di salvaguardare il supremo valore della salute, e questo è in linea con la stessa disposizione contenuta nel comma 3 dello stesso articolo della direttiva comunitaria citata, ove si prevede che: *“per rendere possibile, nei casi di alterazione della salute, un trattamento medico pronto ed adeguato, ogni Stato membro può esigere che informazioni appropriate e sufficienti sulle sostanze utilizzate nei prodotti cosmetici, siano rese note all'autorità competente, la quale garantisce che dette informazioni vengano usate unicamente a scopo di trattamento medico”*.

Inoltre, la semplice comunicazione alle autorità competenti delle sostanze impiegate nel prodotto cosmetico, ai soli fini di eventuali trattamenti medici che si dovessero rendere necessari, non può essere considerata una limitazione all'immissione sul mercato di tali prodotti per due ordini di motivi che si espongono di seguito.

In primo luogo, è opportuno precisare che l'art. 10 della Legge 713/1986 prevede il solo onere, da parte degli importatori intracomunitari, di comunicare dati che rientrano nell'immediata disponibilità degli operatori e che non necessitano di alcuna elaborazione o ricerca ed inoltre prevede che detta comunicazione debba avvenire almeno 30 giorni prima dell'inizio dell'attività di importazione dei prodotti, senza, quindi, che l'inizio dell'attività di vendita venga subordinata al rilascio di un nulla osta da parte delle stesse autorità.

In secondo luogo, si sottolinea che i dati così ottenuti risultano indispensabili per consentire alle Autorità competenti, nella specie al Ministero della Salute ed alla Regione, di risalire, in caso di segnalazione di reazione avversa (per cause legate ad allergie o ad altre patologie), ai detentori delle infor-

mazioni del *dossier* tecnico che, ove necessario, deve essere messo a disposizione dei sanitari per consentire un trattamento medico pronto ed adeguato e per consentire altresì di individuare i prodotti che, pur non essendo oggetto di specifica segnalazione di reazione avversa, presentino caratteristiche analoghe, nella composizione e nel modo di impiego, tali da rendere pertanto necessaria una valutazione particolare sul piano della prevenzione di eventuali rischi per i soggetti che utilizzano il prodotto.

Si osserva, inoltre, che l'art. 28 del Trattato CE non osta ad una normativa nazionale che imponga alcuni oneri per l'ingresso delle merci sul territorio del Paese qualora tale disposizione trovi applicazione anche nei confronti dei produttori interni e si evidenzia, a tal proposito, che il comma 6 dello stesso articolo 10 della Legge di cui si tratta, prevede che i produttori nazionali, per la produzione di prodotti cosmetici, debbano presentare ulteriori dati in aggiunta alle informazioni richieste agli operatori intracomunitari.

Per tutti i motivi esposti, si conclude perché codesta Corte di Giustizia voglia così rispondere al quesito posto: *l'obbligo imposto agli importatori intracomunitari di prodotti cosmetici dall'art. 10, comma 8, della legge 713/1986, come modificato dall'art. 9, comma 4, del decreto legislativo 126/1997 (di comunicare al Ministero della Sanità ed alla Regione la denominazione delle ditte produttrici e l'elenco delle sostanze impiegate e contenute nei prodotti da immettere sul mercato), è conforme al principio di libera circolazione dei prodotti cosmetici provenienti da Paesi membri dell'Unione Europea, come desumibili dall'art. 28 Trattato e dall'art. 7 Direttiva 76/768/CEE.*

Roma, 26 settembre 2006 Avvocato dello Stato Giuseppe Albenzio».

Causa C-263/06 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Corretta individuazione della operazione cui fare riferimento al fine della applicazione del dazio *antidumping* istituito con decisione della Commissione n. 67/94/CECA – Ordinanza n. 13313/06 della Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, emessa in data 30 marzo – 7 giugno 2006 e notificata in data 27 luglio 2006 (ct. 28821/06, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

La questione oggetto del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione italiana concerne la individuazione del presupposto negoziale cui fare riferimento per l'accertamento del prezzo della merce sul quale applicare il dazio *antidumping*, nel caso l'operatore che presenta la merce in dogana abbia in precedenza acquistato la stessa merce da altra ditta (nella specie di nazionalità cipriota), con una operazione di rivendita allo Stato estero che aveva la funzione di alzare il prezzo esposto ed eludere la normativa *antidumping*; la Dogana italiana ha preso in considerazione il prezzo del primo contratto di acquisto e non di quello intermedio.

Prima di passare alla esposizione delle considerazioni in diritto, è opportuno riassumere i fatti di causa, succintamente esposti nell'ordinanza della

Cassazione: lo spedizioniere doganale A. C. (S. S.r.l.), in nome e per conto della "C. e D." S.r.l., presentava alla Dogana di Molfetta la dichiarazione per l'importazione di una partita di kg. 2.676.800 di ghisa per fonderia di origine russa e provenienza ucraina; la dichiarazione e lo sdoganamento avvenivano successivamente all'acquisto, da parte di detta società, della partita di ghisa dalla società CMP S.p.a. di Genova; poiché sulle importazioni di ghisa ematite originarie dal Brasile, Polonia, Russia ed Ucraina con decisione n. 67/94/CECA della Commissione del 12 gennaio 1994 era stato istituito un dazio *antidumping* provvisorio pari alla differenza tra 149 ECU per tonnellata ed il prezzo franco frontiera comunitaria – dazio da non corrispondersi, in tutti i casi in cui quest'ultimo fosse stato inferiore –, le merci venivano rilasciate con la procedura del daziato sospeso (la dichiarazione era infatti corredata di un certificato di origine ritenuto dalla Dogana non valido e di una fattura pro-forma n. 38 del 6 giugno 1994, emessa dalla CMP S.p.a., con la indicazione di un prezzo di vendita – CIF Molfetta non sdoganato – di 151 ECU per tonnellata, ritenuto non attendibile al fine di stabilire se ricorressero o meno le condizioni di applicazione del dazio *antidumping*).

La società importatrice, su richiesta della Dogana, produceva la fattura originale proveniente dalla Russia, emessa dalla ditta O. E. (CY) in favore della CMP; da tale documento contabile emergeva che la CMP, prima di vendere il carbone alla soc. "C. e D.", lo aveva acquistato dalla ditta cipriota per il prezzo di 130,983 ECU per tonnellata; questa ultima fattura della ditta O. E. era presa in considerazione dalla Dogana al fine del confronto fra il prezzo minimo di importazione (pari a 149 ECU per tonnellata) e quello del franco confine comunitario (130,983 ECU per tonnellata): appariva fin troppo evidente che la rivendita della merce allo stato estero, prima dello sdoganamento effettuato dalla CMP alla soc. C. e D. aveva proprio il fine di rendere inoperanti le previste misure *antidumping*.

Il provvedimento con il quale la Dogana richiedeva il totale dei diritti dovuti e non corrisposti, in conseguenza dell'applicazione del dazio *antidumping*, per l'importo di £. 77.269.470, era impugnato dalla società C. e D. dinanzi al Tribunale, che respingeva l'opposizione, e dinanzi alla Corte d'Appello, che confermava la sentenza di primo grado; quest'ultima sentenza era impugnata con ricorso in Cassazione in data 12 giugno 2003 e la Corte Suprema di Cassazione rimetteva, quindi, alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 Trattato Ce, la questione pregiudiziale formulata nell'ordinanza 13313/06.

IL QUESITO

Se, secondo i principi del diritto doganale comunitario, ai fini dell'applicazione di un dazio *antidumping*, quale quello istituito con la decisione della Commissione n. 67794/CECA, l'autorità doganale possa far riferimento al prezzo di una vendita delle stesse merci, precedente a quella sulla cui base è stata resa la dichiarazione in dogana, allorché il compratore sia un soggetto comunitario o, comunque, la vendita sia avvenuta per l'importazione nella Comunità.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA

«Il Governo della Repubblica italiana, anche nell'interesse dell'Amministrazione delle Finanze, interviene nel giudizio per formulare le osservazioni che seguono, al fine di sostenere la correttezza della interpretazione data alle norme comunitarie in discussione dai giudici del Tribunale e della Corte d'Appello di Bari e la conseguente legittimità dei provvedimenti adottati dai competenti uffici doganali italiani per il recupero dei dazi *antidumping* evasi nei confronti della soc. C. e D. s.r.l. e richiesti con il verbale di accertamento 16 luglio 1994.

Per determinare il momento di insorgenza dell'obbligo di versare il dazio di cui è causa occorre prendere a riferimento: a) l'art. 1 della decisione n. 67/94/CECA che prevede l'istituzione di un dazio *antidumping* provvisorio: "2- *L'importo del dazio è pari alla differenza di prezzo di 149 ECU/t (CIF non sdoganato) e il valore doganale dichiarato, ogniqualvolta quest'ultimo sia inferiore al prezzo minimo di importazione. 3- Si applicano le disposizioni in vigore in materia di dazi doganali. 4- L'immissione in libera pratica del prodotto di cui al paragrafo 1 è subordinata alla costituzione di una garanzia equivalente all'importo del dazio provvisorio*"; b) l'art. 1 della decisione n. 1751/94/CECA che prevede l'istituzione del dazio *antidumping* definitivo: "2- *L'importo del dazio è pari alla differenza tra il prezzo di 149 ECU/t e il valore riconosciuto in dogana (franco frontiera comunitaria), ogniqualvolta tale valore sia inferiore al prezzo suindicato. 3 - (...). 4- Si applicano le disposizioni vigenti in materia di dazi doganali.*"

Nel caso di specie si è verificata l'elusione di detta normativa in quanto la soc. CPM non ha acquistato direttamente il carbone dalla Russia ma da un intermediario cipriota e lo ha poi rivenduto alla soc. C. e D.; tale fase prodromica all'operazione di sdoganamento non può essere ignorata perché ciò che rileva non è il prezzo corrisposto dall'importatore per l'acquisto della merce, bensì il prezzo che la merce aveva al momento del suo ingresso oggettivo nel circuito comunitario (che coincide con il momento in cui la merce viene acquistata presso il proprietario estero), a prescindere dall'identità dei soggetti che quell'ingresso hanno determinato, atteso che il presupposto dell'obbligazione tributaria è la destinazione al consumo entro il territorio doganale che, per quanto qui interessa, non può non coincidere con l'acquisto della ghisa da parte della CMP dalla ditta cipriota.

Ciò è coerente proprio con la *ratio* della normativa *antidumping*, poiché il pregiudizio che si vuole evitare al mercato comunitario non si realizza soltanto con la concreta immissione nel territorio nazionale di merci sottocosto ma anche favorendo ingiustificatamente un operatore economico nazionale che acquista dette merci ad un prezzo inferiore rispetto agli altri operatori nazionali che risulterebbero comunque danneggiati; argomentare diversamente significherebbe dare un'interpretazione eccessivamente formalistica della normativa in questione che si presterebbe ad una serie indiscriminata di abusi ed elusioni, come si è – per fortuna, infruttuosamente – tentato di fare nel caso in esame, allorché la soc. CMP ha acquistato al prezzo di 130 ECU

dall'intermediario cipriota la merce che poi ha rivenduto ad un prezzo maggiorato ad altro operatore comunitario.

In ogni caso, è proprio la normativa specifica ad essere chiara in tal senso, poiché nella formulazione definitiva contenuta nella decisione n. 1751/94/CECA viene abbandonato il riferimento al "*valore doganale dichiarato*" e si preferisce utilizzare l'espressione "*valore riconosciuto in dogana (franco frontiera comunitaria)*": ciò significa che il dazio antidumping si applica al prezzo netto franco frontiera comunitaria, cioè al prezzo CIF Molfetta; tale CIF esclude eventuali dazi, spese di trasporto, franco fabbrica, rivendite interne, spese accessorie e risulta, perciò, dalla fattura n. 64/67 emessa dalla ditta O. E. di Cipro.

Si osserva, ancora, che l'art. 29 del Codice Doganale Comunitario stabilisce che il valore in dogana è "*il valore di transazione, cioè il prezzo effettivamente pagato*": la soc. C. e D. pretenderebbe di forzare il chiaro dettato normativo sopra richiamato alla luce di tale disposizione, con l'effetto di sostituire il "*valore riconosciuto in dogana*" con il prezzo effettivamente pagato dallo stesso e dimostrare così l'infondatezza della pretesa amministrativa.

Sulla base di questa corretta lettura dell'art. 29 C.D.C. si può dare risposta al quesito posto dalla Corte di Cassazione italiana circa la interpretazione dell'art. 147 del Regolamento (CEE) n. 2454/93 in merito alla possibilità di dichiarare come valore doganale un prezzo relativo ad una vendita anteriore all'ultima (sulla cui base le merci sono state introdotte nel territorio doganale comunitario) anche da parte della Dogana in virtù dell'art. 29 del Codice doganale comunitario.

La risposta non può che essere positiva, alla luce delle considerazioni sopra esposte sul diritto-dovere della Amministrazione doganale di accertare l'effettivo valore di transazione ai fini del calcolo dei dazi, individuato nel prezzo effettivamente pagato o da pagare quando le merci siano vendute per l'esportazione a destinazione del territorio doganale della Comunità, senza rilevanza per le rivendite anteriori all'immissione in libera pratica che abbiano concorso ad influenzare il prezzo finale, come è confermato anche dalla citata Decisione n. 1751/94/CECA della Commissione del 15 luglio 1994 (che commisura il dazio *antidumping* in misura "*pari alla differenza tra il prezzo di 149 ECU/t ed il valore riconosciuto in dogana (franco frontiera comunitaria), ogniquale volta tale valore sia inferiore al prezzo suindicato*").

Per tutti i motivi esposti, si conclude perché codesta Corte di Giustizia voglia così rispondere al quesito posto: a) *ai sensi dell'art. 29 del Codice Doganale Comunitario, il valore da prendere in considerazione per l'applicazione dei dazi doganali è il valore di transazione, cioè il prezzo effettivamente pagato franco frontiera comunitaria*; b) *ai fini dell'applicazione di un dazio antidumping – quale quello istituito con la decisione della Commissione n. 67/94/CECA – l'Autorità Doganale può far riferimento al prezzo di una vendita delle stesse merci precedente a quella sulla cui base è stata resa la dichiarazione in dogana, allorché il compratore sia un soggetto comunitario o, comunque, la vendita sia avvenuta per l'importazione nella Comunità.*

Roma, 20 settembre 2006 Avvocato dello Stato Giuseppe Albenzio».

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Competenza territoriale e inapplicabilità dell'art. 11 c.p.p. ai giudizi di cassazione sull'irragionevole durata del processo

(Corte di Cassazione, sezione prima civile, ordinanza 22 luglio 2005 n. 15482)

Con l'ordinanza annotata n. 15482/05, la Suprema Corte, ha ritenuto che la non "distrettualità" della collocazione della Corte di cassazione nell'ambito dell'ordinamento dei giudici ordinari rende inapplicabile la regola speciale di cui all'art. 3 della legge 89/01 ed il relativo richiamo al criterio di cui all'art. 11 c.p.p.

La Corte d'appello di Perugia era stata adita ai sensi della legge 89/01 per ottenere la corresponsione dell'equa riparazione per effetto del superamento del termine ragionevole di un giudizio promosso innanzi al Tribunale del Lavoro di Siena, in relazione alla fase svoltasi innanzi alla Corte di cassazione.

Avverso il decreto della Corte d'appello di Perugia – che aveva declinato la propria competenza, affermando la competenza della Corte d'appello di Genova ai sensi dell'art. 11 c.p.p., richiamato dall'art. 3 legge 89/01 – il ricorrente aveva proposto ricorso per regolamento di competenza, assumendo che, proprio ai sensi dell'art. 3 legge 89/01, in ragione della collocazione "romana" della Corte di cassazione, la competenza territoriale doveva rinvenirsi nella Corte d'appello di Perugia.

La Suprema Corte non ha condiviso tali conclusioni.

L'inapplicabilità del criterio di collegamento di cui al citato art. 11 c.p.p. era stata già affermata dalla Suprema Corte con riferimento ai casi di irragionevole durata di processi incardinati innanzi ai giudici amministrativi, che non sono ripartiti in "distretti", ripartizione territoriale – cui fa riferimento la predetta norma – propria dei soli giudici ordinari – ad eccezione appunto dei giudici della Corte di cassazione – con conseguente applicazione dell'ordinario criterio di cui all'art. 25 c.p.c., che disciplina il foro della pubblica amministrazione (Cass. n. 11300/04; *id.* n. 2565/04; *id.* n. 7721/03; *id.* n. 1653/03).

Nel precedente da ultimo citato (sez. I, ord. 4 febbraio 2003 n. 1653) la Corte di cassazione si era soffermata su un caso di irragionevole durata di un processo svoltosi innanzi al Consiglio di Stato, ritenendo non estensibili i criteri di individuazione della competenza territoriale stabiliti dall'articolo 3, comma 1 della legge n. 89/2001, con riferimento all'articolo 11 c.p.p., ad organi giurisdizionali che, sotto il profilo organizzativo e delle funzioni concretamente esercitate, operino in un ambito che eccede quello distrettuale proprio delle Corti d'appello, con la conseguenza che i magistrati amministrativi e i magistrati delle Corti Supreme non possono essere considerati come "appartenenti al distretto", dovendosi concludere che, con tale espressione il legislatore abbia inteso riferirsi unicamente ai giudici ordinari che esercitano le funzioni nell'ambito del distretto di Corte d'appello. Tali principi sono stati successivamente ribaditi con altre pronunce della Suprema Corte (cfr. Cass. ord. 17 settembre 2003 n. 13727; *id.* ord. 10902/03).

Anche prima dell'entrata in vigore della c.d. legge Pinto, peraltro, la Corte di cassazione aveva avuto modo di affermare l'inapplicabilità dell'art. 11 c.p.p. ai magistrati della Corte di cassazione in relazione a giudizi promossi ai sensi dell'art. 4 legge 117 del 13 aprile 1988 sulla responsabilità civile dei magistrati, in quanto la deroga ai criteri ordinari di radicamento della competenza "*non è autorizzata dalla lettera della norma, la quale, con le parole 'ufficio compreso', adotta un'espressione tecnica dell'ordinamento giudiziario, rivolta ad identificare l'organo che si inserisca per funzioni all'interno di una determinata corte d'appello e, del resto, non trova supporto nella 'ratio legis', posto che l'esigenza di evitare anche semplici sospetti sull'autonomia e sulla serenità di valutazione del giudice chiamato a decidere non può essere compromessa dalla semplice vicinanza di sede con il giudice della cui responsabilità si discute, quando le attribuzioni del primo non presentino con le attribuzioni del secondo un collegamento particolare o più intenso rispetto a quello che si verificherebbe per ogni altro giudice*" (Cass. sez. I, 6 aprile 1996 n. 3243).

Ad ulteriore conferma di tale tesi pare militare la modifica apportata dall'art. 3 legge 2 dicembre 1998 n. 420 al citato art. 4 legge 117/1988, che non fa più riferimento all'"ufficio compreso nel distretto più vicino a quello cui apparteneva il magistrato al momento del fatto" bensì all'"ufficio compreso nella sede della corte d'appello", espressione che elimina ogni residuo dubbio in ordine all'inapplicabilità del criterio di collegamento a magistrati diversi dai giudici ordinari di merito.

Tale orientamento è stato successivamente ribadito dalla Suprema Corte in relazione ad altra disciplina speciale – anch'essa eccezionale rispetto alle regole che individuano la competenza territoriale in via ordinaria – contemplata dall'art. 30 *bis* c.p.c., introdotto dalla citata legge 420/1998, che prevede un foro derogatorio per le cause civili concernenti le restituzioni e il risarcimento del danno da reato (ambito così ridotto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 147 del 25 maggio 2004) in cui sono parti i magistrati, soltanto per la fase del giudizio di merito, senza estendere il proprio ambito di operatività al caso del magistrato parte del giudizio che eserciti le pro-

prie funzioni come consigliere di cassazione, allorché di fronte al giudice di legittimità sia proposta impugnazione, *“atteso che la previsione di un foro specifico derogatorio nella fase di merito per le cause in cui sia parte un magistrato che esercita le proprie funzioni nel distretto di corte d'appello in cui si trova l'ufficio giudiziario che sarebbe competente secondo le regole ordinarie, si fonda sul presupposto della esistenza nel nostro ordinamento di una pluralità di giudici di merito con eguale competenza per valore o per materia mentre tale presupposto della concorrente competenza non sussiste per la fase di legittimità, essendo unica la Corte di cassazione e dovendo d'altra parte essere assicurata al magistrato, come ad ogni altro cittadino, la possibilità di adire il giudice di legittimità”* (Cass., sez. III, 6 aprile 2001 n. 5146).

Peraltro, argomentando *a contrario*, la norma derogatoria introdotta con l'art. 11 *bis* c.p.p. (dalla medesima legge 420/98) che rinvia, per i magistrati appartenenti alla Direzione Nazionale Antimafia, alla disciplina di cui all'art. 11 c.p.p., sta a dimostrare che, poiché poteva dubitarsi dell'automatica estensibilità ai predetti magistrati della disciplina derogatoria, esercitando la D.N.A. le proprie funzioni su base territoriale nazionale, il legislatore ha ritenuto di prevedere espressamente per gli stessi l'applicabilità della predetta disciplina speciale.

Non essendo prevista una simile disposizione per i magistrati della Corte di cassazione o del Consiglio di Stato, non potranno quindi che applicarsi agli stessi le regole ordinarie del foro della pubblica amministrazione.

Un problema interpretativo, nell'individuazione del giudice competente, può porsi per i casi di domanda di equa riparazione relativa sia alle fasi di merito, che alla fase di legittimità. Si potrebbe in proposito sostenere che, laddove la durata irragionevole del processo sia addebitabile soprattutto alle fasi di merito dovrebbe trovare applicazione l'art. 11 c.p.p. mentre laddove l'eccessiva durata si sia verificata nella fase di legittimità sopperirebbe il criterio generale di cui all'art. 25 c.p.c.

Una tale soluzione sembra però difficilmente compatibile con l'esigenza che il criterio di individuazione del giudice competente prescinda e preesista all'esame del merito della controversia, esame che sarebbe inevitabile, sia pure a livello di semplice delibazione, se si dovesse preventivamente accertare a quale grado di giudizio sia maggiormente addebitabile il superamento del termine di durata ragionevole del processo. Sul punto, un intervento chiarificatore del Legislatore sarebbe tutt'altro che superfluo.

Quanto all'inapplicabilità dell'art. 11 c.p.p. ai giudizi *ex lege* 81/2001 relativi a processi innanzi ai tribunali amministrativi regionali – e correlativamente a quelli trattati dalle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei Conti – è stato rilevato che l'ambito di cognizione dei tribunali amministrativi regionali può non coincidere con quello dei singoli distretti di Corte d'appello, essendo esteso a tutto il territorio regionale mentre nella medesima regione possono esservi più Corti d'appello, come ad esempio per la regione Sicilia, in cui ve ne sono quattro (cfr. decreto della Corte d'appello di Caltanissetta del 21 dicembre 2001 che ha declinato la propria competen-

za in relazione ad un giudizio di equa riparazione afferente ad un processo instaurato innanzi al T.A.R. Sicilia – sede di Palermo).

Secondo la citata pronuncia, il fatto che l'art. 3 legge 89/2001 non abbia espressamente disciplinato il riparto territoriale della competenza in riferimento ai giudizi trattati in primo grado dai giudici amministrativi e dai giudici contabili appare frutto di una probabile dimenticanza del Legislatore, il quale non ha considerato la specialità della disciplina prevista dall'art. 11 c.p.p., che fa riferimento ad un'articolazione organizzativa territoriale assolutamente peculiare agli uffici giudiziari ordinari.

Peraltro, pur ritenendo che i giudici della Corte d'appello potrebbero essere esposti ad un possibile "condizionamento psicologico" anche in relazione a procedimenti nei quali l'oggetto della decisione verta sull'accertamento della tempestività dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei magistrati addetti al T.A.R. o alla Corte dei Conti istituiti nella stessa regione, il citato decreto della Corte d'appello di Caltanissetta ritiene non configurabile un'interpretazione estensiva dell'art. 3, comma 1 della legge Pinto, in quanto derogatoria al principio, di rilevanza costituzionale, del giudice naturale precostituito per legge e, come tale, non applicabile al di fuori dei casi ivi tassativamente previsti, conformemente alla regola di cui all'art. 14 delle preleggi.

La Suprema Corte, peraltro, aveva già avuto modo di affermare l'inapplicabilità dell'art. 11 c.p.p. ai processi penali in cui un magistrato amministrativo fosse imputato, persona offesa o danneggiata dal reato (Cass., sezione VI penale, 21 marzo 2000 n. 4027; *id.*, 2 dicembre 1999, Stara).

Sotto tale profilo, dunque, la pronuncia in commento sembra in linea con la giurisprudenza di legittimità intervenuta nella medesima materia ed in fattispecie analoghe, rispondenti alla medesima necessità di conciliare l'esigenza di indipendenza e di imparzialità della funzione giurisdizionale con il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, principio che peraltro dovrebbe essere strumentale alla salvaguardia della predetta indipendenza.

Avv. Wally Ferrante

Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 22 luglio 2005 n. 15482 – Pres. A. Saggio – Rel. L. Macioce – F.D. (avv.ti G. Rispoli e E. Colombo) c/ Ministero della Giustizia (cont. 10718/04, avv. dello Stato W. Ferrante).

« (*omissis*) Rilevato che con ricorso in data 17 aprile 2002 D. F. propose innanzi alla Corte di Appello di Perugia, e nel contraddittorio dell'Amministrazione della Giustizia, domanda di equa riparazione con riguardo alla irragionevole durata (circa un triennio) di un processo in cassazione instaurato per l'annullamento di un'ordinanza a suo tempo adottata dal Giudice del lavoro di Siena;

– che l'adita Corte, con decreto 17 dicembre 2003, sul rilievo della proposizione di richiesta afferente l'irragionevole durata di un processo instaurato innanzi a Giudice del distretto di Firenze e quindi della competenza *ex art. 3 c. 1 legge. 89/01* in capo alla Corte di Genova, in tal senso pronunziò, declinando la propria competenza;

– che con ricorso 18 febbraio 2004 il F. ha impugnato la declinatoria di cui al decreto notificatogli il 27 gennaio 2004 denunciando l'errore commesso con la mancata percezione della portata della doglianza *ex lege* 89/01, essa essendo incentrata sul solo giudizio di cassazione, con la conseguenza di dover collocare in Perugia (proprio ai sensi dell'art. 3 c. 1 legge 89/01 ed in ragione della collocazione romana della Cassazione) la competenza territoriale *de qua*;

– che con memoria *ex art.* 47 c.p.c., l'Avvocatura generale dello Stato, sul rilievo della inapplicabilità a giudice extradistrettuale quale è la Cassazione della regola di cui all'art. 3 c. 1 citato, ha affermato la competenza a conoscere della domanda in capo alla Corte romana secondo i criteri ordinari;

– che il requirente P.G. presso questa Corte regolatrice, nelle richieste 25 marzo 2005, ha condiviso tal ultima prospettazione affermando la pari competenza delle Corti di Firenze e di Roma;

– considerato che la statuizione declinatoria qui impugnata dal F. è certamente viziata dalla mancata individuazione del reale presupposto della pretesa indennitaria azionata in sede di merito, la irragionevole durata del giudizio di legittimità instaurato per la cassazione di provvedimento del tribunale del lavoro di Siena;

– che di converso non è condivisibile la prospettazione di competenza contenuta in ricorso, ben diverso dovendo essere il *decisum* di questa Corte regolatrice nel caso sottoposto;

– che appare al Collegio necessario richiamare in limine i principi dettati con riguardo alla applicazione delle regole ordinarie di competenza per le azioni *ex lege* 89/01 svolte a carico dell'Amministrazione per l'irragionevole durata di processi incardinati innanzi ai Giudici Amministrativi e contabili (Cass. 11300/04 - 2565/04 - 7721/03 - 1653/03), in tali casi, in assenza della collocazione "distrettuale" di tali Giudici, difettando il presupposto stesso per la applicazione della disciplina speciale di cui all'art. 3 c. 1 della legge del 2001 (disciplina eccezionale e quindi insuscettibile di applicazione analogica);

– che tali principi devono trovare applicazione anche nel caso - quale quello sottoposto - in cui l'irragionevole durata sia prospettata *a parte actoris* come avverata esclusivamente nel corso di processo in sede di legittimità;

– che la evidente non "distrettualità" della collocazione della Corte di Cassazione nell'ambito dell'ordinamento dei giudici ordinari, rende totalmente inapplicabile la regola speciale di cui all'art. 3 c. 1 della legge 89/01 (ed il relativo richiamo al criterio di cui all'art. 11 C.P.P.) ed invocabile l'ordinario criterio codicistico;

– che del resto il carattere "non distrettuale" dell'Ufficio della Corte di legittimità è stato a suo tempo sottolineato al fine di negare ingresso al criterio speciale di competenza di cui all'art. 4 c. 1 della legge 117/88 sulla responsabilità per dolo o colpa grave dei componenti della Cassazione (Cass. 3243/96);

– che infatti, sotto entrambi i distinti profili (la responsabilità civile del magistrato per errori commessi o la responsabilità *ex lege* dell'Amministrazione per l'irragionevole durata del processo) la peculiarità del ruolo istituzionale e la unicità della collocazione ordinamentale della Cassazione *rende ininvocabile la norma di garanzia della terzietà del Giudice* di cui alle citate disposizioni di legge e consente la tranquilla applicazione dei criteri ordinari di competenza;

– che, pertanto, avendo riguardo alla concorrenza di fori alternativi, sui quali spetterà all'attore in riassunzione effettuare la scelta irrevocabile del giudice competente, dovranno indicarsi come giudici competenti (*ex artt.* 20 e 25 c.p.c.) tanto la Corte di Roma (ivi essendosi realizzata, con la pronunzia della Cassazione del cui segmento processuale è stata dal

F. affermata la irragionevole durata, la fattispecie legale costitutiva dell'indennizzo *ex lege*) quanto la Corte di Firenze (città nella quale si individua il luogo di adempimento *ex art.* 1182 c. 4 c.c., in ragione della presenza della Sezione di Tesoreria Provinciale competente alla liquidazione in favore dell'attore F. *ex art.* 54 R.D. 2440/23 - 278 lett. D) - 287 R.D. 827/24);

– che in tal senso, condividendo le richieste dei P.G., si dichiara, compensandosi le spese tra le parti in considerazione della assoluta novità della questione di competenza sottoposta;

P.Q.M. la Corte di Cassazione, dichiara la competenza delle Corti di Appello di Roma e di Firenze e compensa tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso nella c.d.c. del 1 giugno 2005, in Roma».

La responsabilità della pubblica amministrazione per sinistro su strada statale.

(Corte di Cassazione, sezione terza civile, sentenza 20 febbraio 2006 n. 3651)

Con la sentenza che qui si segnala la Suprema Corte ritorna sulla *vexata quaestio* del tipo e dell'ambito della disciplina applicabile in caso di incidente avvenuto su strada pubblica, e della possibilità di configurarsi, al riguardo, una responsabilità, concorrente od esclusiva, dell'ente che della stessa e delle relative pertinenze è proprietario o custode.

Ormai definitivamente acquisita l'applicazione delle regole del diritto privato alla pubblica amministrazione, allorquando essa agisca *iure privatorum*, il Giudice di Legittimità qui si sofferma, in particolare, sull'applicabilità degli artt. 2043 e 2051 c.c. alla medesima, ripercorrendo l'evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza in argomento.

In un primo tempo (1) la Corte di Cassazione ha negato che potesse applicarsi la presunzione di responsabilità *ex art.* 2051 c.c. alla P.A. che non agisca discrezionalmente ma operi *iure privatorum*, indicando, tutt'al più, il referente normativo per l'inquadramento della relativa responsabilità nella regola generale di cui all'art. 2043 c.c.

Il secondo passaggio dell'*iter* giurisprudenziale (2) è costituito dall'elaborazione del concetto di insidia o trabocchetto, che si caratterizza, da un punto di vista oggettivo, per la non visibilità, e, da un punto di vista soggettivo, per la non prevenibilità.

La Corte di Cassazione perviene a considerare il trabocchetto "elemento sintomatico dell'attività colposa dell'amministrazione, ricorrente allorché la strada nasconde un'insidia non evitabile dall'utente con l'ordinaria diligenza", fino a definirlo "indice tassativo ed ineludibile della responsabilità dell'amministrazione" (3).

Tale concetto è stato quindi ricondotto ad elemento costitutivo dell'illecito aquiliano della P.A. ed è stato conseguentemente accollato al danneggiato sul piano probatorio, ai sensi dell'art. 2697 c.c.

Successivamente (4) la giurisprudenza di legittimità ha cominciato ad affermare, sia pure timidamente, l'assoggettamento della P.A. alla regola di cui all'art. 2051 c.c., circoscrivendone l'applicabilità ai beni demaniali o patrimoniali di non notevole estensione e non suscettibili di generalizzata e diretta utilizzazione da parte della collettività: si è, in questo modo, ritenuto

(1) Cass., 29 novembre 1966, n. 2806; Cass., 5 febbraio 1969, n. 385; Cass., 23 gennaio 1975, n. 260; Cass., 13 febbraio 1978, n. 671.

(2) Cass., 12 gennaio 1996, n. 191; Cass., 20 giugno 1997, n. 5539; Cass., 17 marzo 1998, n. 2850; Cass., 21 dicembre 2001, n. 16179; Cass., 8 novembre 2002, n. 15710.

(3) Cass., 1 dicembre 2004, n. 22592.

(4) Cass., 3 giugno 1982, n. 3392; Cass., 30 ottobre 1984, n. 5567; Cass., 27 gennaio 1988, n. 723; Cass., 21 maggio 1996, n. 4673; Cass., 22 aprile 1998, n. 4070.

che fosse impossibile richiedere alla P.A. un continuo ed efficace controllo idoneo ad impedire l'insorgere di cause di pericolo per i terzi in relazione a strade appartenenti allo Stato, in considerazione dell'uso generale e diretto consentito a chiunque e dell'estensione della rete (5).

Anche la Corte Costituzionale (6) ha avallato tale quadro interpretativo, affermando che la P.A. è responsabile nei confronti dei privati per difetto di manutenzione delle strade allorquando non abbia osservato le specifiche norme e le comuni regole di prudenza e diligenza poste a tutela dei terzi, in violazione del principio fondamentale del *neminem laedere*, superando con ciò il limite esterno della propria discrezionalità, con conseguente sua sottoposizione al regime generale di responsabilità dettato dall'art. 2043 c.c.

Nella stessa occasione il Giudice delle Leggi ha aggiunto che non viola il dettato costituzionale l'interpretazione dell'art. 2051 c.c. che ne esclude l'applicabilità alla P.A., allorché su bene di sua proprietà non sia possibile – per la notevole estensione di esso e le modalità d'uso, diretto e generale, da parte dei terzi – un continuo ed efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgere di cause di pericolo per gli utenti.

Successivamente a tale pronuncia del Giudice delle Leggi, le diversità interpretative in precedenza maturate sono tornate a riemergere.

Da un lato, infatti, si è ribadita (7) l'inapplicabilità della presunzione di responsabilità *ex art. 2051 c.c.* nei confronti della P.A. per quelle categorie di beni demaniali (come le strade pubbliche) oggetto di utilizzazione generale e diretta da parte dei terzi e si è ritenuto piuttosto preferibile applicare la regola generale di cui all'art. 2043 c.c.

Dall'altro lato, altra parte della giurisprudenza di legittimità, sollecitata dalla citata pronuncia del Giudice costituzionale, ha escluso (8) quell'automatismo per cui la ricorrenza delle caratteristiche *a)* della demanialità o patrimonialità del bene, *b)* dell'uso diretto della cosa, *c)* dell'estensione della medesima, esclude comunque l'applicabilità dell'art. 2051 c.c.

La Corte di Cassazione ha inaugurato, nella sentenza che qui si segnala, un indirizzo giurisprudenziale di mediazione tra i due indirizzi prevalenti, al seguito del quale la responsabilità *ex art. 2051 c.c.* per i danni conseguenti ad omessa od insufficiente manutenzione delle strade pubbliche, dalla quale la P.A. può liberarsi soltanto fornendo la prova del fortuito, si configura sia nelle ipotesi in cui la P.A. svolge una determinata attività sulla strada in custodia, sia ogni qualvolta non possa ravvisarsi l'oggettiva impossibilità dell'esercizio del suo potere di controllo sulla stessa a causa della notevole estensione del bene e del relativo uso generale da parte dei terzi.

(5) Cass., 28 ottobre 1998, n. 10759; Cass., 31 luglio 2002, n. 11366; Cass., 25 novembre 2003, n. 17907; Cass., 27 gennaio 2005, n. 1655; Cass., 7 febbraio 2005, n. 2410.

(6) Corte Cost., 1999, n. 156.

(7) Cass., 7 febbraio 2005, n. 2410.

(8) Cass., 13 gennaio 2003, n. 298; Cass., 15 gennaio 2003, n. 488; Cass., 1 ottobre 2004, n. 19653.

Tale oggettiva impossibilità non nasce da una presunzione ancorata alla qualità del bene, ma costituisce l'oggetto di un accertamento riservato al giudice.

Alla sentenza in esame va, però, il merito di fornire una compiuta elaborazione del tema dell'onere probatorio che grava sul danneggiato e della prova del fortuito che la P.A. deve dare al fine di liberarsi dalla presunzione su di essa gravante.

Le questioni esaminate dalla Corte possono così essere sintetizzate:

1. Presupposti applicativi del regime di responsabilità previsto dall'art. 2051 c.c.

La Corte di Cassazione individua, innanzitutto, i due presupposti applicativi dell'art. 2051 c.c. : la custodia e la derivazione del danno alla cosa.

La premessa di base è che, quale proprietaria delle strade pubbliche (art. 16, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F), la P.A. è soggetta all'obbligo di manutenzione e di custodia delle medesime, con conseguente operatività, nei suoi confronti, della presunzione di responsabilità *ex art. 2051 c.c.* in caso di omessa prevenzione e mancato impedimento del danno a terzi.

Per il Giudice di Legittimità, poi, il danneggiato che invochi la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. contro la P.A. ha l'onere di provare, secondo la regola generale in tema di responsabilità civile extracontrattuale, l'evento dannoso e l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento, e tale prova del nesso causale va ritenuta assolta con la dimostrazione che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta o assunta dalla cosa.

Incombe, allora, al presunto responsabile, ossia alla P.A., la prova della sua mancanza di colpa, in quanto la prova del danno da parte del danneggiato è di per sé indice della deviazione dal modello di condotta improntato ad adeguata diligenza, che avrebbe normalmente evitato il danno.

2. Natura giuridica della responsabilità del custode ex art. 2051 c.c.

Il Giudice di Legittimità, in questo quadro, affronta anche il tema della configurabilità della responsabilità del custode come responsabilità aggravata od oggettiva, accogliendo la prima soluzione sulla base della considerazione della sussistenza, nel caso di cui all'art. 2051 c.c., della prova liberatoria, ossia della prova che il danno si è verificato in modo non prevedibile, né superabile con l'adeguata diligenza.

Trattandosi di un'ipotesi di responsabilità aggravata e non oggettiva, la P.A., per liberarsi dalla presunzione gravante su di essa, deve dare la prova del fortuito, che si sostanzia nella prova di aver adottato, in relazione alle condizioni della cosa e alla sua funzione, tutte le misure idonee ad evitare il danno; nella prova che, pur essendosi mantenuto il comportamento diligente nel caso dovuto, il danno si è, ciononostante, verificato per un evento non prevedibile, né superabile con la diligenza adeguata in relazione alla natura della cosa e alle circostanze del caso concreto.

3. Prova liberatoria del fortuito ex art. 2051 c.c.

La prova del fortuito attiene, allora, al profilo della mancanza di colpa, e non a quello della mancanza del nesso causale, e si risolve sul piano del raffronto tra lo sforzo diligente nel caso concreto dovuto e la condotta mantenuta, cioè nella dimostrazione di aver mantenuto una condotta caratterizzata da assenza di colpa.

4. Configurabilità in capo alla P.A. del regime di responsabilità previsto dall'art. 2051 c.c. e rapporti tra art. 2051 c.c. e art. 2043 c.c.

Infine la Corte di Cassazione conclude con osservazioni generali sulla responsabilità speciale per custodia ex art. 2051 c.c. che risulta, a suo dire, non solo configurabile in capo alla P.A., ma senz'altro preferibile alla regola generale posta dall'art. 2043 c.c., in quanto si presta ad una migliore salvaguardia e ad un migliore bilanciamento degli interessi in gioco, in conformità ai principi dell'ordinamento giuridico e al sentire sociale.

Dott. Francesco Spada

Corte Suprema di Cassazione, sezione terza civile, sentenza 20 febbraio 2006, n. 3651

– Pres. G. Fiduccia – Rel. L. Scarano – P.M. F. Sorrentino – F. C. ed altri (Avv. D. Mangiola) c/ ANAS (Avv. dello Stato T. Varrone)

“(Omissis) *Svolgimento del processo* – Con atto di citazione notificato in data 13 settembre 1997, i sigg.ri C. F. e A. S. convenivano avanti al Tribunale di Reggio Calabria l’A.N.A.S., per ivi sentirlo condannare al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell’incidente stradale verificatosi il 23 gennaio 1995 (...).

Esponavano al riguardo che quel giorno il F., mentre percorreva la SS 183 alla guida dell’autovettura Fiat 127 di proprietà dello S., giunto all’imbocco del ponte “T.” andava a collidere contro il muretto di sostegno delimitante la carreggiata, e per effetto dell’impatto invadeva l’altra corsia di marcia per finire quindi contro la “spalletta” in muratura del suindicato ponte delimitante l’opposto lato della carreggiata, “spalletta” che non resisteva all’urto dell’autovettura, la quale pertanto precipitava nella sottostante scarpata andando completamente distrutta, mentre il F. riportava gravi lesioni.

Nella resistenza dell’ANAS l’adito Tribunale rigettava la domanda, con integrale compensazione delle spese di lite, escludendo in particolare l’applicabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c. alle cose «prive di un proprio dinamismo», e ravvisando nella condotta del F. la causa produttiva del danno, alla suddetta spalletta in muratura viceversa assegnando «nel determinismo dell’evento» un «ruolo meramente passivo di fronte ad una serie causale di per sé sola sufficiente a produrre l’evento dannoso innescata dall’azione colposa dell’attore», quest’ultima in ogni caso di tale preponderanza sul piano causale da interrompere il rapporto di causalità tra il danno ed eventuali altri antecedenti causali, tra cui l’omessa manutenzione del muro.

La domanda veniva rigettata anche sotto il profilo dell’art. 2043 c.c., nel ritenuto difetto della prova in ordine alla circostanza che il muro avrebbe retto all’urto laddove oggetto di diligente manutenzione.

Il gravame interposto dal F. e dallo S. (i quali si dolevano che il giudice di prime cure, nell’attribuire un ruolo meramente passivo alla “spalletta” in muratura del ponte in questione, avesse escluso l’applicabilità nel caso della presunzione di colpa sussistente ex art. 2051

c.c. in capo al custode; e contestavano che la detta opera muraria potesse considerarsi mera occasione e non già causa di produzione del danno, attese le condizioni di fatiscenza in cui esso era ridotto in ordine alle quali non era stata fornita la prova liberatoria – nella sua veste di proprietaria e custode – da parte dell'ANAS, ente in ogni caso responsabile *ex art.* 2043 c.c. in presenza di non integra ed idonea recinzione), nella resistenza di quest'ultima veniva dalla Corte d'Appello di Reggio Calabria rigettato con sentenza del 5 novembre 2001.

Avverso tale decisione i predetti ricorrono ora per cassazione sulla base di 2 motivi, illustrati da memoria.

Resiste l'ANAS con controricorso.

Motivi della decisione – (Omissis) Va anzitutto sottolineato che la norma dell'art. 2051 c.c., come del resto già da tempo posto in rilievo anche dalla migliore dottrina, contempla quali unici presupposti applicativi la custodia e la derivazione del danno dalla cosa.

La custodia consiste nel potere di effettiva disponibilità e controllo della cosa.

Custodi sono anzitutto i proprietari.

Quale proprietaria delle strade pubbliche (art. 16 L. 20 marzo 1865, n. 2248 All. F), l'obbligo di relativa manutenzione in capo alla P.A. discende non solo da specifiche norme [art. 14 cod. str.; per le strade ferrate: art. 8 d.P.R. 11 luglio 1980, n. 753 (v. Cass., 3 giugno 1991, n. 6231; v. anche Cass., 16 novembre 1998, n. 11532; Cass., 22 marzo 1996, n. 2487), e già l'art. 2 del regolamento di polizia ferroviaria emanato con R.D. 31 ottobre 1873, n. 1687; al riguardo v. Cass., 23 luglio 1991, n. 8244; Cass., 19 febbraio 1981, n. 1018; Cass., 23 giugno 1964, n. 1640); per le strade comunali e provinciali, art. 28 L. 20 marzo 1865, n. 2248 All. F; per i Comuni, art. 5 R.D. 15 novembre 1923, n. 2506] ma anche dal generale obbligo di custodia (v. Cass., 27 gennaio 1988, n. 723), con conseguente operatività nei confronti dell'ente della presunzione di responsabilità *ex art.* 2051 c.c. in caso di omessa prevenzione (v. Cass., 27 gennaio 2005, n. 1655; Cass., 26 febbraio 1994, n. 1947) e mancato impedimento del danno a terzi (v. Cass., 20 novembre 1998, n. 11749; Cass., 21 maggio 1996, n. 4673; Cass., 27 gennaio 1988, n. 723; Cass., 3 giugno 1982, n. 3392).

La situazione giuridica qualificante è da ravvisarsi pertanto nella particolare relazione del soggetto con la cosa, sia essa di fonte negoziale o legale.

Al riguardo il danneggiato, secondo la regola generale in tema di responsabilità civile extracontrattuale, è tenuto a dare la prova che il danno *deriva* dalla cosa (v. Cass., 18 luglio 1977, n. 3211).

Tale prova del nesso causale va peraltro ritenuta assolta con la dimostrazione che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta o assunta dalla cosa (v. Cass., 13 febbraio 2002, n. 2075; Cass., 16 febbraio 2001, n. 2331; Cass., 22 luglio 1987, n. 6407. V. anche Cass., 15 gennaio 2003, n. 488 -in motivazione-), in ragione di un processo in atto o una situazione determinatasi, ancorché provocati da elementi esterni (v. Cass., 20 luglio 2002, n. 10641; Cass., 28 marzo 2001, n. 4480; Cass., 22 aprile 1998, n. 4070; Cass., 8 aprile 1997, n. 3041; Cass., 1° marzo 1995, n. 2301; Cass., 26 febbraio 1994, n. 1947; Cass., 14 gennaio 1992, n. 347), che conferiscano cioè alla cosa quella che in giurisprudenza si è a volte indicata come «idoneità al nocumento»: v. Cass., 23 ottobre 1990, n. 10277). Non richiedendosi viceversa anche la prova dell'intrinseca dannosità o pericolosità (qualità viceversa rilevante per la diversa fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c.) della cosa medesima.

La derivazione del danno dalla cosa può essere peraltro dal danneggiato offerta anche per presunzioni, giacché la prova del danno è di per sé indice della sussistenza di un *risul-*

tato anomalo, e cioè dell'obiettiva deviazione dal modello di condotta improntato ad adeguata diligenza che avrebbe *normalmente* evitato il danno.

Orbene, come posto in rilievo in dottrina, il danno normalmente evitato da una condotta diligente comporta la presunzione di colpa.

In tal caso è allora il presunto responsabile a dover dare la prova della sua mancanza di colpa. Ma se ha violato una specifica norma giuridica di condotta, la prova di tale violazione è prova sufficiente della colpa.

La norma di cui all'art. 2051 c.c. non richiede, invero, altri e diversi presupposti applicativi.

Nel porre una responsabilità presunta a carico del soggetto che si trova in una data relazione con la cosa (v. Cass., 7 febbraio 2005, n. 2410; Cass., 1° ottobre 2004, n. 19653; Cass., 30 luglio 2004, n. 14606; Cass., 20 novembre 1998, n. 11749), la norma determina infatti un'inversione probatoria rispetto alla regola generale in tema di illecito extracontrattuale posta dall'art. 2043 c.c. (per la quale v., da ultimo, Cass., 28 luglio 2005, n. 15808; Cass., 4 giugno 2004, n. 10654).

L'onere della prova incombe cioè, diversamente che nella detta ipotesi generale, in capo non già al danneggiato bensì a chi si trova nella particolare situazione che gli attribuisce i poteri di disponibilità e controllo sulla cosa (v. Cass., 19 agosto 1997, n. 7702).

A tale stregua, correttamente si è in dottrina qualificata la fattispecie in questione come ipotesi di responsabilità aggravata.

È infatti indubbio che tale inversione dell'onere probatorio incide sulla posizione sostanziale delle parti, agevolando la posizione del danneggiato con il far gravare sul danneggiante, il rischio del fatto ignoto, inidoneo ad eliminare l'incertezza in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento (v. Cass., 14 marzo 1983, n. 1897).

Tale inversione dell'onere probatorio non fa peraltro venire meno la rilevanza del requisito della colpa, che concorre – seppure in via presuntiva – a costituire l'illecito, come reso palese dalla stessa possibilità di provarne la mancanza.

La norma contempla infatti in favore del presunto responsabile la c.d. prova liberatoria.

Come nelle altre ipotesi di speciale responsabilità che derogano alla regola generale in tema di responsabilità civile extracontrattuale posta dall'art. 2043 c.c. (artt. 2047, 2048, 2050, 2052, nonché – seppure con alcuni particolari profili distintivi – 2053 c.c.), anche l'art. 2051 c.c. attribuisce al responsabile la possibilità di liberarsi dalla responsabilità presuntivamente posta a suo carico.

La prova liberatoria consiste, nel caso, come espressamente indicato nella norma di cui all'art. 2051 c.c., nella prova del fortuito (v. Cass., 1° ottobre 2004, n. 19653), che trova piena giustificazione in ragione dei poteri che la particolare relazione con la cosa attribuisce al custode, cui fanno peraltro riscontro corrispondenti obblighi di vigilanza, controllo e diligenza, i quali impongono al medesimo di adottare tutte le misure idonee a prevenire ed impedire la produzione di danni a terzi, con lo sforzo diligente adeguato alla natura della cosa e alle circostanze del caso concreto.

In ragione del potere fisico sulla cosa, che gli impone di vigilare al fine di evitare che la cosa produca danni a terzi (v. Cass., 14 giugno 1999, n. 5885; Cass., 11 marzo 1995, n. 2861; Cass., 14 gennaio 1992, n. 347; Cass., 1° aprile 1987, n. 3129; Cass., 23 luglio 1973, n. 2147; Cass., 12 giugno 1973, n. 1698), fondamento della responsabilità è infatti la violazione del dovere di sorveglianza gravante sul custode (*contra*, per l'irrelevanza della condotta del custode e l'osservanza o meno degli obblighi di vigilanza, v. Cass., 21 ottobre 2005, n. 20359; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20317).

Attesa la sussistenza della detta prova liberatoria, non può essere allora accolto, benché affermato prevalentemente in dottrina e recepito in alcune pronunzie di questa Corte, l'orientamento che, argomentando dall'estraneità del comportamento del responsabile rispetto alla "struttura" del rapporto preso in considerazione dalle norme (v. in particolare Cass., 9 novembre 2005, n. 21684; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20317; Cass., 26 luglio 2005, n. 15613; Cass., 20 luglio 2002, n. 10641, che fa in proposito espressamente richiamo a quanto affermato da Cass., Sez. Un., 11 novembre 1991, n. 12019), nelle suindicate fattispecie di responsabilità speciale – ed in quella di responsabilità per custodia *ex art.* 2051 c.c. in particolare –, ravvisa ipotesi di responsabilità oggettiva (v. Cass., 20 ottobre 2005, n. 20317; Cass., 11 gennaio 2005, n. 376; Cass., 6 aprile 2004, n. 5236; Cass., 20 luglio 2002, n. 10641).

La prova liberatoria del fortuito attiene infatti alla prova che il danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile con l'adeguata diligenza, e cioè con lo sforzo diligente dovuto in relazione alle circostanze concrete del caso.

Essa si sostanzia pertanto nella prova di aver adottato, in relazione alle condizioni della cosa e alla sua funzione, tutte le misure idonee ad evitare il danno. Nella prova che, pur essendosi mantenuto il comportamento diligente nel caso dovuto, il danno si è ciononostante verificato per un evento non prevedibile né superabile con la diligenza normalmente adeguata in relazione alla natura della cosa, alla sua funzione e alle circostanze del caso concreto (v. Cass., 24 maggio 1997, n. 4632).

A tale stregua, la prova del fortuito attiene allora piuttosto al profilo della mancanza di colpa (cfr. Cass., 24 maggio 1997, n. 4632), la quale emerge invero anche argomentando dall'imprevedibilità ed inevitabilità dell'evento che proprio tale mancanza valgono sostanzialmente ad attestare, anziché, come pure prevalentemente si sostiene, alla mancanza del nesso causale (v., da ultimo, Cass., 20 ottobre 2005, n. 20317; Cass., 15 marzo 2004, n. 5236; Cass., 20 luglio 2002, n. 10641; nonché la stessa Cass., 1° ottobre 2004, n. 19653). E, come in dottrina si è anche autorevolmente sottolineato, non è chi non veda che il criterio di causalità è altro e diverso dal giudizio di diligenza (avere preso tutte le misure idonee).

A tale stregua, la prova del fortuito si risolve allora sul piano del raffronto tra lo sforzo diligente nel caso concreto dovuto e la condotta mantenuta. Nella dimostrazione, in sostanza, di avere mantenuto una condotta caratterizzata da assenza di colpa. E se tale prova non viene dal presunto responsabile fornita, ne consegue la mancata liberazione dall'addebito di responsabilità posto presuntivamente a suo carico, che a tale stregua sul piano della coerenza sistematica non può dunque considerarsi altrimenti fondata su un giudizio di colpa (obiettiva).

In conclusione, il caso fortuito esclude, come posto in rilievo in dottrina, la colpa del soggetto per un danno che è causalmente riconducibile al fatto del soggetto o alla sua omissione.

Esso è pertanto propriamente una *concausa* del danno, che rileva quale esibente di responsabilità.

Dalla suesposta ricostruzione della disciplina, che appare invero consentanea con quanto affermato da Corte Cost. n. 196 del 1999, in particolare là dove si afferma che la «notevole estensione del bene» e «l'uso generale e diretto» della cosa da parte di terzi costituiscono «meri indizi» dell'impossibilità d'un concreto esercizio del potere di controllo e vigilanza sul bene medesimo -impossibilità che può essere ritenuta solo all'esito di un'indagine condotta dal giudice con riferimento al caso singolo, e con criteri di normalità (peraltro con la suesposta precisazione che tali «indizi» assumono rilievo non già sotto il profilo della

“struttura” della fattispecie di cui all’art. 2051 c.c., bensì in relazione alla prova liberatoria del fortuito ivi prevista)-, la responsabilità speciale per custodia *ex art.* 2051 c.c. risulta dunque non solo configurabile, ma invero senz’altro preferibile rispetto alla regola generale posta dall’art. 2043 c.c.

Essa si presta infatti ad una migliore salvaguardia e ad un miglior bilanciamento degli interessi in gioco in conformità ai principi dell’ordinamento giuridico e al sentire sociale.

Il fondamento della responsabilità per danno da cose in custodia riposa infatti, come già indicato, nella violazione dei doveri di sorveglianza, che incombe in capo a chi ne ha la disponibilità imponendogli di adottare tutte le misure idonee ad evitare che le stesse possano arrecare danno a terzi, esercitando il relativo controllo ed intraprendendo tutte le iniziative necessarie a mantenere la cosa in grado di non nuocere ai terzi nell’ambito della sua funzionalità, a prescindere dalla sua natura intrinsecamente pericolosa o dannosa.

In materia di strade, si noti, la *res* appartiene alla P.A. (sia essa Stato, Provincia o Comune), che nella qualità è anche da specifiche fonti normative gravata da obblighi di manutenzione e controllo.

Quale custode, la responsabilità risulta a suo carico peraltro configurata non già, come viceversa in altra fattispecie, in termini di responsabilità oggettiva, bensì di responsabilità meramente presunta, vincibile con la prova del fortuito.

La presunzione posta dalla norma è da intendersi nel caso non già nel significato di derivazione del fatto ignoto da quello noto (da ultimo v. Cass., 25 ottobre 2005, n. 20671) bensì quale finzione che, mediante un’eccezione al principio generale posto dall’art. 2697 c.c., determina una distribuzione dell’onere della prova diversa rispetto a quella valevole in tema di illecito civile per la regola generale di cui all’art. 2043 c.c., al fine di favorire il danneggiato, in ossequio al principio dogmatico di c.d. vicinanza alla prova.

P.Q.M. – La Corte accoglie per quanto di ragione il ricorso. Cassa e rinvia alla Corte d’Appello di Messina, anche per le spese del giudizio di cassazione. (...).”

Cambio di domicilio e inesistenza della notifica del ricorso per cassazione

(Corte di Cassazione, sezione prima, sentenza 4 aprile 2006 n. 7863)

Con la sentenza annotata, la Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile un ricorso proposto dall'amministrazione per inesistenza della notifica in quanto effettuata presso il domicilio risultante dal decreto impugnato, a seguito del trasferimento, nelle more del termine per impugnare, del procuratore domiciliatario. Nella specie, l'avvocato di controparte aveva comunicato al Consiglio dell'ordine il trasferimento del proprio domicilio dopo il deposito del decreto ma prima della notifica dello stesso, senza che da tale notifica risultasse in alcun modo lo spostamento del domicilio, con evidente induzione in errore del destinatario della notifica. La Cassazione ha ritenuto inoltre tardiva la seconda notifica effettuata nel nuovo domicilio e priva di effetti sananti *ex tunc* la costituzione in giudizio del resistente.

Tale pronuncia non ha tenuto conto, non solo della lettera dell'art. 330, comma 1 c.p.c., ma anche della contraria giurisprudenza del Consiglio di Stato (Ad. Plen. 27 maggio 1999 n. 13) che consente la rimessione in termini per errore scusabile nonchè della stessa Corte di cassazione, sebbene risalente (Cass., Sez. I, n. 6664 del 21 dicembre 1984), in base alla quale incombe sul notificante l'onere di portare formalmente a conoscenza della controparte il mutamento di domicilio.

A norma dell'art. 330, comma 1, c.p.c. : *“se nell'atto di notificazione della sentenza la parte ha dichiarato la sua residenza o eletto il domicilio nella circoscrizione del giudice che l'ha pronunciata, l'impugnazione deve essere notificata nel luogo indicato; altrimenti si notifica presso il procuratore costituito o nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto per il giudizio”*.

Nel caso di specie, i resistenti, nel notificare il decreto della Corte di Appello di Roma, avevano esplicitamente indicato il domicilio eletto.

Pertanto, la notifica del ricorso per Cassazione era stata effettuata presso domicilio indicato, conformemente al disposto di cui all'art. 330, comma 1, c.p.c. citato, in assenza di una espressa indicazione del trasferimento del procuratore.

Infatti, se nell'atto notificato è stato eletto il domicilio nell'ambito della circoscrizione del giudice che ha emesso il provvedimento, la notificazione dell'impugnazione deve essere effettuata in via esclusiva nel domicilio eletto, come insegna la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., sez. civ., sent. n. 1315/1986).

In base alla richiamata disposizione, non esisteva alcun onere per l'amministrazione ricorrente di informarsi in ordine ad un eventuale cambiamento di elezione di domicilio del procuratore costituito, che si fosse verificato dopo il deposito del decreto nella cancelleria della Corte d'Appello ma prima della notifica dello stesso decreto all'amministrazione, senza che del trasferimento fosse data notizia dal notificante apponendo sulla copia notificata il timbro con il nuovo indirizzo.

Solo con la restituzione dell'atto da parte dell'ufficiale giudiziario con la dizione "trasferito", l'Avvocatura Generale dello Stato ha appreso del cambiamento di indirizzo ed ha provveduto a rinotificare il ricorso per cassazione previo accertamento presso il competente Consiglio dell'ordine del nuovo indirizzo.

Da notizie assunte presso il Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Roma era risultato che il legale dei resistenti aveva variato l'indirizzo del proprio studio legale in un momento anteriore alla notifica del decreto della Corte di Appello, dal quale invece risultava ancora la precedente elezione del domicilio.

Pertanto, semmai fosse possibile ravvisare un errore da parte dell'amministrazione nella notifica del ricorso per cassazione, deve ritenersi che esso è stato indotto esclusivamente dai resistenti poiché, all'atto della notifica del provvedimento, essendosi già verificato il formale mutamento dell'indirizzo del domiciliatario, questi avrebbero dovuto, nel notificare il decreto, indicare la relativa variazione al fine di consentire la notificazione di eventuali impugnazioni presso il nuovo indirizzo.

A tal proposito, si richiama la giurisprudenza della Suprema Corte la quale ha chiaramente affermato che, una volta che la parte abbia eletto il domicilio nel luogo del procedimento, «*il sopravvenuto mutamento di tale domicilio è valido e operante, al fine della notificazione presso il nuovo indirizzo dei successivi atti del processo, ivi incluso l'atto di impugnazione, alla duplice condizione che il procuratore assuma un'iniziativa idonea a portare a conoscenza della controparte detto mutamento (...) e che tale iniziativa si esteriorizzi in modo formale, con una dichiarazione esplicita, menzionata nel verbale d'udienza o con la notificazione di apposito atto*» (così Cass., sez. I, sent. n. 6664 del 21 dicembre 1984).

Il principio di diritto così enunciato dalla Suprema Corte risulta peraltro conforme anche all'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che con le ordinanze nn. 5352/02 e 5351/02 del 10 dicembre 2002 ha rigettato l'eccezione di inammissibilità dell'appello notificato presso il domicilio inizialmente eletto, anziché presso il domicilio successivamente eletto, considerato che «*nella specie è stato rispettato il disposto dell'art. 330 c.p.c. in ordine al luogo di notificazione dell'impugnazione, in quanto, in mancanza di notifica della ordinanza impugnata, legittimamente l'appello è stato notificato presso il procuratore costituito nel domicilio eletto in primo grado*».

A maggior ragione, l'onere dell'appellante di accertare eventuali mutamenti di domicilio non può ritenersi sussistere nel caso di notifica del provvedimento senza alcuna segnalazione del cambiamento di domicilio da parte del notificante il quale, con il proprio comportamento omissivo, oltre a contravvenire all'obbligo di cui all'art. 330, comma 1 c.p.c., ingenera nell'appellante il legittimo affidamento in ordine all'assenza di mutamento di domicilio dell'appellato.

Inoltre, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 27 maggio 1999 n.13 ha affermato il principio secondo cui «*Nel caso in cui l'appello sia stato*

tempestivamente notificato al procuratore domiciliatario della controparte presso il domicilio eletto in primo grado, pur essendo stato indicato dallo stesso procuratore, a mezzo dell'apposizione di timbro sulla copia della sentenza di primo grado notificata all'appellante, un suo diverso recapito, deve ritenersi applicabile l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile, non essendo idonea e sufficiente la suddetta apposizione di timbro a modificare ritualmente la precedente elezione di domicilio".

A fortiori, l'onere di chi promuove l'impugnazione di accertare eventuali mutamenti di domicilio non può ritenersi sussistente nel caso di notifica del provvedimento senza che il notificante apponga il timbro con il nuovo indirizzo, con la conseguenza che il mutamento di domicilio non è in alcun modo evincibile.

In attesa di un auspicabile mutamento del restrittivo orientamento della Suprema Corte, che si traduce sostanzialmente in un *non liquet*, per ragioni meramente formali, nel malcelato intento di deflazionare il contenzioso, non può non rilevarsi che la stessa Corte di cassazione aveva sinora evitato di sanzionare così gravemente, qualificandola come inesistente, la notifica effettuata presso un soggetto che avesse comunque un collegamento con la parte del provvedimento impugnato, preferendo più cautamente definirla come nulla, con la conseguente possibilità del rinnovo, anche tardivo, della notifica stessa, previa rimessione in termini.

Si veda in proposito la sentenza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 5074 del 2 aprile 2003, in tema di notifica dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, con la quale è stato affermato che l'impugnazione va notificata alla parte personalmente, fermo restando che la notifica al difensore implica nullità e non inesistenza dell'atto, potendosi comunque ravvisare un collegamento tra la parte ed il suo difensore nella fase arbitrale, con conseguente sanabilità *ex tunc* del vizio in caso di costituzione del convenuto o, in difetto, con la rinnovazione della notificazione cui la parte provveda spontaneamente o in esecuzione di un ordine impartito dal giudice ai sensi dell'art. 291 c.p.c.

Peraltro, l'onere imposto ai legali di verificare sempre ed in ogni caso, presso il competente Consiglio dell'ordine, la persistenza del medesimo indirizzo del legale della controparte, fino ad un giorno prima della notifica, appare eccessivamente gravoso sia per i legali che per gli stessi Consigli dell'ordine mentre sarebbe più consona e conforme ai principi di economia processuale, imporre un onere di informazione, in base alla regola della leale collaborazione, in capo a colui che trasferisce il proprio domicilio.

Avv. Wally Ferrante

Corte Suprema di Cassazione, sezione prima, sentenza 4 aprile 2006 n. 7863 – Pres. R. Morelli – Rel. G. Gilardi – P.G. A. Golia – Ministero della Giustizia (ct. 117945/02, Avv. dello Stato W. Ferrante) c/ A.M. ed altri (Avv. G. Romano).

« (Omissis) Svolgimento del processo – Con ricorso del 26 novembre 2002 A.M. e gli altri attuali resistenti adivano la Corte d'appello di Roma per vedersi riconosciuto il diritto ad un'equa riparazione, nella misura di £ 36.000.000 per ciascun ricorrente o nella diversa misura che fosse risultata effettivamente dovuta, in relazione al pregiudizio cagionato dal

mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo in un giudizio svoltosi innanzi al Tribunale di Napoli, sezione fallimentare, avente ad oggetto l'insinuazione a passivo fallimentare della [X] s.n.c. per crediti di lavoro.

Si costituiva in giudizio il Ministero della Giustizia eccependo la nullità del ricorso e chiedendone comunque il rigetto per infondatezza nel merito.

Con decreto del 31 maggio-12 luglio 2002 la Corte d'appello di Roma, ritenendo che la durata della procedura avesse superato di nove anni la durata ragionevole, rigettava per difetto di prova la richiesta dei danni patrimoniali e condannava il Ministero della Giustizia al risarcimento dei danni non patrimoniali in euro 5.000,00 per ciascun ricorrente avente diritto ed in euro 2.500,00 per ciascun erede degli aventi diritto.

Contro il decreto della Corte d'appello ha proposto ricorso il Ministero della Giustizia sulla base di cinque motivi.

Hanno resistito, notificando controricorso ulteriormente illustrato con memoria successiva, A.M. [ed altri] (...).

Motivi della decisione – Il ricorso è inammissibile, in quanto la relativa notifica, effettuata il 22 aprile 2003, è avvenuta oltre il termine perentorio di cui all'art. 325 c.p.c., il decreto della Corte d'appello costituente oggetto dell'impugnazione essendo stato notificato in data 11 febbraio 2003. Né alcun rilievo può attribuirsi alla notifica del ricorso in data 12 aprile 2003, trattandosi di notificazione giuridicamente inesistente dal momento che – come si desume dalla relata dell'Ufficiale giudiziario – non fu possibile procedere ad effettuarla a causa del trasferimento del procuratore domiciliatario (indicato dalla Amministrazione ricorrente) presso il quale si era cercato di eseguirla. E trattandosi di notifica inesistente, la costituzione in giudizio non può avere effetto sanante *ex tunc*.

Alla declaratoria di inammissibilità del ricorso consegue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che si liquidano in favore dei resistenti, tenuto conto della maggiorazione di onorari dovuta per ogni resistente oltre al primo, nella misura complessiva di euro 7.100,00, di cui euro 7.000,00 oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

P.Q.M. La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità (...).

Così deciso in Roma il 16 gennaio 2006».

Comunicazione di avvio del procedimento e deroghe alla sua obbligatorietà

(Consiglio di Stato, sezione sesta, decisione 22 giugno 2006 n. 3825)

Il procedimento amministrativo è stato per lungo tempo espressione del potere autoritativo della pubblica amministrazione, alla quale era consentito di determinare autonomamente il contenuto del provvedimento finale per il soddisfacimento dell'interesse pubblico. Su tale situazione, ha inciso profondamente lo spirito riformatore del legislatore dagli inizi degli anni novanta, mutando e riequilibrando i rapporti tra pubblici poteri e cittadini coinvolti nell'azione amministrativa.

Ciò è avvenuto dapprima con la legge 2 agosto 1990, n. 42, sulle autonomie locali, ed in seguito con la legge 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso agli atti amministrativi. Quest'ultima ha sancito in via definitiva la democratizzazione dell'azione amministrativa, attraverso l'esplicita introduzione del principio del giusto procedimento in tutte le sue manifestazioni partecipative. I privati sono stati, così, elevati ad artefici della gestione del potere amministrativo, poiché l'atto finale non è più adottato *inaudita altera parte* ma diventa espressione di una completa valutazione di fatti ed interessi, anche differenti da quelli di cui è portatrice l'amministrazione precedente.

Nell'ambito degli istituti partecipativi, massima importanza riveste la comunicazione di avvio del procedimento, mediante la quale l'amministrazione informa i soggetti interessati della propria volontà di intraprendere un'attività istruttoria, al termine della quale, sulla base delle risultanze acquisite, deciderà se adottare o meno un determinato provvedimento.

Considerata la finalità del principio di partecipazione, il Consiglio di Stato ha stabilito che la comunicazione di avvio del procedimento deve intervenire all'inizio dell'attività procedimentale, o anche in un momento successivo, purchè la partecipazione non abbia luogo in una fase talmente avanzata dell'*iter* procedurale, se non addirittura nella fase conclusiva, da frustrare le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa (1).

Ai fini dell'applicazione della normativa occorre, perciò, innanzitutto individuare il momento in cui prende avvio l'azione amministrativa e, a questo proposito, dottrina e giurisprudenza hanno assunto, nel corso degli anni, posizioni diverse.

Si pensi, ad esempio, alla distinzione tra procedimenti ad istanza di parte e procedimenti d'ufficio: sulla base di un'interpretazione non formalistica delle norme sulla partecipazione, si è sostenuto in passato che nei procedimenti ad istanza di parte la comunicazione di avvio non fosse necessaria, poiché il privato, nel momento stesso in cui presentava l'istan-

(1) Cons. Stato, Sez. II, 5 giugno 1997, n. 603.

za, era ben consapevole del fatto che questa avrebbe segnato l'inizio del procedimento.

Altro problema concerne il rapporto tra l'istituto della comunicazione di avvio e le varie fasi che eventualmente si inseriscono nel corso del procedimento amministrativo (cd. subprocedimenti), poiché la comunicazione di tutti i singoli segmenti procedurali comporterebbe inevitabilmente la paralisi dell'attività amministrativa. Il procedimento amministrativo si sostanzia, infatti, in una serie di atti che sono, in linea di massima, disciplinati dalla legge (previsione di pareri, controlli, valutazioni tecniche); pertanto, il privato, partecipando attivamente al procedimento, è consapevole della necessità di certi atti procedurali.

Il principio di trasparenza, così come garantito dagli istituti partecipativi, è in effetti in continua tensione con il principio di efficienza dell'azione amministrativa e con le esigenze di celerità che, talvolta, da questo discendono.

Per tale ragione, oltre alle espresse previsioni legislative che consentono di derogare all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento o di rinviare la comunicazione in oggetto, la giurisprudenza ha individuato ulteriori ipotesi in cui l'amministrazione può sottrarsi all'obbligo di comunicazione.

Un primo sbarramento alla valutazione di illegittimità del provvedimento finale per omessa comunicazione si basa sul principio del raggiungimento dello scopo, per cui, tutte le volte che il soggetto destinatario della stessa abbia avuto altrimenti notizia del procedimento amministrativo in modo che si sia comunque realizzato lo scopo della comunicazione (ovvero l'opportunità di prender parte al procedimento e di incidervi, tramite la presentazione di memorie e documenti), l'omissione non determina *ex se* l'illegittimità del provvedimento, ma costituisce mera irregolarità procedimentale.

Altro sbarramento si fonda sulla cd. prova di resistenza: ci si domanda se, in concreto, l'apporto conoscitivo-difensivo del privato avrebbe potuto influenzare la scelta della P.A. ed incidere, conseguentemente, sul provvedimento finale; in caso contrario, dovrebbe escludersi la possibilità di far annullare il provvedimento conclusivo a causa della sola omissione della comunicazione.

Su questa scia, a salvaguardia delle esigenze di celerità, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa ed, al tempo stesso, nel pieno rispetto delle garanzie partecipative, con la sentenza che segue (n. 3825/06), il Consiglio di Stato ha fornito spunti rilevanti circa l'interpretazione e la portata dell'obbligo di cui all'art. 7 delle legge n. 241/1990.

Il T.A.R. adito aveva annullato il decreto ministeriale di dichiarazione di interesse particolarmente importante di un immobile, sul rilievo che il destinatario del provvedimento in questione aveva ricevuto notizia dell'avvio del relativo procedimento, a cura della competente Soprintendenza, contestualmente alla trasmissione, da parte di questa al Ministero per i Beni e le Attività Culturali, della proposta di vincolo già completamente istruita, onde era stato eluso il diritto di partecipazione dell'interessato alla fase istruttoria.

Tale estensione dell'operatività dell'art. 7 è stata considerata non sostenibile dal Collegio.

Com'è noto, la norma citata non detta regole per l'individuazione del momento in cui debba ritenersi avviato un procedimento allorchè esso consegua ad iniziativa d'ufficio. Tuttavia, potendosi distinguere tra iniziativa autonoma o eteronoma in relazione all'emanazione dell'atto finale, ed essendo la dichiarazione di interesse particolarmente importante di competenza dell'organo centrale, è da ritenersi che il momento iniziale del relativo procedimento coincida, evidentemente, con la ricezione, da parte di tale organo, della proposta formulata dalla Soprintendenza, che costituisce, perciò, atto propulsivo.

In tale contesto, la fase di raccolta degli elementi volti a determinare se sussistano i presupposti per l'imposizione del vincolo, non assurge a momento procedimentale autonomo, per gli effetti di cui alla legge n. 241/1990, in quanto costituisce attività conoscitiva strumentale, che si colloca prima e al di fuori del procedimento amministrativo, il quale potrà essere formalmente avviato solo e quando tale attività si concluda positivamente, nel senso dell'esistenza, a giudizio dell'Autorità amministrativa, di sufficienti elementi indicatori della necessità di una iniziativa volta (previo confronto dialettico con gli eventuali soggetti incisi) a porre il vincolo stesso.

D'altronde, se si aderisse alla tesi del ricorrente, non sarebbe individuabile con certezza l'inizio del procedimento (e, quindi, valutabile la tempestività della comunicazione), trattandosi di una fase meramente esplorativa di acquisizione delle fonti documentali e di interpretazione di queste: innanzitutto, i futuri destinatari del vincolo potrebbero opporre in ogni momento la necessità di esibire fonti diverse o una differente lettura di quelle acquisite (il che causerebbe, tra l'altro, un aggravio dell'attività amministrativa quando l'instaurazione di un procedimento potenzialmente incisivo è ancora eventuale); infine, essendo l'attività ricognitiva, per sua stessa natura, indeterminata quanto alla durata, verrebbe a mancare la disciplina del termine di conclusione.

Lo stesso art. 10 della legge n. 241/1990, laddove prevede che *“i soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto...di prendere visione degli atti del procedimento”*, postula la presenza, all'interno del procedimento stesso, di atti che si siano formati al di fuori di esso ed a cui gli interessati non abbiano partecipato. Il diritto di prenderne conoscenza sorge una volta che tali atti siano entrati a far parte della sequenza procedimentale preordinata all'assunzione del provvedimento finale.

Dunque, la comunicazione di avvio del procedimento di dichiarazione di interesse particolarmente importante deve considerarsi ritualmente e tempestivamente effettuata con l'inoltro della relativa proposta da parte della Soprintendenza, che è il primo atto giuridicamente rilevante del procedimento, da effettuarsi a cura del Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

Infine, quanto alla circostanza che, nella fattispecie, le rilevazioni dell'Amministrazione procedente siano state compiute attraverso un accesso non autorizzato alla proprietà del ricorrente, va precisato che essa non ha a che fare con la problematica circa il momento della comunicazione di avvio del procedimento di vincolo, comportando, semmai, l'insorgere di un diverso profilo di responsabilità del soggetto agente.

Dott.ssa Marika Piscitelli

Consiglio di Stato, sezione sesta, decisione 22 giugno 2006, n. 3825 – Pres. Giovannini – Est. Minicone – Ministero per i Beni e le Attività Culturali c/ [X] (cont. 101487/01, Avv. dello Stato G. Fiengo).

«*Fatto* – Il Sig. [X] ha impugnato, innanzi al T.A.R. per la Liguria, il decreto con il quale il Ministero per i Beni e le Attività Culturali aveva dichiarato di interesse particolarmente importante, ai sensi dell'art. 1 della legge 1089/1939, un immobile di sua proprietà.

Il giudice adito, con la sentenza n. 1140 del 31 ottobre 2000, ha accolto il ricorso, rilevando:

– che il provvedimento impugnato costituiva la reiterazione di altro precedente, già annullato in sede giurisdizionale per i vizi di omessa comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento e di difetto di istruttoria;

– che detto provvedimento manifestava gli stessi vizi di mancata tempestiva comunicazione, giacchè l'avviso di inizio del (rinnovato) procedimento era stato inviato allorchè il procedimento istruttorio per l'imposizione del vincolo si era concluso;

– che la partecipazione del privato al procedimento era tanto più necessaria in quanto, ai fini della datazione del compendio immobiliare, i tecnici del laboratorio privato, incaricati dalla Sovrintendenza, si erano introdotti nella proprietà privata all'insaputa del ricorrente, senza, quindi, effettuare gli accertamenti loro affidati in contraddittorio con quest'ultimo.

Avverso detta decisione, hanno proposto appello il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e la Sovrintendenza per i Beni Ambientali ed Architettonici della Liguria, sostenendo che, essendo il procedimento di imposizione del vincolo storico-artistico di competenza degli Uffici centrali dell'Amministrazione, la comunicazione di avvio del procedimento sarebbe stata tempestivamente inviata nel momento in cui era pervenuta a detta amministrazione la proposta di vincolo, essendo gli atti prodromici, posti in essere dalla Sovrintendenza, di carattere meramente conoscitivo e non decisionale.

Si è costituito l'appellato, eccependo, in primo luogo, l'inammissibilità del gravame, in quanto volto a censurare la sentenza di primo grado nella sola parte con la quale era stato accolto il motivo di mancata tempestiva comunicazione dell'avvio del procedimento e non anche per il capo in cui era stato ritenuto fondato anche il motivo di difetto di istruttoria. Nel merito, il Sig. [X] ha sostenuto l'infondatezza dell'appello, riproponendo, in subordine, i motivi di primo grado non esaminati dal T.A.R. in quanto assorbiti.

Alla pubblica udienza del 28 febbraio 2006 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Diritto - L'impugnata sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Liguria ha annullato il decreto del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in data 27 settembre 1999, di dichiarazione di interesse particolarmente importante dell'immobile [Y], sul rilievo di fondo che il destinatario del provvedimento in questione aveva ricevuto notizia dell'avvio del relativo procedimento, a cura della locale Sovrintendenza, contestualmente alla trasmissione, da parte di questa, al Ministero per i Beni e le Attività Culturali, della proposta di vincolo già completamente istruita, onde era stato eluso il diritto di partecipazione dell'interessato alla fase istruttoria, partecipazione tanto più necessaria, in quanto l'accertamento della datazione storica dell'immobile era stato condotto attraverso un accesso diretto alla proprietà privata, svoltosi all'insaputa del proprietario ed in assenza, quindi, del necessario contraddittorio.

Tale assunto viene contestato dall'Amministrazione appellante, la quale, nel chiedere la riforma della decisione, deduce che, essendo il provvedimento di vincolo di competenza

del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, il relativo procedimento dovrebbe considerarsi iniziato, ai fini della tempestività dell'avviso di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, solo nel momento della ricezione, da parte dell'Organo centrale, della proposta elaborata dalla Sovrintendenza, la cui attività prodromica, essendo di natura meramente ricognitiva e non decisionale, non richiederebbe la partecipazione di terzi.

(*Omissis*) Nel caso di specie, non è contestato che la comunicazione di avvio del procedimento, volto all'imposizione del vincolo sull'immobile di proprietà del ricorrente in primo grado, sia stata effettuata, avendo la Soprintendenza informato l'interessato di tale procedimento (...) con la trasmissione, al Ministero per i Beni e le Attività Culturali, della proposta di tutela e degli atti posti a fondamento di essa.

Ugualmente incontestata è la circostanza che il destinatario del provvedimento abbia avuto a disposizione, per intervenire nel procedimento *de quo* e formulare le sue osservazioni, un arco di tempo più che congruo, giacché il decreto finale è stato adottato ad oltre due anni e mezzo da detta comunicazione.

Ciò che viene, in realtà, lamentato dall'interessato (ed il T.A.R. ha condiviso tale doglianza) è che l'avviso di inizio del procedimento avrebbe dovuto essere retrodatato al momento nel quale la Sovrintendenza aveva iniziato a raccogliere gli elementi idonei a comprovare che l'epoca di costruzione dell'impianto originario era da farsi risalire ad un periodo compreso tra la fine del XVI ed il XVIII secolo, in modo da consentire al proprietario di partecipare, in contraddittorio, anche alla fase di rilevazione dei dati.

Ritiene il Collegio che tale estensione dell'operatività dell'art. 7 della legge n. 241/1990 non appaia, con riguardo alla fattispecie, sostenibile.

Com'è noto, la norma in questione, nel testo vigente *pro tempore*, stabilisce che, "*ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire...*".

La disposizione non detta regole per l'individuazione del momento in cui debba ritenersi avviato un procedimento, allorché esso consegua ad iniziativa d'ufficio, ma l'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale ha distinto, in questo caso, l'ipotesi in cui l'instaurazione avvenga ad opera dello stesso organo cui compete l'emanazione dell'atto finale (iniziativa autonoma) ovvero di un organo diverso avente unicamente la funzione di promuovere l'attività dell'organo competente (iniziativa eteronoma).

Per quel che riguarda la dichiarazione di interesse particolarmente importante di un immobile ai sensi della legge n. 1089/1939, essendo il provvedimento di competenza dell'organo centrale, il momento iniziale del relativo procedimento coincide, evidentemente, con la ricezione, da parte di tale organo, della proposta formulata dalla Sovrintendenza, che si atteggia, dunque, come atto propulsivo.

Una siffatta conclusione trova conforto, del resto, nella stessa disciplina recata dalla legge n. 241/1990 e dal regolamento di cui al D.M. 13 giugno 1994, n. 495, di attuazione di tale legge, relativamente all'attività dell'Amministrazione dei beni culturali.

Per quel che riguarda la normativa primaria, va ricordato:

- che il procedimento (art. 2 della legge cit.) deve essere regolamentato quanto al termine di conclusione (che postula evidentemente anche la fissazione di una data certa di inizio);
- che ne deve essere definito il responsabile (art. 4), il cui nominativo deve essere indicato nella lettera di comunicazione (art. 5);

– che tale responsabile è il soggetto deputato a curare lo svolgimento dell'istruttoria (artt. 6 e 8);

– che, nel corso del procedimento, possono intervenire accordi, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo (art. 11); accordi che presuppongono necessariamente che il procedimento partecipativo si svolga innanzi all'organo competente ad emettere il provvedimento finale.

A sua volta, il D.M. n. 495/1994, dopo aver chiarito, all'art. 2, che, per i procedimenti d'ufficio che si concludono con un provvedimento espresso di competenza del Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, il termine iniziale decorre dalla data in cui l'amministrazione stessa ha formale e documentata notizia del fatto da cui sorge l'obbligo di provvedere, stabilisce che il termine finale, per l'adozione della dichiarazione di interesse particolarmente importante di beni immobili *ex art. 3* della legge n. 1089/1939, è di 210 giorni, decorrenti, evidentemente, dalla data anzidetta.

In questo schema normativo, la fase prodromica di raccolta degli elementi volti a determinare se sussistano i presupposti per l'imposizione del vincolo, non assurge a momento procedimentale autonomo, per gli effetti di cui alla legge n. 241/1990, in quanto costituisce attività conoscitiva strumentale, che si colloca prima e al di fuori del procedimento amministrativo, il quale potrà essere formalmente avviato solo e quando tale attività si concluda positivamente, nel senso dell'esistenza, a giudizio dell'Autorità amministrativa, di sufficienti elementi, indicatori della necessità di una iniziativa volta (previo confronto dialettico con gli eventuali soggetti incisi) a porre il vincolo stesso e a conformarne i limiti.

La pretesa, dunque, del ricorrente, a che la notizia di avvio del procedimento dovesse essere data a lui già nella fase di acquisizione degli elementi circa il carattere storico-artistico dell'immobile, non trova conforto nella normativa positiva ed appare, anche, illogica, dal momento che, ove si accedesse a tale tesi, non sarebbe individuabile con certezza il momento di inizio di un siffatto procedimento (al fine di valutare la tempestività della comunicazione), posto che i futuri destinatari del provvedimento di vincolo potrebbero, di volta in volta, opporre la necessità del loro coinvolgimento anche nella fase (meramente esplorativa) di acquisizione delle fonti documentali o in quella dello studio ed interpretazione di queste, al fine di esibire fonti diverse o fornire una differente lettura di quelle acquisite, con conseguente aggravio dell'attività amministrativa in un momento in cui sarebbe assente la stessa certezza che un procedimento potenzialmente incisivo sarà effettivamente instaurato.

Oltretutto, per una fase siffatta, mancherebbe anche la disciplina del termine di conclusione, sia perché la stessa non si rinviene nelle norme positive sopra citate, sia perché l'attività di carattere ricognitivo, da un lato, per sua natura, non è circoscrivibile entro tempi prefissati, dall'altro, non determinando lesioni immediate nella sfera di terzi, non soggiace all'esigenza di una sua conclusione entro un tempo ragionevole, che è alla base della previsione di un termine per i procedimenti sfocianti in un provvedimento di carattere decisionale.

Consegue da tutto ciò che, nell'ipotesi in esame, la comunicazione di avvio del procedimento di dichiarazione di interesse particolarmente importante deve considerarsi ritualmente e tempestivamente effettuata contestualmente all'inoltro della relativa proposta da parte della Sovrintendenza, che è il primo atto giuridicamente rilevante del procedimento stesso, da effettuarsi a cura del Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

Né ad inficiare tale conclusione possono valere i rilievi del T.A.R., secondo il quale la proposta della Sovrintendenza, recando allegati il provvedimento di vincolo da sottoporre

alla firma del Ministro e la relazione storico-artistica del complesso immobiliare, costituirebbe non l'avvio del procedimento, ma, in realtà, la sua conclusione.

Ed invero, quanto allo schema di decreto, è evidente che la sua predisposizione è espressione di un'attività meramente collaborativa dell'organo proponente, inidonea, in quanto tale, ad attribuire a quest'ultimo l'anticipazione dell'attività decisionale, rientrando, comunque, nella piena autonomia dell'Autorità competente per legge.

Quanto alla relazione storico-artistica, le sue conclusioni costituiscono, insieme agli altri documenti allegati, la premessa necessaria per giustificare l'inizio del procedimento e, conseguentemente, l'instaurazione del contraddittorio fra l'Amministrazione e le parti, attuata dalla comunicazione *ex art. 7* della legge n. 241/1990.

Del resto, l'art. 10 della citata legge, nel prevedere che "*i soggetti di cui all'art. 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'art. 9 hanno diritto...di prendere visione degli atti del procedimento*", postula la presenza, all'interno del procedimento stesso, di atti che si siano formati al di fuori di esso ed ai quali, evidentemente, gli interessati non abbiano partecipato, ma per i quali sia insorto il diritto di prendere conoscenza, una volta formalmente entrati a far parte della sequenza procedimentale preordinata all'assunzione del provvedimento finale.

La verità è che, nel caso di specie, la diversa conclusione cui è pervenuto il primo giudice appare indotta da un elemento fuorviante e, cioè, l'asserito accesso non autorizzato alla proprietà del ricorrente, di tecnici di un laboratorio privato incaricati dalla Sovrintendenza di condurre accertamenti circa la datazione dell'immobile, che avrebbe richiesto, a giudizio del T.A.R., la necessaria partecipazione in contraddittorio del proprietario stesso.

Senonché è da osservare che tale circostanza è del tutto estranea alla problematica circa il momento della comunicazione di avvio del procedimento di vincolo dell'immobile, giacché il preteso accesso irregolare si colloca nella fase di studio e di rilevazione dei dati necessari alla formazione del convincimento della Sovrintendenza circa la sussistenza dei presupposti per l'iniziativa di avvio del formale procedimento, fase che, come tale, non postula l'intervento dei terzi.

Sotto questo profilo, il problema neppure si sarebbe posto, se le rilevazioni in questione fossero state effettuate su reperti (come afferma, tra l'altro, l'Amministrazione) aperti alla pubblica fruizione, non essendo certo tenuta l'Autorità, come si è detto, a coinvolgere ogni possibile futuro interessato nelle attività di rilevazione, studio e documentazione dei beni da assoggettare a tutela.

Se, dunque, nella specie, i rilevamenti sono avvenuti, come sostiene il ricorrente, con modalità che abbiano violato il suo diritto di proprietà, ciò comporta, eventualmente, l'insorgere di un diverso profilo di responsabilità del soggetto agente, ma non implica l'illegittimità dei risultati storico-artistici delle rilevazioni effettuate, risultando violato l'obbligo di acquisizione dell'assenso del proprietario all'accesso ai luoghi, non quello (insussistente) di operare le rilevazioni in contraddittorio, ferma restando, ovviamente, la facoltà dell'interessato di contestare le conclusioni tratte da tali rilevazioni nel corso del procedimento innanzi al competente Ministero.

L'accoglimento dell'appello dell'Amministrazione, per i profili considerati, impone, a questo punto, di prendere in esame i motivi del ricorso originario, dichiarati assorbiti dal T.A.R. e riproposti dall'appellato nella propria memoria difensiva.

(*Omissis*) Con il secondo motivo (terzo di quelli originari), l'appellato ripropone la doglianza di difetto di motivazione del decreto di vincolo, sotto il profilo che non sarebbe indicato in alcuna parte quale sarebbe l'interesse che giustifichi l'esercizio del potere da parte del Ministero.

In particolare, secondo l'istante, la relazione storico-artistica facente parte integrante del provvedimento impugnato, pur nella sua prolissità, recherebbe solo "*l'imprecisa ed apodittica descrizione dell'immobile, tesa a collocarlo nel periodo rinascimentale, senza l'aggiunta di alcuna connotazione che valga a illustrarne l'interesse artistico, storico, archeologico o etnografico*".

Anche tale censura è infondata.

Premesso che la valutazione di interesse particolarmente importante di un bene costituisce attività dell'Amministrazione preposta alla tutela del patrimonio storico e artistico di carattere discrezionale, sindacabile solo per manifesta illogicità, va osservato che detto interesse è chiaramente ricavabile dal contesto della relazione della Sovrintendenza, laddove si afferma la datazione al periodo 1550-1650 degli elementi esterni (portali) e di quelli interni (balastra e sistema di copertura della scala) (*omissis*).

Il ricorrente, invero, non concorda sul valore storico-artistico di tali elementi, ma il suo dissenso impinge evidentemente nel merito della valutazione amministrativa, la quale, per quel che interessa il sindacato di legittimità, non può essere imputata di difetto di motivazione, avendo l'Amministrazione dato sufficiente conto delle ragioni da essa individuate per l'apposizione del vincolo.

Né tali ragioni avrebbero dovuto essere "rafforzate", come deduce l'interessato, per la circostanza che il vincolo era stato riproposto dopo l'annullamento del precedente da parte del giudice amministrativo, essendo, come si è detto, tale annullamento derivato dalla riscontrata presenza del vizio procedimentale inerente la mancata partecipazione dell'istante al procedimento; partecipazione, invece, consentita nel nuovo procedimento e, in effetti, anche concretamente esercitata dall'interessato, come può indirettamente evincersi dalla nota dell'Ufficio centrale per i Beni Archeologici Architettonici Artistici e Storici del Ministero per i Beni Culturali e Ambientali.

Le considerazioni che precedono valgono a confutare anche il quinto motivo del ricorso originario, volto a denunciare, formalmente, il difetto di istruttoria, ma, nella sostanza, a contrapporre le conclusioni valutative di parte a quelle raggiunte dall'amministrazione in ordine alla datazione dell'immobile, anche attraverso la critica della metodologia seguita per l'indagine, con evidente quanto inammissibile tentativo di condurre il sindacato del giudice amministrativo su profili di merito, tendenti a sostituire gli apprezzamenti soggettivi dell'interessato a quelli degli organi competenti o a sminuire (in via, peraltro, meramente assertiva o dubitativa) i risultati raggiunti da questi (*omissis*).

Da respingere, infine, è anche l'ultimo motivo del ricorso originario, riproposto in questa sede, con il quale si denuncia lo sviamento di potere, desumibile dalle seguenti circostanze:

– che l'Amministrazione, a seguito della prima sentenza del T.A.R. ha reiterato il vincolo, senza neppure attendere l'esito dell'appello avverso detta sentenza;

– che l'Amministrazione non ha dato esecuzione alla menzionata sentenza, chiedendo, nelle more della decisione dell'appello, la cancellazione della trascrizione del vincolo, in modo da garantirne la continuità;

– che la Sovrintendenza ha disposto la sospensione di ogni intervento sull'immobile, con l'intenzione di mantenere l'effetto vincolistico indipendentemente dalle ragioni che potessero giustificarlo;

– che l'amministrazione ha adottato il nuovo provvedimento sulla base di considerazioni storico-artistiche in parte diverse da quelle che avevano condotto all'adozione del primo provvedimento.

Premesso che il vizio di sviamento si connota per l'esercizio del potere per un fine diverso dalla sua causa tipica, è appena il caso di osservare che, nella specie, l'Amministrazione ha esercitato il potere di vincolo al solo fine di tutelare l'immobile da eventuali non autorizzate trasformazioni e, quindi, per la medesima causa tipica sia nella prima sia nella seconda ipotesi.

Che, poi, essa abbia riadottato il provvedimento, mentre era ancora in corso il giudizio di appello contro l'annullamento del primo, è derivato dalle ragioni di carattere procedimentale (e, quindi, emendabili) che avevano condotto all'annullamento stesso e dalla correlata esigenza di porre in essere tempestivamente un nuovo procedimento, depurato dai vizi riscontrati, onde evitare, nel frattempo, irreversibili trasformazioni del bene.

Quanto, infine, alla (parziale) modificazione delle ragioni poste a base del vincolo, essa è derivata dalle risultanze della rinnovata istruttoria, che hanno ancorato a parametri rivisitati e verificati *ex novo* il valore storico dell'edificio, già precedentemente, ancorchè senza una sufficiente dimostrazione, rilevato.

(*Omissis*) *P.Q.M.* Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, come specificato in motivazione, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Roma, addì 28 febbraio 2006 (*omissis*)».

Stato e regioni in materia di paesaggio

(Consiglio di Stato, sezione sesta, decisione 13 luglio 2006 n. 4496)

La sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato si segnala per la precisione (e, forse, anche la pignoleria) con la quale delinea il rapporto tra Stato e regione in materia di tutela del paesaggio e di riesame delle autorizzazioni paesistiche.

La vicenda processuale è semplice e, per certi aspetti, esemplare.

La Soprintendenza per i beni architettonici del Veneto Orientale, nel rispondere ad un quesito posto dal Comune di S. Stefano di Cadore sulla presenza di esperti ambientali nella Commissione Edilizia quando dà pareri in materia di paesaggio, ritiene opportuno trasmettere a tutti i comuni del territorio copia di un parere reso dal Consiglio di Stato in sede di decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, nel quale si ribadivano i requisiti di sostanza e di forma cui dovevano attenersi le Commissioni Edilizie nell'esame di affari concernenti la tutela paesistica.

La Soprintendenza indirizzava la lettera anche all'Assessorato per l'Urbanistica e i beni ambientali della Regione Veneto, concludendo con la formula di stile "*Si invitano gli enti in indirizzo ad attenersi a quanto in esso contenuto*"

La regione Veneto, ritenendola lesiva delle proprie attribuzioni, impugnava la nota di trasmissione della Soprintendenza innanzi al T.A.R. per il Veneto. Il giudice di primo grado, con sentenza n. 1957/2000 accoglieva il ricorso.

L'appello proposto dall'Amministrazione poneva due questioni: *a)* la prima che non si trattava di un provvedimento amministrativo, ma di una semplice comunicazione fondata sulla leale collaborazione; *b)* la seconda che, in ogni caso, si era in materia di competenze delegate (dallo Stato alle regioni) sicché doveva ritenersi sempre possibile da parte del soggetto delegante (lo Stato e per esso la competente Soprintendenza) dare indicazioni sulle modalità attraverso cui il potere autorizzatorio delegato (a sua volta subdelegato dalla Regione ai Comuni) dovesse essere esercitato.

Con la sentenza che segue il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello, ritenendo l'atto del Soprintendente lesivo della sfera giuridica della Regione, in quanto si prefigge lo scopo di condizionarne in via preventiva l'esercizio dei poteri delegati. In particolare il Consiglio di Stato ha ritenuto che il potere concorrente dello Stato in materia paesaggistica si estrinseca esclusivamente in una potestà di controllo *a posteriori* (di sola legittimità) degli atti adottati dalle regioni e dai comuni e può assumere connotazioni di direttiva (vincolante per le regioni) solo attraverso la procedura d'intesa configurata dall'articolo 8 comma 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59.

Probabilmente, le riforme introdotte dal decreto legislativo n. 157 del 24 marzo 2006 hanno modificato il rigido quadro che fa da sfondo alle tesi del Consiglio di Stato, ma se queste sono le premesse della collaborazione istituzionale ipotizzata in materia di tutela del paesaggio, si comprende perché le Regioni hanno avuto una reazione così marcata (con una serie di ricorsi alla Corte Costituzionale) al momento in cui con il codice Urbani e, soprat-

tutto con il decreto legislativo 24 marzo 2006 n. 157, si è inteso “*ridare voce*” alle competenze statali in materia di tutela paesistica.

Avv. Giuseppe Fiengo

Consiglio di Stato, sezione sesta, decisione del 13 luglio 2006 n. 4496 – Pres. G. Giovannini – Est. G. Minicone – Ministero per i beni e le attività culturali, Soprintendente per i beni ambientali e architettonici del Veneto orientale (avv. dello Stato G. Fiengo) c/ Regione Veneto (avv.ti R. Morra, L. Londei e F. Lorenzoni) e Comune di Venezia (non costituito).

«Fatto e diritto

1. Con ricorso notificato il 22 dicembre 1999, la Regione Veneto impugnava, innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Veneto, la nota in data 13 ottobre 1999, indirizzata a tutti i Comuni delle province di Venezia, Padova, Belluno e Treviso (e, per conoscenza, alla stessa Regione), con la quale il Soprintendente per i beni ambientali e architettonici del Veneto Orientale aveva invitato i Comuni di cui sopra ad attenersi al parere del Consiglio di Stato n. 268/1999, circa l’indefettibilità della partecipazione, alla Commissione Edilizia Integrata, chiamata ad esprimere pareri sulle autorizzazioni paesaggistiche, di entrambi gli esperti previsti dall’art. 6 della L.R. 31 ottobre 1994, n. 63.

Di tale atto la ricorrente sosteneva l’illegittimità per vari vizi di violazione di legge e di norme costituzionali, nonché per incompetenza ed eccesso di potere, deducendo, in sintesi, che, ove lo stesso avesse dovuto considerarsi indirizzato alla Regione, sarebbe mancata la previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni e con la stessa Regione; ove, invece, l’atto in questione si fosse concretato in una direttiva indirizzata agli Enti locali, avrebbe violato la legge n. 382/1975, che attribuisce alle Regioni i poteri di indirizzo nelle materie delegate da queste alle Province ed ai Comuni.

2. Il Giudice adito, premessa la natura di direttiva della nota impugnata, ne ha affermato l’illegittimità, ritenendo fondato il motivo relativo all’indebita invasione di potere regionale da parte dell’Amministrazione.

3. Avverso detta decisione hanno proposto appello il Ministero per i Beni e le Attività Culturali nonché la Soprintendenza per i Beni Ambientali ed Architettonici del Veneto Orientale, lamentando l’erroneità della stessa, in quanto il T.A.R. non avrebbe considerato la natura meramente ricognitiva dell’atto contestato, rivolto ad informare i destinatari dell’esistenza di un fatto di rilevanza giuridica, e la conseguente inammissibilità del ricorso di primo grado.

Sotto altro profilo, il primo giudice avrebbe errato anche nel merito, dal momento che, attenendo la materia delle autorizzazioni ambientali ad una competenza concorrente dello Stato, sarebbe sempre possibile all’autorità delegante di fornire indicazioni sulle modalità cui le autorità delegate devono attenersi nell’esercizio dei poteri delegati, ancorché, a loro volta, subdelegati a comuni e province.

3.1. Si è costituita la Regione Veneto, deducendo l’infondatezza del gravame e riproponendo, comunque, gli ulteriori motivi svolti in primo grado ed assorbiti dal T.A.R.

4. L’appello non merita accoglimento.

5. Il primo motivo di gravame, con il quale l’Amministrazione appellante lamenta la mancata dichiarazione di inammissibilità del ricorso introduttivo, in quanto rivolto ad impugnare un atto di natura meramente dichiarativa e non provvedimento, diretto soltanto ad

informare dell'esistenza e del contenuto di un parere del Consiglio di Stato, senza alcuna statuizione idonea ad intaccare la sfera giuridica dei destinatari, va disatteso.

In disparte il rilievo che la nota in contestazione non si limita ad una informativa, ma si conclude con un invito ad adeguarsi alle conclusioni del parere circa l'obbligatoria partecipazione di entrambi gli esperti in seno alla Commissione Edilizia Integrata, concretandosi, quindi, in un atto propulsivo della condotta degli Enti destinatari, appare dirimente la considerazione che la lesione lamentata dalla Regione Veneto non attiene alla diretta incisione della sfera giuridica di questi ultimi operata dall'atto *de quo*, bensì alla invasione del proprio potere esclusivo di emanare norme di indirizzo dell'attività degli enti subdelegati alle autorizzazioni paesistiche.

Ora, poiché è indubitabile che la nota impugnata si prefigge proprio lo scopo di indirizzare, in via preventiva, l'attività dei comuni e delle province nel senso ritenuto legittimo dall'Amministrazione dei Beni culturali, in forza del parere *de quo*, non può negarsi che essa arrechi una lesione diretta e attuale alla sfera giuridica della Regione, legittimante quest'ultima a reagire in sede giurisdizionale.

6. Con il secondo motivo di gravame l'appellante, con riferimento alle argomentazioni del primo giudice, volte a sottolineare come, nel quadro normativo e costituzionale di riferimento, ogni eventuale direttiva circa le funzioni delegate alla Regione (ancorché subdelegate agli enti locali) non possa che essere rivolta direttamente a quest'ultima (previo, peraltro, l'esperimento delle procedure di intesa previste dall'art. 8, primo comma, della legge 15 marzo 1997 n. 59), sostiene che, nella specifica materia delle autorizzazioni ambientali, tale principio andrebbe riguardato alla luce della competenza concorrente dello Stato, che legittimerebbe quest'ultimo a fornire indicazioni sulle modalità cui le autorità delegate (o subdelegate) debbono attenersi nell'esercizio dei rispettivi poteri.

6.1. L'assunto non merita condivisione.

Ed invero, il potere concorrente dello Stato in materia di tutela paesaggistica è compiutamente disciplinato dalla legge attraverso l'attribuzione, all'Amministrazione competente, della potestà di procedere, nei tempi e nei modi tassativamente previsti, all'annullamento degli atti autorizzativi ritenuti affetti da vizi di legittimità.

Tale potere può, dunque, estrinsecarsi solo in sede di controllo *a posteriori* della correttezza dell'esercizio delle funzioni attribuite alle Regioni *in subiecta materia* e non può essere invocato per giustificare l'invasione, *a priori*, della sfera di attribuzioni proprie di queste ultime.

Nel caso di specie, come ha giustamente sottolineato il T.A.R., l'Amministrazione statale, una volta ritenuto che la questione della composizione della Commissione edilizia integrata era rilevante ai fini del procedimento di controllo sulle autorizzazioni ambientali rilasciate dai Comuni, avrebbe dovuto o interessare la Regione Veneto per le valutazioni di competenza e l'emanazione delle conseguenti eventuali direttive ovvero provvedere essa stessa ad impartire le opportune direttive alla Regione, previo, tuttavia, l'esperimento del procedimento di intesa, configurato dall'art. 8, primo comma, della legge 15 marzo 1997, n. 59.

7. L'appello va, in conclusione, respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, in favore della Regione Veneto costituita, nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, come specificato in motivazione, lo respinge.

Condanna l'Amministrazione appellante al pagamento delle spese e onorari di giudizio, che liquida nella misura di € 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma, addì 28 aprile 2006».

Azione civile risarcitoria nel processo penale a tutela di interessi legittimi?

(Tribunale di Catania, sezione terza penale, sentenza 6-19 luglio 2005 n. 1869)

1. Il fatto

La sentenza in epigrafe si segnala per aver preso posizione sulla questione, pressoché inesplorata, relativa all'ammissibilità dell'esercizio della azione di cui all'art. 74 c.p.p., ossia della costituzione di parte civile nel processo penale, nella particolare ipotesi in cui il risarcimento attenga alla violazione di situazioni soggettive aventi natura di interesse legittimo.

La questione si profila di particolare rilievo per le implicazioni che, ove si consolidasse l'orientamento condiviso dal Giudice penale nella sentenza in commento, scaturirebbero in ordine al riparto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno per attività amministrativa illegittima.

Al fine di meglio comprendere le motivazioni poste alla base della decisione, appare utile delineare i confini della vicenda da cui trae origine la richiesta risarcitoria nei confronti dell'amministrazione.

La Gestione Governativa Ferrovie Circumetnee (F.C.E.) aveva bandito una procedura concorsuale interna per la copertura di due posti di usciere alla quale partecipava il Sig. (X) (costitutosi parte civile nella vicenda processuale in commento).

All'esito della predetta procedura il Sig. (X), collocatosi in posizione quarta nella graduatoria di merito, impugnava gli atti relativi alla procedura concorsuale chiedendone la caducazione.

Il concorso veniva annullato a causa di vizi concernenti la composizione della commissione esaminatrice, con sentenza emessa dal T.A.R. Catania, poi confermata in appello.

In ottemperanza al suddetto giudicato venivano travolti gli atti con cui l'amministrazione ferroviaria aveva intanto proceduto alla nomina dei primi due classificati risultati vincitori e alla relativa collocazione in servizio.

Con un successivo ordine di servizio (n. 40 del 1997) l'ente F.C.E., per improcrastinabili esigenze organizzative, e considerata l'impossibilità di indire tempestivamente una nuova procedura concorsuale, assegnava "temporaneamente e provvisoriamente" i primi due classificati alle mansioni di usciere, in attesa della indizione di una regolare procedura di selezione del personale da collocare stabilmente allo svolgimento di siffatte mansioni.

L'ordine di servizio veniva tempestivamente impugnato dal Sig. (X) con richiesta cautelare di sospensione che veniva dapprima disposta con ordinanza n. 3323 del 1997 dal T.A.R. Catania, e successivamente confermata dall'organo d'Appello con ordinanza n. 744 del 1998; alla predetta fase cautelare non faceva seguito la definizione della controversia nel merito per mancato impulso da parte del ricorrente che non poneva in essere gli atti necessari per la prosecuzione del giudizio.

Nelle more, la F.C.E. bandiva una nuova procedura concorsuale per la copertura di un posto di usciere, alla quale però il presunto danneggiato riteneva di non partecipare.

L'ipotesi accusatoria da cui muove il procedimento penale si fonda sul preteso indebito rifiuto del Direttore della F.C.E. di ottemperare all'ordinanza del T.A.R., confermata in appello dal C.G.A., che aveva disposto la sospensione dell'ordine di servizio con il quale l'amministrazione aveva collocato temporaneamente i primi due classificati (nella procedura concorsuale in precedenza annullata) allo svolgimento delle mansioni di usciere.

Innanzi al G.U.P. si costituiva parte civile il Sig. (X) lamentando il diritto al risarcimento del danno scaturente dalla mancata esecuzione delle suddette ordinanze cautelari, dalle quali, a suo dire, sarebbe scaturito il proprio "diritto a rivestire la qualifica di usciere".

Richiesta e ottenuta la citazione del responsabile civile si costituiva il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Gestione governativa Ferrovia Circumetnea col patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, eccependo: *a)* il difetto di giurisdizione del Tribunale ordinario, sia pure in sede penale, a conoscere delle controversie risarcitorie scaturenti da lesione di interessi legittimi; *b)* l'inesistenza del "diritto" di (X) a rivestire la qualifica di usciere; *c)* l'assenza del presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria costituito dal previo annullamento dell'atto amministrativo (ordine di servizio 40/97) che si assumeva illegittimo.

Il Tribunale penale di Catania, in sede dibattimentale, ha ritenuto ammissibile la richiesta di costituzione di parte civile del Sig. (X) e la connessa richiesta di citazione del responsabile civile.

Il Tribunale ha assunto che, anche a seguito della riforma del processo amministrativo introdotta con la legge 205/00 nella parte in cui devolve alla giurisdizione amministrativa la competenza a conoscere delle domande di risarcimento del danno cagionato da violazione di interessi legittimi, deve essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario a conoscere la domanda risarcitoria proposta in sede penale, essendo rilevante, al fine di fondare la competenza di esso giudice ai sensi dell'art. 74 c.p.p., che il danno lamentato dall'interveniente scaturisca da "reato".

Viene richiamato in proposito quanto disposto dall'art. 185 c.p., alla cui stregua ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che a norma delle leggi civili debbono rispondere per il fatto di cui.

Le affermazioni poste alla base della decisione possono così riassumersi: *a)* il Tribunale assume che il fatto produttivo di danno è il reato e non il provvedimento amministrativo, la cui esistenza potrà rilevare al più al fine di accertare la configurabilità del reato medesimo; *b)* la pretesa risarcitoria è ascrivibile ad un diritto soggettivo autonomamente tutelabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., rispetto alla posizione giuridica che si assume essere stata lesa.

Quanto alla valutazione nel merito della configurabilità del reato il Tribunale perviene ad escludere che il fatto addebitato al direttore dell'amministrazione ferroviaria integri il reato di cui all'art. 328, c. 2, c.p. per mancanza dell'elemento oggettivo costitutivo della fattispecie incriminatrice, la richiesta scritta di adempiere.

L'assoluzione dell'imputato ha comportato, ai sensi dell'art. 538, c. 1 c.p.p., il rigetto della domanda risarcitoria della parte civile.

2. La costituzione di parte civile nel processo penale.

Ai sensi dell'art. 185 c.p. ogni reato obbliga alle restituzioni e, quando abbia cagionato anche un danno patrimoniale o non patrimoniale, al risarcimento.

La regola posta a fondamento di siffatta previsione normativa muove dalla considerazione che ciascuna condotta in violazione di precetti penali possa dare origine ad una molteplicità di conseguenze rilevanti sia in sede civile che penale.

Al verificarsi di una simile eventualità il soggetto al quale il reato abbia recato danno ovvero i suoi successori universali possono esercitare nel processo penale "l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'art. 185 c.p." (art. 74 c.p.p.).

La parte civile può essere intesa, pertanto, come quel soggetto che "afferma di avere ricevuto un danno dal reato e ne invoca la riparazione nelle forme del risarcimento o della restituzione" (F. Cordero).

Nell'ordinamento interno l'istituto era stato introdotto nel codice di rito previgente, e poi mantenuto nell'attuale, nonostante la forte opposizione di coloro che ne auspicavano l'abolizione: la sua natura ibrida lo prestava infatti a facili strumentalizzazioni, consentendo ad una parte privata, sebbene ai soli fini risarcitori, di sostenere l'accusa, affiancandosi alla parte pubblica (1).

Nondimeno, il mantenimento nel nostro ordinamento dell'azione civile come disciplinata dagli artt. 74 e ss. c.p.p. è dettato da una duplice esigenza: da un lato risponde a ragioni di economia processuale concentrando innanzi allo stesso giudice la cognizione di tutte le conseguenze civili e penali scaturenti da un unico illecito, dall'altra evita il rischio di un possibile contrasto di decisioni tra due organi giurisdizionali diversi (civile e penale) in relazione all'accertamento, sebbene a fini differenti, del medesimo fatto.

A sostegno di entrambe le argomentazioni la dottrina processualpenalistica fa richiamo, in modo pressoché costante, al principio dell'unicità della giurisdizione.

In realtà, la scelta normativa favorevole all'esercizio dell'azione civile innanzi al giudice penale trovava fondamento, nell'originaria stesura del codice previgente, nell'asserita superiorità del giudicato penale su quello civile come risultante dalla formulazione degli artt. 25, 27 e 28 c.p.p., dai quali si ricavava che il giudicato penale di assoluzione o di condanna vincolasse il giudice civile o amministrativo adito per le restituzioni e per il risar-

(1) L'anomalia è evidenziata da G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino 2004, p. 128, il quale fa rilevare come non di rado la parte civile non mira concretamente al risarcimento del danno (evidente nelle ipotesi in cui si limiti a chiedere il risarcimento stesso in misura simbolica), quanto piuttosto a fungere da ausiliario della parte pubblica per giungere alla condanna dell'imputato.

cimento, quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità ed alla responsabilità del condannato.

La vincolatività della statuizione penale sul giudizio di danno finiva così per rendere di fatto obbligata la scelta per l'esercizio dell'azione civile in sede penale, anziché nella sua sede naturale; diversamente, il ricorrente in via risarcitoria avrebbe dovuto subire gli effetti di un giudizio (quello penale) rispetto al quale era rimasto estraneo.

Senonché la Corte Costituzionale, a partire dalla metà degli anni '50, con le declaratorie di illegittimità costituzionale degli artt. 25, 27 e 28 (2) c.p.p., ha fatto venir meno il principio della priorità logico – giuridica della disciplina dei rapporti tra giudicato penale e azione civile di danno e dell'efficacia del giudicato penale nei giudizi civili e amministrativi.

Allo stato attuale pertanto l'esercizio dell'azione civile nel processo penale si pone come una libera scelta demandata al danneggiato dal reato.

Tratteggiati, per grandi linee, gli aspetti caratterizzanti l'istituto della costituzione di parte civile nel processo penale può procedersi a verificare se, ed eventualmente in quali termini, le recenti riforme del processo amministrativo attuate con la legge 205 /00 e prima con il D.Lgs. 80/98 (3) abbiano contribuito a definire l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto in relazione a pretese risarcitorie scaturenti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

V'è poi da chiedersi se la costituzione di parte civile nel processo penale a tutela di posizioni soggettive di interesse possa ritenersi compatibile con l'attuale sistema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Ma, per far ciò, occorre innanzi tutto verificare quale sia la natura della posizione soggettiva vantata dal danneggiato dal reato e più in generale quale rapporto intercorra tra reato e danno risarcibile.

3. Il rapporto tra reato e danno.

Il Tribunale ha ritenuto ammissibile la proposizione dell'azione risarcitoria in sede penale sulla scorta della considerazione che nel caso di lesione di un interesse legittimo conseguente ad un fatto di reato, la relativa pretesa risarcitoria consegue al disvalore penale del fatto e non alla pretesa illegittimità del provvedimento (“... ciò che ai fini risarcitori ... rileva è il reato e non le azioni o gli atti che del reato possono essere gli elementi oggettivamente costitutivi ...”).

L'assunto, per quanto suggestivo, non sembra cogliere nel segno.

Esso riflette, a ben vedere, un tradizionale orientamento giurisprudenziale, affermatosi anteriormente al *revirement* giurisprudenziale in ordine alla

(2) Cfr. rispettivamente le sentenze del 26 giugno 1975, n. 175; del 27 giugno 1973, n. 99 e del 22 marzo 1971, n. 55.

(3) Che, com'è noto, hanno devoluto la cognizione delle controversie risarcitorie scaturenti dalla lesione di interessi legittimi alla competenza del g.a.

risarcibilità degli interessi legittimi, che tendeva ad ammettere la costituzione di parte civile a tutela di posizioni di interesse (4), sulla scorta di una duplice argomentazione.

Innanzitutto, in caso di interesse leso da reato, si riteneva venisse meno il principale ostacolo al riconoscimento della tutela risarcitoria, ossia il ricorrere del requisito dell'“ingiustizia” del danno, atteso che a fronte di un fatto illecito penalmente rilevante l'ingiustizia doveva ritenersi *in re ipsa* (5).

Secondariamente, si riteneva che la posizione giuridica di chi lamenti un danno scaturente da reato non poteva che atteggiarsi a diritto soggettivo puro (6).

Entrambe le argomentazioni inducono ad approfondire il rapporto intercorrente tra reato e danno (7).

Il ricordato orientamento giurisprudenziale, conforme ad un'autorevole tesi dottrinaia (8), tende ad identificare il “danno criminale”, inteso come il danno al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, con il danno risarcibile in sede civile.

La dottrina più recente (9) non ha però mancato di rilevare come una ricostruzione siffatta dei rapporti tra reato e danno risarcibile rifletta invero una concezione ormai superata dell'illecito penale ancorata ad una visione pancivilistica del diritto penale che lo relega a principi e schemi non confacenti alla sua natura.

Pecca per eccesso opposto una seconda ricostruzione (10) alla cui stregua il danno risarcibile si differenzerebbe concettualmente e cronologicamente dall'offesa penale poiché, mentre l'offesa è intrinseca al reato, il danno resterebbe estraneo alla fattispecie criminosa ponendosi rispetto a questa in rapporto di causa ad effetto.

Più coerente al diritto positivo può considerarsi invece una tesi intermedia (11) secondo la quale occorre distinguere tra reati che esauriscono il loro disvalore sul piano penale e reati che invece producono un ulteriore danno civile concettualmente distinto dall'offesa penale.

(4) L'orientamento favorevole ad ammettere la risarcibilità degli interessi legittimi lesi da reato in sede penale era uno degli argomenti posti a fondamento del superamento

(5) Cass. Civ., sez. I, 11 febbraio 1995, n. 1540, in *Giust. Civ.* 1996, I, 2395.

(6) Cass. Civ., sez. un., 23 novembre 1985, n. 5813.

(7) In argomento, PAOLI, *Il reato, il risarcimento e la riparazione*, Bologna 1925; CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. It. Dir. pen.*, 1931, 171; DE MARSICO, *Contributo alla determinazione del concetto di danni da reato risarcibili*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, 425; TAGLIERINI, *Il risarcimento del danno (Profili storici ed evoluzione attuale)*, in *Indice pen.*, 1973, 475; PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento*, 1974, 5; Per la dottrina civilistica, cfr. per tutti, V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Milano, 1989.

(8) Sostenuta principalmente da CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova 1926.

(9) F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 1992, 902.

(10) ANTOLISEI, *L'offesa e il reato*, Bergamo, 1930.

(11) FROSALI, *Reato, danno e sanzione*, Padova 1932.

Giova ricordare che nel caso che ci occupa il reato ascritto all'imputato era l'omissione di atti d'ufficio in relazione alla omessa esecuzione dell'ordinanza cautelare di sospensione dell'ordine di servizio con il quale veniva conferito, in via provvisoria, l'incarico di usciere ai primi due graduati nella procedura concorsuale in precedenza annullata e che il danno lamentato era fatto discendere dalla mancata attribuzione dell'incarico in luogo di uno dei due incaricati.

L'affermazione secondo la quale il danno scaturirebbe dal reato, anziché dalla lesione della posizione di interesse legittimo, si traduce quindi in una finzione: ciò che rileva ai fini risarcitori non è infatti la commissione dell'illecito penale, ma l'omissione dell'atto dovuto. Non rileva, dunque, che il danno scaturisca da un reato, ma che sia conseguente ad un fatto che integri "anche" reato.

In altre parole la condotta omissiva dell'imputato si presenta di per sé come tendenzialmente plurioffensiva (12); si mostra cioè potenzialmente lesiva dell'interesse pubblico costituzionalmente rilevante del buon andamento della pubblica amministrazione inerente lo Stato collettività, ma si presenta al contempo eventualmente lesiva dell'interesse individuale all'ottenimento del bene della vita cui aspira il destinatario dell'attività (omessa).

Ne consegue che chi agisce a tutela dell'interesse individuale nel processo penale "sdoppia l'oggetto del processo penale immettendovi una lite civile" (13); pertanto, se è vero che l'esito dell'azione civile resta subordinato all'esito del giudizio penale (ai sensi dell'art. 538 c.p.p. le decisioni sui danni presuppongono condanna penale, non trovando giustificazione diversamente la deroga che consente di esercitare l'azione civile di danno in sede penale) è anche vero che non sempre la condanna dell'imputato comporterà altresì la sua soccombenza sul tema civile.

Può infatti accadere che condotte civilmente rilevanti ai sensi dell'art. 2043 c.c. non lo siano invece penalmente (si pensi ad un danno cagionato con colpa nelle ipotesi in cui la corrispondente fattispecie incriminatrice punisca il fatto solo a titolo di dolo) ovvero, al contrario, che l'imputato soccombente in sede penale non risulti responsabile civilmente (si pensi al caso in cui accertata l'imputazione del fatto costituente reato non si riesca a dare la prova del danno patito dalla parte civile ovvero, ancora, non si provi il nesso eziologico tra la condotta penalmente rilevante e il danno lamentato dal danneggiato).

Dal che è dato desumere che la controversia civile, sebbene connessa, non sia necessariamente collimante con la funzione e causa dell'originario procedimento volto a verificare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria.

(12) Afferma la natura plurioffensiva del reato di associazione per delinquere Trib. Milano, 3 dicembre 2001, in *Foro ambrosiano*, 2002, 26; contra Trib. Milano, 13 novembre 2000, *ivi*, 2001, 16; per la plurioffensività del reato di bancarotta fraudolenta, v. Trib. Milano, 29 giugno 1998, *ivi*, 2001, 170; per la natura plurioffensiva del reato di omesso versamento di contributi cfr. Pret. Prato, 28 maggio 1986, in *Informazioni previdenziali*, 1987, 234.

(13) F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 269.

Pertanto, anche in caso di sentenza di condanna, il giudice dovrà sempre procedere ad accertare se il “fatto” costitutivo dell’illecito penale sia al tempo stesso lesivo della posizione soggettiva individuale sottesa alla richiesta risarcitoria.

Né a differenti conclusioni sembra potersi pervenire sulla scorta del dato letterale dell’art. 185, c. 2, c.p. alla cui stregua “ogni reato che abbia cagionato in danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole o le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”, e ciò in quanto la disposizione non afferma di per sé che il danneggiato dal reato vanta una pretesa risarcitoria diversa da quella relativa alla violazione della sottostante posizione sostanziale.

Tanto è vero che lo stesso art. 75 c.p.p., nel descrivere i rapporti tra azione civile e azione penale, si limita a prescrivere che l’azione civile “può essere trasferita nel processo penale” il che vale a dire che la costituzione della parte civile nel processo penale è ammessa per l’“identica lite” che sarebbe instaurabile innanzi al giudice naturale.

Alla luce di siffatte considerazioni può allora pervenirsi ad una prima conclusione. Il soggetto danneggiato dall’esercizio dell’attività amministrativa che si costituisca parte civile nel processo penale intentato ai danni del funzionario lamenta un danno che gli deriva dall’atto o dall’attività illegittima (ovvero dall’omissione) e non dal reato, come invece pretenderebbe il giudice nella sentenza in commento (14).

Evidenti le implicazioni di tale conclusione in punto di giurisdizione. Affinché il giudice statuisca in ordine alla pretesa risarcitoria vantata dal danneggiato occorrerà infatti che egli sia fornito di giurisdizione in ordine al rapporto controverso, a meno che non si voglia sostenere, come sembra fare il giudice etneo, che il diritto al risarcimento del danno rilevi quale posizione giuridica autonomamente tutelabile rispetto alla posizione sottostante che si assume essere stata lesa.

Occorre allora procedere a verificare la correttezza della seconda affermazione del Tribunale di Catania al fine di ammettere l’esercizio dell’azione civile a tutela di interessi legittimi, ossia la pretesa autonomia dell’azione risarcitoria di danno rispetto all’azione posta a tutela della situazione soggettiva di cui si lamenta la lesione.

Non appare dubitabile peraltro che il Sig. (X) fosse titolare di un interesse (pretensivo) all’incarico e non già di un diritto soggettivo, atteso che dalla sospensione degli effetti dell’ordine di servizio n. 40/97 non nasceva alcun

(14) In questo senso un precedente giurisprudenziale può rinvenirsi in Cass. Pen., sez. un., 21 aprile 1989 alla cui stregua, affinché l’illegittimità penale della condotta coincida con l’illiceità civile, è necessario che alla prima corrisponda, contemporaneamente e direttamente, la violazione di un diritto soggettivo. In tal caso il conseguente obbligo del risarcimento del danno è identico a quello nascente da un fatto illecito che non costituisce reato e da ciò deriva unicità della *legittimatio ad causam* del titolare del diritto leso con la possibilità di esercitare l’azione risarcitoria (con la costituzione di parte civile) nel processo penale.

obbligo in capo all'amministrazione di attribuire l'incarico di usciere al (X), rientrando nella discrezionalità della stessa la facoltà di indire una nuova procedura concorsuale, ovvero di attribuire l'incarico a terzo ovvero ancora di non provvedere in ordine ai posti resisi vacanti.

4. Il rapporto tra azione risarcitoria e tutela della posizione soggettiva sostanziale.

Il Tribunale ha affermato il principio secondo il quale il diritto al risarcimento del danno sancito dall'art. 2043 c.c., rileva, sempre, quale diritto soggettivo puro, radicando così la competenza a conoscere delle relative controversie in capo al g.o.

Dall'enunciazione di tale principio è fatta scaturire una duplice conseguenza: *a)* in primo luogo la qualificazione della posizione in termini di diritto escluderebbe qualsiasi riserva di giurisdizione in ordine alla pretesa risarcitoria azionata in sede penale in favore della giurisdizione amministrativa; *b)* in secondo luogo, se ciò che rileva ai fini risarcitori è solo il nesso eziologico intercorrente tra il reato e il danno, deve escludersi che nel giudizio risarcitorio instaurato innanzi al giudice penale possa porsi alcuna questione pregiudiziale in merito alla pretesa illegittimità dell'atto, come invece eccipito dall'Avvocatura dello Stato.

Sotto il primo profilo v'è da chiedersi, innanzitutto, se alla stregua del nuovo quadro di riferimento aggiornato alla legge di riforma della giustizia amministrativa, possa ancora sostenersi la giurisdizione del giudice ordinario (sia pure di quello penale) a conoscere delle pretese relative alla lesione di interessi.

La devoluzione generalizzata al g.a. della cognizione delle questioni risarcitorie conseguenti all'emanazione di atti illegittimi, ad opera della legge 205/00 (15), pone invero il problema dell'esperibilità, in sede di giudizio penale intentato nei confronti del funzionario, dell'azione civile verso la p.a. ritenuta responsabile del danno cagionato da attività (anche omissiva) illegittima della p.a.

A ben vedere, le argomentazioni fatte proprie dal Tribunale nella sentenza che si commenta sembrano ricalcare le motivazioni svolte dalla storica decisione della cassazione civile n. 500/99 (16) al fine di superare il c.d. dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo (17).

(15) Com'è noto dapprima il D.Lgs. 80/98 (con riferimento alla sole materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del g.a.) e successivamente la L. 205/00, hanno generalizzato la tutela risarcitoria innanzi al g.a. nelle materie rientranti nella sua giurisdizione di legittimità; in tal senso l'art. 7, c. 3 L. 1034/71 dispone che "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica".

(16) Tra i tanti commenti alla sentenza si segnalano, F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3212; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.* 1999, II,

In estrema sintesi, gli ostacoli tradizionalmente frapposti alla risarcibilità di posizioni soggettive aventi consistenza di interessi erano essenzialmente da ricondursi ad un duplice ordine di ragioni.

L'una, di natura processuale, tendeva a negare la risarcibilità dell'interesse sulla scorta dell'asserita carenza di giurisdizione in ordine alla pretesa risarcitoria; in tal senso si affermava che il g.o. fornito di giurisdizione in ordine al *petitum* non lo sarebbe stato anche con riferimento alla *causa petendi*, laddove il g.a. competente a conoscere della posizione giuridica azionata (interesse) non lo sarebbe stato anche in ordine all'oggetto della pretesa (risarcimento del danno).

L'altra, di carattere sostanziale, faceva richiamo al dato letterale di cui all'art. 2043 c.c. e segnatamente alla nozione di danno ingiusto da intendersi non solo *in iure*, ossia non legittimato dall'ordinamento, ma altresì *contra ius*, ossia quale danno scaturente dalla violazione di diritti soggettivi assoluti.

Di qui l'inammissibilità di una tutela risarcitoria dell'interesse legittimo sotto il duplice profilo della carenza di un giudice competente a conoscere della relativa istanza nonché dell'assenza del carattere dell'ingiustizia del nocumento.

Sotto il profilo processuale la Suprema Corte ha affermato la giurisdizione del g.o. a conoscere delle questioni risarcitorie derivanti da lesione di interessi sulla scorta della considerazione che l'art. 2043 c.c., nel prevedere che qualunque fatto doloso o colposo obbliga il responsabile a risarcire il danno che da tale fatto sia scaturito, è "norma primaria" ossia è una norma di contenuto immediatamente precettivo che attribuisce al privato un "diritto soggettivo" a non subire ingiuste lesioni della sua sfera giuridica soggettiva.

Da ciò l'ulteriore assunto che il "diritto" al risarcimento fosse tutelabile innanzi al g.o. mentre la violazione dell'interesse fosse destinata a rilevare, sul piano oggettivo, quale elemento costitutivo della fattispecie (sotto il profilo dell'ingiustizia del danno).

Quanto all'argomento sostanziale la Suprema Corte ha ritenuto di poter superare la tradizionale visione della tipicità dell'illecito aquiliano, giungendo a ravvisare nell'art. 2043 una sorta di clausola di chiusura dell'ordinamento, tale da consentire la risarcibilità di qualunque danno non solo a tute-

3235; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Diritto pubb.*, 1999, 489; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Gior. Dir. amm.*, 1999, I, 843; F. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 2000, 13.

(17) A tali argomentazioni se ne aggiungeva peraltro una ulteriore di carattere generale fondata sulla diversa rilevanza attribuita dall'ordinamento giuridico alle posizioni di diritto e di interesse; pur trattandosi di posizioni ugualmente meritevoli di tutela, si affermava, le due situazioni soggettive si distinguono per "gradi e forme" (M. Nigro) differenti di tutela. Tra le diverse forme di tutela si ascriveva il diverso regime della risarcibilità riferibile ai diritti soggettivi e non anche agli interessi.

la dei diritti soggettivi assoluti, ma altresì a tutela di qualunque posizione giuridica ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento tutte le volte in cui il danno arrecato a tale posizione giuridica non trovasse nell'ordinamento medesimo una propria causa di giustificazione. Risarcibilità, dunque, non solo del danno *contra ius* ma anche *sine iure* (18).

Senonché l'evoluzione del dato normativo, attraverso l'attribuzione al g.a della competenza generalizzata a conoscere delle controversie risarcitorie relative a danni scaturenti da lesioni di interessi, induce ad una nuova riflessione su tali conclusioni.

La Suprema Corte aveva affermato, infatti, il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento sulla scorta della considerazione dell'assenza (allora), nelle aree diverse da quelle di giurisdizione esclusiva, di una regola generale di estensione della giurisdizione del g.a. alle questioni risarcitorie.

Detto altrimenti, la Suprema Corte aveva escluso che l'accertamento della lesione dell'interesse potesse dar luogo ad una questione di giurisdizione sulla scorta della considerazione che, fuori dai casi di giurisdizione esclusiva, il g.a. era sprovvisto di una competenza generale in tema di risarcimento del danno da lesione di interessi.

È evidente che l'introduzione generalizzata ad opera del legislatore del 2000 di una regola siffatta, con tutte le implicazioni in termini di necessaria concentrazione della tutela avanti ad uno stesso giudice, impone di rivedere la correttezza delle originarie considerazioni.

Ne consegue che pur convenendosi sull'opportunità di distinguere ontologicamente il diritto di credito spettante al danneggiato dal fatto illecito, rispetto all'interesse leso (19), deve convenirsi sul fatto che il rapporto tra le due posizioni giuridiche (il diritto al risarcimento e l'interesse legittimo leso) vada ricostruito in termini di distinzione ma non anche di separazione, non essendo (più) consentito al g.o. di conoscere del diritto al risarcimento in via autonoma rispetto alla sottostante situazione sostanziale che si assume essere stata lesa (20).

(18) Tra le argomentazioni poste a fondamento della svolta la Corte pone altresì la riforma normativa attuata con il D.Lgs. 80/98 che sebbene con riferimento alle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, ammetteva la risarcibilità degli interessi lesi da attività amministrativa illegittima.

Con riferimento a tale ultima argomentazioni in realtà, com'è stato efficacemente notato, il fatto che il legislatore abbia ancorato il risarcimento del danno alle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a., non poteva far ritenere siffatta argomentazione decisiva al fine di sostenere l'avvenuto superamento del dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse.

La limitazione della tutela risarcitoria degli interessi nelle sole materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, poteva far presumere infatti che la stessa si riferisse solo ai diritti soggettivi attratti alla giurisdizione amministrativa e non anche agli interessi; niente di nuovo sotto il sole, dunque.

(19) In questo senso cfr. LUISSO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. Dir. proc.*, 2002, 46 e TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 43.

(20) Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 164.

In definitiva, il g.o. potrà conoscere del diritto al risarcimento solo ove questo si connetta alla lesione di situazioni di diritto.

La tesi sembra peraltro trovare conforto nella nota sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 che ha escluso che la declaratoria di incostituzionalità degli artt. 33 e 34 D.Lgs. 80/98 potesse estendersi al potere riconosciuto al g.a di disporre il risarcimento del danno ingiusto in quanto detto potere non costituisce, sotto alcun profilo, una nuova “materia” attribuita alla giurisdizione del g.a. “bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”.

La natura strumentale della tutela risarcitoria rispetto alla tutela della posizione giuridica sottostante è stata ribadita da ultimo dalla Consulta con la decisione del 11 maggio 2006, n. 191 nella quale, in linea di continuità rispetto alla sentenza 204, viene affermata la sostanziale irrilevanza ai fini del riparto di giurisdizione della natura (di diritto o di interesse) della pretesa risarcitoria; ciò in quanto, per principio generale, il criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa non può essere costituito dal *petitum*, ossia dal tipo di provvedimento richiesto, ma piuttosto dalla natura della situazione giuridica sottesa alla richiesta risarcitoria.

Le argomentazioni appena riferite sono state puntualmente condivise da alcuni recenti arresti (ordinanze nn. 13659, 13660 e 13911 del 13 e 15 giugno 2006 (21)) della Suprema Corte di Cassazione che, dopo aver ripercorso il cammino giurisprudenziale e normativo in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, ha affermato, conformemente al ricordato orientamento del Giudice costituzionale, la natura “rimediale” dello strumento risarcitorio.

Con le citate ordinanze la Corte si è pronunciata inoltre sull’annosa questione attinente la c.d. pregiudiziale amministrativa con argomentazioni che verranno riprese nel prosieguo della trattazione.

Secondo l’impostazione seguita dalla Cassazione, la giurisdizione del giudice ordinario contro l’agire illegittimo della pubblica amministrazione va affermata ogni qual volta il diritto del ricorrente “non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo”, ovvero nel caso in cui l’azione amministrativa non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere amministrativo, come nelle ipotesi in cui l’amministrazione agisca in via di fatto o in posizione paritaria rispetto ai destinatari degli effetti degli atti posti in essere.

(21) Cass. s.u., 13 giugno 2006, n. 13659 con note di M. A. SANDULLI, *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. “pregiudiziale” amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela”,* e V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in www.giustamm.it, nonché in *Guida al diritto*, n. 28/2006, 28, con nota di G. CARUSO, *Sparisce la pregiudiziale amministrativa per garantire maggiore tutela ai cittadini*; Cass. s.u. 13 giugno 2006 n. 13660 nota di G. MARI, *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., sez., Un., 13 giugno 2006: la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*; Cass. s.u., 15 giugno 2006, n. 13911 in www.giustamm.it.

Tutte le volte in cui, viceversa, la pretesa risarcitoria sia connessa ad un'attività amministrativa espressione di un potere di natura autoritativa andrà affermata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Tale ultimo orientamento supera così la precedente posizione assunta dalla Suprema Corte medesima con l'ordinanza n. 1207 del 2006 con la quale le sezioni unite, recependo un precedente orientamento dottrinario (22), avevano distinto l'ipotesi in cui il ricorrente eserciti l'azione risarcitoria congiuntamente all'azione di impugnazione, dall'ipotesi in cui egli, dopo aver ottenuto dal g.a. l'annullamento dell'atto, agisca in via autonoma per il risarcimento.

Mentre nel primo caso l'azione risarcitoria si riteneva andasse esperita innanzi al g.a. nel secondo, non venendo in rilievo l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento, la stessa si riteneva potesse essere azionata in via autonoma innanzi al g.o (23).

È evidente, infatti, che alla luce del nuovo orientamento del Giudice di legittimità che attribuisce rilevanza, quale criterio di riparto tra le giurisdizioni, esclusivamente alla natura della posizione giuridica azionata, siffatta distinzione perde rilievo.

Anche a voler aderire all'indirizzo espresso dalla Corte con l'ordinanza n. 1207/06, nella fattispecie in commento difetterebbe in ogni caso il presupposto per l'esercizio in via autonoma dell'azione risarcitoria (ossia la previa caducazione del provvedimento lesivo): si ricordi al riguardo che il (X), dopo aver ottenuto la sospensione del provvedimento (ordine di servizio) che assumeva lesivo del proprio interesse al conferimento dell'incarico, non aveva ulteriormente coltivato il giudizio di merito, con conseguente perenzione de ricorso e perdita di efficacia dell'ordinanza cautelare resa *medio tempore*.

Sulla scorta di siffatte considerazioni non può pertanto che dissentirsi dall'affermazione fatta propria dal Tribunale di Catania, nella sentenza in commento, alla cui stregua la posizione vantata dal ricorrente in sede risarcitoria rilevi in ogni caso quale diritto soggettivo e dunque, in quanto tale, sia sempre conoscibile dal giudice ordinario.

Conformemente al condivisibile indirizzo inaugurato dalla Suprema Corte in punto di riparto di giurisdizione, nonché alla luce della novella del

(22) Per tutti cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000.

(23) In senso contrario si è espressa l'Ad. Plen. del Consiglio di Stato con la sentenza 9 febbraio 2006, n. 2, alla cui stregua la scelta di esercitare l'azione risarcitoria in un momento successivo rispetto all'esercizio dell'azione di annullamento innanzi al g.a., non vale di per sé a mutare i presupposti di fatto e di diritto dell'azione che pertanto, anche nel caso in cui intervenga successivamente all'annullamento giurisdizionale dell'atto che si presume illegittimo, deve essere esercitata innanzi al g.a.

Su posizioni opposte si è assestata peraltro la giurisprudenza amministrativa (Ad. Plen. 9 febbraio 2006, n. 2) che ha reputato irrilevante ai fini del riparto di giurisdizione la distinzione operata dal Giudice civile, affermando che la caducazione in via giurisdizionale del provvedimento non esclude che il danno lamentato sia connesso all'esercizio di attività amministrativa connotata dai caratteri dell'autoritarità.

2000 che ha generalizzato la competenza del giudice amministrativo in tema di tutela risarcitoria per lesione di interessi, può infatti quanto meno dubitarsi che residuino margini di cognizione in capo al g.o. in materia di danni scaturenti da reato, se non a costo di consentire al g.o. di riappropriarsi di una fetta di giurisdizione in tema di risarcimento che il legislatore ha inteso inequivocabilmente attribuire al g.a.

Nel caso di specie, dunque, venendo in contestazione proprio la legittimità dell'esercizio della funzione, la competenza a conoscere della relativa pretesa risarcitoria non poteva non spettare all'autorità giurisdizionale amministrativa.

Parimenti non si sottraggono a censure le osservazioni fatte proprie dal Tribunale in ordine al rapporto tra azione risarcitoria e giudicato di annullamento.

È noto al riguardo come la prevalente giurisprudenza amministrativa (24), con argomentazioni talvolta condivise dal giudice civile (25), si sia schierata in favore del principio della c.d. pregiudiziale amministrativa, ossia ha sostenuto la necessità del previo annullamento dell'atto lesivo ai fini della pronuncia sul risarcimento del danno (26).

A fondamento del principio è stata posta innanzitutto l'esigenza di tutela di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico cui si connette la previsione dello sbarramento temporale per l'impugnativa dei provvedimenti amministrativi; secondariamente, il tradizionale divieto di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi ad opera del g.a; in ultimo, il riferimento contenuto nella legge 205/00 alla natura "conseguenziale" della tutela risarcitoria farebbe ritenere quest'ultima subordinata all'espletamento con esito favorevole di un previo giudizio amministrativo di annullamento.

(24) Sul punto si veda Ad. Plen. Cons. Stato, 26 marzo 2003, n. 4.

(25) Il riferimento è a Cass. Civ. sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, 2073, con nota di A. TRAVI; *Giorn. Dir. amm.*, 2003, 567, con nota di L. TORCHIA, e *Urb. e app.* 2003, 684 con nota di P. GALLO. Con la decisione la Suprema Corte si è schierata su posizioni favorevoli alla pregiudiziale amministrativa ribaltando l'orientamento sostenuto nella sentenza n. 500/99. La Corte ha chiarito che la mancata caducazione del provvedimento che si assume lesivo rileva sotto il profilo della "ingiustizia" del danno, nel senso che "in assenza della rimozione dell'atto, il permanere della produzione dei suoi effetti è conforme alla volontà della legge, e la necessaria coerenza dell'ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi".

(26) Se infatti si concorda nel ritenere che la questione pregiudiziale ricorre allorché il giudice "prima di affrontare e decidere la questione finale o principale, che dir si voglia, della causa... si trova di fronte ad una serie più o meno lunga di punti che sono l'antecedente logico della questione finale (punti pregiudiziali) e che... danno luogo a questioni (questioni pregiudiziali)", così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1947., 339 deve anche convenirsi che ove l'interessato avrà fatto decorrere il termine di impugnazione non potrà rivolgersi al g.o. per ottenere il risarcimento del danno scaturente dall'atto medesimo, perché in questa ipotesi il giudice civile si vedrebbe investito direttamente della cognizione della legittimità dell'atto, della quale pertanto non potrebbe statuire in via pregiudiziale e senza effetto di giudicato.

È noto altresì come tali argomentazioni siano state sottoposte a rilievi critici da parte della dottrina più avvertita (27) la quale non ha mancato di rilevare l'incongruità del richiamo al principio della certezza delle situazioni giuridiche con riferimento a pretese risarcitorie scaturenti da provvedimenti inoppugnati atteso che la pretesa risarcitoria non mette in alcun modo in discussione la stabilità del provvedimento amministrativo ma consente solo di verificarne in via parentetica la liceità.

In secondo luogo è apparso incongruo il richiamo al divieto di disapplicazione del provvedimento in materia di tutela risarcitoria atteso che il g.a., nel conoscere dell'atto amministrativo nella controversia risarcitoria, non disapplica l'atto illegittimo considerando *tamquam non esset* i suoi effetti ma semmai, al contrario, nell'accertare gli effetti che l'atto ha prodotto, in un certo senso lo applica.

Non maggiormente probante è sembrato il richiamo all'elemento letterale afferente la pretesa consequenzialità della pretesa risarcitoria rispetto a quella caducatoria, atteso che l'avverbio "consequenziale" può ritenersi riferito al rapporto intercorrente tra provvedimento e danno e non necessariamente tra annullamento e risarcimento.

L'elaborazione dottrinarica ha poi messo in evidenza tutta una serie di casi in cui la regola della pregiudiziale amministrativa non appariva applicabile.

Sulla base del presupposto incontestabile che l'annullamento dell'atto illegittimo presuppone l'esistenza di un provvedimento da impugnare e di un interesse all'annullamento, la dottrina ha individuato un ventaglio di ipotesi in cui per l'assenza di un provvedimento da impugnare o per la carenza dell'interesse il principio della pregiudiziale era destinato a non trovare applicazione (28).

Si adduceva sotto il primo profilo, ad esempio, l'ipotesi di una domanda risarcitoria avente ad oggetto il danno derivante dalla tardiva adozione di un provvedimento favorevole: in questo caso non poteva certo affermarsi che il cittadino poteva essere gravato dell'onere di impugnare il provvedimento favorevole (sebbene ottenuto con colpevole ritardo dall'amministrazione).

Ancora, veniva in rilievo l'ipotesi in cui il danno derivi da meri comportamenti: anche qui mancherebbe l'oggetto materiale oltre che giuridico di una eventuale impugnativa.

Infine, i provvedimenti amministrativi annullati nell'esercizio di poteri di autotutela dalla stessa p.a.

Fuori dalle ipotesi menzionate, la vigenza della pregiudizialità va invece confermata non potendosi consentire al ricorrente di ottenere a titolo di risarcimento ciò che gli sarebbe spettato in forza dell'annullamento dell'atto (29).

(27) Per tutti A. TRAVI, nota a Cass., sez. II, sent. 27 marzo 2003, n. 4538 in *Foro it.*, cit., 2078.

(28) In questo senso L. TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principio di diritto sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 567 ss.

(29) Cfr. A. TRAVI, nota a Cass. Civ., sez. II, sent. 27 marzo 2003, n. 4538, cit. 2075.

Pertanto, l'atto non impugnato nel termine deve ritenersi valido (per il c.d. "modo dell'equiparazione" di gianniniana memoria), anche ai fini risarcitori, in forza della scelta operata dal legislatore del 1889 in favore del regime dell'annullabilità degli atti in luogo della nullità (30).

A differenti conclusioni sembra pervenire il Giudice di legittimità con le citate ordinanze nn. 13659, 13660 e 13911 del 13 e 15 giugno 2006, con le quali la Suprema Corte, dopo aver preso le distanze tanto dalla tesi "tutta amministrativistica" (alla cui stregua la competenza in tema di pretese risarcitorie per violazione di interessi spetterebbe sempre al giudice amministrativo, previa impugnativa del provvedimento che si assume lesivo) quanto da quella "tutta civilistica" (che nega rilevanza alla pregiudiziale amministrativa affermando la competenza del giudice ordinario, in quanto giudice dei "diritti", sulla pretesa risarcitoria) in merito alla sede e ai presupposti di esercizio dell'azione risarcitoria, riconosce nel giudice amministrativo il "giudice naturale" della tutela risarcitoria degli interessi, indipendentemente dalla previa instaurazione di un giudizio di legittimità sull'atto o sul silenzio serbato dall'amministrazione.

Ciò, peraltro, avvertendo che, qualora il giudice amministrativo neghi la propria competenza a decidere su una questione risarcitoria proposta in via autonoma, la relativa pronuncia sarà considerata quale illegittima declinatoria di giurisdizione, in quanto tale soggetta al sindacato della Corte regolatrice.

A prima lettura, e con la sintesi che questa sede impone, deve tuttavia rilevarsi che le argomentazioni svolte dalla Corte, sebbene meritorie sotto il profilo dell'intento di assicurare concretezza ed effettività alla tutela giurisdizionale del cittadino avverso l'operato dell'amministrazione, non si sottraggono a rilievi critici sotto un duplice profilo formale e sostanziale.

Sotto il profilo formale il percorso argomentativo seguito appare poco convincente nella parte in cui risolve sul piano della giurisdizione il problema della rilevanza, nel giudizio amministrativo di danno, della previa impugnativa del provvedimento che si assume lesivo.

Si riscontra, infatti, una sovrapposizione tra i limiti interni ed esterni alla giurisdizione; in altre parole, una volta affermato che in materia di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi deve considerarsi competente il giudice amministrativo, la questione della pregiudiziale rileva quale mera questione di procedura interna alla giurisdizione amministrativa ed in quanto tale non rilevabile da parte del giudice di legittimità in sede di regolamento di giurisdizione.

(30) In realtà nell'originaria impostazione di M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 538, il cd. modo dell'equiparazione, ossia l'assimilazione degli effetti dell'atto invalido non impugnato nei termini, agli effetti dell'atto valido si riteneva avesse origini giurisprudenziali. Secondo altra Dottrina, invece, l'equiparazione tra effetti dell'atto invalido inopugnato ed effetti dell'atto valido, è frutto di una precisa scelta normativa operata dal legislatore del 1889 in favore del regime dell'annullabilità degli atti invalidi in luogo di quello della nullità. In questo senso da ultimo, G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 197.

Sotto il profilo sostanziale va rilevato, innanzitutto, che la regola della previa impugnativa del provvedimento amministrativo che si assume produttivo di danno è dettata da irrinunciabili esigenze di coerenza interna dell'ordinamento, esigenze che impediscono di qualificare in termini di "danno ingiusto" il danno derivante da provvedimenti inoppugnati.

In altri termini, resta insuperabile l'assunto, fatto proprio dalla Suprema Corte in una nota decisione del 2003 (31), secondo il quale in assenza della rimozione dell'atto il permanere della produzione dei suoi effetti deve considerarsi conforme alla volontà della legge.

In secondo luogo, come già rilevato dai primi commentatori (32), desta perplessità la soluzione che rimette, in sostanza, all'interessato la "scelta" tra la richiesta di caducazione del provvedimento che si assume illegittimo e quella di lasciare in vita una situazione di ingiustizia sostanziale optando per la tutela riparatoria.

Non si può trascurare di considerare, infatti, che la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo che si assume lesivo, seppure irrilevante sotto il profilo dell'ammissibilità dell'azione, almeno secondo l'indirizzo inaugurato dalla Suprema Corte, non manca di rilevare sotto il profilo della fondatezza della pretesa risarcitoria.

Per principio generale consacrato dall'art. 1227, c. 2, c.c., non è risarcibile, infatti, il danno che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

In applicazione del suddetto principio non potrà allora accordarsi il risarcimento per i danni che il ricorrente avrebbe potuto evitare chiedendo tempestivamente la sospensione e la caducazione del provvedimento lesivo.

Sotto tale profilo la soluzione prospettata dalla Corte, nel consentire l'accesso alla tutela risarcitoria in via autonoma anche in ipotesi di provvedimenti divenuti inoppugnabili, lascia presagire il moltiplicarsi della proposizione di ricorsi relativi a danni "evitabili" e dunque infondati nel merito, con inevitabile aggravio del carico della giustizia amministrativa.

In conclusione deve ritenersi che non sussistano ragioni per discostarsi dal prevalente indirizzo dottrinario che, anteriormente all'intervento della Corte regolatrice, suggeriva di procedere ad una verifica della regola da condursi caso per caso, in relazione alla configurazione delle pretese oggetto del giudizio. Dunque la pregiudiziale come "condizione sostanziale" (33) e non processuale del giudizio risarcitorio.

(31) Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Urb e app.*, 2003, 684, con nota di P. GALLO, *Pregiudiziale e disapplicazione al vaglio di Plenaria e Cassazione*, nonché in *Foro it.*, 2003, I, 2073, con nota di A. TRAVI.

(32) M. A. SANDULLI, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela"*, cit.

(33) L'espressione è di L. TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno: fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, cit., 583.

La soluzione appare conforme, peraltro, all'orientamento della giurisprudenza comunitaria che, pur riconoscendo l'autonomia dell'azione risarcitoria prevista dagli artt. 235 e 288 del Trattato rispetto all'azione di annullamento (nel senso che l'irricevibilità del ricorso non pregiudica in linea di principio la ricevibilità dell'azione risarcitoria) (34), ha però precisato che la decorrenza del termine per l'azione di annullamento preclude il ricorso per il risarcimento del danno che miri in realtà alla revoca del provvedimento (35).

Ove poi si condivida l'assunto, precedentemente sostenuto, che il danno derivante da reato partecipi della stessa natura del danno da illecito civile, deve altresì pervenirsi alla conclusione che anche nel giudizio penale, al pari di quello civile di danno, possa configurarsi un'ipotesi di pregiudiziale amministrativa tutte le volte in cui attraverso la tutela risarcitoria la parte civile intenda ottenere dal giudice la stessa utilità che le avrebbe arrecato l'annullamento dell'atto.

Se ciò è vero non può allora condividersi l'affermazione, fatta propria dal Tribunale nella sentenza in commento, secondo la quale deve escludersi che nelle controversie risarcitorie per danni cagionati da reato "possa configurarsi in modo alcuno ipotesi di pregiudiziale amministrativa", dovendosi ritenere piuttosto che la verifica della rilevanza della pregiudiziale amministrativa, anche nel caso in cui il fatto generatore del danno costituisca reato, vada effettuata caso per caso.

Nella fattispecie in esame giova ricordare che il danno lamentato derivava dalla asserita mancata esecuzione dell'ordinanza cautelare di sospensione dell'ordine di servizio (per contrasto con il precedente giudicato di annullamento della procedura concorsuale) e, nella specie, dalla mancata attribuzione della qualifica di usciere in luogo di uno dei due nominati con il suddetto ordine di servizio.

È di tutta evidenza che la richiesta risarcitoria avanzata dal Sig. (X) non appariva causalmente connessa alla pretesa omissione ascritta all'imputato.

L'ordinanza cautelare non può, infatti, garantire al ricorrente utilità maggiori rispetto a quelle che gli deriverebbero dalla favorevole definizione del giudizio di annullamento.

In altri termini, se il giudizio di annullamento avrebbe potuto assicurare al (X) solo la caducazione dell'ordine di servizio che egli assumeva lesivo, l'anticipazione degli effetti del giudicato in sede cautelare non avrebbe potu-

(34) Cfr. Trib. I grado 10 luglio 1997, causa T-38/96, in *Foro it.*, Rep., 1998, voce *Unione Europea*, n. 528; 13 dicembre 1995, cause riunite T-481/93 e T-484/93, *id.*, Rep., 1997, voce *cit.*, n. 513; Corte di Giust. 17 dicembre 1981, cause riunite 197-200, 243, 245 e 247/81, *id.*, 1982, IV, 418, con nota di L. DANIELE.

(35) Cfr. Trib. I grado 27 giugno 2000, causa T-72/99, in *Foro it.*, Rep., 2001, voce *Unione Europea*, n. 686; 4 febbraio 1998, causa T-94/95, *id.*, Rep. 1999, voce *cit.*, n. 647; 3 febbraio 1998, causa T-68/96, *ivi.*, n. 649; 24 settembre 1996, causa T-485/93 *id.*, Rep., 1997, voce *cit.*, n.514.

to comportargli un vantaggio ulteriore, men che mai quello di attribuirgli la qualifica sperata.

Ne consegue che l'irrelevanza del previo annullamento dell'ordine di servizio n. 40/97 rispetto alla definizione della controversia risarcitoria trova giustificazione, nel caso di specie, non già in un principio di portata generale alla cui stregua non sarebbe mai configurabile una pregiudiziale amministrativa nei giudizi risarcitori per danni "da reato" (come affermato dal Tribunale), quanto piuttosto nell'assoluta infondatezza dell'istanza risarcitoria vantata dal (X), atteso che il danno da lui lamentato non era in alcun modo riconducibile alla (pretesa) inottemperanza alla statuizione cautelare.

5. *Costituzione di parte civile e violazione di interessi legittimi: un ritorno alla doppia tutela?*

La soluzione accolta dalla sentenza presta il fianco ad un ulteriore rilievo critico.

Una volta infatti che si escluda che il danno derivante da reato abbia natura "speciale" rispetto al danno scaturente da un fatto penalmente irrilevante, ed affermata la natura meramente eventuale dell'esercizio dell'azione riparatoria in sede penale, ove si consolidasse l'orientamento favorevole ad ammettere la costituzione di parte civile nel processo penale a tutela di situazioni di interesse dovrebbe pure ammettersi che il danneggiato da reato possa scegliere di agire innanzi al g.a. proponendo l'azione risarcitoria contestualmente a quella demolitoria ovvero, in alternativa, innanzi al g.a. chiedendo il solo risarcimento del danno scaturente dal reato.

Non può allora non intravedersi dietro una siffatta soluzione un tentativo, dal forte sapore nostalgico, di ritorno alle vecchie teorie della doppia tutela accomunate, pur nella varietà delle impostazioni proposte, dallo sforzo di considerare ammissibili per lo stesso "episodio di vita" (36) i due tipi di tutela giurisdizionale.

In particolare, il tentativo di ammettere la doppia tutela a fronte dell'unicità della lesione soggettiva appare ripristinare il criterio volto a fondare il riparto di giurisdizione fra g.o. e g.a. sul *petitum* dell'azione ossia sul tipo di provvedimento richiesto dall'interessato, più che sulla natura giuridica fatta valere in giudizio (37); con la conseguenza di ammettere che avverso la medesima lesione di una situazione soggettiva possano radicarsi la giurisdizione

(36) Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 139.

(37) Sul riparto di giurisdizione la letteratura è vastissima, per tutti basti ricordare M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522; M. S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 229; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1974; F. G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989. In giurisprudenza tra le tante si v. Cass. Civ., s.u., 22 maggio 1948, n. 778, in *Foro it.*, 1949, I, 32 con nota di A. M. SANDULLI e Cass., civ., s.u., 7 maggio 1948, n. 675, in *Foro it.*, 1949, I, 39.

zione del g.a. o del g.o. a seconda, rispettivamente, che il ricorrente chieda la rimozione dell'atto che assume illegittimo ovvero la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno provocato dall'atto medesimo (38).

Ne consegue che tutte le volte in cui il danneggiato lamenti la lesione di situazioni di interesse non può ammettersi l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, pena il ripristino del criterio fondato sul tipo di provvedimento richiesto (annullamento o risarcimento) in luogo di quello fondato sulla consistenza della situazione soggettiva azionata.

6. Considerazioni conclusive.

In conclusione, la recente riforma del processo amministrativo, che generalizza la tutela risarcitoria innanzi al Giudice amministrativo, induce invero a pervenire a conclusioni differenti rispetto a quelle fatte proprie dal Tribunale di Catania nella sentenza in commento in ordine all'esperibilità della particolare azione di cui all'art. 74 c.p.p. a tutela di situazioni soggettive aventi consistenza di interessi.

In particolare, non sembra in alcun modo che tanto il dato positivo quanto l'evoluzione storica dell'istituto possano indurre a ritenere che attraverso la costituzione di parte civile il danneggiato da reato possa far valere nel processo penale una posizione differente da quella azionabile ove il fatto lesivo fosse penalmente irrilevante.

Né l'estensione dell'ambito della giurisdizione ordinaria a tutela delle pretese risarcitorie per danni scaturenti da reato sembra trovare giustificazione nella pretesa autonomia dell'azione risarcitoria rispetto alla tutela della posizione sostanziale violata, atteso che tale orientamento non sembra più trovare giustificazione in presenza dell'estensione generalizzata della giurisdizione amministrativa nelle controversie risarcitorie.

In questo quadro avrebbe trovato giustificazione una residua competenza del giudice ordinario in veste di giudice penale solo ove il legislatore avesse ricostruito in termini di connessione necessaria l'esercizio dell'azione civile di danno e di quella penale.

Ma non è così. Il legislatore del 1989 non solo non ha previsto la necessaria connessione tra offesa penale e offesa civile, lasciando alla libera determinazione del danneggiato la scelta se adire il giudice naturale del risarcimento (*illo tempore*, quello civile) ovvero agire in sede penale, ma attraverso il ricorso a particolari meccanismi processuali ne ha perfino disincentivato la costituzione nel processo penale (39).

(38) Com'è noto il criterio del riparto fondato sul *petitum* già sconfessato dalla giurisprudenza civile e amministrativa con le note sentenze *Laurens* e *Trezza* rispettivamente del 1891 e del 1897, è stato definitivamente abbandonato a seguito del c.d. "concordato giurisprudenziale" del 1930 che ha visto convergere i due massimi organi di giustizia civile e amministrativa in favore del criterio della *causa petendi* o *petitum* sostanziale, ossia della natura intrinseca della controversia.

(39) Una precisa testimonianza in tal senso può trarsi dal citato art. 652 c.p.p. che nel prevedere l'efficacia vincolante del giudicato penale di assoluzione nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento, esclude analoga efficacia sull'accertamento civile in sede propria ossia tutte le volte in cui il danneggiato abbia esercitato autonomamente l'azione per danni in sede civile.

Né, tanto meno, può ritenersi che, ammesse le due forme di tutela innanzi al giudice amministrativo e innanzi al giudice ordinario (sia pure in sede penale), possa demandarsi alla libera scelta della parte l'esercizio dell'una o dell'altra, atteso che in tal modo si contravverrebbe al principio, costituzionalmente codificato, che fonda il riparto tra le due giurisdizioni sulla consistenza della situazione soggettiva azionata anziché sul tipo di provvedimento richiesto.

Dott.ssa Anna Sciré^()*

Tribunale di Catania, sezione terza penale, sentenza 19 luglio 2005, n. 1869 – Pres. Est. Curasi – P.M. Ursino – *Imputato* D. M. – *Parte civile* (X) – *Responsabile civile* Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Gestione governativa Ferrovia Circumetnea (Avv. dello Stato D. Maimone).

Il dipendente che abbia ottenuto dal giudice amministrativo una pronuncia cautelare di sospensione di un provvedimento in ipotesi per lui lesivo, può agire civilmente nel processo penale per omissione di atti di ufficio instaurato nei confronti del dirigente che a quella pronuncia non abbia ottemperato.

Poiché è il reato, e non l'atto amministrativo, il fatto produttivo di danno nessuna riserva di giurisdizione in favore degli Organi della Giustizia amministrativa potrebbe mai configurarsi ed escludere quindi l'esperibilità dell'azione civile in sede penale.

«(Omissis) *Motivi della decisione* – Ritiene il Tribunale di dover preliminarmente soffermarsi, indipendentemente da quella che, come appresso si vedrà, sarà la soluzione del merito, sulla questione concernente la pretesa illegittimità della domanda risarcitoria avanzata dalla parte civile e della chiamata quale responsabile civile dalla medesima svolta nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, sollevata fin dal momento delle questioni preliminari dall'Avvocatura di Stato e dalla stessa riproposta nel corso della discussione e nella memoria depositata.

In proposito l'Avvocatura di Stato ha rilevato il difetto di giurisdizione del Tribunale ordinario, sia pure in sede penale, sostenendo che la giurisdizione competerebbe, a seguito della riforma della normativa sulla giurisdizione amministrativa introdotta con la legge 21 luglio 2000 n. 205, al giudice amministrativo ed ha anche insistito, previa affermazione della inesistenza di un diritto del (X) a rivestire la qualifica di usciere, nel sostenere che la domanda risarcitoria da lui avanzata nei confronti del Ministero sarebbe priva del presupposto di ammissibilità costituito dal previo annullamento da parte della giurisdizione amministrativa dell'atto amministrativo che avrebbe leso l'interesse legittimo del (X), atteso che i provvedimenti giurisdizionali di cui all'imputazione sarebbero di mera sospensiva e non anche di merito.

Analoghe conclusioni possono trarsi dal disposto di cui all'art. 75, c. 3, c.p.p. secondo il quale la proposizione dell'azione risarcitoria in sede civile dopo la costituzione della parte civile nel processo penale o dopo la sentenza di primo grado, comporta la sospensione del processo civile fino alla sentenza penale definitiva.

(*) Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi "Roma Tre".

La questione concernente l'inammissibilità della chiamata del Ministero quale responsabile civile e quella connessa della inammissibilità della consequenziale costituzione di parte civile, pur nella duplice prospettazione sopra sintetizzata, è totalmente priva di giuridico fondamento e poggia su un basilare equivoco di fondo in cui la prospettazione medesima è incorsa.

Ed infatti la questione concernente la pretesa carenza di giurisdizione si fonderebbe sulla attribuzione operata dalla legge sopra richiamata della cognizione delle azioni risarcitorie di danno scaturenti da pretese lesioni di interessi legittimi al giudice amministrativo ed alla necessità, comunque, che un giudizio risarcitorio per danni derivanti da lesione di interessi legittimi conseguenti ad atto amministrativo viziato sia preceduto dall'annullamento dell'atto medesimo da parte della competente giurisdizione amministrativa.

E però la pretesa risarcitoria che si esercita in sede penale attiene al danno che scaturisce da un preteso reato la cui responsabilità viene, secondo la ipotesi di accusa, attribuita al soggetto imputato ed in relazione al quale possono, in determinate situazioni, ipotizzarsi concorrenti responsabilità civili di terzi non imputati che assumono, appunto, la veste di meri responsabili civili.

Va ricordato, invero, all'Avvocatura di Stato – che di tale punto, decisamente fondamentale, sembra non essersi data carico – che l'art. 185 del codice penale (primo articolo del titolo VII del libro I, dedicato alle sanzioni civili nell'ambito penale), prevede espressamente, al comma 2, che ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbano rispondere per il fatto di lui.

La prima cosa che emerge da tale chiaro fondamentale principio giuridico è che ciò che ai fini risarcitori in detta norma delineati rilevato è il reato e non già le azioni o gli atti che del reato possono essere gli elementi oggettivamente costitutivi e che, come tali, rileveranno esclusivamente al fine di accertare in concreto se il reato sia configurabile e se sia addebitabile al soggetto imputato.

Emerge, poi, come diretta conseguenza della chiara norma sopra richiamata che il principio in essa enunciato è una specifica applicazione, con riferimento ai fatti illeciti costituenti reato, del più generale principio sancito dall'art. 2043 del codice civile che prevede, appunto, che qualsiasi fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. Ed è fuori di ogni dubbio che il diritto al risarcimento scaturente dall'art. 2043 c.c. sia un diritto soggettivo e non un interesse legittimo.

Emerge, altresì, dal menzionato art. 185 c.p., che al risarcimento del danno da reato possa essere chiamato a rispondere, oltre che il colpevole, anche chi, a norma delle leggi civili, debba rispondere per il fatto di costui.

Ricordati questi basilari principi, appare evidente l'equivoco di fondo in cui è incorsa l'impostazione data dall'Avvocatura di Stato e la connessa infondatezza delle questioni come sopra sollevate.

Poiché è il reato, e non l'atto amministrativo, il fatto in ipotesi produttivo di danno (ed essendo il diritto risarcitorio che e scaturisce un diritto soggettivo e non certo un interesse legittimo), nessuna riserva di giurisdizione in favore degli Organi della Giustizia amministrativa potrebbe mai configurarsi ed escludere quindi l'esperibilità dell'azione civile anche in sede penale.

E, ove le considerazioni già svolte non bastassero, per convincersi di ciò basti pensare all'ipotesi che il soggetto danneggiato dal reato, anziché costituirsi parte civile nel giudizio

penale, attenda la definizione di quest'ultimo e, poi, nel caso di condanna dell'imputato, adisca il giudice ordinario in sede civile per ottenere il risarcimento del danno che da quel reato sarebbe scaturito.

Una eccezione di carenza di giurisdizione in siffatta ipotesi non sarebbe certamente pensabile apparendo fuori di ogni dubbio che ci si troverebbe di fronte all'esercizio di un preteso diritto soggettivo. Or non si vede perché mai l'anticipazione dell'esercizio dell'azione civile in sede penale dovrebbe modificare la natura di un siffatto preteso diritto soggettivo in mero interesse legittimo.

Analoghe considerazioni lasciano serenamente escutere che possa parlarsi, con riferimento a situazioni del genere di quelle sopra illustrate e, quindi, con riferimento anche a caso di specie, che possa configurarsi in modo alcuno ipotesi di pregiudiziale amministrativa.

Ed invero, prima ancora delle problematiche risarcitorie, ciò che il Giudice penale è chiamato a risolvere è il quesito se il comportamento del pubblico ufficiale, anche se estrinsecatosi in un atto amministrativo, sia stato tale da costituire reato e, solo dopo la soluzione affermativa di tale problema, il detto Giudice chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza o meno di un danno scaturito dal reato e sulla quantificazione di esso.

Così strutturata la cosa, se di pregiudiziale amministrativa dovesse parlarsi, se ne dovrebbe parlare, quindi, non con riferimento all'azione di risarcimento ma con riferimento al giudizio penalmente rilevante sulla configurabilità del reato, pregiudiziale, tuttavia, in tal senso non mai necessaria ma solo facoltativa nei limiti e negli ambiti precisati dagli artt. 3 e 479 del codice di rito penale, che, tra l'altro, pone come requisito per una eventuale sospensione del giudizio penale che il giudizio per la definizione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità sia già in corso innanzi al giudice competente, cosa questa che nel caso di specie, per altro profilo posto in evidenza dalla stessa Avvocatura dello Stato, non sussiste.

Ed è ancora da puntualizzare che è inesatto quanto sostenuto dall'Avvocatura in ordine al fatto che siffatta pregiudiziale si atterrebbe nel senso che la parte civile costituita non potrebbe vantare alcun diritto risarcitorio dato che nel caso di specie non sarebbe stato mai iniziato un giudizio amministrativo per ottenere il riconoscimento del preteso diritto alla nomina al posto cui la detta parte civile aspirava.

Va ricordato, infatti, ancora una volta ed anche a tal fine, che il preteso danno qui vantato atterrebbe alle conseguenze del reato che viene ascritto all'imputato e non ad altri aspetti quale quello cui fa menzione l'Avvocatura. E, come tra breve e ad altri fini si vedrà, ciò che nel caso qui trattato viene ascritto all'imputato come reato è non già l'illegittimità di un atto amministrativo ma la mancata esecuzione di due provvedimenti emessi dal Giudice amministrativo in sede cautelare.

Le altre problematiche, poi, relative alla sussistenza in concreto di un danno non hanno carattere preliminare ma attengono al merito e, di conseguenza, vanno affrontate, ove necessario, più avanti.

Riaffermata, quindi, la piena legittimità ed ammissibilità della costituzione di parte civile e della connessa chiamata del responsabile civile, deve ora passarsi alle valutazioni del merito (*omissis*).

Avuto, quindi, riguardo al fatto come contestato, l'imputato va assolto dall'imputazione ascrittagli perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Ciò comporta il rigetto della domanda risarcitoria.

Ricorrono giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese concernenti la domanda di natura civilistica.

Il termine per il deposito della sentenza va fissato in giorni trenta.

Avendone a difesa del responsabile civile fatto richiesta, pur trattandosi di sentenza di assoluzione, a norma del secondo comma dell'art. 541 c.p.p., devesi provvedere sulle spese sostenute da tale parte per effetto dell'azione civile.

Atteso quanto detto sulla legittimità e ritualità della chiamata del responsabile civile ed avuto riguardo alle questioni discusse, ritiene il Tribunale che ricorrano giusti motivi per compensare totalmente tali spese tra la menzionata parte e l'imputato.

Il termine per il deposito della motivazione va fissato in 30 giorni.

P. T. M., visto l'art. 530 c.p.p.

Assolve D. M. A. dal reato ascrittogli perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Visto l'art. 541, co.2, c.p.p.

Dispone la compensazione delle spese sostenute dalla parte civile e dal responsabile civile che ha fatto richiesta di rifusione (*omissis*)».

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 29 maggio 2006, n. 63523.

Se sia possibile mutare (parzialmente) in sede di esecuzione l'oggetto di una fornitura, divenuta non utile per mutate esigenze dell'amministrazione appaltante. La ditta fornitrice sarebbe disponibile, senza oneri aggiuntivi per l'Amministrazione, a patto di conservare la commessa acquisita a seguito di gara (consultivo 15096/06, avvocato G. Fiengo).

«(...) codesta Amministrazione richiede l'avviso della Scrivente in ordine alle opzioni giuridiche praticabili in relazione al contratto di appalto, stipulato a seguito di gara, con la [X] S.p.A. per la fornitura di veicoli, allestiti "per l'impiego in ordine pubblico", da mettere a disposizione dei reparti operativi. In particolare si mette in evidenza come, nell'arco temporale necessario per la predisposizione del prototipo della fornitura pattuita, siano emerse più approfondite valutazioni in ordine alle esigenze operative e nuove possibilità da parte della stessa ditta fornitrice di apprestare un *veicolo simile* che meglio si adatterebbe alle richieste dei reparti operativi.

In linea generale la Scrivente osserva che, lo stesso bando di gara e la stessa scheda contrattuale (che costituiscono, com'è noto, per la stazione appaltante i limiti su cui misurare l'affidamento rispettivamente dei terzi e del contraente finale) non sembrano escludere una qualche possibilità di variare la prestazione richiesta in funzione della sopravvenienza di nuove valutazioni dell'interesse pubblico o di migliorie e mutamenti nelle produzioni industriali

Nella sezione VI, punto VI. 4) del bando di gara, sotto la voce "informazioni complementari" l'amministrazione chiariva infatti che "la domanda di partecipazione non è vincolante per l'Amministrazione che si riserva la facoltà di ritirare uno o più lotti per mutate esigenze dello stato attuale non preventivabili...".

Analoga previsione risulta dettata all'art. 3 del contratto n. 28527 di rep. del 14 settembre 2005, laddove, sotto la rubrica "variazioni tipi di veicoli" testualmente si legge:

"Qualora, alla data di ricezione, da parte della ditta della comunicazione di avvenuta registrazione, a norma delle vigenti disposizioni di legge del

decreto approvativi del contratto, oppure della comunicazione di esecuzione anticipata, i veicoli indicati nel contratto stesso non fossero più in produzione, le parti contraenti si accorderanno per le sostituzioni di questi con quelli corrispondenti di nuova produzione o con altri tipi di veicoli....”

Dall'andamento del collaudo del prototipo apprestato dall'[X] emerge inoltre una sostanziale insoddisfazione dell'Amministrazione in relazione alla fornitura di cui si tratta e la richiesta di modifiche ed allestimenti destinati – secondo quanto anticipato dalla ditta fornitrice – di una nuova determinazione del prezzo di ciascuna unità fornita (ad esclusione delle spese sostenute per il prototipo).

Nel corso della riunione del 3 marzo 2006 è emerso che *“le caratteristiche estetiche del veicolo, come approntate nel prototipo della casa costruttrice non sono in linea con le funzioni di ordine pubblico previste nel capitolato e, quindi con le esigenze operative dei Reparti Mobili”*; per contro nella stessa riunione viene evidenziato che *“La stessa società [X] sta predisponendo per altre istituzioni straniere veicoli con caratteristiche tecniche simili, a due ruote motrici per il trasporto di un equipaggio composto da nove persone.”*

L'appunto allegato 10, riportando gli esiti di una riunione del 7 marzo 2006 tenuta con i Dirigenti dei Reparti Mobili, fa presente che *“i Comandanti hanno espresso la propria approvazione alla eventuale acquisizione dei veicoli [X], approvato (approntato?) dalla soc. [Y] per la Gendarmeria francese etc.”* ed hanno sottolineato *“l'opportunità di predisporre un allestimento che comprenda portelloni laterali di ampia capienza, botole sul tetto e sul pianale e grigliature almeno nella parte anteriore”*.

In tale contesto è avviso della Scrivente che, prima di procedere ad un recesso dal contratto a suo tempo stipulato, che aprirebbe un contenzioso con la ditta fornitrice di esito incerto, possa essere legittimamente valutata la possibilità di adeguamento dello stesso in funzione delle mutate esigenze connesse alla tutela dell'ordine pubblico.

Tale possibilità trova fondamento, oltre che nel generale *ius variandi* che connota gli appalti di lavori, fornitura e servizi, in funzione delle mutate esigenze pubbliche, nella stessa disciplina civilistica delle obbligazioni sia in sede progettuale che in sede di adempimento.

Gli articoli 1659, 1660 e 1661 del codice civile prevedono infatti, sia pure previa intesa con la controparte, la possibilità di *variazioni non onerose del progetto* e, a sua volta, l'articolo 1197 del codice civile (*“prestazione in luogo d'adempimento”*) consente in generale ai contraenti, in sede di esecuzione della prestazione, di modificare il tipo di veicolo oggetto della fornitura, in conformità di quanto previsto nei casi in cui – come nel caso di specie – sopravvengano nuove esigenze d'interesse pubblico ovvero (ed era la previsione specifica dello stesso contratto) la stessa ditta metta in produzione un veicolo tecnicamente più avanzato e più adatto alle finalità perseguite dall'Amministrazione appaltante. Sotto questo profilo va ricordato che l'articolo 10 della scheda contrattuale prevede che *“Qualora nei corso della fornitura, ed in particolare nel corso delle prime due fasi*

dei collaudo, si reputasse opportuno apportare modifiche o varianti tecniche al fine di aumentare la funzionalità operativa o le prestazioni tecniche del materiale oggetto del contratto, l'Area IV – Motorizzazione, sentito l'Ufficio tecnico e Analisi di Mercato del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, può richiedere o autorizzare, su proposta della Ditta l'esecuzione di tali modifiche o varianti tecniche. È fatto altresì obbligo alla ditta contraente di fornire mezzi con tutte le varianti migliorative intervenute nelle linee di produzione ordinarie fino al momento del collaudo dei mezzi in fornitura”.

A maggiore tutela delle parti contraenti, in sede di espressione del consenso alla nuova prestazione, potranno essere risolte in via transattiva eventuali questioni insorte in ordine alla mancata rispondenza (“estetica”) dell’originaria prestazione al capitolato di fornitura (verbale della riunione del 3 marzo 2006) e alle spese sostenute dall’[X] per l’approntamento del prototipo del primo veicolo (non consegnato o consegnato in misura ridotta). A tutela dei terzi, invitati alla gara e non intervenuti, la Scrivente ritiene che non debba cambiare l’impegno globale di spesa a suo tempo previsto per la fornitura di che trattasi».

A.G.S. – Parere del 29 maggio 2006, n. 63919.

Eventuale azione per l’avvenuta registrazione del nome a dominio cassazione.net (consultivo 57389/05, avvocato C. Sica).

«Esaminata la documentazione trasmessa con la nota in riscontro, questa Avvocatura Generale osserva quanto segue.

Il *domain name* cassazione.net è stato registrato, in data 6 giugno 2003, dal Sig. C. ed è attualmente utilizzato dalla società Cassazione S.r.l.

Come è noto, la rete internet utilizza, per individuare un qualsiasi sito, un codice numerico di identificazione detto IP (*Internet Protocol*) costituito da una combinazione di numeri (in totale 10) suddivisi da punti. Per facilitare l’individuazione del sito, ciascuno dei codici numerici di identificazione viene affiancato da un indirizzo DNS (*Domain Name System*), rappresentato da una combinazione di lettere in grado di formare parole di senso compiuto, che costituisce l’elemento necessario e sufficiente al singolo utente per realizzare la connessione con quel particolare sito (provvedendo l’apposito *software* a convertire automaticamente l’indirizzo DNS nell’indirizzo IP, unico riconoscibile dalle macchine).

Gli indirizzi DNS si compongono di due parti: una posta alla destra del punto, il cosiddetto *Top Level Domain (TLD)*, che è composto da due o tre lettere che identificano l’area tematica del sito (quale *.com* per le attività commerciali; *.it* per indicare siti italiani; *.net* per indicare siti parte di una rete registrati negli Stati Uniti); un’altra posta alla sinistra del punto, nota come *Second Level Domain Name (SLD)*, composta da un’espressione alfabetica liberamente scelta da chi intende acquisire un dominio (entro il limite tecnico rappresentato dal numero dei caratteri, che non deve essere superiore a 21).

Tale meccanismo è diventato uno standard generale, garantito da un sistema di registrazione dei nomi che, nato in America, si è poi articolato nel mondo attraverso la creazione di varie autorità di registrazione.

Se quindi ciascun IP *number* non può che essere diverso da ogni altro IP *number*, è invece ben possibile che tra i *domain name* ad essi associati vi siano omonimie o somiglianze tali da poter indurre, in linea teorica, confusione.

In relazione a tale aspetto, pur essendo il *domain name* un semplice indirizzo con la funzione di consentire all'utente di raggiungere il sito desiderato, esso *domain name* viene scelto in modo da inerire al prodotto aziendale (o all'istituzione o quant'altro) in modo che l'utente sia posto in condizione di raggiungere il sito che desidera.

Il *domain name* può dunque ritenersi un segno distintivo, suscettibile di entrare in conflitto, oltre che con altri *domain names* eventualmente simili, anche con altri segni tipici quali in particolare il marchio.

Di conseguenza, nella materia, va ritenuto applicabile il R.D. n. 929 del 1942 (c.d. Legge Marchi), la cui disciplina è oggi confluita nel D.Lgs. n. 30 del 2005 (Codice della proprietà industriale).

Codesta Amministrazione ritiene che il *Second Level Domain Name* "cassazione" sia stato registrato in violazione dell'art. 18 della c.d. Legge Marchi (attuale art. 10 del D.Lgs. n. 30 del 2005), secondo il quale non possono costituire oggetto di registrazione "i segni contenenti simboli, emblemi e stemmi che rivestano un interesse pubblico, a meno che l'autorità competente non ne abbia autorizzato la registrazione" o, in ogni caso, i segni ed emblemi che violano il diritto esclusivo di terzi.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

Il termine "cassazione", pur sicuramente noto in connessione con la Corte Suprema di Cassazione, resta un termine portatore di significato autonomo di uso comune: "cassazione" si usa anche per indicare l'eliminazione o l'abrogazione di qualcosa, ovvero anche l'allontanamento da un ufficio, da una carica o una destituzione (cfr. lemma "cassazione" nel Vocabolario De Agostini).

Inoltre, l'indirizzo internet della Corte Suprema di Cassazione, www.cortedicassazione.it, presenta caratteri grafici diversi da www.cassazione.net, trovando elemento di coincidenza solo negli ultimi 10 caratteri costituiti dal lemma "cassazione".

Semmai, elemento di confondibilità potrebbe discendere dalla pagina web che si crea dopo una ricerca per termine "cassazione" operata attraverso un motore di ricerca (per pronto riscontro si allega copia della pagina web di Google, la cui scelta come esempio deriva solo dalla sua notorietà. Il medesimo esito si ha con il motore di ricerca Virgilio).

Infatti, nella pagina web che si visualizza appaiono diversi *links* di collegamento, tutti aventi la "parola calda" (che i motori di ricerca evidenziano graficamente) cassazione, di cui:

- il *link* Corte Suprema di Cassazione risulta in prima posizione;
- il *link* Cassazione.net risulta in sesta posizione.

In particolare, il *link* oggetto di parere risulta come segue:

“Cassazione.net

Cassazione, Sentenze, Massime, ecc... Su cassazione.net puoi trovare tutte le massime depositate delle sezioni civili della Corte di Cassazione,...

www.cassazione.net/ – 7k.... ,,

Queste indicazioni (in particolare, il termine Cassazione ad inizio frase, il lemma “della Corte di Cassazione”, la preposizione articolata “della”) potrebbero indurre una certa confusione nell’utente.

Tuttavia, basta cliccare sul *link* (cioè, cassazione.net) ed entrare nel sito, per rendersi ben presto e con evidenza conto che non è il sito della Corte Suprema di Cassazione.

Convincono, in tale senso e in particolare, le seguenti caratteristiche in esso presenti:

- nella pagina di apertura si legge “cassazione.net il nuovo servizio di aggiornamento giurisprudenziale sulla Corte Suprema di Cassazione”, ove l’utilizzo della preposizione articolata “sulla” invece di “della” risulta già elemento per comprendere che non si tratta di un servizio della Corte di Cassazione;

- cliccando su “chi siamo” si apre una pagina la cui prima frase chiarisce che trattasi di una società e non di un’Istituzione (“Cassazione S.r.l. è una società che opera nel campo dell’editoria sia elettronica che professionale”);

- cliccando su FAQ si apre una pagina nell’ambito della quale alla domanda (sia pure collocata in calce a tutte le altre domande) “Siete la Corte di Cassazione?” segue la risposta “No, siamo una società (Cassazione S.r.l.) che opera nel campo dell’editoria giuridica”;

- in ultimo, il sito chiarisce inequivocabilmente che, per fruire dei relativi servizi, si deve stipulare un contratto *on line* di abbonamento dal cui testo (riportato anch’esso nel sito) appare chiaro che la parte contraente è Cassazione s.r.l. e non la Corte Suprema di Cassazione.

Sulla scorta di tali considerazioni, questa Avvocatura Generale ritiene che le modalità di presentazione del sito (cassazione.net), nonché la formulazione grafica del *domain name*, sono tali da chiarire al pubblico che non si tratta di un sito istituzionale della Corte Suprema di Cassazione.

Al riguardo, va anche considerato che la confondibilità o meno di un segno distintivo rispetto ad altri segni distintivi va rivista tenendo conto del livello culturale e di attenzione del consumatore medio al quale il segno distintivo è rivolto.

Secondo i canoni dettati da consolidata giurisprudenza, il consumatore medio va identificato, nella fattispecie, in una persona che abbia conoscenza media di concetti giuridici e corrispondente capacità critica di valutazione.

Risulta, pertanto, difficile – se non almeno improbabile – che un consumatore, così identificato, nel ricercare il sito ufficiale della Corte Suprema di Cassazione, creda che il sito cassazione.net (che abbia aperto) lo sia.

Del resto, siffatto consumatore noterà anche che il sito cassazione.net (proprio in virtù di *TLD .net*) è riconducibile agli Stati Uniti e non all’Italia; laddove è logico che il sito ufficiale della Corte Suprema di Cassazione sia

riconducibile all'Italia e abbia *TLD .it* o, semmai, *TLD .org* o *TLD .info* (non certo *TLD .net* né *TLD .com* di vocazione prettamente commerciale).

Queste considerazioni inducono a valutare non utilmente esperibile azione, ancorché cautelare, nei confronti del Sig. C. e della società Cassazione s.r.l.

Del resto, anche il danno patrimoniale ipotizzato non può essere supportato con elementi di prova certi e concordanti.

L'ipotizzato danno di immagine non appare configurabile, sia perché – come visto – non c'è effettiva confondibilità tra i due siti, sia perché Cassazione s.r.l. offre un servizio lecito e in nessuna parte lesivo del buon nome della Corte di Cassazione.

Né appare rilevare in contrario che Cassazione s.r.l. offra il servizio a pagamento, attesa la non confondibilità tra i due siti.

Tanto ritenuto, questa Avvocatura Generale suggerisce di ricorrere a una forma di sostanziale autotutela di semplice ed efficace attuazione: si potrebbe indicare in ogni canale di contatto *web* della Corte Suprema di Cassazione che il sito ufficiale della medesima Corte è www.cortedicassazione.it e che ogni altro sito costruito attraverso *domain name* che hanno un qualsiasi riferimento al loro interno a “cassazione” non è un sito della Corte Suprema di Cassazione.

Quanto ai domini già acquisiti da codesta Amministrazione nell'interesse della Corte Suprema di Cassazione sui quali ancora non è stato costruito alcun sito, si potrebbe inserire nella pagina *web* che si visualizza le indicazioni suddette; così come si potrebbe creare in quella pagina un *link* che rinvii direttamente al sito ufficiale della Corte Suprema di Cassazione.

Naturalmente, questa Avvocatura Generale rimane disponibile alle inerenti iniziative giudiziali in caso di determinazione di codesta Amministrazione diversa dalle conclusioni del presente parere».

A.G.S. – Parere del 6 giugno 2006, n. 67676.

Se, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 151 del D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, l'Agenzia delle Entrate possa portare a conclusione la transazione già richiesta dal contribuente, quale prevista dall'art. 3, co. 3, del d.l. 8 luglio 2002 n. 138 conv. con legge n. 178/2002, abrogato dal predetto art. 151 (consultivo 7577/06, avvocato G. Mandò).

«In relazione al quesito posto (...) si osserva.

L'art. 151 del D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, in vigore dal 16 gennaio 2006 (art. 153), ha abrogato l'art. 3, co. 3, del D.L. 8 luglio 2002 n. 138 conv. con legge n. 178 del 2002.

Il predetto co. 3 dell'art. 3 prevedeva che l'Agenzia delle entrate, dopo l'inizio della procedura esecutiva, potesse procedere, con atto approvato dal suo direttore previa acquisizione dei prescritti pareri, “alla transazione dei tributi iscritti a ruolo dai propri uffici il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato”, nell'accertata ricorrenza dei presupposti indicati dalla stessa disposizione, con effetto riduttivo e/ o dilatorio dell'obbligo di pagamento delle somme iscritte a ruolo.

Quale che fosse l'esatta natura giuridica della "transazione" configurata dalla predetta disposizione e quali che ne fossero esattamente i presupposti applicativi, certo è che alla medesima l'Agenzia poteva pervenire all'esito di un procedimento amministrativo, destinato a concludersi con "l'atto approvato dal direttore" al quale unicamente erano collegabili i menzionati effetti sul credito erariale, dovendo correlativamente escludersi la configurabilità di un "diritto" acquisito" in capo al contribuente che aveva richiesto di accedere alla definizione delineata dalla stessa norma (e la cui posizione giuridica poteva semmai considerarsi quale interesse legittimo, come ritenuto nel parere del Consiglio di Stato, rammentato nella circ. n. 8/2005 di codesta Agenzia), non essendosi ancora realizzato, nel vigore della precedente e poi abrogata disciplina il fatto costitutivo, generatore degli effetti. D'altronde, appare indiscutibile che l'istituto della "transazione", nei limitati confini della sua applicabilità, si qualifica(va) come derogatorio rispetto al principio generale della indisponibilità della pretesa tributaria in qualunque fase della sua realizzazione, nonché delle regole ordinarie che condizionano la potestà di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo.

Sulla scorta di tale premessa, il principio generale (*tempus regit actum*) che regola il procedimento amministrativo è quello che, quanto al regime degli atti, deve essere applicata la disciplina normativa vigente alla data in cui ciascun atto del procedimento stesso viene posto in essere: e della legittimità del provvedimento conclusivo deve giudicarsi con riferimento alla disciplina, pur se sopravvenuta, vigente al momento in cui lo stesso sia emesso.

Nel caso prospettato - nel difetto di qualsiasi norma intertemporale che "faccia salvi" i procedimenti *de quibus* in corso (anzi l'art. 153 specificamente dispone la immediata entrata in vigore della abrogazione prevista dal precedente co. 151), e non essendo configurabile, come si è detto, alcun diritto dell'interessato già acquisito sulla base di un "fatto compiuto" nel vigore della normativa previgente - un eventuale provvedimento approvativo della "transazione" che fosse emesso, a decorrere dal 16 gennaio u.s., in applicazione del co. 3 dell'art. 3 del D.L. n. 138/2002 ormai espunto *ex nunc* dall'ordinamento giuridico sarebbe da ritenere illegittimo, in quanto, alla data della sua adozione, l'Agenzia *non ha più il potere* di "procedere a transazione" dei tributi iscritti a ruolo, essendo stata abrogata, con la medesima decorrenza, la peculiare norma di legge che lo consentiva.

Da ultimo e per completezza, si osserva che della correttezza giuridica di tale conclusione - che si correla al profilo della successione di norme in coerenza con il principio di cui all'art. 11 delle preleggi, specificamente confermato dall'art. 3 dello Statuto del contribuente (legge n. 212 del 2000) - non potrebbe dubitarsi con richiamo all'altro principio della tutela dell'affidamento del contribuente di cui all'art. 10 della stessa legge: atteso che esso è enunciato come criterio-base al quale devono essere improntati i rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria, ma di per sé non consente di ritenere "consolidata", a fronte di sopravvenuta norma di legge abrogativa, una situazione giuridica meramente pretensiva valorizzata dall'interessato in

base alla normativa previgente, tutte le volte in cui l'A.F. non l'abbia ancora riconosciuta e accolta (nella specie, con la approvazione della "transazione", il quale costituisce l'atto, non di controllo, ma conclusivo del procedimento), di modo che il "fatto" - ad effetti parzialmente estintivi o dilatori del credito erariale - non possa dirsi "compiuto" nel vigore della preesistente norma di legge che lo considerava.

Si ritiene, pertanto, corretto l'avviso espresso da codesta Agenzia (...)».

A.G.S. – Parere del 6 giugno 2006 n. 67727.

Imputazione dei pagamenti. Applicabilità dell'art. 1194 c.c. ai pagamenti fatti dall'Amministrazione Pubblica. Artt. 35 e 36 d.P.R. 1053/1962 (consultivo 33980/05, avvocato F. Fedeli).

«(...) codesto Ministero ha domandato l'avviso della Scrivente circa la richiesta di pagamento degli interessi, avanzata dalla società [X] s.p.a., per ritardato pagamento di varie fatture emesse in ordine al contratto rep. n. 103 del 21 dicembre 1988, concernente l'esecuzione di lavori di recupero e adeguamento della sede dell'Archivio di Stato di (...).

Ad avviso della Scrivente, le note della [X] s.p.a. in data 7 febbraio 1994 e 9 maggio 1994 configurano idonei atti interruttivi della prescrizione, essendo espressione di un comportamento inequivoco del creditore diretto a far valere il proprio diritto al pagamento degli interessi moratori.

Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione (sez. lav. 14 luglio 2003 n. 11016) l'atto interruttivo della prescrizione deve consistere nell'esplicitazione di una pretesa e nella intimazione o richiesta scritta di adempimento idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto indicato come debitore.

La circostanza che le richieste di pagamento avanzate dall'appaltatore facciano generico riferimento, dopo aver puntualmente indicato il titolo contrattuale, agli interessi passivi dovuti "per lavori" e "per revisione prezzi", non può comportare l'estinzione del credito per prescrizione, essendo comunque ravvisabile un comportamento attivo del creditore volto all'esercizio del diritto, fermo restando la possibilità che la stazione appaltante sollevi contestazioni circa l'ammontare, la natura o le caratteristiche del debito.

Occorrerà verificare tuttavia, a cura di codesta Amministrazione, se il credito non si sia prescritto in epoca successiva, a causa del mancato rinnovo degli atti interruttivi della prescrizione e tenuto conto che, agli interessi moratori di fonte legale dovuti a causa del ritardo nel pagamento del prezzo dell'appalto, nonché a causa del ritardato pagamento del saldo nel compenso revisionale, ai sensi degli artt. 35 e 36 del d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, trova applicazione il termine di prescrizione decennale e non quello quinquennale (Cass. Civ. sez. III, sentenza 1° luglio 2005 n. 14080; Cass. Civ. sez. I, 6 marzo 1998 n. 2498).

Fermo restando la preliminare verifica di cui sopra, si conferma che, per quanto riguarda il *dies ad quem* di maturazione degli interessi contemplati

dagli artt. 35 e 36 del d.P.R. 1962/1063, la data finale è quella di emissione dell'ordinativo di pagamento.

La Corte di Cassazione (sez. I, 20 maggio 2005 n. 10692) ha precisato che "ai fini del riconoscimento del diritto dell'appaltatore ad interessi per ritardato pagamento, a norma dell'art. 36 d.P.R. n. 1063 del 1962, deve intendersi per "emissione" del titolo di spesa non la mera redazione dello stesso, bensì tale redazione seguita dall'invio del titolo all'organo destinato al pagamento di esso, costituendo tale invio attività indispensabile perchè il titolo stesso risulti idoneo a produrre l'effetto cui è inteso" (in tal senso anche Cass. 2 giugno 1999, n. 5349).

Gli interessi spettanti all'appaltatore a norma degli art. 35 e 36 del più volte menzionato d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, hanno carattere omnicomprensivo, non riguardando solo il ritardo nel pagamento delle rate di acconto e di saldo del corrispettivo, ma anche il danno ulteriore per il ritardo nel pagamento dei medesimi interessi (Cass. Civ. sez. I, 20 maggio 2005 n. 10692). La previsione dettata dal 3° comma del citato art. 35 non è, infatti, limitata al pagamento del corrispettivo, ma si estende anche all'obbligazione accessoria, quale è quella di pagare gli interessi, con l'effetto di comprendere in essa il ritardo nel pagamento degli interessi medesimi. Il debito per interessi (anche quando sia stata adempiuta l'obbligazione principale) non si configura del resto come una qualsiasi obbligazione pecuniaria, dalla quale derivi il diritto agli ulteriori interessi dalla mora, nonché al risarcimento del maggior danno *ex art. 1224, 2° comma, c.c.*, ma è soggetto ai limiti entro cui è consentito riconoscere l'anatocismo di cui all'art. 1283 c.c.; norma, quest'ultima, derogabile soltanto dagli usi contrari (o in presenza di domanda giudiziale) ed applicabile a tutte le obbligazioni aventi ad oggetto originario il pagamento di una somma di denaro sulla quale spettino interessi di qualsiasi natura, compresi quelli di cui agli art. 35 e 36 d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063 (Cass., sez. un., 17 luglio 2001, n. 9653).

Vi è da considerare, infine, che la tesi (sostenuta nel parere della Scrivente richiamato da codesto Ministero nella nota che si riscontra), secondo cui non sarebbe applicabile ai pagamenti dell'Amministrazione il principio di *imputazione* contenuto nell'art. 1194 c.c., in virtù del quale i pagamenti si imputano prima agli interessi e poi al capitale (che pertanto, in caso di pagamento parziale, è in grado di far maturare ulteriori interessi), è stata disattesa dalla Corte di Cassazione (sentenze della sez. I, n. 29 luglio 2004, n. 14465 e n. 10692 del 20 maggio 2005).

Nella sentenza n. 10692/2005 i Giudici di legittimità hanno compiuto un approfondito *excursus* sull'argomento osservando che il criterio legale d'imputazione del pagamento agli interessi, anziché al capitale (in difetto del consenso del creditore), come stabilito dall'art. 1194 c.c., costituisce una conseguenza automatica di ogni pagamento, di talché non incombe sul creditore l'onere di dedurre i limiti estintivi del pagamento sul capitale, ma grava semmai sul debitore quello di allegare che il medesimo creditore aveva consentito ad imputare il pagamento al capitale anziché agli interessi (in tal senso anche Cass. 9 ottobre 2003, n. 15053).

Ciò posto, secondo la Suprema Corte “Quando ... debitrice sia una pubblica amministrazione, la quale provveda ad un pagamento parziale, la circostanza che la stessa sia tenuta a rilasciare ricevuta degli assegni tratti sull’istituto incaricato del servizio di tesoreria ed a quietanzare gli altri titoli di spesa, così come la circostanza che la dichiarazione di ricevuta estingua il debito dell’amministrazione, lasciano impregiudicato il problema dell’imputazione del pagamento, non potendosi solo dall’eventuale specificazione dell’imputazione contenuta nel titolo di spesa desumere l’accettazione da parte del creditore di tale imputazione (si veda, in tal senso, Cass. 4 settembre 2002, n. 12869).

Perciò, nell’ipotesi di pagamento parziale, il versamento va imputato agli interessi e non al debito capitale, a meno che non vi sia prova del consenso del creditore ad una diversa imputazione; ma non costituisce prova sufficiente, nel caso di pagamento effettuato da un’amministrazione pubblica, neppure il fatto che il privato creditore, tenuto a rilasciare ricevuta di pagamento, abbia sottoscritto per quietanza il titolo di spesa in cui l’amministrazione stessa abbia imputato a deconto del capitale la somma erogata a parziale pagamento del debito (così già Cass. 11 dicembre 2002, n. 17661; e si veda anche, in argomento, la determinazione dell’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 27 marzo 2002).

È poi vero che la disposizione dell’art. 1194 c.c. – secondo cui il debitore non può imputare il pagamento al capitale piuttosto che agli interessi ed alle spese senza il consenso del creditore – presuppone la simultanea esistenza della liquidità e dell’esigibilità sia del credito per capitale che del credito accessorio (per interessi o per spese), sicché fino a quando sia incerto o illiquido il credito accessorio il debitore non è soggetto al divieto d’imputare il pagamento al capitale, ma ciò pur sempre a condizione che tali caratteri di incertezza o di illiquidità rivestano una qualche obiettività; non quando, come nella specie, il debito per interessi risulti essere (...) un’immediata ed automatica conseguenza del maturare di termini proprio a tal riguardo espressamente indicati dall’art. 36 del capitolato generale approvato con d.P.R. n. 1063 del 1962 (e successive modificazioni). Ed, infatti, come è reso ben chiaro anche dal disposto dell’art. 4 della legge n. 741 del 1981, il pagamento degli interessi dovuti alle scadenze previste dagli artt. 35 e 36 del citato d.P.R. n. 1063, essendo l’onere della prova dell’eventuale non imputabilità del ritardo a carico dell’amministrazione appaltante, non necessita di domanda alcuna da parte dell’appaltatore”.

Pertanto, in conformità all’orientamento sopra citato della Corte di Cassazione (ribadito in plurime sentenze, successive al parere della Scrivente cui fa riferimento codesto Ministero nella nota che si riscontra), i pagamenti delle precedenti fatture, effettuati in date 10 gennaio 1991, 30 aprile 1991, 5 maggio 1991 e 30 luglio 1991, andranno imputati prima agli interessi e poi al capitale a meno che la [X] non acconsenta ad una diversa imputazione (prima al capitale e poi agli interessi) più favorevole all’amministrazione e con la riserva formulata all’inizio circa la verifica del termine di prescrizione decennale.

Per derogare al criterio legale di imputazione del pagamento previsto dall'art. 1194 comma 1 c.c. (pacificamente applicabile, secondo la Corte di Cassazione, ai pagamenti della pubblica amministrazione) si suggerisce, anche alle Amministrazioni alle quali il presente parere è rivolto per conoscenza, di inserire nei bandi di gara un'apposita clausola, a termini della quale l'aggiudicatario accetta che i futuri pagamenti avverranno con imputazione prima al capitale e poi agli interessi maturati, al fine di ottenere il consenso anticipato del creditore».

A.G.S.– Parere del 19 giugno 2006, prot. 73678.

Circolari nn. 12 e 13/2006 dell'Avvocato Generale dello Stato relative alle modifiche introdotte all'art 23, L. n. 689/81 dal D.Lgs. n. 40/06 (consultivo 10624/06, avvocato W. Ferrante).

«(...) codesta Avvocatura Distrettuale ha chiesto alla Scrivente parere in merito alla disciplina del patrocinio in sede di gravame nei giudizi di opposizione a ordinanza-ingiunzione in materia di sanzioni amministrative di cui all'art. 23, legge n. 689/81, a seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs n. 40/06 ed in relazione alle direttive impartite con le circolari in oggetto.

L'art. 26 del D.Lgs. n. 40/06, recante “modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato”, a decorrere dal 2 marzo u.s., ha reso infatti appellabili (e non più direttamente ricorribili per cassazione) sia le ordinanze di convalida del provvedimento opposto, emesse ai sensi dell'art. 23, comma 5, legge n. 689/81, sia le sentenze del giudice dell'opposizione.

In proposito, codesto Ufficio Distrettuale ha evidenziato come l'attuale testo dell'art. 23 della citata legge abbia conservato la previsione di cui al quarto comma, che, in via generale, consentirebbe all'autorità che ha emesso l'ordinanza di stare in giudizio personalmente.

Codesto Ufficio ha osservato come tale disposizione possa ritenersi non limitata al primo grado ma riferibile anche alla fase di appello, in assenza di una specifica disposizione, paragonabile a quella di cui all'art. 417 *bis*, comma 1, c.p.c., che circoscrive espressamente al primo grado di giudizio la facoltà, per le amministrazioni interessate, di stare in giudizio avvalendosi direttamente dei propri dipendenti.

In relazione al quesito proposto, questo Generale Ufficio è dell'avviso di ritenere necessario, in sede di gravame, il ministero di un difensore, in conformità ai principi processualciviltistici che disciplinano la rappresentanza tecnica, anche al fine di evitare rischi di declaratorie di inammissibilità delle relative impugnazioni. In proposito, deve osservarsi che, in linea generale, l'art. 82, comma 3, c.p.c., salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, impone alle parti di avvalersi del ministero di un difensore.

Ciò considerato ed in assenza di una norma che, nell'ambito dei giudizi instaurati ai sensi dell'art. 23, legge n. 689/81, preveda espressamente in fase

di gravame la facoltà per l'Amministrazione statale interessata di stare in giudizio a mezzo dei propri funzionari, deve ritenersi che la difesa di quest'ultima, nei giudizi di appello, vada affidata esclusivamente agli Avvocati dello Stato, con conseguente applicabilità delle norme sul foro erariale.

Appare opportuno segnalare che il medesimo orientamento è stato di recente assunto da questo generale Ufficio con la circolare n. 11/2006, sulla quale si è espresso in conformità il Comitato Consultivo, in relazione alle controversie in materia di invalidità civile, a seguito del subingresso dell'INPS nell'esercizio delle funzioni già di competenza dello Stato, ai sensi dell'art. 10 D.L. n. 203 del 30 settembre 2005, conv. in legge n. 248 del 2 dicembre 2005.

Anche detta norma, nel consentire un'alternativa tra la difesa da parte degli stessi funzionari del Ministero dell'Economia e delle Finanze e quella degli Avvocati dell'INPS, non pone alcuna distinzione tra primo e secondo grado e, ciononostante, è stata reputata preferibile la scelta di assicurare, in ogni caso, la difesa tecnica per il grado di appello.

Con l'occasione, si ritiene necessario precisare, quanto alla forma e alle modalità dell'appello nei giudizi di opposizione di cui all'art. 23 della citata legge, che, in assenza di una previsione espressa sul punto, l'impugnazione dovrà proporsi nella medesima forma prescritta per l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, ossia con ricorso.

Peraltro, occorre tenere presente che, quand'anche il giudizio di appello dovesse erroneamente essere introdotto con atto di citazione, è possibile garantire la salvezza dell'impugnazione proposta, a condizione che *“il deposito della citazione nella cancelleria del giudice adito sia avvenuto entro il termine perentorio fissato dalla legge, a nulla rilevando, invece, a tal fine che negli stessi termini sia stata effettuata la notificazione all'appellato”* (cfr. Cass. civ. del 26 ottobre 2000 n. 14100, emessa in materia di impugnazione della sentenza di divorzio a seguito delle modiche apportate al relativo rito dalla legge n. 74 del 1987).

In tal senso anche Cass. del 21 marzo 1994 n. 2687, secondo cui: *“in tema di appello nelle controversie soggette al rito del lavoro, l'art. 434, secondo comma c.p.c., ove fissa il termine di trenta giorni, dalla notificazione della sentenza di primo grado, per il deposito in cancelleria del ricorso introduttivo del procedimento di secondo grado, è applicabile anche nel caso in cui l'appellante irritualmente adotti la forma della citazione, di modo che la convertibilità del relativo atto non può prescindere dal suo deposito entro il suddetto termine, a pena d'inammissibilità rilevabile d'ufficio”* (conformi sono anche Cass. n. 1396 dell'1 febbraio 2001; *id.* n. 5150 del 12 marzo 2004)».

A.G.S. – Parere del 13 luglio 2006, n. 83876.

Art. 19 comma 6 D.Lgs. 165/01 e art. 1 comma 9 D.P.C.M. 20 dicembre 1999 (consultivo n. 54672/05, avvocato N. Bruni).

«L'art. 19 comma 6 D.L.vo 30 marzo 2001 n. 165 prevede la possibilità di conferire un incarico dirigenziale a persone “di particolare e comprovata

qualificazione professionale” che “per il periodo di durata dell’incarico..., sono collocate in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell’anzianità di servizio”.

Nella nota che si riscontra, codesto Ente fa presente che ad alcuni dipendenti sono stati conferiti incarichi dirigenziali o nell’ambito dell’Ente stesso o presso altre amministrazioni, e formula tre quesiti.

Su tali quesiti la Scrivente ha ritenuto opportuno acquisire l’avviso del Dipartimento della Funzione Pubblica.

Con il primo quesito si chiede di conoscere se alla cessazione dell’incarico dirigenziale sia da erogare, per il periodo di durata dell’incarico stesso, il TFR di cui al comma 9 dell’art. 1 del D.P.C.M. 20 dicembre 1999.

In proposito si osserva quanto segue.

È pacifico, essendo espressamente previsto dalla legge, che l’incarico dirigenziale conferito ai sensi dell’art. 19, comma 6, del D.Lgs. n. 165/2001 è qualificabile come rapporto di lavoro a tempo determinato.

Pertanto, per detto incarico al titolare andrà riconosciuta l’applicazione dell’istituto del TFR, ai sensi dell’art. 1, comma 9, del D.P.C.M. 20 dicembre 1999, sempre che l’incarico stesso sia stato conferito a decorrere dalla data di entrata in vigore della predetta fonte istitutiva (30 maggio 2000).

Però, la liquidazione della quota di TFR relativo allo svolgimento dell’incarico dirigenziale avverrà in una unica soluzione alla cessazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato instaurato dal dipendente con l’ente di appartenenza, unitamente alla liquidazione del TFS inerente lo svolgimento delle funzioni direttive espletate precedentemente e successivamente a quelle dirigenziali: ciò in quanto il comma 6 dell’art. 19 del D.Lgs. 165/2001 prevede che il dipendente che ha ricevuto l’incarico è collocato in aspettativa senza assegni, con “riconoscimento dell’anzianità di servizio”, e non si rinviene quindi nella posizione di iscrizione previdenziale del dipendente alcuna soluzione di continuità contributiva tale da poter condurre all’ipotesi di liquidazione immediata della suddetta quota.

Quanto al terzo quesito deve osservarsi che non può essere corrisposto l’ “elemento aggiuntivo di retribuzione” non essendo possibile l’accertamento dell’ “utile svolgimento delle attività cui il dipendente è preposto”, richiesto dall’art. 32 secondo comma del CCNL ENEA.

Né tale accertamento può essere sostituito da quello dell’attività svolta in relazione all’incarico dirigenziale, cui è non rinvenibile alcun riferimento nel suddetto CCNL».

A.G.S. – Parere del 20 luglio 2006, n. 86062.

Trascrivibilità e volturabilità di una compravendita immobiliare avente forma di scrittura privata con sottoscrizioni accertate con verbale di conciliazione giudiziale, relativa ad un immobile usucapito, senza che l’usucapione sia stata accertata con sentenza (consultivo 13732/06, avvocato R. Giovagnoli).

«Con nota del 12 dicembre 2005 prot. n. 13731 l’Agenzia del Territorio, Ufficio provinciale di Reggio Calabria, ha chiesto all’Avvocatura distrettuale

dello Stato di Reggio Calabria un parere in ordine alla trascrivibilità e volturabilità di un contratto di compravendita immobiliare – in cui l’alienante si dichiarava proprietario dell’immobile per avvenuta usucapione ventennale – avente forma di scrittura privata con sottoscrizioni accertate all’esito di un giudizio conclusosi non con sentenza, ma con verbale di conciliazione giudiziale.

Nella fattispecie, in particolare, la sig.ra P., dichiarandosi proprietaria per avvenuta usucapione ventennale (senza però far riferimento ad una eventuale sentenza dichiarativa dell’usucapione), alienava l’immobile in questione, a mezzo di scrittura privata con sottoscrizioni non autenticate, a G. Successivamente, F.G. instaurava ex art. 216 c.p.c. un giudizio di verifica in via principale delle sottoscrizioni, giudizio che si concludeva con una conciliazione giudiziale nella quale il convenuto alienante riconosceva come propria la firma in calce al contratto.

Sia la scrittura privata verificata giudizialmente, sia il verbale di conciliazione venivano trascritti il 30 ottobre 2002 presso l’Agenzia del Territorio di Reggio Calabria, nonché registrati, il 31 ottobre 2002, presso l’Agenzia delle Entrate di Reggio Calabria.

Successivamente, la sig.ra G. (tramite il suo legale) presentava una domanda di voltura all’Agenzia del Territorio di Reggio Calabria, la quale, con nota del 21 ottobre 2005, n. 11292, rigettava tale domanda.

A sostegno del diniego l’Agenzia del Territorio evidenziava che la scrittura privata, le cui firme sono state riconosciute con il verbale di conciliazione, non costituisce documento idoneo ai fini della voltura catastale. Ciò anche in considerazione del fatto (si legge nel provvedimento di diniego) che *“il Giudice non è entrato nel merito della questione relativa alla proprietà, ma si è limitato a riconoscere la volontà di conciliare la questione in causa, che verteva esclusivamente sull’autenticità delle firme. Nella scrittura privata, inoltre, i soggetti sottoscrittori risultano non menzionati fra gli intestatari catastali, per cui il verbale di conciliazione non può essere annoverato nella tipologia prevista per gli atti di trasferimento citati nell’Istruzione XIV paraf. 51, approvata con D.M. 1 marzo 1949”*.

Avverso detto diniego, la sig.ra G. proponeva ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Calabria.

L’Agenzia del Territorio si rivolgeva allora all’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria chiedendo un parere in ordine alla trascrivibilità (pur essendo la trascrizione già avvenuta) e volturabilità della scrittura privata in questione.

L’Avvocatura Distrettuale con nota del 24 marzo 2006, prot. n. 4067, pur esprimendo parere positivo in merito alla trascrivibilità e volturabilità della scrittura privata accertata tramite conciliazione giudiziale, ha, tuttavia, ritenuto di trasmettere il relativo parere a questo G.U., anziché all’Agenzia che ne aveva fatto richiesta, segnalando che sulla questione oggetto di consultazione risulta essersi pronunciata in termini opposti la Direzione Centrale dell’Agenzia del Territorio ed evidenziando, altresì, la novità della questione, in ordine alla quale non si rinvenivano specifici precedenti giurisprudenziali.

La Scrivente ritiene che soluzione seguita dall'Avvocatura Distrettuale di Reggio Calabria, favorevole alla trascrivibilità e volturabilità, debba essere condivisa.

Giova premettere, al riguardo, che due sono le questioni oggetto della richiesta del parere: 1) la prima è se la scrittura privata con sottoscrizione accertata all'esito di un giudizio conclusosi con conciliazione giudiziale sia titolo idoneo alla trascrizione e alla voltura; 2) risolta positivamente la prima questione, occorre chiedersi se sia valida (e trascrivibile) la vendita dell'immobile usucapito in assenza di provvedimento giudiziale di accertamento dell'avvenuta maturazione dell'usucapione e, quindi, sulla base della semplice dichiarazione del venditore. In altri termini, occorre chiedersi se nella fattispecie in oggetto la trascrizione (e voltura) possa essere preclusa dal fatto che nel negozio di compravendita l'alienante si sia dichiarato proprietario dell'immobile per avvenuta usucapione ventennale, pur in mancanza di una sentenza dichiarativa dell'usucapione medesima.

Per rispondere al primo quesito, punto di partenza è l'art. 2657, comma 1, c.c., ai sensi del quale *“la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autentica o accertata giudizialmente”*.

Ratio della norma è quella di assicurare che la trascrizione avvenga in base a un titolo che esprime certezza circa la provenienza delle dichiarazioni negoziali da parte di chi ne risulta firmatario. Tale certezza viene realizzata nel caso dell'autentica, grazie all'intervento, *ex ante*, del notaio (o di altro pubblico ufficiale) che attesta che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza da un soggetto di cui ha previamente accertato l'identità, oppure, nel caso dell'accertamento giudiziale, grazie all'intervento, questa volta *ex post*, del giudice che, all'esito di un apposito giudizio, accerta la paternità della sottoscrizione. Sul punto concorda anche la circolare dell'Agenzia del Territorio n. 11 del 20 dicembre 2001 ove si legge che *“la previsione di un requisito minimo di forma per la trascrivibilità degli atti nei registri immobiliari [...] risponde non solo allo scopo di stabilire, attraverso un criterio selettivo, i titoli idonei a documentare il fatto giuridico che costituisce l'oggetto della trascrizione, ma anche all'esigenza di garantire che l'accertamento dell'autenticità della sottoscrizione venga svolto da un soggetto “terzo” rispetto ai sottoscrittori e particolarmente qualificato (ufficiale fidefaciente o giudice sentenziante)”*.

A differenza di quanto sembra ritenere l'Agenzia del Territorio, tuttavia, nessuna norma richiede che tale accertamento debba essere compiuto necessariamente con una sentenza: è possibile, al contrario, che (come accaduto nella fattispecie) nel giudizio di verifica le parti raggiungano un accordo, a seguito del riconoscimento da parte del convenuto della paternità della sottoscrizione, e che il giudizio stesso si concluda, quindi, con un verbale di conciliazione giudiziale.

Del resto, la possibilità che il convenuto riconosca espressamente la paternità della sottoscrizione, rendendo così superfluo il giudizio, è espressamente prevista dall'art. 216 c.p.c. il quale, con riferimento a tale eventualità, si limita a stabilire, in applicazione del principio di causalità, che le

spese del giudizio siano poste a carico dell'attore, salvo diverso accordo fra le parti.

Come ha rilevato l'Avvocatura Distrettuale, sarebbe allora irragionevole, e frutto di mero formalismo, far dipendere la trascrivibilità dell'atto negoziale semplicemente dalla forma del provvedimento conclusivo del giudizio (sentenza o verbale di conciliazione), atteso che è identico, nell'uno e nell'altro caso, il livello di certezza raggiunto in ordine alla provenienza delle sottoscrizioni. Anzi, mentre la sentenza (a meno che non sia preceduta pure essa da un accordo fra le parti) imputa *forzatamente* la sottoscrizione ad un soggetto che continua a negarne la paternità, il verbale di conciliazione attribuisce la sottoscrizione ad un soggetto che l'ha riconosciuta *volontariamente* come propria. Sotto questo profilo, quindi, questa forma di accertamento giudiziale potrebbe essere dotato persino di una maggiore attendibilità rispetto a quella che avviene con sentenza, in quanto fondato sul riconoscimento spontaneo dell'unico soggetto che sa con certezza (per averla o meno apposta) se la sottoscrizione gli appartiene.

Del resto, non è irrilevante evidenziare che l'art. 2702 c.c. equipara, sotto il profilo della efficacia probatoria, alla scrittura privata con sottoscrizione autenticata (che è per espressa previsione legislativa titolo idoneo alla trascrizione) la scrittura privata con sottoscrizione riconosciuta da colui contro il quale la scrittura medesima è prodotta. Ed allora, a fronte di due atti che il legislatore ha inteso equiparare sul piano probatorio circa la certezza sulla provenienza della dichiarazione negoziale, non si comprende perché solo uno dovrebbe essere trascrivibile, soprattutto nel caso in cui il riconoscimento della paternità della sottoscrizione sia consacrato in un verbale di conciliazione giudiziale *ex art. 185 c.p.c.*

Né, in senso contrario, appare significativo richiamare l'avviso reso dall'Agenzia del Territorio nella già citata circolare n. 11 del 2001: in disparte, in tale sede, ogni valutazione sulla correttezza delle conclusioni raggiunte in quell'atto, basterà evidenziare che esso riguardava la diversa questione della trascrivibilità dei verbali di conciliazione redatti in sede non contenziosa, ai sensi dell'art. 322 c.p.c., davanti al giudice di pace e relativi a controversie non rientranti nella sfera di competenza di detto giudice. Trattandosi di conciliazioni non giudiziali, per esse poteva essere sostenuta, interpretando letteralmente l'art. 2657, comma 1, c.c. l'estraneità rispetto alla categoria delle "*sottoscrizioni accertate giudizialmente*". Al contrario, nella fattispecie, viene, in rilievo, una *conciliazione giudiziale*, con la quale si è concluso un giudizio di verifica proposto in via principale: proprio la formulazione letterale dell'art. 2657, comma 1, c.c. – che fa riferimento all'accertamento *giudiziale*, e non all'accertamento *con sentenza* – sembra, allora, deporre a favore della soluzione favorevole alla trascrivibilità.

Sotto un diverso profilo, appare significativo sottolineare che il processo verbale di conciliazione è pienamente equiparato, anche per quel che concerne l'efficacia esecutiva, alla sentenza (cfr. art. 185 c.p.c. e art. 474, comma 2, n. 1 c.p.c.), il che testimonia ulteriormente la volontà del legisla-

tore di assimilare i due atti sotto ogni aspetto e, quindi, per quel che più interessa in questa sede, anche ai fini della trascrivibilità.

Di recente, peraltro, dopo un ampio contrasto giurisprudenziale, è stata attribuita efficacia esecutiva al verbale di conciliazione pure con riferimento agli obblighi di fare e di non fare (cfr. Corte cost. 12 luglio 2002, n. 336). La nuova formulazione dell'art. 474, comma 2, n. 1 (introdotta, in sede di riforma del processo esecutivo, dall'art. 2, comma 3, lett. e), n. 1 del d.l. n. 35/2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2005, come modificato dall'art. 1, comma 3, lett. a) legge n. 263/2005) ha confermato e codificato questo principio chiarendo definitivamente che il verbale di conciliazione deve essere equiparato, con riferimento alla sua valenza di titolo esecutivo alla sentenza.

Ed allora, se il verbale di conciliazione giudiziale è ormai munito di uno degli effetti di cui l'ordinamento statale è più geloso – l'idoneità a mettere in moto la forza pubblica per realizzare coattivamente la pretesa in esso consacrata – deve, *a fortiori*, ritenersi che esso possa rappresentare anche valido titolo per la trascrizione.

È appena il caso di aggiungere che sotto tale profilo, l'efficacia esecutiva riconosciuta al verbale di conciliazione è persino maggiore rispetto a quella che l'ordinamento attribuisce ad altri due atti sicuramente trascrivibili, quali l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata che, a differenza del verbale di conciliazione, non costituiscono titoli esecutivi per le obbligazioni di fare e non fare e, la scrittura privata autenticata, neanche per quelle di consegna e rilascio.

Del resto, qualora si escludesse l'idoneità alla trascrizione del verbale di conciliazione si costringerebbe la parte a proseguire la strada del processo di cognizione, così negando il valore di accelerazione della definizione della controversia che costituisce la principale caratteristica della conciliazione.

Ma, come ricordato da Corte cost. n. 236/2002, è proprio a siffatta caratteristica che si deve il favore accordato alla conciliazione dagli interventi legislativi più recenti. Al riguardo vanno ricordate le modifiche apportate agli artt. 183 e 185 cod. proc. civ. con gli artt. 17 e 89 della legge 26 novembre 1990, n. 353, ed in particolare le disposizioni che prevedono la possibilità di rinnovare il tentativo di conciliazione in qualunque momento dell'istruzione. Ad attestare il favore che gli interventi legislativi più recenti tributano alla conciliazione possono anche essere menzionate le norme che la disciplinano in alcuni procedimenti speciali quali quelli davanti al giudice di pace (artt. 320 e 322 cod. proc. civ.), al giudice onorario aggiunto (legge 22 luglio 1997, n. 276, art. 13), nonché, di particolare rilievo, le norme che regolano il tentativo di conciliazione in materia di lavoro (legge 11 maggio 1990, n. 108, art. 5, comma 1; decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, art. 65) e nel nuovo rito societario (artt. 38 e s.. D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5). Da ultimo, infine, il nuovo art. 696 *bis* c.p.c., introdotto dalla legge n. 80 del 2005, ha previsto una consulenza tecnica preventiva finalizzata proprio alla conciliazione fra le parti.

Ebbene, anche a fronte di questo crescente apprezzamento che l'ordinamento mostra per la conciliazione, appare irragionevole negare che la scrit-

tura privata con sottoscrizione accertata tramite verbale di conciliazione giudiziale possa essere trascritta: si tratterebbe, infatti, di un limite alla sua “utilizzabilità” giuridica che renderebbe il ricorso allo strumento conciliativo assai poco appetibile, in netto contrasto con la rilevata tendenza legislativa volta, invece, valorizzarla e ad equipararla alla sentenza.

Un argomento decisivo a favore della trascrivibilità (e iscrivibilità) del verbale di conciliazione giudiziale risulta poi oggi ulteriormente offerto dal “nuovo” art. 696 *bis* c.p.c. (inserito, come si diceva, dalla legge n. 80/2005) che, nell’introdurre nel nostro ordinamento la figura della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, oltre a confermare il crescente favore verso l’istituto della conciliazione giudiziale, prevede espressamente che “il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini della espropriazione e dell’esecuzione in forma specifica e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale”.

Ora, se la legge espressamente prevede che per il verbale di conciliazione giudiziale è possibile una forma di pubblicità *costitutiva*, quale quella che si realizza con l’iscrizione ipotecaria, deve a maggior ragione ritenersi che lo stesso titolo sia idoneo anche a consentire una forma di pubblicità *dichiarativa*, quale è quella che si realizza con la trascrizione.

In base agli argomenti esposti, quindi, non pare vi siano dubbi sulla trascrivibilità (e, quindi, anche sulla volturabilità al catasto) della scrittura privata con sottoscrizioni accertate mediante verbale di conciliazione giudiziale.

Occorre, a questo punto, esaminare il secondo quesito cui si faceva riferimento all’inizio: se sia valida, e, quindi, trascrivibile la vendita dell’immobile usucapito in assenza di provvedimento giudiziale di accertamento dell’avvenuta maturazione dell’usucapione e, quindi, sulla base della semplice dichiarazione del venditore.

L’Agenzia del Territorio, nel negare la trascrivibilità e la volturabilità, parte dal presupposto secondo cui una compravendita immobiliare in cui il dante causa si dichiara proprietario del bene per intervenuta usucapione non sarebbe valida e, comunque, non potrebbe essere trascritta (e volturata) sino a quando l’usucapione medesima non sia stata accertata giudizialmente.

Sulla specifica questione, a quanto consta, la Corte di Cassazione si è pronunciata in una sola occasione, circa dieci anni fa, con la sentenza sez. II, 12 novembre 1996, n. 9884 (in *Riv. Notariato*, 1998, II, 995 e in *Vita Not.*, 1998, 1422). Nella fattispecie, si trattava della vendita di un immobile di cui i venditori erano, per una parte proprietari *iure ereditario* e, per l’altra, si dicevano proprietari in forza dell’usucapione già maturata ma non ancora dichiarata giudizialmente: della prima porzione essi trasferivano la proprietà; della seconda “*il possesso assoluto, esclusivo ed ultraventennale*”.

In tale precedente, la S.C. ha affermato testualmente che “*tale trasferimento era impossibile, posto che oggetto di una vendita [...] può essere solo il trasferimento della proprietà di una cosa o comunque di un altro diritto, mentre gli effetti del possesso protratto nel tempo non sono ancora di diritto. L’esercizio del possesso per il numero di anni stabilito dalla legge costituisce infatti solo il presupposto per ottenere il riconoscimento del diritto di*

proprietà sulla cosa posseduta, mentre l'acquisto di tale diritto per effetto della usucapione, per potere essere fatto valere e quindi costituire il possibile oggetto di un eventuale contratto di compravendita, deve essere prima accertato e dichiarato nei modi di legge".

Occorre evidenziare, tuttavia, che nell'economia della motivazione della sentenza in esame, il principio appena riportato rappresenta poco più che un *obiter dictum*: nel caso di specie, infatti, il contratto di compravendita aveva ad oggetto non il diritto di proprietà acquistato per usucapione, ma, come sopra si accennava, il mero possesso *ad usucapionem* (segnatamente, "il possesso assoluto, esclusivo ed ultraventennale").

Ed allora, per giungere alla conclusione della nullità di tale compravendita, era sufficiente la considerazione, che rappresenta la vera *ratio decidendi* della sentenza, che "*poiché il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (art. 1140 cc), e quindi non è il diritto, esso non rientra certamente tra i possibili oggetti di un contratto di compravendita*".

La portata dell'affermazione secondo cui il bene usucapito può essere validamente venduto solo dopo che è intervenuta la sentenza di accertamento dell'avvenuta usucapione deve, pertanto, essere ridimensionata, in quanto nella fattispecie all'esame della S.C. veniva in rilievo una questione diversa, quella relativa alla validità della compravendita avente ad oggetto il mero possesso.

Ciò premesso, deve, inoltre, rilevarsi che la tesi che subordina il potere di disporre del bene usucapito al previo accertamento giudiziale dell'usucapione (tesi a volte ripresa anche da alcuni giudici di merito: Corte appello Torino, 12 giugno 2002, in *Giur. it.* 2003, 1618; Tribunale Napoli, 26 novembre 2003, in *Giur. Merito*, 2004, 1394) solleva una serie di perplessità che in questa sede non possono essere ignorate.

Tale ricostruzione, infatti, snatura lo stesso principio fondamentale insito nell'usucapione, per il quale il diritto si acquista automaticamente e a titolo originario con il possesso non vizioso e con il decorso del tempo, senza necessità di ulteriore attività neppure giurisdizionale (in senso critico verso il citato indirizzo giurisprudenziale è orientata la dottrina dominante: cfr. GIOFFRÉ, *La vendita di immobile usucapito*, in *Riv. Not.*, 1998, II, 1000 ss.; POLA, *L'usucapione*, Padova, 2000, 134; TROISI, *CICERO, I possessi*, Napoli, 2005, 189).

Del resto è pacifico anche in giurisprudenza che il giudizio inerente alla maturazione dell'usucapione sia di mero accertamento e che la sentenza abbia natura dichiarativa (cfr. Cass. 21 ottobre 1994, n. 8650). Ed allora, sancire la necessità dell'esistenza di una sentenza che dichiari l'usucapione affinché l'usucapiente sia legittimato a vendere l'immobile usucapito, equivarrebbe a contestare il principio sancito dall'art. 1158 c.c. in virtù del quale il diritto si acquista *automaticamente* in capo al possessore per effetto del solo decorso del tempo.

Una diversa interpretazione che richiedesse sempre e comunque l'esercizio dell'azione giudiziale diretta all'accertamento dell'avvenuta usucapione costringerebbe il possessore a sostenere ingenti spese, quali quelle giudiziali, non richieste da alcuna disposizione di legge e che sarebbero del tutto

ingiustificate in tutti i casi in cui i soggetti che hanno subito l'usucapione non contestano l'avvenuto acquisto del diritto in capo al possessore. In quest'ottica, inoltre, la sentenza di usucapione non sarebbe più di accertamento, ma costitutiva, attribuendo all'usucapiente una legittimazione a disporre del bene usucapito di cui prima di tale momento egli sarebbe sprovvisto.

La soluzione opposta, che ritiene valida (e quindi trascrivibile) la vendita del bene usucapito solo in presenza dall'accertamento giudiziale dell'avvenuta usucapione trova espressa smentita anche nei Lavori preparatori del codice civile, ove si evidenziano le conseguenze negative che ne discenderebbero. Secondo la *Relazione al Re* (n. 1047), in particolare, l'impostazione in esame comporterebbe che *“colui che ha acquistato per usucapione sarebbe costretto, per avere la libera disponibilità di fatto del suo diritto, di provocare l'accertamento giurisdizionale dell'acquisto nei confronti di colui che per effetto dell'usucapione ha perduto il suo diritto”*. Questa eventualità, però, continua la Relazione andrebbe invece esclusa sia perché l'usucapione è un modo di acquisto *“che ha in sé, nel prolungato esercizio del diritto, la sua virtù e la sua ragion d'essere”* e quindi non potrebbe tollerare condizionamenti di carattere giurisdizionale; sia perché in tal modo l'acquirente dovrebbe agire contro *“persone che possono essere ignote e a distanza di molti anni dal giorno in cui l'usucapiente ha cominciato a possedere”*.

Ammissa la validità della vendita del bene usucapito anche prima dell'accertamento giudiziale, ne discende l'obbligo in capo all'Agenzia del Territorio di procedere alla trascrizione (e anche alla voltura catastale) del relativo atto, trattandosi di un contratto che ha l'effetto di trasferire il diritto di proprietà sopra un bene immobile e che, quindi, in presenza dei requisiti formali di cui all'art. 2657 c.c. (nella fattispecie sussistenti per le ragioni sopra esposte), è trascrivibile ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c. .

Né in senso contrario alla trascrivibilità può essere in tal caso invocato il principio di continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c. (nella fattispecie, secondo l'Agenzia del Territorio, stante la mancata trascrizione della sentenza dichiarativa dell'usucapione, la trascrizione della scrittura privata con cui l'usucapiente ha disposto del bene sarebbe “discontinua” rispetto alla precedente)

In primo luogo, il principio di continuità riguarda soltanto gli acquisti a titolo derivativo e, quindi, non può comprendere anche quelli a titolo originario, la cui trascrizione è, del resto, prevista solo in via eventuale (art. 2651 c.c.).

Giova evidenziare, al riguardo, (come la dottrina, del resto, non ha mancato di rilevare: cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, vol. II, Milano, 1993) che nella versione originaria, il progetto del codice civile del 1942 collegava la trascrizione delle sentenze di accertamento degli acquisti a titolo originario al principio di continuità, tanto che la norma che tale principio intendeva codificare seguiva e non precedeva l'altra sulla trascrizione della sentenza di accertamento dell'usucapione. Tale collegamento era però variamente operato. Secondo la Commissione reale il conservatore non avrebbe

potuto trascrivere l'acquisto dell'avente causa dall'usucapiente, ove l'acquisto originario di costui risultante da sentenza non fosse stato a sua volta trascritto. Secondo il progetto Scialoja, invece, l'avente causa avrebbe potuto trascrivere, ma tale trascrizione sarebbe stata inefficace fino a quando non fosse seguita la trascrizione della sentenza.

In sede di testo definitivo del codice si ritenne, peraltro, più opportuno mantenere una rigida separazione disciplinare tra acquisti a titolo derivativo ed acquisti a titolo originario, anche sul piano della circolazione immobiliare. Pertanto, l'ordine degli articoli fu invertito, cosicché la norma sul principio di continuità (art. 2650 c.c.) ora precede e non segue quella sulla trascrizione delle sentenze (art. 2651 c.c.), con la conseguenza che la trascrizione dell'acquisto a titolo originario è stata sganciata dal principio di continuità (lo evidenzia F. GAZZONI, *op. ult. cit.*.)

Infatti, l'eventuale usucapione ventennale non può essere accertata sulla base delle risultanze dei registri immobiliari, ma deriva esclusivamente dalla continuità del possesso, ovvero da un fatto che opera del tutto al di fuori del meccanismo delle trascrizioni (GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, vol. II, Milano, 1993, 194 ss.).

La trascrizione degli acquisti a titolo originario non svolge, quindi, alcuna funzione sostanziale, né in relazione all'acquisto stesso, né ai fini di opponibilità dal momento che tale modo di acquisto prescinde totalmente dal meccanismo pubblicitario. La trascrizione in questione, inoltre, è del tutto eventuale: l'espressione "devono" di cui all'art. 2651 c.c. è infatti riferita esclusivamente all'ipotesi in cui l'acquisto a titolo originario risulti da una sentenza (che ha sempre natura dichiarativa: cfr. Cass. 8650/1994 *cit.*) mentre non vi è onere alcuno di pubblicità del fatto costitutivo del diritto. Vale a dire che l'acquisto a titolo originario, in sé e per sé, non è soggetto a trascrizione perché non comporta una vicenda a carattere successorio; solo laddove l'usucapione provochi una lite si avrà una sentenza di accertamento che sarà trascritta ex art. 2651 c.c.: ma anche la trascrizione della sentenza, benché obbligatoria, non muta alcunché nella posizione dell'usucapiente, non essendo costui tenuto a curare alcuna pubblicità né al fine dell'acquisto né al fine della successiva difesa del suo diritto (in tal senso, GAZZONI, *op. ult. cit.*, 241).

In definitiva, con l'art. 2651 c.c. il legislatore ha disposto una pubblicità con efficacia di mera pubblicità notizia (cfr. Cass. n. 2712/1982), ossia priva di effetti sostanziali e limitata a rendere più efficiente il sistema pubblicitario (Cass. n. 13814/1999), che può essere o meno curata senza che alcunché si modifichi nella disciplina regolante, nel singolo caso, le vicende conflittuali, dal momento che, per definizione, non può darsi un comune autore tra acquirente a titolo e acquirente a titolo originario. Quindi, il conflitto tra acquirente a titolo derivativo e acquirente per usucapione è sempre risolto a favore di quest'ultimo, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l'usucapione. La Relazione al Re giustifica tale scelta in nome dell'importanza fondamentale che nel nostro ordinamento ha l'istituto dell'usucapione, basato sul possesso e quindi atto a circoscrivere le

discussioni di carattere astrattamente giuridico, quali sono quelle che possono nascere con riguardo agli acquisiti a titolo derivativo.

Colui il quale ha acquistato a titolo originario, allora, può disinteressarsi in modo assoluto della trascrizione e, quindi, di procurarsi una sentenza a tal fine, perché egli perderebbe il diritto solo ed esclusivamente se un terzo maturasse a sua volta un acquisto a titolo originario e quindi acquistasse contro di lui e non già contro chi ha perso il diritto a seguito del maturarsi dell'usucapione (cfr., in questi termini, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, *cit.*, 243).

La sentenza *ex art.* 2651 c.c. è, pertanto, la conseguenza di una lite, qualora, ad esempio chi ha subito l'usucapione, o un suo avente causa, contesti la sussistenza di tutti i presupposti previsti dalla legge per il relativo acquisto ad opera dell'usucapiente. Se viceversa non vi è contestazione ad iniziativa di chi perde il diritto, una sentenza non sarà necessaria e quindi non sarà trascritta.

Certo, sul piano della circolazione dei diritti, ben difficilmente un soggetto acquisterà a titolo derivativo da chi assume di aver acquistato a titolo originario, senza peraltro poter suffragare tale acquisto con una sentenza di accertamento passata in giudicato; ma laddove ciò accada (come nel caso di specie), non vi sono motivi per negare la validità e la trascrivibilità di tale atto di vendita, fermo restando che essa viene compiuta a rischio e pericolo dell'acquirente.

Tutto ciò comporta che, ad onta della enfatica formula usata dall'art. 2651 c.c. (“*Si devono trascrivere le sentenze da cui risulta [...] acquistato per usucapione [...]*”), le sentenze di accertamento dell'intervenuto acquisto a titolo originario devono bensì essere trascritte, ma solo ad iniziativa del cancelliere e non già quale adempimento di un onere posto a carico delle parti.

Del resto, l'acquisto a titolo di usucapione, in mancanza di una sentenza che ne accerti l'avvenuta maturazione in contraddittorio con il precedente proprietario, non potrebbe neanche essere trascritto. Una eventuale trascrizione a favore dell'usucapiente, effettuata all'insaputa del soggetto che ha subito l'usucapione, sarebbe evidentemente in contrasto con le più elementari regole di civiltà: non è un caso, infatti, che il codice civile preveda la trascrizione (peraltro ai soli fini di pubblicità-notizia) dell'usucapione solo se la stessa è stata accertata in giudizio, nel rispetto, quindi, del diritto di difesa del precedente proprietario.

È appena il caso di aggiungere che, anche ove si ritenesse applicabile l'art. 2650 c.c. alla fattispecie *de qua*, non può non rilevarsi come il c.d. principio di continuità non impedisce la trascrizione c.d. “*discontinua*”, ma si limita a modificarne l'efficacia (in luogo della consueta efficacia dichiarativa, la trascrizione discontinua vale come *prenotazione*). Ciò significa che la trascrizione, ancorché discontinua, va effettuata, solo che questa, in luogo del tradizione effetto di “opponibilità” dell'acquisto, produce un mero effetto di “prenotazione”: chi trascrive in assenza di continuità prenota infatti il numero d'ordine che varrà quando la continuità sarà stata assicurata mediante la trascrizione degli acquisti precedenti.

Il principio di continuità di cui all'art. 2650 c.c., in conclusione, anche ove fosse ritenuto applicabile, non potrebbe impedire la trascrizione, modificandone solo l'efficacia.

In quest'ottica, la trascrizione immediata della scrittura privata *de qua* avrebbe l'effetto di risolvere il conflitto tra più aventi causa del medesimo usucapiente. Supponiamo, ad esempio, che quest'ultimo si munisca (e provveda a trascrivere) una sentenza dichiarativa dell'usucapione e che, successivamente, disponga nuovamente del bene a favore di un terzo con una compravendita immobiliare regolarmente trascritta. In tal caso, la mancata trascrizione della scrittura privata oggetto della fattispecie in esame, rischierebbe di compromettere definitivamente il diritto del primo acquirente (la sig.ra P.) la quale, in base ai principi della pubblicità immobiliare, in mancanza della trascrizione del suo titolo, soccomberebbe rispetto al secondo acquirente dal comune dante causa.

Verificandosi una ipotesi di questo tipo, il rifiuto della trascrizione rischierebbe di esporre l'Agenzia del Territorio anche ad una eventuale azione di responsabilità nei confronti dell'acquirente per la perdita del diritto di proprietà che tale rifiuto, in concorso con una eventuale seconda alienazione debitamente trascritta, potrebbe determinare ai suoi danni.

Appurato che la scrittura privata con sottoscrizione autenticate tramite conciliazione giudiziale ed avente ad oggetto un bene usucapito, senza che sia stata pronunciata la sentenza di accertamento dell'usucapione, costituisce un titolo valido ed idoneo ad essere trascritto, occorre esaminare l'ulteriore questione sollevata dalla richiesta di parere: quello relativo alla volturabilità dell'atto in esame.

Al riguardo, occorre evidenziare la fondamentale distinzione tra la trascrizione e l'accatastamento: istituti autonomi con finalità diverse. Il primo è diretto alla pubblicità legale della modificazione, costituzione ed estinzione di diritti reali. Il secondo, mira, invece, alla rappresentazione (tendenzialmente) conforme alla realtà sul territorio dei diritti reali stessi e svolge funzioni tributarie, dal momento che sulla base dell'accatastamento è determinata la tariffa d'estimo o rendita catastale, sulla quale si forma il valore catastale del bene, costituente la base imponibile sia a fini di imposte statali, quali l'IRPEF e l'IRPEG, sia a fini di imposte locali, quali l'I.C.I.

La voltura catastale, a sua volta, è finalizzata principalmente a ricostruire la storia dei diritti e dei possessi sugli immobili e a consentirne la corretta intestazione negli atti del catasto.

Per questo, l'art. 6 r.d. 8 dicembre 1938, n. 2153 (recante "*Approvazione del regolamento per la conservazione del nuovo catasto dei terreni*") prevede che la voltura catastale debba essere domandata "*quante volte avvenga il passaggio da una ad un'altra persona della proprietà, del possesso [...]*". A sua volta, l'art. 3 d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650, impone l'obbligo della domanda di volture catastali "*ogni qual volta vengono posti in essere atti civili giudiziari od amministrativi che diano origine al trasferimento di diritti censiti nel catasto terreni [...]*".

Atteso che la scrittura privata oggetto del presente parere è, per le ragioni sopra viste, un atto che determina il trasferimento della proprietà sopra un

immobile censito, deve ritenersi che lo stesso debba essere oggetto anche di voltura catastale.

Non si ignora che, sul piano operativo, possono in tal caso sorgere difficoltà dovute alla circostanza che non vi è concordanza tra i soggetti intestati in catasto e quelli risultanti dall'atto di vendita. Tali difficoltà – peraltro destinate a proporsi ogni volta che vi siano, con riferimento ad un determinato immobile, trasferimenti di proprietà non registrati al catasto – non sono tali, tuttavia, da impedire la voltura. Di tale possibile discordanza tra la parte venditrice e quella intestataria dell'immobile in base al catasto si fanno, infatti, espressamente carico l'art. 4, comma 7, e l'art. 8 del d.P.R. n. 650 del 1972 (e la circolare dell'Agenzia del Territorio del 2 maggio 2002, n. 3), secondo cui il pubblico ufficiale addetto al catasto deve, in questa ipotesi, segnalare nell'apposito campo del modello unico che il trasferimento è preceduto da passaggi non registrati ed eseguire la voltura con riserva, notificandola ai soggetti ai quali in catasto risultano intestati gli immobili in questione.

Dalle norme in esame, emerge, quindi, che l'eventuale non coincidenza tra soggetto iscritto in catasto come proprietario dell'immobile e soggetto venditore non impedisce la voltura, ma dà luogo soltanto ad una voltura con riserva, con contestuale notifica della stessa ai soggetti intestati in catasto.

In conclusione, alla luce di quanto sinora esposto, questo G.U. ritiene preferibile la soluzione secondo cui la vendita dell'immobile usucapito non solo è valida, ma è anche trascrivibile e volturabile, pur in assenza della previa dichiarazione giudiziale che abbia accertato l'avvenuta usucapione.

Riepilogando, le questioni di diritto sottoposte da codesta Amministrazione possono essere risolte nei termini che seguono:

1) la scrittura privata con sottoscrizione accertata all'esito di un giudizio conclusosi con conciliazione giudiziale rappresenta titolo idoneo alla trascrizione e alla voltura;

2) la vendita immobiliare nella quale il venditore indica quale titolo di proprietà l'avvenuta usucapione è trascrivibile e volturabile, pure in mancanza di una sentenza dichiarativa dell'usucapione medesima».

A.G.S. – Parere del 26 luglio 2006, n. 87784.

Applicabilità legge 444/94 (consultivo 22623/06, avvocato G. Albenzio).

«In risposta al parere richiesto circa la applicabilità alle Fondazioni della normativa sulla proroga degli organi amministrativi ai sensi del d.l. 293/94, conv. in legge 444/94, nel caso di *decadenza* di alcuni componenti del consiglio di amministrazione e del sovrintendente ai sensi dell'art. 4 legge 6/01, questa Avvocatura ritiene quanto segue.

In via generale, si deve ritenere che codesta Fondazione rientri fra le “*persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, quando alla nomina dei componenti di tali organi concorrono lo Stato o gli enti pubblici*” menzionate dall'art. 1, che definisce l'*Ambito di applicazione* della legge 444, attesa la

ricorrenza di quei presupposti, a mente degli art. 10, comma 3, e 12, commi 1-2, D.Lgs. 367/96; tuttavia, l'art. 4 del detto decreto legislativo evidenzia la volontà del Legislatore di attrarre la disciplina delle Fondazioni musicali nell'ambito della normativa privatistica e l'art. 4 della legge 6/01 parla di *decadenza* e non di semplice cessazione dalla carica di alcuni componenti del Consiglio di amministrazione e del Sovrintendente, così che sembra non restare spazio per regolamentazioni diverse e, peraltro, residuali quali la legge 444/94.

Per individuare la normativa del codice civile che può essere richiamata a risolvere il problema posto da codesta Fondazione, si deve prendere in esame innanzi tutto la disciplina delle fondazioni di cui agli art. 14 – 35 c.c., ove non viene contemplato il caso della *decadenza* degli amministratori ma regolata la loro *responsabilità* con richiamo alle *norme del mandato* (art. 18) e la loro *capacità* nel caso di dichiarata *estinzione* o *scioglimento* della persona giuridica (art. 29): l'art. 1728, comma 1, c.c. dispone che nel caso di sopravvenuta estinzione del mandato il mandatario è obbligato a continuare l'esecuzione *se vi è pericolo nel ritardo* (secondo il principio generale della *utiliter gestio*), mentre il cit. art. 29 vieta agli amministratori di compiere *nuove operazioni*; la mancanza di una regolamentazione specifica dell'ipotesi in esame consiglia di prendere in considerazione anche le disposizioni sulle società, ove il principio della *utiliter gestio* ed il divieto di intraprendere *nuove operazioni* sono ribaditi in relazione all'ipotesi di liquidazione della società semplice (art. 2274 e 2279) e l'efficacia della cessazione degli amministratori delle società di capitali per scadenza del termine è prorogata fino al *momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito* (art. 2385, comma 2).

Dal complesso delle norme testé richiamate si può dedurre che gli amministratori ed il sovrintendente *decaduti* ai sensi dell'art. 4 legge 6/01 restano in carica per il compimento degli affari urgenti e per l'ordinaria amministrazione, al fine di evitare pregiudizi all'attività istituzionale della Fondazione, fino al momento in cui non vengono sostituiti, senza la limitazione dei *“quarantacinque giorni”* ai sensi dell'art. 3 della legge 444/94».

A.G.S. – Circolare del 28 giugno 2006, prot. 77656, n. 36 – Comunicazione di servizio n. 106/06.

Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia del Demanio.

«Visti gli artt. 57, 65 e 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 300, l'art. 65 come modificato dall'art. 1 del D.Lgs. 3 luglio 2003 n. 173, gli artt. 1 e segg. ed in particolare gli artt. 43, 44 e 45 del R.D.L. 30 ottobre 1933 n. 1611 (l'art. 43 come modificato e integrato dall'art. 11 della legge 3 aprile 1979 n. 103), e lo Statuto dell'Agenzia del Demanio;

Considerato che, ai sensi dell'art. 72 del D.Lgs. n. 300 del 1999 l'Agenzia del Demanio può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 43 del R.D.L. n. 1611 del 1933 e succ. mod.

Ritenuta l'opportunità di disciplinare le modalità della collaborazione tra l'Agenzia del Demanio e l'Avvocatura dello Stato, al fine di assicurare nel modo migliore la piena tutela degli interessi pubblici coinvolti, prevedendo anche forme snelle e semplificate di relazioni, tali da promuovere l'efficienza e l'efficacia della azione amministrativa e la migliore funzionalità delle strutture.

Ravvisata in particolare l'opportunità di prevedere modalità operative volte a garantire un efficiente ed incisivo apporto consultivo dell'Avvocatura dello Stato nonché lo svolgimento del patrocinio della Agenzia del Demanio affidato alla stessa Avvocatura nei giudizi cui è interessata l'Agenzia;

tra l'Agenzia del Demanio (nel prosieguo l'Agenzia), in persona del Direttore, Arch. Elisabetta Spitz; e l'Avvocatura dello Stato (nel prosieguo, l'Avvocatura), in persona dell'Avvocato Generale in carica Oscar Fiumara, si conviene quanto segue.

Attività consultiva

1. Allo scopo di razionalizzare gli interventi, l'Agenzia coordina le richieste di pareri che involgono questioni interpretative di carattere generale. Peraltro, pareri relativi a questioni di rilievo solo locale od a specifiche controversie possono essere richiesti dalle Filiali dell'Agenzia alla competente Avvocatura distrettuale; in particolare, il parere è richiesto, nel caso di contenziosi pendenti patrocinati dall'Avvocatura, qualora si prospetti la possibilità di definizione transattiva della controversia, al fine di poter valutare anche l'alea del giudizio.

2. Considerato che l'efficacia dell'attività consultiva è direttamente correlata alla celere emissione dei chiesti pareri, l'Avvocatura corrisponde con tempestività alle relative richieste, ove del caso nei termini previsti dai procedimenti amministrativi quali prospettati dalla Agenzia richiedente, e segnala rapidamente, in casi eccezionali, l'eventuale impossibilità di rendere il parere nei termini predetti.

3. L'Agenzia informa l'Avvocatura dei principali orientamenti dalla stessa assunti o che intende assumere, in particolare in ordine alla interpretazione di normativa di prima applicazione, al fine di acquisire eventuali suggerimenti e/o pareri, particolarmente nella prospettiva dei riflessi sulla gestione del contenzioso, potenziale o in atto.

Assistenza e rappresentanza in giudizio

4. L'Agenzia, attraverso le proprie strutture centrali e periferiche, inoltra all'Avvocatura le richieste di patrocinio con il più ampio margine rispetto alle scadenze, fornendo una completa e documentata relazione in fatto e in diritto, quale necessario supporto per l'efficace difesa delle ragioni dell'Agenzia. 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 dell'Agenzia responsabile del procedimento, con le modalità per la sua immediata reperibilità (telefono, fax, e-mail); analogamente, l'Avvocatura provvederà a segnalare alla struttura richiedente dell'Agenzia il nominativo dell'Avvocato incaricato dell'affare e le suindicate modalità di immediata reperibilità.

5. L'Avvocatura provvede, entro 10 giorni dal ricevimento della notifica presso essa eseguita di atti di citazione e ricorsi, a informarne la competente struttura centrale o periferica dell'Agenzia, segnalando il nominativo dell'avvocato incaricato dell'affare e le modalità di immediata reperibilità. L'Agenzia può, sotto la propria responsabilità, esprimere tempestivamente il proprio orientamento nel senso della non convenienza della costituzione in giudizio.

6. L'Avvocatura informa la struttura richiedente degli sviluppi delle controversie in corso dalla stessa curate, comunicando, ove possibile, il numero di R.G. assegnato alla causa, dando comunque pronta comunicazione dell'esito del giudizio con la trasmissione della copia della decisione. L'Avvocatura trasmette alla competente struttura dell'Agenzia che ne abbia fatto specifica richiesta, unicamente per essere più compiutamente informata circa l'andamento della lite, copia degli scritti defensionali redatti da essa e della parte avversa. Ove trattasi di pronuncia sfavorevole per l'Agenzia suscettibile di gravame, l'Avvocatura rende parere in ordine alla impugnabilità della decisione stessa.

7. L'Avvocatura favorisce l'uniformità della trattazione degli affari consultivi e contenziosi anche secondo criteri di specializzazione, continuità e stabilità dei reciproci contatti, che prevedono altresì la trattazione degli affari concernenti l'Agenzia da parte di un numero minimo di Legali, stimato, per quanto riguarda l'Avvocatura generale, in almeno quattro.

8. L'Avvocatura, qualora ritenga di non convenire, per singole controversie, sulle richieste dell'Agenzia, provvede, previa se del caso acquisizione di supplementi istruttori, a darne tempestiva e motivata comunicazione alla struttura richiedente, al fine di pervenire comunque ad una definitiva determinazione. La divergenza che eventualmente insorga tra il competente Ufficio dell'Avvocatura e l'Agenzia, circa l'instaurazione di un giudizio o la resistenza del medesimo, è risolta, sentito previamente, anche per le vie brevi, il Vice Avvocato generale dello Stato competente, dal Direttore dell'Agenzia, ai sensi dell'art. 12, 2° comma, della legge 3 aprile 1979, n. 103;

9. L'Avvocatura dà notizia alla competente struttura periferica dell'Agenzia nonché alla Direzione legale – Direzione Centrale Affari Generali anche delle controversie proposte soltanto nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze e relative ai beni gestiti dall'Agenzia, e tiene conto di quanto dalla stessa eventualmente prospettato. Per tali controversie l'Agenzia fornisce il supporto documentale in suo possesso necessario per il patrocinio del Ministero. L'Avvocatura evita di chiamare l'Agenzia a partecipare alle predette controversie, quando non è ravvisabile una legittimazione della stessa a parteciparvi. Inoltre, l'Avvocatura coinvolge, quando opportuno, l'Agenzia nell'attività consultiva per il Ministero dell'Economia e delle Finanze relativa ai predetti beni.

10. Nel caso di conflitto di interessi tra l'Agenzia e lo Stato od altra Agenzia istituita dallo Stato oppure tra l'Agenzia e una Regione, può essere chiesto all'Avvocatura generale di interporre i propri buoni uffici per prevenire o risolvere la controversia.

Il Direttore dell'Agenzia può, qualora emerga il predetto conflitto di interessi, oppure in esplicita considerazione della particolarità di una contro-

versia ovvero per i contenziosi ai quali lo Stato non partecipi e non abbia interesse, affidare il patrocinio dell' Agenzia ad avvocati del libero foro, di tale affidamento informando l' Avvocato generale dello Stato.

11. L' Agenzia, di norma, non si avvale del patrocinio dell' Avvocatura per le nuove controversie attinenti a rapporti di lavoro, regolati dalle norme del diritto privato, dei dipendenti dell' Agenzia; peraltro, il patrocinio dell' Avvocatura può essere richiesto anche solo dopo il primo grado.

12. L' Agenzia può, di volta in volta, avvalersi o meno dell' Avvocatura nei procedimenti esecutivi, in quelli in sede fallimentare e di volontaria giurisdizione.

13. Qualora intenda costituirsi parte civile in processo penale o sia ad esso chiamata a partecipare come responsabile civile, l' Agenzia, previamente interpellato, occorrendo solo nelle vie brevi, l' Ufficio competente dell' Avvocatura, può avvalersi di avvocato del foro libero; l' art. 1 comma 4 della legge 3 gennaio 1991 n. 3 non concerne più l' Agenzia.

14. L' Avvocatura può assumere, ai sensi dell' art. 44 del R.D.L. n. 1611 del 1933, la difesa di dipendenti dell' Agenzia nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio, ferma restando la libertà degli stessi di farsi difendere da avvocati di loro fiducia.

15. L' Avvocatura provvede al diretto recupero nei confronti delle controparti delle competenze ed onorari di giudizio poste a loro carico per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione. In caso di giudizio conclusosi con esito favorevole per l' Agenzia ma con disposta compensazione, totale o parziale, delle competenze ed onorari del giudizio così come in caso di transazione dopo sentenza favorevole, trova applicazione il disposto dell' art. 21, commi terzo, quarto e quinto del R.D.L. n. 1611 del 1933 e succ. mod., avendo riguardo alla natura, durata ed eventuale complessità della controversia e sulla base delle tariffe professionali applicabili.

16. Per le cause che si svolgono davanti ad Autorità giudiziarie aventi sede diversa da quella della competente Avvocatura, questa può avvalersi, se e per quanto – tenuto conto della importanza della materia controversa – non sia necessaria una diretta sua presenza alle udienze, della collaborazione procuratoria di cui all' art. 2 del R.D. n. 1611 del 1933 resa dall' avvocato del libero foro prescelto come corrispondente e domiciliatario per la predetta sede. Peraltro, qualora ragioni di urgenza non lo sconsiglino, la competente struttura dell' Agenzia è interpellata perché valuti l' opportunità di affidare le anzidette attività procuratorie ad altro avvocato del libero foro. In ogni caso, nell' inoltrare all' Agenzia la parcella presentata dall' avvocato corrispondente, l' Avvocatura ne valuta la congruità.

17. Nei casi consentiti dalla legge, l' Agenzia può stare in giudizio di persona a mezzo di propri funzionari.

Incontri periodici e disposizioni finali

18. Per l' esame dell' evoluzione del contenzioso concernente le più significative e rilevanti problematiche in discussione ed al fine di definire congiuntamente e uniformemente le linee di condotta delle controversie in corso e l' interesse alla prosecuzione delle stesse, si avranno incontri periodici a cadenza, di norma, quadrimestrale. A livello centrale, gli incontri saran-

no tra il Vice avvocato generale competente e il direttore della Direzione legale – Direzione Centrale Affari Generali. Inoltre, ogni Avvocatura distrettuale indicherà un proprio avvocato con funzioni di referente.

19. La competente struttura dell’Agenzia può richiedere all’avvocato dello Stato assegnatario del singolo affare un incontro per l’esame congiunto di esso, anche con disamina degli scritti e documenti contenuti nel relativo fascicolo. Qualora analoga richiesta sia fatta dal predetto avvocato, il preposto alla competente struttura dell’Agenzia deve sollecitamente mettere a disposizione personale qualificato e la documentazione in suo possesso.

20. Non appena tecnicamente possibile, l’Avvocatura consentirà alla menzionata Direzione legale l’accesso per via informatica, limitatamente alle controversie nelle quali l’Agenzia è patrocinata, al proprio archivio informatizzato. Nel frattempo, detta Direzione legale può chiedere copia cartacea di quanto memorizzato nell’archivio stesso e gli archivi dell’Avvocatura trasmettono, a cadenza trimestrale, i numeri di RG assegnati alle cause in cui è parte l’Agenzia. Analogo accesso per via informatica sarà riconosciuto, per quanto proficuo e possibile, dall’Agenzia all’Avvocatura.

21. Al fine di garantire in modo completo e celere l’assistenza legale dell’Agenzia in relazione alle funzioni e ai compiti ad essa attribuiti dalla legge, l’Avvocatura provvederà, su richiesta e d’intesa con l’Agenzia, ad individuare uno o più avvocati dello Stato per l’attività di consulenza in via breve.

22. L’Avvocatura e l’Agenzia si impegnano a segnalare reciprocamente tutte le difficoltà operative che potessero insorgere nella gestione dei rapporti oggetto del presente protocollo, allo scopo di provvedere, nello spirito della più piena collaborazione, al superamento delle stesse e a rivedere la presente convenzione anche alla luce delle modifiche organizzatorie che dovessero interessare l’Agenzia.

23. Per quanto non disposto nel presente protocollo, si applica il Testo Unico approvato con R.D. n. 1611 del 1933, come integrato e modificato, e le altre disposizioni relative al patrocinio e all’assistenza legale prestati dall’Avvocatura.

Roma, 21 giugno 2006

L’Avvocato Generale dello Stato Oscar Fiumara
Il Direttore dell’Agenzia Elisabetta Spitz».

D O T T R I N A

Attività vincolata e attività discrezionale della Pubblica Amministrazione anche con riferimento alla norma dell'art.21 *octies* L. n. 241/1990

di Giuseppe Stipo ()*

SOMMARIO: LA NATURA VINCOLATA E DISCREZIONALE DEL PROVVEDIMENTO – 1. Premessa – 2. Il provvedimento vincolato – 3. Il provvedimento discrezionale – 4. La discrezionalità tecnica. I PROVVEDIMENTI VINCOLATI E DISCREZIONALI NELL'ART. 21 OCTIES COMMA 2 LEGGE 7 AGOSTO 1990 N. 241 – 5. Riferimento al vizio di annullabilità – 6. Natura processuale della norma. – 7. Mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. – 8. Le espressioni "sia palese" e "dimostri" – 9. Le espressioni "contenuto dispositivo" e "contenuto del provvedimento" – 10. Il vizio di incompetenza – 11. Considerazioni conclusive.

1. La recente legge 15 febbraio 2005 n. 15, come per la prima volta espressamente accenna ai concetti di "nullità" e di "annullamento", così accenna alla "natura vincolata del provvedimento" (1).

Infatti l'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dall'art. 14 della citata legge 15 febbraio 2005 n. 15, premesso al comma 1 che "è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza", al comma 2 preclude al giudice di annullare "il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del

(*) *Avvocato Generale Aggiunto dello Stato, che ha lasciato l'incarico il 25 settembre 2006. All'Avvocato Giuseppe Stipo giungano i sensi di stima e gratitudine della Rassegna dell'Avvocatura dello Stato.*

(1) Sull'argomento v. G. STIPO, *Il regime d'invalidità del provvedimento amministrativo nel nuovo sistema delineato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in questa Rassegna, 2005, p. 253 ss.

provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato” e così pure nel caso di “mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Quindi mentre nel caso di atti vincolati il contenuto dispositivo conforme alla legge sostanziale vale in ogni caso a sanarne la invalidità, per tutti gli altri atti, e cioè per quelli discrezionali, la sanatoria è limitata alla sola ipotesi di mancata comunicazione dell’avvio del procedimento.

Ciò dà occasione di riconsiderare, alla luce della giurisprudenza intervenuta (2), e chiarire i concetti di atto vincolato e atto discrezionale nella attività della P.A., nonché interpretare la nuova norma dell’art. 21 *octies* co. 2 citato rispetto a tali due tipi di provvedimenti.

2. E’ anzitutto pacifico che il provvedimento ha la natura di atto vincolato allorché viene emesso in adempimento ad un preciso obbligo giuridico (3).

Il provvedimento vincolato deve quindi necessariamente intervenire ogni volta che ne sussistono i presupposti stabiliti in via astratta e generale dalla legge, per cui l’attività amministrativa si esaurisce nella semplice verifica dell’esistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l’adozione di quel tipo di provvedimento.

Perciò, in presenza di un provvedimento a carattere vincolato, non è profilabile il vizio di difetto di motivazione, in quanto il provvedimento non costituisce espressione di un potere di scelta, ma è il risultato di una mera applicazione di norme legislative, per cui è sufficiente il richiamo alle circostanze di fatto sul presupposto delle quali la norma deve trovare applicazione (4). Poiché la motivazione ha la funzione di rendere chiaro ed intelligibile l’iter logico seguito dalla Pubblica Amministrazione nell’adottare un prov-

(2) Per non appesantire il presente articolo si farà riferimento alla sola giurisprudenza, omettendo di considerare la pur cospicua dottrina formatasi sull’argomento.

(3) V. legge 18 marzo 1968, n. 249 (Delega al governo per il riordinamento dell’amministrazione dello stato, per il decentramento delle funzioni e per il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dipendenti statali) art. 4 ult. comma: “per atti vincolati ... si intendono gli atti dei quali è obbligatoria la emanazione ed il cui contenuto è determinato dalla legge o dal regolamento”.

(4) Cons. Stato IV, 26 settembre 2001 n. 5044; 15 febbraio 2001 n. 721.

– Cons. Stato IV, 1 ottobre 2004 n. 6361 -Relativamente al denunciato vizio di carenza di motivazione è sufficiente ricordare che è principio pacifico quello secondo il quale la motivazione dell’atto amministrativo assolve la funzione di rendere palesi le ragioni che hanno indotto l’Amministrazione ad adottarlo al fine di consentire il successivo ed eventuale sindacato di legittimità; peraltro, quando l’attività amministrativa è vincolata, tale funzione deve considerarsi assolta se il provvedimento indichi con precisione i presupposti di fatto e di diritto la cui presenza o la cui mancanza ne hanno reso necessaria l’adozione, senza che occorran ulteriori e più ampie argomentazioni rivolte, in particolare, a confutare analiticamente le deduzioni svolte dalle parti interessate (cfr., tra le altre, Cons. Giust. Sic. 25 gennaio 1988 n. 9; IV Sez. 5730 del 18 ottobre 2002).

vedimento, qualora trattasi di attività vincolata non può parlarsi di motivazione, ma piuttosto di giustificazione, che consiste nell'indicazione del tipo di potere esercitato e dei presupposti di esso (5).

Ricorrendone quindi i presupposti legali e di fatto, l'Amministrazione può essere tenuta ad un provvedimento vincolato sia in ordine alla emanazione che al contenuto precettivo.

Esso quindi potrà essere impugnato solo contestando la presenza o meno dei presupposti richiesti per la sua adozione, ma mai per eccesso di potere, in quanto trattasi di atto dovuto che prescinde da ogni criterio di determinazione dell'Amministrazione. Ugualmente può essere denunciata la presenza dei presupposti di fatto e di legge qualora l'Amministrazione ometta di adottare il provvedimento (6).

Tuttavia non può in modo automatico farsi derivare dalla natura vincolata dell'attività demandata all'Amministrazione la qualificazione di una corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con le dovute conseguenze di carattere processuale in punto di giurisdizione. E' d'uopo, infatti, distinguere, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle

– T.A.R. Parma 19 ottobre 2005 n. 486 – Anche laddove l'Amministrazione debba provvedere in maniera vincolata al verificarsi di date condizioni, l'onere di motivazione impone che siano quanto meno indicati il tipo di potere esercitato ed i presupposti di fatto delle determinazioni assunte, sì da consentire di ricavare con assoluta certezza le ragioni poste a base della decisione e rendere conseguentemente possibile il successivo ed eventuale sindacato di legittimità (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2004 n. 6361). Nella circostanza il provvedimento impugnato si è limitato ad affermare che «... non sussistono i presupposti per la stipula del contratto di soggiorno per lavoro subordinato ...», senza specificare quale dei requisiti richiesti dalla normativa fosse risultato carente.

(5) Cons. Stato VI, 26 febbraio 2003 n. 1088. – In merito al lamentato difetto di motivazione, va osservato, in via generale, che tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, compresa l'ordinanza di demolizione, in quanto atti vincolati, non richiedono una specifica motivazione su puntuali ragioni d'interesse pubblico o sulla comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati (T.A.R. Campania Napoli II, 22 dicembre 2005 n. 20537).

– T.A.R. Molise Campobasso I, 15 novembre 2005 n. 981 – I provvedimenti conseguenti all'accertata insussistenza di taluno dei requisiti prescritti per la partecipazione ad una procedura concorsuale appartengono alla categoria degli atti vincolati sia nell'*an* che nel *quid*, di talché non richiedono – secondo pacifica giurisprudenza – una particolare motivazione (Cons. Stato, VI, 14 gennaio 2002, n. 167; IV, 15 febbraio 2001 n. 721).

(6) Cass. VI Pen. 3 novembre 1997 n. 11484: “Quando l'atto domandato è un atto dovuto, cioè un atto vincolato, con esclusione di qualsiasi scelta discrezionale sui tempi e i modi della sua emanazione, la P.A. ha il dovere di provvedere ai sensi dell'art. 328 comma 2 c. p. (nel testo sostituito dall'art. 16 legge 26 aprile 1990 n. 86 – omissione di atti ufficio) e pertanto il pubblico ufficiale è tenuto, ricorrendo tutte le condizioni di fatto e di diritto necessarie, a compiere l'atto richiesto, ovvero, in mancanza delle condizioni stesse o in presenza di altre cause impeditive, a darne ragione nella risposta, prima del decorso del termine di trenta giorni. L'obbligo di compiere l'atto d'ufficio non sussiste, invece, qualora si tratti di attività discrezionale, ma, se l'atto non viene emesso, sorge comunque il dovere del pubblico ufficiale di fornire una risposta al richiedente prima della scadenza del termine (nella fattispecie è stato ritenuto che il provvedimento di sgombero dell'area pubblica che consente ad un proprietario di un immobile antistante l'accesso alla sua proprietà è atto dovuto)”.

ascritte all'Amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa Amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Pertanto occorre avere riguardo alla finalità perseguita dalla norma primaria, con la conseguenza che quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo (7).

La stessa Corte Costituzionale ha espressamente ritenuto priva di qualsiasi fondamento l'argomentazione che, di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi (8).

Insomma non può mai ravvisarsi una situazione di un vero e proprio diritto soggettivo, quando il provvedimento impugnato, ancorché di carattere vincolato, è diretto in via primaria ed immediata a soddisfare un interesse pubblico.

Così il provvedimento d'inquadramento di un pubblico dipendente (naturalmente con riguardo alle categorie di cui all'art. 3 legge 30 marzo 2001 n. 165 – magistrati, diplomatici, prefetti, militari ecc. –, che, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego sono ancora sottoposte alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 63 stessa legge), pur se vincolato, ha natura sicuramente autoritativa e, come tale, è impugnabile, in ordine alla qualifica o al trattamento attribuiti, entro il termine di decadenza *ex* art. 21 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 sui T.A.R.(9).

Non sono infatti configurabili posizioni di diritto soggettivo aventi ad oggetto l'inquadramento e la progressione di carriera del dipendente pubblico, nell'ambito dell'apparato organizzativo dell'ente a cui appartiene; né è rilevante, al riguardo, la circostanza che si tratti di promozione per semplice anzianità, scevra da profili di discrezionalità amministrativa, una volta riscontrata l'esistenza dei presupposti di legge, poiché il carattere vincolato dell'attività della P.A. non implica necessariamente la configurazione in capo al privato di una posizione di diritto soggettivo, essendo comunque qualificabile come interesse legittimo la posizione tutelata nei confronti di norme d'azione, quali sono tipicamente quelle che disciplinano l'inserzione e la collocazione del pubblico dipendente nell'ambito della struttura democratico-organizzativa dell'amministrazione (10).

E ancora il provvedimento di decadenza dall'impiego ha natura accertativa di una situazione di fatto alla quale consegue, in modo vincolato, l'adozione di misure amministrative (11).

(7) Cons. St. VI, 15 maggio 2003 n. 2661.

(8) Corte Cost. 16 aprile 1998 n. 127.

(9) Cons. Stato V, 16 febbraio 2001 n. 810; Cons. Stato VI, 8 aprile 2002 n. 1894.

(10) T.A.R. Valle d'Aosta, 31 gennaio 1985 n. 6. Di recente è stata affermata la giurisdizione amministrativa nella controversia concernente il conferimento di incarichi dirigenziali, risultando coinvolti profili di interesse pubblico (Cons. St., VI, 16 giugno 2006 n. 3556); in senso contrario però Cass. SS. UU., 12 giugno 2006 n. 13538).

(11) Cons. Stato V, 7 aprile 2003, n. 1833.

È stata ritenuta inammissibile la richiesta di accertamento giudiziale della pretesa del ricorrente all'ottenimento di un'autorizzazione in sanatoria ai sensi dell'art. 13, legge 28 febbraio 1985, n. 47, posto che tale pretesa non si attegga a diritto soggettivo perfetto, suscettibile come tale di accertamento dichiarativo bensì ad interesse legittimo, il cui soddisfacimento deve necessariamente passare attraverso l'impugnazione di un atto dell'amministrazione, di tipo autoritativo e non paritetico, anche se vincolato, non idoneo ad essere sostituito, qualora esso manchi, dal provvedimento del giudice (12).

Rientra invece nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione su un provvedimento che è espressione di un'attività vincolata per la tutela del diritto soggettivo privato all'assistenza sanitaria (13).

E così, in carenza di un potere autoritativo, è stato altresì ritenuto che il riconoscimento del diritto di prelazione, nel caso di vendita frazionata, ai titolari dei contratti di locazione in corso risulta rigorosamente vincolato all'accertamento di requisiti prestabiliti (titolarità di contratto di locazione e situazione regolare per quanto riguarda i pagamenti dei canoni al momento della presentazione della domanda di acquisto), per cui la posizione soggettiva fatta valere dall'interessato assume natura e consistenza di diritto pieno e perfetto e la relativa controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (14).

Nel caso in cui si contesti un provvedimento amministrativo di ripartizione di aree meramente attuativo della legge e quindi a contenuto vincolato, essendosi in presenza di un diritto soggettivo ad un beneficio patrimoniale spettante direttamente *ex lege*, la cognizione spetta al giudice ordinario (15).

Quindi, a seconda dei casi, qualora si contesti un provvedimento vincolato o se ne lamenti la mancata adozione, la giurisdizione potrà essere del giudice ordinario o del giudice amministrativo.

3. Mentre nella attività vincolata l'Amministrazione non è libera di valutare se emettere o meno l'atto (16), ogni qual volta invece l'adozione dell'at-

(12) T.A.R. Lombardia – Brescia, 13 ottobre 1989, n. 959.

(13) Spetta al g.o. conoscere delle controversie aventi ad oggetto la legittimità del diniego da parte di una regione in ordine al diritto dell'assistito al rimborso spese per un intervento chirurgico effettuato d'urgenza all'estero. In tali evenienze, infatti, il cittadino ha una posizione di diritto soggettivo perfetto, mentre, in capo all'amministrazione, sussiste soltanto un potere di apprezzamento dell'urgenza della prestazione sanitaria ottenuta all'estero. Di conseguenza, tale discrezionalità tecnica della P.A., non essendo espressione di supremazia, è inidonea a determinare l'affievolimento del diritto soggettivo, soprattutto laddove si tratti del diritto alla salute. Resta pertanto escluso che la predetta controversia rientri nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successive modificazioni, dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 204 del 2004 (Cass. SS.UU. 30 maggio 2005 n. 11334).

(14) T.A.R. Veneto, 17 luglio 2002, n. 3482.

(15) Trib. sup. acque, 12 dicembre 2003, n. 163.

(16) In diritto privato, come attività vincolata cioè dovuta senza possibilità di scelta, qualcosa di simile è dato riscontrare qualora un soggetto sia tenuto, indipendentemente dalla

to, in quanto spontanea, è preceduta da una libera manifestazione di volontà negoziale, l'atto è qualificato di natura discrezionale.

Addirittura, facendo riferimento all'elemento della volontà, è stato affermato che la distinzione fra atti non negoziali e negoziali corrisponderebbe sostanzialmente a quella tra atti vincolati e atti discrezionali, in quanto agli atti negoziali inerisce sempre una più o meno ampia determinazione (volontà) a provvedere mentre, in presenza di determinati presupposti, l'emanazione di un atto vincolato costituisce l'adempimento di un dovere giuridico.

In sostanza, a differenza del provvedimento vincolato, quello discrezionale è preceduto sempre da una valutazione (nell'*an* e nel *quomodo*) da parte degli organi della Pubblica Amministrazione.

Siffatta valutazione non deve essere però intesa come manifestazione di libertà assoluta e incondizionata; se l'attività negoziale privata ha valore giuridico qualunque sia il fine che la determina (a meno che non sia illecito – v. artt. 1418 e 1443 cod. civ.), nel diritto pubblico “*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*” (art. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241 mod. da legge 11 febbraio 2005 n. 15), come pure debbono essere assicurati “*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*” (art. 97 cost.).

L'attività discrezionale comporta quindi una facoltà di valutazione e di scelta nell'adottare il provvedimento amministrativo, sempre però nel rispetto della legge e delle esigenze del pubblico interesse: da qui il vizio di annull-

sua volontà, ad un comportamento negoziale, come nell'ipotesi di violazione dell'obbligo di contrattare derivante da una legge o da un impegno assunto; mentre l'inadempimento dell'Amministrazione può essere fatto valere attraverso la procedura del silenzio che può culminare nella nomina del commissario *ad acta* che adotta il provvedimento sostituendosi agli organi amministrativi, in diritto privato l'art. 2932 cod. civ. prevede che sia il giudice a sostituirsi alla volontà dell'inadempiente attraverso una sentenza di natura costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso. Oltre all'ipotesi più ricorrente del mancato rispetto di un contratto preliminare, si è ritenuta ammissibile una sentenza costitutiva anche nell'ipotesi della violazione dell'obbligo di contrattare da parte dell'imprenditore operante in regime di monopolio legale (Cass. 6 dicembre 1968 n. 3914). Ed ancora in caso di legittimo avviamento di centralinista non vedente, la cui assunzione sia indebitamente rifiutata dal destinatario dell'obbligo di assumerlo, il giudice, ove richiesto, deve applicare l'articolo 2932 del c.c., rendendo fra le parti sentenza che produca in forma specifica gli effetti del contratto non concluso, trattandosi di fattispecie possibile non esclusa dal titolo, essendo, infatti, prestabiliti dalla legge 113 del 1985, in tema di disciplina del collocamento del lavoro e del rapporto di lavoro dei centralinisti non vedenti, la qualifica, le mansioni e il trattamento economico e normativo del lavoratore avviato, ivi compresa l'indennità legale di mansione, assumendo carattere residuale il risarcimento economico destinato ad assicurare l'integrale soddisfazione del diritto del centralinista, indebitamente pretermesso dalla prestazione lavorativa per l'inadempimento del datore di lavoro (Cass. sez. lav., 14 agosto 2004 n. 15913).

lamento previsto dal citato art. 21 *octies* comma 1 per violazione di legge o eccesso di potere.

Perciò l'onere della motivazione, quale estrinsecazione delle ragioni che hanno condotto l'Amministrazione ad operare una determinata scelta, trova applicazione in ogni caso in cui l'Amministrazione deve decidere in base a discrezionalità amministrativa, per dare conto di come ha deciso di ottimizzare l'interesse pubblico sotteso a tale scelta.

Può quindi concludersi nel senso che il provvedimento vincolato è un "atto dovuto" in presenza di determinate circostanze di fatto e di diritto; il provvedimento discrezionale è un atto dettato da una scelta della P.A. tra più soluzioni: si sceglie quella che, a giudizio (discrezione) degli organi amministrativi, è idonea a soddisfare meglio il pubblico interesse.

4. Nell'ambito della discrezionalità si distingue una discrezionalità "amministrativa o pura" da una discrezionalità "tecnica".

La discrezionalità pura è il frutto di un apprezzamento basato sui principi di buona e retta amministrazione, la discrezionalità tecnica è invece il frutto di un apprezzamento basato su cognizioni scientifiche, come peraltro trovasi espresso nell'art. 17 legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo: "*Ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi o enti appositi*".

Le valutazioni tecniche possono investire qualsiasi campo della scienza: quello giuridico in materia di concorsi, quello igienico-sanitario in materia di provvedimenti di urgenza per evitare il diffondersi di epidemie, quello storico-artistico in materia di provvedimenti a tutela dei beni culturali, quello ingegneristico in materia di stabilità e pericolosità delle costruzioni, quello ambientale a tutela del paesaggio e così via (17).

Occorre tuttavia tenere presente che per aversi discrezionalità tecnica il giudizio che l'amministrazione è tenuta a formulare deve essere connotato dal carattere dell'opinabilità, perché altrimenti ricorre l'ipotesi dell'accertamento tecnico.

In altri termini, ove presupposto del provvedimento amministrativo sia un criterio dettato da una scienza esatta, non può parlarsi di discrezionalità, perché manca qualsivoglia margine di opinabilità.

Viceversa qualora presupposto del provvedimento amministrativo sia un criterio dettato da regole e conoscenze scientifiche non esatte, in quanto tali prive del requisito della oggettiva verificabilità perché caratterizzate da un margine più o meno ampio di opinabilità, si è nel campo della discrezionalità tecnica.

(17) Le complesse operazioni tecniche volte alla ricerca ed acquisizione di dati ed elementi idonei a costituire parametri di valutazione per l'accertamento del valore di un'area edificatoria ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione, involgono scelte basate sulla discrezionalità tecnica in ordine alla ricerca ed alla selezione dei dati da utilizzare (Cass. 14 settembre 1999 n. 9814).

E per vero, mentre la distanza di un fabbricato dalla strada è data dai metri lineari che li separano e la misura è quella che è e non può prestarsi a diverse interpretazioni, lo stato di pericolo di un immobile potrà portare a valutazioni tecniche difformi ai fini del provvedimento di sgombero, perché la situazione concreta per alcuni potrà essere ritenuta priva di elementi di pericolosità.

Nel primo caso (accertamento tecnico) l'interessato potrà lamentare che il provvedimento è stato adottato sulla base di un'errata rappresentazione della realtà e quindi censurarlo solo sotto l'aspetto dell'errore per travisamento del fatto, nel senso che la distanza, ritenuta nel provvedimento di 30 m. è invece nella realtà di 60 m.; nel secondo caso (discrezionalità tecnica) il provvedimento è suscettibile di essere sindacato, in sede di legittimità, da parte del giudice amministrativo, sotto il profilo dell'eccesso di potere per carenza o contraddittorietà della motivazione, per illogicità manifesta, travisamento dei fatti e palese disparità di trattamento (18).

Insomma, se si tiene distinta l'ipotesi dell'accertamento tecnico (nel quale, come detto, non esistono margini di valutazione), il controllo di legittimità del giudice amministrativo è identico in qualsiasi ipotesi di atto discrezionale, sia che trattasi di discrezionalità pura sia che trattasi di discrezionalità tecnica.

Naturalmente, se il provvedimento, ancorché emesso a seguito di valutazione tecnica, va ad incidere su una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione è del giudice ordinario.

Nella giurisprudenza delle SS.UU. della Cassazione (v. tra le tante 23 aprile 2001 n. 169) si trova affermato che rispetto all'attività e agli atti che si appalesano espressione di una discrezionalità, non amministrativa ma tecni-

(18) Nella decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002 n. 5156 troviamo indicata la correlazione tra discrezionalità tecnica e "*concetti giuridici indeterminati*" ed introdotta la distinzione tra "*sindacato di tipo forte*" e "*sindacato di tipo debole*".

Al giudice amministrativo è consentito accedere pienamente al fatto, accertandone anche attraverso consulenza tecnica il presupposto di fatto che ha condizionato il giudizio finale dell'Amministrazione e che può essere stato travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica. Trattandosi in questo caso dell'esame di un elemento esterno all'attività amministrativa, al giudice è consentito esercitare un *sindacato di tipo forte*, in quanto volto a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Amministrazione.

Qualora invece a base del provvedimento non vi è un accertamento di mero fatto (che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica), bensì un apprezzamento che si risolve in una valutazione tecnica complessa, risultante dall'applicazione di *concetti giuridici indeterminati* e basata sull'applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili, il sindacato del giudice amministrativo in proposito è *di tipo debole*, cioè un sindacato in punto di ragionevolezza e di coerenza.

Orientamento questo seguito anche dal T.A.R. Lazio, che ha di recente ribadito come il giudice amministrativo, fermo restando il potere di conoscere i fatti in *modo pieno*, può verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e la completezza dell'istruttoria, quindi l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe la titolarità del potere (Sez. I, 9 agosto 2005 n. 6157). Lo stesso T.A.R. ha tenuto a sottolineare che il sindacato non può spingersi sino alla indebi-

ca, in quanto presupponente apprezzamenti ed indagini da compiersi sulla base di criteri non giuridici, ma tecnici e scientifici, vengono a configurarsi in capo ai relativi destinatari, non posizioni subiettive di interesse ma diritti perfetti, siccome tali, passibili di tutela dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

La massima sopra riportata non può accogliersi in senso assoluto, ma piuttosto deve ritenersi espressa con riguardo al caso pratico sottoposto all'esame del giudice regolatore della giurisdizione.

Se infatti dovesse ammettersi che di fronte ad un atto amministrativo espressione di discrezionalità tecnica il giudice è sempre quello ordinario, non si spiegherebbe la norma dell'art. 1 comma 2 legge 21 luglio 2000 n. 205 sulla giustizia amministrativa, che ha inserito la consulenza tecnica tra i mezzi istruttori a disposizione del giudice amministrativo nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità (19).

Il problema della discrezionalità tecnica è stato riesaminato dal Consiglio di Stato con la decisione della Sezione quarta 9 aprile 1999 n. 601 (20), che ha puntualizzato concetti e criteri, poi seguiti dalla giurisprudenza

ta sostituzione del giudice all'Autorità, la quale soltanto è titolare del potere, che si estrinseca attraverso una discrezionalità basata sull'applicazione non di regole scientifiche esatte, ma attraverso concetti giuridici indeterminati (Sez. I, 15 novembre 2005 n. 11292; 15 dicembre 2005 n. 13749).

In materia di valutazione di impatto ambientale è stato affermato: in tema di valutazione dell'impatto ambientale il potere della amministrazione, più che da vera e propria discrezionalità amministrativa, appare caratterizzato da discrezionalità tecnica. Il giudice non può naturalmente sostituire la propria valutazione tecnica alla valutazione tecnica dell'amministrazione, dovendo il proprio sindacato sulle regole tecniche esercitarsi soprattutto in relazione a macroscopiche illegittimità ed incongruenze manifeste anche se senza alcuna aprioristica limitazione derivante dalla natura tecnica dell'attività che, lungi dall'essere in via di principio insindacabile, è suscettibile di sindacato, in sede di legittimità, da parte del giudice amministrativo, sia per vizi logici, sia per errore di fatto, sia per travisamento dei presupposti, sia per difetto di istruttoria, sia, infine, per cattiva applicazione delle regole tecniche (Cons. Stato, VI 30 gennaio 2004 n. 316).

(19) Legge 21 luglio 2000 n. 205 art. 1 comma 2.— Il terzo comma dell'articolo 44 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: "La decisione sui mezzi istruttori, *compresa la consulenza tecnica*, è adottata dal presidente della sezione o da un magistrato da lui delegato ovvero dal collegio mediante ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione del ricorso".

(20) Cons. Stato, IV, 9 aprile 1999 n. 601:

– La discrezionalità tecnica ricorre quando l'Amministrazione, al fine di provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica alla quale una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta, con la conseguenza che l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti, comportano un vizio di legittimità dell'atto amministrativo.

– La discrezionalità tecnica, diversa dal merito amministrativo, è sindacabile in sede giurisdizionale in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'"iter" logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

più recente dello stesso Consiglio di Stato: al riguardo si può fare riferimento alle successive decisioni della stessa Sezione quarta 5 agosto 2005 n. 4165 e 6 ottobre 2001 n. 5287 (21).

Anche la Cassazione, a parte quella ora riportata massima di carattere generale troppo tassativa, nell'ipotesi di discrezionalità tecnica fa riferimento, anche alla stregua della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 (22), all'esercizio in concreto di pubblici poteri da parte dell'Ente Pubblico ed alla posizione soggettiva del privato su cui l'atto amministrativo va ad incidere: se l'atto va ad incidere su posizioni di diritto soggettivo e non vi sia esercizio di pubblici poteri, la giurisdizione è del giudice ordinario.

In altri termini può ripetersi quanto sopra detto a proposito degli atti vincolati.

Si suole parlare di discrezionalità mista allorché un atto amministrativo è il risultato di una valutazione di carattere tecnico e di una valutazione del pubblico interesse: al giudizio tecnico (discrezionalità tecnica) è connesso un giudizio sul modo di soddisfare l'interesse pubblico (discrezionalità pura) (23).

Il concetto di discrezionalità mista è puramente teorico, in quanto, come più su detto, non c'è alcuna differenza agli effetti della tutela giurisdizionale tra discrezionalità pura o amministrativa e discrezionalità tecnica.

– Il solo fatto della preesistenza di fattori di rischio in fattispecie in cui sia documentata l'attività continuativa particolarmente impegnativa e stressante del pubblico dipendente costituisce affermazione di criterio tecnico inadeguato a fondare il giudizio di esclusione della dipendenza da causa di servizio dell'infermità "infarto del miocardio": pertanto è illegittimo il conseguente provvedimento che nega la dipendenza da causa di servizio della suddetta infermità.

(21) Cons. Stato, IV, 5 agosto 2005 n. 4165 – D'altra parte, non può non evidenziarsi che le valutazioni delle prove di esame da parte delle commissioni esaminatrici di concorsi a pubblici impieghi è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui esse dispongono nello stabilire l'idoneità tecnica e culturale dei candidati, il cui esercizio è stato ritenuto sindacabile soltanto sotto il profilo dell'eccesso di potere (Cons. Stato IV, 8 settembre 1997 n. 955) per illogicità manifesta, travisamento dei fatti e palese disparità di trattamento (Cons. Stato IV, 24 marzo 1997, n. 298).

– Cons. Stato IV, 6 ottobre 2001 n. 5287 – La c.d. "discrezionalità tecnica" è caratterizzata da giudizi tecnici che l'amministrazione è tenuta a formulare *a)* connotati dal carattere dell'opinabilità, *b)* e dal profilo dell'opportunità amministrativa che involge la determinazione finale. I primi sono attratti alla cognizione del giudice, il secondo, inerente al merito, è estraneo ai suoi poteri.

(22) V. nota 13.

(23) Va data comunicazione di avvio del procedimento volto ad attuare una delocalizzazione degli impianti di distribuzione carburanti nei confronti dei soggetti interessati, dal momento che detto procedimento alterna momenti di discrezionalità amministrativa e di discrezionalità tecnica, nei quali sicuramente assume valore significativo l'apporto partecipativo del destinatario dell'atto finale, in quanto le determinazioni che l'amministrazione è tenuta ad assumere costituiscono, oltre che il frutto della comparazione degli interessi coinvolti, anche la risultante dell'applicazione di tecniche e conoscenze comuni a tutti gli operatori del settore, delle quali l'amministrazione potrebbe avere solo una conoscenza parziale od erronea (Cons. Stato V, 24 settembre 2003 n. 5451).

In sostanza il provvedimento è sempre di natura discrezionale.

5. Come all'inizio detto, il carattere vincolato o discrezionale del provvedimento amministrativo ha notevoli conseguenze in campo processuale.

L'art. 21 *octies* comma 2 legge 7 agosto 1990 n. 241, nel testo introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, ai fini dell'annullamento, ha reso ininfluenti i vizi di forma e del procedimento di un provvedimento a *natura vincolata* qualora sia *palese* che il suo contenuto dispositivo sia conforme al diritto sostanziale, mentre per tutti i provvedimenti, e quindi anche per quelli di natura discrezionale, è irrilevante l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che la scelta adottata è coerente al diritto positivo, per cui non consente in alcun modo un esito diverso del procedimento.

Dice la norma: “*non è annullabile il provvedimento*”; da ciò sembra evincersi che la disposizione ha ad oggetto il provvedimento affetto da vizi di annullabilità e non da nullità.

Ed invero il vizio di nullità è disciplinato dall'art. 21 *septies* (24) della stessa legge mentre il vizio di annullabilità è disciplinato dal successivo art. 21 *octies* (25).

Inoltre la norma stessa si riferisce ai procedimenti davanti al giudice amministrativo, anche perché si dice “*non è annullabile*”: infatti solo il giudice amministrativo potrebbe annullare un atto della Pubblica Amministrazione, emettere cioè una sentenza di natura costitutiva di annullamento (26).

(24) “Art. 21 *septies* (Nullità del provvedimento) 1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. 2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

(25) “Art. 21-*octies* (*Annullabilità del provvedimento*) 1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

(26) In diritto civile assistiamo a fenomeni in cui un atto invalido viene dal legislatore conservato in vita mantenendone la sua efficacia (invalido ma efficace – situazione opposta a valido ma inefficace) o addirittura vietando al giudice di pronunciarne la invalidità.

Così l'art. 2126 cod. civ.:

Prestazione di fatto con violazione di legge – La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi da illiceità dell'oggetto o della causa.

E ancora l'art. 2504 cod. civ.:

6. Si è ancora discusso se la norma abbia natura sostanziale nel senso che l'espressione "*non è annullabile*" si riferisce alla qualifica e quindi equivale a "non è invalido" (27) ovvero si riferisce alla possibilità di emettere una sentenza costitutiva di annullamento.

Il problema ha rilevanza con riguardo alla efficacia della norma: se ha natura sostanziale non può avere efficacia retroattiva e troverà applicazione solo per i provvedimenti posti in essere successivamente alla sua entrata in vigore; se invece l'espressione "*annullabile*" ha riguardo alla potestà del giudice di annullare un atto viziato, la norma è di immediata applicazione in tutti i procedimenti giurisdizionali pendenti anche con riferimento a provvedimenti emessi in passato.

La lettera della norma depone per la sua natura processuale, tenendo conto che per il vizio di mancata comunicazione di avvio la sanatoria o conservazione si ha quando "*l'Amministrazione dimostri in giudizio*", per cui è il legislatore stesso che si rivolge al giudice. Sarebbe invero illogico ritenere che ciò non valga per i vizi di forma o procedurali degli atti vincolati, per il solo fatto che nel primo periodo dello stesso comma 2 alla espressione "*sia palese*" il legislatore non abbia anche aggiunto "*in giudizio*"(28).

Invalità della fusione – Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione.

Di recente il D.Lvo 12 aprile 2006 n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – all'art. 246 co. 4 (ripetendo in sostanza quanto stabilito nell'abrogato D.Lvo 20 agosto 2002 n. 190, art. 14) così reca:

" Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi –4. La sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente".

In tutti i casi sopra riferiti il contratto resta invalido, ma mantiene i suoi effetti in virtù di una espressa disposizione di legge.

(27) L'atto invalido si distingue in atto nullo o atto annullabile. Per i concetti di invalidità e inesistenza v. STIPO, *op. cit.* alla nota 1, pagg. 256, 259.

(28) Per Cons. St. VI, 26 ottobre 2005 n. 5969 "l'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 che essendo una norma processuale (sull'azione di annullamento) è applicabile anche ai procedimenti precedenti"; in senso conforme Cons. St. VI, 16 maggio 2006 n. 2763, e ancora, con ampia motivazione, T.A.R. Lazio I *quater* 1 agosto 2006 n. 6693: "la nuova disposizione non comporta alcuna eccezione alla qualificazione sostanziale del provvedimento non conforme a legge, che è e rimane invalido, ma opera sul piano degli esiti processuali, in seguito all'effettuazione di una valutazione in concreto e non in astratto del singolo caso. Tale previsione può, dunque, essere ricondotta nell'ambito delle norme di carattere processuale o procedurale, le quali sono di immediata applicazione, come ripetutamente riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale (cfr., tra le altre: sent. n. 560 del 20 dicembre 2000; sent. n. 61 del 12 marzo 1998); in particolare, riguarda una fase che non interessa – almeno in termini diretti – l'attività amministrativa perché attiene all'annullabilità del provvedimento, oggetto di sindacato in sede giurisdizionale. Nel senso dell'immediata applicabilità alle

7. Inoltre qualche considerazione va fatta in ordine alla “*mancata comunicazione dell’avvio del procedimento*”, che si rinviene nel secondo periodo della norma in esame.

Occorre al riguardo ricordare come la giurisprudenza intervenuta prima della legge n. 15/2005 non era uniforme circa la natura invalidante del vizio di omessa comunicazione a proposito degli atti vincolati. Alcune decisioni si erano espresse per la non necessità della comunicazione di avvio quando trattasi di provvedimento di natura vincolata (29), decisioni contrastanti si sono però avute in materia di recupero di somme indebitamente corrisposte (30) e di abusi edilizi (31).

controversie pendenti dell’art. 21 *octies*, comma 2, sono, tra l’altro, già intervenute pronunce del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Sardegna, sent. n. 483 del 25 marzo 2005; T.A.R. Campania, Napoli, sent. n. 3780/05”).

(29) La natura del provvedimento di espulsione amministrativa di un cittadino extracomunitario, di cui all’art. 13 comma 2 lett. *a, b e c* del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dal decreto legislativo 13 aprile 1999 n. 113, provvedimento che è vincolato e da emettere in presenza di circostanze di fatto predeterminate per legge, esclude l’esigenza del contraddittorio in sede amministrativa, potendo lo stesso differirsi in sede giurisdizionale; né dunque deve essere comunicato all’interessato l’avvio del procedimento *ex art. 7* della legge 7 agosto 1990 n. 241; tanto più quando sussista l’esigenza di celerità del procedimento, riguardando l’espulsione di un soggetto che abbia dichiarato un indirizzo inesistente e sia senza dimora certa, di modo da potersi facilmente rendere irreperibile (Cass. I, 9 aprile 2002, n. 5050).

Non sussiste l’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo che si conclude con l’emanazione di un atto vincolato (Cons. Stato IV 12 marzo 2001, n. 1381).

Posto che l’obbligo di informazione sancito dall’art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241 è strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva dell’azione amministrativa, e conseguentemente alla partecipazione al procedimento da parte del cittadino nella cui sfera l’atto è destinato a incidere, in modo che egli sia in grado di influire sul contenuto del provvedimento, la mancata comunicazione dell’avvio del procedimento non vizia l’attività amministrativa quando il contenuto del provvedimento sia interamente vincolato, anche con riferimento ai presupposti di fatto, nonché tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, si da ritenere comunque raggiunto in concreto lo scopo cui tende la comunicazione *de qua* (Cons. Stato V, 24 novembre 1997 n. 1365).

Non è necessario l’avviso dell’avvio del procedimento in caso di annullamento di aggiudicazione provvisoria di un appalto, quando si tratti di atto vincolato dall’accertamento di infiltrazioni mafiose (Cons. Stato IV, 11 febbraio 1999 n. 150).

(30) Cons. Stato VI, 14 ottobre 2004 n. 6654 – L’omessa comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo, prevista dall’art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241, avente per oggetto l’emissione dell’atto di recupero di somme erroneamente corrisposte dall’Amministrazione a un dipendente, pur costituendo infrazione al generale dovere di trasparenza, non costituisce causa di illegittimità del provvedimento, fermo restando la possibilità per l’interessato di contestare errori di conteggio o la sussistenza dell’indebito, chiedendo nel termine di prescrizione la restituzione di quanto trattenuto (cfr. VI Sez., 30 aprile 2002 n. 2318. Contra, Ap. 12 dicembre 1992 n. 2, *ivi* 1992, I, 1765, motivatamente disattesa dalla decisione massimata).

Non risulta viziato il provvedimento finale (nella fattispecie, l’atto di recupero di somme indebitamente erogate dalla P.A. ai propri dipendenti) in caso di omissione della for-

La norma dell'art. 21 *octies* secondo comma sembra avere conciliato i due orientamenti, confermando l'obbligo di comunicazione, ma rendendo il provvedimento non annullabile qualora sia palese o l'Amministrazione

malità di comunicazione di avvio del procedimento, qualora il contenuto del provvedimento sia completamente vincolato, pure con riferimento ai presupposti di fatto. E ciò anche nel caso in cui l'eventuale annullamento del provvedimento finale per violazione dell'obbligo di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere, o del dovere, di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto, anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici (T.A.R. Lazio Roma II *ter* 26 gennaio 2004 n. 172).

Con l'art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241, recante le norme sulla comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo e sulla partecipazione a quest'ultimo, è entrato in vigore il sistema della democraticità delle decisioni amministrative e dell'accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui il destinatario dell'atto conclusivo sia posto in grado di contraddire, indipendentemente dalla circostanza che il procedimento riguardi funzioni discrezionali, piuttosto che vincolate. Pertanto, l'atto di recupero di somme irregolarmente corrisposte ad un dipendente sanitario a titolo d'indennità infermieristica o di turno, è sì vincolato ai sensi degli art. 49 e 51 d.P.R. 28 novembre 1990 n. 384, non sfugge all'obbligo, in capo alla P.A. datrice di lavoro, di dare all'interessato la comunicazione d'avvio del relativo procedimento di ripetizione dell'indebito, a nulla rilevando che sul punto sia intervenuto un accordo sindacale decentrato, atteso che quest'ultimo concerne solo la questione generale e non anche la singola posizione di ciascun dipendente coinvolto (Cons. Stato V, 23 febbraio 2000, n. 955).

Anche a prescindere dalla valutazione di atto vincolato o discrezionale, il provvedimento di recupero di somme indebitamente corrisposte a dipendenti pubblici non sfugge all'obbligo, in capo alla amministrazione, di dare all'interessato la comunicazione d'avvio del relativo procedimento (T.A.R. Toscana II, 5 febbraio 2002, n. 118).

(31) Non è configurabile in capo all'Amministrazione procedente un onere di comunicazione dell'avvio di procedimento in occasione dell'emanazione di provvedimenti repressivi di abusi di tipo edilizio, in quanto l'atto sanzionatorio delle violazioni di normative urbanistiche o di divieti imposti "ex lege" come quelli recati dal codice di navigazione presuppone un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere realizzate nonché sul carattere non assentito delle medesime, sicché in presenza di un carattere esclusivamente vincolato dell'atto stesso (sia nell'"an" sia nel "quantum") l'instaurazione del contraddittorio inteso quale apporto collaborativo sarebbe del tutto inutile (T.A.R. Toscana III, 18 dicembre 2001 n. 2025).

Il procedimento repressivo degli abusi edilizi, in quanto integralmente disciplinato dalla legge speciale e da questa rigidamente vincolato, non richiede la previa comunicazione di avvio ai destinatari dell'atto finale (T.A.R. Campania Salerno II, 9 dicembre 2005, n. 2784; in senso conforme T.A.R. Puglia, Bari, II, 28 marzo 1998, n. 349; T.A.R. Toscana, III, 2 novembre 1998, n. 396; T.A.R. Piemonte, I, 25 febbraio 1999, n. 105; T.A.R. Lazio, II, 26 novembre 1999, n. 2455; T.A.R. Piemonte, I, 13 giugno 2001, n. 1302; T.A.R. Piemonte, sez. I, 15 aprile 2002, n. 838). È integralmente disciplinato da legge speciale e pertanto rigidamente vincolato ad essa il procedimento di repressione degli abusi edilizi, da ciò ne consegue che non necessita di comunicazione ai destinatari l'avvio dell'atto finale (T.A.R. Piemonte Torino I, 5 maggio 2004, n. 753).

Il provvedimento che dispone l'applicazione di sanzioni per abusi edilizi (nella fattispecie trattasi di ingiunzione di demolizione riguardante un manufatto abusivo) non deve essere necessariamente preceduto dall'avviso dell'inizio del procedimento, stante il suo carattere di atto dovuto e vincolato (T.A.R. Umbria, 6 febbraio 2003 n. 65).

dimostri in giudizio che, essendo il provvedimento impugnato conforme alla legge, l'eventuale annullamento non escluderebbe il potere-dovere dell'Amministrazione di emanare un nuovo atto di identico contenuto (32).

È sorto il problema se l'art. 21 *octies* vada applicato solo alla comunicazione prevista dall'art. 7 legge 241/90 ovvero anche quella di cui all'art. 10 *bis* stessa legge (33).

Considerato che sia l'art. 7 che l'art. 10 *bis* fanno parte della legge che ha per titolo "*Nuove norme sul procedimento amministrativo*" non possono esistere dubbi che la loro inosservanza costituisca "*violazione di norme sul*

È necessaria la comunicazione dell'avvio anche per il procedimento di demolizione delle opere abusive, nonostante il carattere vincolato dell'ingiunzione di demolizione, dato che la necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento ai destinatari dell'atto finale è prevista dall'art. 7, legge 7 agosto 1990 n. 241, non solo per i procedimenti complessi ma anche per quelli semplici che si esauriscono direttamente con l'adozione dell'atto finale (Cons. Stato, V, 26 febbraio 2003, n. 1095).

(32) In tali sensi sembra anche l'avviso di recente espresso nella decisione, già citata in nota 28, del T.A.R. Lazio I *quater* 1 agosto 2006 n. 6693: "È noto l'orientamento secondo il quale detto obbligo non sarebbe ravvisabile nelle ipotesi di attività vincolata sul presupposto che la partecipazione sia fruttuosa soltanto quando sia possibile effettuare una scelta discrezionale. È, però, anche noto che, in numerose pronunce, il Consiglio di Stato ha assunto un orientamento differente, riconoscendo l'obbligo di procedere alla comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di provvedimenti di demolizione (cfr. sent. n. 3263/03; sent. n. 1703/03), ancorché con l'ammissione di una sostanziale equivalenza tra la previa adozione dell'ordinanza di sospensione dei lavori e la comunicazione *de qua* (sent. n. 5058/02, sent. n. 1968/98). In proposito, riveste carattere dirimente la recente legge n. 15/2005, la quale, nel modificare la legge n. 241/90, ha introdotto l'art. 21 *octies* che, al comma 2, prescrive: "*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*". ... con la prima parte del comma 2 dell'art. 21 *octies*, da ritenere riferibile anche ai casi di inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 7 della legge n. 241/90 in quanto "norma sul procedimento", il legislatore ha sostanzialmente recepito l'orientamento giurisprudenziale in base al quale – come in precedenza esposto – sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di attività vincolata. Nel contempo, ha dato risalto all'intrinseca meritevolezza della realizzazione dell'interesse materiale sia del cittadino che dell'Amministrazione per mezzo dell'introduzione di tecniche di valorizzazione dell'irrelevanza del "vizio" denunciato sul contenuto dispositivo del provvedimento. Come già precisato, il legislatore non ha inciso sull'art. 7 della legge n. 241/90, esentando dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento gli atti vincolati e, dunque, rendendo legittimi gli atti vincolati non preceduti da detta comunicazione, ma ha semplicemente escluso la possibilità per il giudice di annullare provvedimenti "vincolati" nell'ipotesi in cui il contenuto dispositivo "*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*", rendendo così necessaria una specifica valutazione al riguardo.

(33) Art. 7 (*Comunicazione di avvio del procedimento*) 1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei

procedimento” e quindi, se trattasi di provvedimento di “*natura vincolata*”, questo non va annullato qualora “*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

Piuttosto, con riferimento ai provvedimenti di natura discrezionale, il dubbio sorge, in quanto il secondo periodo dell’art. 21 *octies* co. 2 consente la sanatoria nel caso di “*mancata comunicazione dell’avvio del procedimento*” e quindi, secondo una interpretazione strettamente letterale, il riferimento è all’art. 7 la cui rubrica appunto reca “*comunicazione di avvio del procedimento*” mentre l’art. 10 *bis* in rubrica reca “*comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza*”.

Orbene, se è vero che l’interpretazione di una norma giuridica non autorizza a superare il tenore letterale se non quando questo sia equivoco, tuttavia è sempre consentita una interpretazione estensiva, che, attraverso un procedimento logico miri ad identificarne il contenuto oltre il senso letterale delle parole usate, senza sfociare nell’interpretazione analogica. Insomma all’interprete non è precluso ricercare se la norma possa avere un significato più ampio, desumendo ciò dai motivi informativi e ispiratori della statuizione legislativa, nonché dalla finalità perseguita attraverso di essa (34).

Nella specie un’interpretazione estensiva appare più conforme allo spirito della legge, non sembrando logico negare la sanatoria nei casi in cui il provvedimento, ancorché discrezionale, non possa essere mantenuto in vita tutte le volte risulti in giudizio che la rinnovazione avrebbe condotto ad altro atto di identico contenuto, con evidente inutile dispendio di attività amministrativa (35).

confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l’amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell’inizio del procedimento.

Art. 10-*bis* (*Comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza*) 1. Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l’autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all’accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell’eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

(34) Cfr. Cass. 15 settembre 1970 n. 1453, 24 settembre 1973 n. 2415. Sulla interpretazione della legge v. Cass. 6 aprile 2001 n. 5128, 13 aprile 1996 n. 3459, 27 ottobre 1983 n. 6363, 21 febbraio 1980 n. 1255.

(35) Si segnalano sull’argomento le seguenti pronunce giurisprudenziali:

“Ora, evidente essendo che tanto l’asserita violazione dell’obbligo di comunicazione di avvio *ex art. 7, legge 241*, quanto la violazione dell’obbligo di comunicazione dei motivi

8. Volendo ancora confrontare i due periodi del secondo comma dell'art. 21 *octies*, si nota, stando alla lettera della norma, che:

– il primo periodo del comma 2 sana il provvedimento vincolato, adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma, quando “sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”;

ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10-bis* siano riconducibili alla nozione di ‘norme sul procedimento’ (T.A.R. Puglia, Lecce, I, 26 gennaio 2006 n. 507).

“Ragionevolmente, tale disciplina va applicata non soltanto nell'ipotesi di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art. 7 e ss. della medesima legge 24 del 1990, ma anche nell'ambito dell'omessa comunicazione dell'avvio di quella particolare sequenza procedimentale che avrebbe dovuto trarre origine dalla non ancora formalizzata determinazione dell'Amministrazione di non accogliere la domanda presentata dall'interessato: e ciò in quanto anche nell'evenienza dell'anzidetto art. 10-*bis* l'Amministrazione precedente è tenuta ad iniziare un contraddittorio con il destinatario dell'emanando provvedimento, al fine di raccogliergli il contributo istruttorio indispensabile per addivenire ad una compiuta disamina di quegli elementi di fatto e di diritto che risulteranno decisivi per la determinazione da assumere” (T.A.R. Veneto, II, 13 settembre 2005 n. 3421).

“Ritenuto infatti che la prima parte di tale disposizione non riguarda la presente fattispecie, trattandosi di atto discrezionale, mentre la sanatoria di cui alla seconda parte, pur riguardante gli atti discrezionali, è riferibile alle sole violazioni procedurali concernenti la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, ma non anche la mancata comunicazione di cui al citato art. 10-*bis*” (T.A.R. Piemonte I, 26 ottobre 2005 n. 3296)

– il Collegio non ritiene fondato nemmeno il primo motivo di ricorso, con cui si censura la violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 6 della legge n. 15/2005. La norma (applicabile alla presente fattispecie, in quanto quello attivato dalla ricorrente è sicuramente un procedimento ad istanza di parte) prevede, come è noto, che la P.A., prima di rigettare un'istanza del privato, comunichi all'interessato le ragioni ostative al rilascio del provvedimento favorevole, in modo da consentire al richiedente un'ulteriore interlocuzione (attraverso la presentazione di osservazioni e documenti, di cui l'autorità precedente deve tenere conto nella motivazione del provvedimento definitivo di diniego). La giurisprudenza che si sta formando sulla predetta disposizione è orientata nel senso che la violazione dell'art. 10-*bis* comporta automaticamente (perfino con carattere assorbente degli altri motivi di ricorso) l'illegittimità del provvedimento non preceduto dal cd. preavviso di rigetto (così, ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 luglio 2005, n. 9368; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 18 maggio 2005 n. 3921; T.A.R. Veneto, Sez. II, 1 giugno 2005, n. 2358), ma il Tribunale non ritiene di aderire a tale orientamento, nella sua assolutezza, per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché la stessa legge n. 15/2005 ha introdotto l'art. 21-*octies*, il quale, come è noto, dispone che il provvedimento vincolato non può essere annullato se l'Amministrazione, pur avendo violato di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, dimostra in giudizio che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso. Nel caso di specie, si è in presenza di un atto vincolato, adottato al termine di un procedimento in cui si è registrata una violazione di norme procedurali (perché come tale va sicuramente qualificato l'art. 10-*bis*), ma le Amministrazioni intimare hanno dimostrato in giudizio (ma per la verità l'atto impugnato contiene già una motivazione sufficiente) che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso; né la ricorrente ha addotto ragioni tali che, ove esposte nel corso del procedimento, avrebbero potuto indurre la Cassa Conguaglio GPL ad adottare l'atto richiesto da B. C. In secondo luogo, il Tribunale ritiene che l'art. 10-*bis* debba essere interpretato alla stessa stregua con cui la giurisprudenza costante ha sempre applicato l'art. 7 della medesima legge n. 241/1990, ossia nel senso che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non provoca *ex se* il

– il secondo periodo sana il vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento “*qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

Il secondo periodo si riferisce al “*provvedimento amministrativo*” in genere e quindi agli atti discrezionali e agli atti vincolati, per cui, confrontandolo con il primo periodo, dovrebbe evincersi che lo stesso secondo periodo contempli gli atti vincolati qualora il rispetto della norma sostanziale non “*sia palese*” ma lo si ricava dalla attività svolta in giudizio dall’Amministrazione.

Attraverso una interpretazione strettamente letterale della norma si avrebbe quindi che in caso di mancata comunicazione di avvio spetta all’Amministrazione dimostrare al giudice che il provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; se però il provvedimento è vincolato, tale dimostrazione non è necessaria qualora *sia palese* che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (36).

La circostanza che il provvedimento “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*” la troviamo menzionata sia nel primo che nel secondo periodo, però per gli atti vincolati tale circostanza può essere palese (come detto, il vizio di omessa comunicazione di avvio fa parte infatti di una violazione delle norme sul procedimento) mentre per i provvedimenti che non sono vincolati (che altro non possono che essere quelli discrezionali) occorre sempre la dimostrazione da parte dell’Amministrazione.

Sembra quindi evincersi che ci sia una differenza tra le espressioni “*sia palese*” e “*dimostri*”. Sia palese dovrebbe star a significare che la conformi-

legittimità del provvedimento terminale, dovendosi verificare se la partecipazione avrebbe potuto rivestire utilità sostanziale per l’interessato. Infatti, la comunicazione di cui all’art. 10-*bis* non è altro che una nuova comunicazione di avvio (della fase terminale) del procedimento, per cui non appare ragionevole che il regime di invalidità del provvedimento sia diverso a seconda della fase del procedimento in cui la violazione delle norme procedurali viene perpetrata. Ovviamente, ciò non significa che l’art. 10-*bis* non debba essere applicato in maniera costante e convinta da parte delle Amministrazioni pubbliche (visto che si tratta di una norma che vuole assicurare comunque maggiore trasparenza all’azione amministrativa e, contestualmente, ridurre le ragioni di attrito con il cittadino), ma, sul versante processuale, il giudice deve applicare le norme secondo un criterio sistematico, per cui quando si discute dell’illegittimità del provvedimento amministrativo e della sua annullabilità occorre tenere conto della disposizione di cui all’art. 21-*octies*, la quale impedisce nel caso di specie l’annullamento del provvedimento in epigrafe (T.A.R. Puglia-Lecce II, 5 dicembre 2005 n. 5633).

(36) Ma allora se si tratta di vizio di forma o di vizio del procedimento diverso dalla omessa comunicazione di avvio la sanatoria per gli atti vincolati troverebbe luogo solo qualora “*sia palese*” la rispondenza alla norma sostanziale, ma non potrebbe essere dimostrata in giudizio: l’interpretazione strettamente letterale conduce a ciò, ma non se ne vedono le ragioni. Così come per gli atti discrezionali la sanatoria non può avere luogo quando la conformità al diritto sostanziale risulti palese indipendentemente dalla dimostrazione dell’Amministrazione.

tà al diritto sostanziale non ha bisogno di dimostrazione, cioè risulta dal provvedimento stesso senza il ricorso ad attività istruttorie o ad integrazioni documentali.

Insomma, mentre per gli atti discrezionali, ai fini della sanatoria, occorre sempre la dimostrazione in giudizio, per gli atti vincolati la dimostrazione è necessaria nel caso in cui il rispetto delle norme sostanziali lo si debba ricavare da elementi estranei al provvedimento.

Dal tenore della norma in discorso si ha dunque che per gli atti vincolati può non sussistere l'onere della prova, in quanto la norma esclude l'annullamento qualora "*sia palese*" la conformità alla legge sostanziale: ciò significa che la conformità può essere rilevata d'ufficio e quindi anche nella contumacia dell'Amministrazione che ha emesso il provvedimento.

Per i provvedimenti di natura discrezionale (e a tal proposito rileva in tutta la sua importanza la distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati) la sanatoria non può che seguire all'assolvimento dell'onere della prova da parte dell'Amministrazione (37), con la conseguenza che, nella contumacia dell'Amministrazione, il giudice, carente la comunicazione di avvio del procedimento, non potrà verificare se "*il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*" e dovrà pronunciare in ogni caso l'annullamento; né sembra, nel silenzio della legge, che il controinteressato possa farsi carico dell'onere della prova.

9. Emergono poi altre differenze tra il primo e il secondo periodo del comma 2 in argomento:

- il primo periodo, relativo agli atti vincolati, accenna alla conformità sostanziale del "*contenuto dispositivo*" del provvedimento;
- il secondo periodo fa riferimento "*al contenuto del provvedimento*" senza aggiungere "dispositivo".

Si pone quindi il problema se da ciò possa trarsi qualche differenza nella disciplina processuale tra gli atti discrezionali e gli atti vincolati.

Invero il contenuto di un provvedimento consta di una parte espositiva (intestazione, preambolo, motivazione, data, luogo e così via) e di una parte precettiva o dispositiva che rappresenta il *dictum* del provvedimento.

In generale il vizio nel contenuto espositivo dà luogo a mere irregolarità non invalidanti, a meno che non si tratti della motivazione, il cui difetto o incongruenza dà luogo a violazione di legge (v. art. 3 legge 241/90) o ad eccesso di potere.

(37) Ai sensi dell'art. 21-*octies* legge 7 agosto 1990 n. 241, se l'atto amministrativo è vincolato, la violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento non determina l'annullamento del provvedimento se è palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso, mentre se l'atto è di natura discrezionale l'omessa comunicazione può essere ininfluenza sul giudizio di legittimità del provvedimento impugnato solo se l'Amministrazione prova quanto stabilito dal cit. art. 21-*octies* (T.A.R. Sardegna, 20 giugno 2005, n. 1435).

Come più su si è visto (38), il vizio di motivazione non è però rilevante a proposito degli atti di natura vincolata, mentre lo è a proposito degli atti discrezionali.

Ciò potrebbe giustificare come il primo periodo del comma in esame, considerando gli atti vincolati, abbia fatto riferimento al solo “contenuto dispositivo”, non interessando altre parti del contenuto.

Il secondo periodo invece, trattando anche degli atti discrezionali, non poteva omettere di considerare quella parte del provvedimento concernente la motivazione (39), per cui il vizio di omessa comunicazione dell’inizio del procedimento sarà rilevante se la partecipazione dell’interessato avrebbe potuto dimostrarsi influente ai fini di una diversa motivazione tale da portare a modificare la parte dispositiva del provvedimento (40).

(38) V. retro note 4 e 5.

(39) La motivazione, ancorché non sia un elemento essenziale del provvedimento, nel senso che la sua mancanza non configura la nullità di cui all’art. 21 *septies* co. 1, tuttavia è un requisito di validità, che può condurre all’annullamento del provvedimento. È stata sempre posta in evidenza la connessione tra discrezionalità e motivazione.

(40) L’art. 21 *octies*, seconda parte, della legge 241/1990, introdotto dalla legge 15/2005 (secondo cui non si deve procedere all’annullamento giurisdizionale nel caso di omissione di avviso del procedimento, ove “*l’Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”) non è applicabile nel caso in cui, sulla base degli atti depositati dall’Amministrazione e degli elementi di diversa natura acquisiti in giudizio, non possa ritenersi raggiunta la prova richiesta dalla disposizione stessa e le soluzioni prospettate in giudizio dal privato non siano state mai concretamente esaminate dall’Amministrazione (T.A.R. Sardegna, II, 25 marzo 2005 n. 483).

Trattandosi nella ipotesi di revoca di precedente concessione di suolo pubblico, di un provvedimento non rivestente natura di atto vincolato deve ritenersi applicabile il principio attualmente sancito dall’art. 21 *octies* della legge 11 febbraio 2005 n. 15 introduttiva di modifiche alla legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo, in base al quale perché possa ritenersi priva di efficacia invalidante la omissione dell’avviso di avvio del procedimento si rende necessario che emerga in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello effettivamente adottato, circostanza tale ultima non verificabile nel caso di specie attesa la natura discrezionale dell’atto impugnato e la mancanza di ogni elemento in tal senso deponente da parte dell’Amministrazione (T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 1199).

E da ultimo Cons. Stato 16 maggio 2006 n. 2773: “a fronte della veduta natura sostanziale dell’adempimento *de quo*, il riferimento alle novità normative introdotte dalla recente legge n. 15/2005 in tema di riforma del procedimento amministrativo, dalle quali viene fortemente ridimensionato il rilievo delle illegittimità di forma e procedimento che non incidano significativamente sul contenuto dell’atto amministrativo (in particolare viene in considerazione il disposto di cui all’art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, il cui secondo comma, dopo aver individuato talune fattispecie di vizi di violazione di legge, che, in deroga alla regola generale di cui al comma precedente, non danno luogo all’annullamento dell’atto amministrativo illegittimo secondo lo schema dell’irregolarità e del raggiungimento dello scopo, enuclea poi, con una peculiarità operante sulla distribuzione del correlato carico istruttorio e sulla sua estensione anche agli atti non vincolati, la specifica ipotesi relativa all’inosservanza dei precetti di cui agli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990 in punto di comunicazione di

Comunque è a quest'ultima parte che deve aversi riguardo per riscontrare la corrispondenza del provvedimento discrezionale alla norma sostanziale; se si vuole interpretare alla lettera il secondo periodo, dove è omesso il riferimento al dispositivo, non avrebbe senso verificare ad esempio se il preambolo o la menzione di atti endoprocedimentali non potevano essere diversi.

La norma ha un senso se si ha riguardo al risultato che il provvedimento ha inteso ottenere: la demolizione, il diniego di licenza, il vincolo urbanistico o archeologico, l'ingiunzione di pagamento e così via.

Se l'Amministrazione, che ha omesso la comunicazione di avvio, dimostra in giudizio che, nel rispetto della legge e secondo un apprezzamento logico, un manufatto vada demolito, o la richiesta di una licenza non meritava accoglimento o che lo stato dei luoghi e delle cose imponeva il vincolo, il provvedimento emesso non può essere annullato, ancorché nel preambolo o in altra parte del contenuto possa riscontrarsi qualche imperfezione, cioè quel vizio che viene comunemente qualificato come mera irregolarità non invalidante (41).

Già prima della introduzione dell'art. 21 *octies*, la giurisprudenza aveva in vari casi escluso che le mere irregolarità potessero condurre all'annullamento: così per la omessa indicazione del responsabile del pro-

avvio del procedimento), non risulta certo di giovamento alle tesi dell'(Amministrazione) appellante, in assenza di una sia pur minima valutazione, da parte sua, inerente alla circostanza che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

(41) Sul concetto di irregolarità v. Cons. Stato VI, 16 maggio 2006 n. 2763: “L'art. 21 *octies*, benché norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/05, non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso). L'irregolarità opera, invece, *ex ante* e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto *ab origine* meramente irregolare, come già ritenuto dalla giurisprudenza in caso di mancata indicazione nell'atto impugnato del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere (art. 3 della legge n. 241/90); inosservanza che costituisce irregolarità che non rende l'atto illegittimo, ma che consente al limite il ricorso del privato oltre i termini di decadenza avvalendosi dell'errore scusabile, determinato dall'omissione compiuta dall'amministrazione. Deve quindi ritenersi che l'entrata in vigore del citato art. 21 *octies* non abbia inciso sulla categoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo, come già definita da dottrina e giurisprudenza e abbia invece codificato quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 *octies* il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità).

cedimento (42) o dell'autorità alla quale si può ricorrere (43), in materia di procedure elettorali (44), quando il vizio è stato di fatto emendato per il

(42) L'omessa espressa indicazione del responsabile del procedimento amministrativo non è causa di illegittimità del provvedimento stesso, dovendosi in tal caso intendere che il detto responsabile è il dirigente dell'unità organizzativa preposta al procedimento (Cons. Stato VI, 6 maggio 1999 n. 597).

La mancanza del nominativo del relatore e del responsabile dell'attività preparatoria delle decisioni conclusive dell'Autorità per l'energia e per il gas, non impedisce la partecipazione al procedimento e non determina l'invalidità del provvedimento finale, rilevando solo come mera irregolarità formale (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 16 settembre 2002, n. 3377).

(43) In base ai principi generali di conservazione degli atti giuridici e di strumentalità delle forme, l'omessa indicazione in calce al provvedimento dell'autorità alla quale è possibile ricorrere contro di esso, come prescritto dall'art. 3 comma 4 legge 7 agosto 1990 n. 241, non determina né l'invalidità né l'inefficacia del provvedimento stesso, ma costituisce mera irregolarità improduttiva di effetti allorché non si siano verificate in concreto conseguenze pregiudizievoli per i destinatari ed impedimenti al raggiungimento dello scopo cui è preordinata la prevista formalità (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 25 febbraio 1998, n. 707).

(44) Se è vero che, così come nel procedimento amministrativo, in quello elettorale non può essere invocata la regola della tassatività delle nullità (che, corrispondendo ad un'esigenza di ordine formale, si applicano nei casi in cui sono espressamente previste), risponde ad un principio di ragione, ed è applicabile quindi al procedimento elettorale, la regola della strumentalità delle forme, secondo la quale il raggiungimento dello scopo costituisce il criterio differenziale tra irregolarità ed invalidità dell'atto (Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 1981, n. 452).

Nel procedimento elettorale, così come in genere in quello amministrativo, accanto al vizio che determina l'invalidità dell'atto può sussistere anche quello che si risolve in una mera irregolarità dello stesso, restando affidata la distinzione fra le due possibili soluzioni all'applicazione del criterio della strumentalità della forma; in base a tale criterio, la nullità dell'atto è data solo dalla mancanza di quegli elementi o requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto stesso è preordinato (Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 1984, n. 918). Nel procedimento elettorale, così come in genere in quello amministrativo, accanto al vizio che determina l'invalidità dell'atto può sussistere anche quello che si risolve in una sua mera irregolarità, restando affidata la distinzione fra le due possibili soluzioni all'applicazione del criterio della strumentalità della forma; in base a tale criterio, la nullità dell'atto è data solo dalla mancanza di quegli elementi o requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto stesso è preordinato (nella specie, è stata ritenuta sufficiente, la firma dei componenti della sezione elettorale su ciascun foglio del verbale, come prescritto dall'art. 70 2° comma t.u. 16 maggio 1960, n. 570, anziché su ciascuna pagina, come sostenuto dai ricorrenti) (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 1987, n. 16).

In materia di operazioni elettorali l'annotazione, nell'apposito paragrafo del verbale, predisposto per accogliere le informazioni necessarie ad assegnare validità al voto assistito da accompagnatore, del numero di iscrizione del votante fisicamente impedito nella lista elettorale di sezione, del suo nome e cognome, del motivo specifico per cui l'elettore viene autorizzato a votare con accompagnatore, del nome e cognome del medico che ha attestato l'impedimento e del nome e cognome dell'elettore che assiste quello impedito, unitamente all'allegazione del certificato medico esibito, garantiscono con sufficiente certezza, l'identità degli elettori, pur in mancanza dell'esibizione del documento di identità. Infatti in materia di operazioni elettorali vige il principio della strumentalità delle forme, in base al quale fra tutte le possibili irregolarità rilevano, ai fini dell'invalidità, solo quelle sostanziali, che si risolvono nella mancanza di elementi o di requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto è preordinato (Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 2003,

raggiungimento dello scopo cui la norma procedimentale mirava (45) ed in genere ogni qual volta il vizio non aveva concreta rilevanza (46).

10. Resta in ultimo da esaminare se tra “*le norme sul procedimento o sulla forma degli atti*” rientrano quelle che regolano la competenza.

Se noi osserviamo la legge 7 agosto 1990 n. 241, mod. dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, notiamo come il suo titolo reca “*Norme sul procedimento amministrativo*”, dal che dovrebbe evincersi che fanno parte del procedimento quelle norme della legge che trattano della competenza (47).

n. 1099). Nel giudizio in materia di operazioni elettorali, vigendo il principio della strumentalità delle forme, in base al quale il raggiungimento dello scopo cui l'atto è preordinato costituisce l'elemento discriminante tra invalidità ed irregolarità dell'atto stesso, le irregolarità di procedura hanno valore solo se effettivamente incidenti sulla valutazione della espressione di voto e sulla relativa attribuzione (T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 12 agosto 1997, n. 416).

(45) Devono essere valutate dando applicazione al principio generale della strumentalità delle forme, secondo il quale, il raggiungimento dello scopo, cui l'atto sia preordinato, rappresenta il criterio differenziale fra invalidità e mera irregolarità dell'atto stesso, le conseguenze della mancata osservanza dell'obbligo predetto, di cui al D.M. 30 gennaio 1982, in assenza di una norma speciale che commini l'invalidità delle operazioni verbalizzate. Il raggiungimento dello scopo, cui l'atto sia preordinato, rappresenta quindi il criterio differenziale fra invalidità e mera irregolarità dell'atto stesso (Cons. Stato Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 344).

Accanto al vizio che determina l'invalidità dell'atto può sussistere anche quello che si risolve in una sua mera irregolarità, restando affidata la distinzione fra le due possibili soluzioni all'applicazione del criterio della strumentalità della forma; in base a tale criterio, la nullità dell'atto è data solo dalla mancanza di quegli elementi o requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto stesso è preordinato (Cons. Stato Sez. V, 22 gennaio 1987, n. 16). La categoria delle mere irregolarità afferisce a semplici anomalie o a difformità delle regole non essenziali al corretto sviluppo dell'attività procedimentale (Cons. Stato Sez. V, 12 luglio 1996, n. 855).

(46) Allorché la diversità della forma o la non perfetta osservanza di un qualche adempimento endoprocedimentale, oltre a non essere esplicitamente sanzionati con la comminatoria dell'invalidità, non impediscono in concreto il raggiungimento dell'interesse pubblico al quale la specifica azione amministrativa è preordinata, si è in presenza di una mera irregolarità che non vizia il provvedimento finale e, pertanto, non lo rende annullabile neppure in sede giurisdizionale (nella specie è stata considerata mera irregolarità la circostanza che il preavviso di nomina relativo ad una supplenza temporanea di durata superiore a trenta giorni in una scuola secondaria sia stato effettuato dal preside con “fonogramma” e non con “telegramma” come prevede l'ordinanza ministeriale 3 ottobre 1991 n. 331). T.A.R. Lazio Latina, 6 marzo 1995, n. 225.

(47) Si riportano le norme della legge n. 241 che si riferiscono alla competenza:

Art. 4 (*Unità organizzativa responsabile del procedimento*) 1. Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale. Art. 6 (*Compiti del responsabile del procedimento*) 1. Il responsabile del procedimento: a)... b) ... c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14; d) e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diver-

Quanto meno si dovrebbe concludere che la violazione di una delle norme che fanno parte della legge “in materia di procedimento amministrativo” ricadano nella disposizione dell’art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo, relativo agli atti di natura vincolata.

so dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell’istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

Art. 14 – 4. Quando l’attività del privato sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata, anche su richiesta dell’interessato, dall’amministrazione *competente* per l’adozione del provvedimento finale.

Art. 14 *ter* – 6. Ogni amministrazione convocata partecipa alla conferenza di servizi attraverso un unico rappresentante legittimato, dall’organo *competente*, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell’amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa. 9. Il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva di cui al comma 6-*bis* sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di *competenza* delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza.

Art. 14 *quater* – 3-*bis*. Se il motivato dissenso è espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria *competenza*, la determinazione sostitutiva è rimessa all’amministrazione procedente, entro dieci giorni: a) alla Conferenza Stato-Regioni, se il dissenso verte tra un’amministrazione statale e una regionale o tra amministrazioni regionali; b) alla Conferenza unificata, in caso di dissenso tra una regione o provincia autonoma e un ente locale. Verificata la completezza della documentazione inviata ai fini istruttori, la decisione è assunta entro trenta giorni, salvo che il Presidente della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata, valutata la complessità dell’istruttoria, decida di prorogare tale termine per un ulteriore periodo non superiore a sessanta giorni.

3-*ter*. Se entro i termini di cui ai commi 3 e 3-*bis* la Conferenza Stato-Regioni o la Conferenza unificata non provvede, la decisione, su iniziativa del Ministro per gli affari regionali, è rimessa al Consiglio dei ministri, che assume la determinazione sostitutiva nei successivi trenta giorni, ovvero, quando verta in materia non attribuita alla *competenza* statale ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, e dell’art. 118 della Costituzione, alla *competente* Giunta regionale ovvero alle *competenti* Giunte delle province autonome di Trento e Bolzano, che assumono la determinazione sostitutiva nei successivi trenta giorni; qualora la Giunta regionale non provveda entro il termine predetto, la decisione è rimessa al Consiglio dei ministri, che delibera con la partecipazione dei Presidenti delle regioni interessate.

Art. 17 (*Valutazioni tecniche*) 1. Ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l’adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie di *competenza* dell’amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell’amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari. Art. 21-*octies* (*Annullabilità del provvedimento*) 1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da *incompetenza*.

Art. 25 – 4. Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell’accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell’articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli

Non si vede però la ragione per cui la sanatoria non dovrebbe estendersi a tutti i casi di incompetenza relativa, qualora peraltro l'art. 6 della legge 18 marzo 1968 n. 249 (48) prevede la convalida dei provvedimenti impugnati nel caso di atto affetto da vizio di incompetenza relativa, essendo previsto che, anche nel corso del giudizio, l'organo competente poteva "appropriarsi" dell'atto emesso dall'organo incompetente mediante apposita delibera di convalida. Se esiste la possibilità di convalida al di fuori del processo (v. art. 21 *nonies* secondo comma) non si vede perché non possa applicarsi anche nel processo attraverso la costituzione dell'organo competente ovvero qualora "sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Già, prima della legge n. 15/2005, il Consiglio di Stato ammetteva tale possibilità (49).

E invero l'incompetenza relativa può avere rilevanza solo per gli atti discrezionali, ma non per quelli vincolati, che non sono espressione di un potere di scelta, ma vengono emessi in adempimento di un precetto normativo (50).

atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico *competente* per l'ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la *competenza* è attribuita al difensore civico *competente* per ambito territoriale immediatamente superiore.

(48) Legge 18 marzo 1968, n. 249 – Delega al governo per il riordinamento dell'amministrazione dello Stato, per il decentramento delle funzioni e per il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dipendenti statali.

"art. 6. Alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale".

(49) Cons. St., VI, 20 gennaio 2003 n. 203. La convalida del provvedimento viziato da incompetenza è espressamente consentita nel vigente ordinamento dall'art. 6, legge 18 marzo 1968, n. 249, a norma del quale alla convalida di atti viziati da incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede giurisdizionale o amministrativa.

(50) In assenza dei requisiti di ammissione alla gara, è ininfluenza che all'esclusione dell'impresa provveda un organo diverso da quello preposto, configurandosi l'incompetenza come vizio rilevante per i soli atti di natura discrezionale e non per gli atti a contenuto vincolato, in relazione ai quali l'attività amministrativa si esaurisce nella semplice verifica dell'esistenza dei presupposti di legge per l'adozione di quel tipo di provvedimento (T.A.R. Piemonte II, 16 novembre 2001, n. 2120).

Il motivo con il quale si deduce il vizio di incompetenza dell'organo ad adottare un determinato atto amministrativo, onde poter essere giudicato ammissibile, deve comunque ricollegarsi a un apprezzabile interesse del ricorrente a ottenere, per tale via, l'annullamento dell'atto impugnato, interesse che può essere costituito anche dalla rinnovazione dell'atto medesimo allorché, sostituendosi alla determinazione dell'organo incompetente quella dell'organo attributario della potestà, la riadozione dell'atto va nuovamente preceduta da una valutazione degli interessi e da una nuova scelta delle determinazioni amministrative da adottare, da parte dell'organo competente. Ne consegue, quindi, che solo nel caso in cui si tratti di provvedimenti discrezionali l'interesse strumentale alla riadozione dell'atto, ottenuta attraverso il dedotto vizio di incompetenza, è sufficiente a sostenere la domanda di annullamento per incompetenza, mentre nel caso di atti vincolati non può essere ritenuto sussistente l'interesse a ricorrere allorché a motivo del richiesto annullamento si prospetti il solo vizio di incompetenza e il ricorrente sia sicuramente al di fuori della situazione ipotizzata dalla norma (T.A.R. Campania-Napoli IV, 16 ottobre 1995 n. 652).

Deve comunque segnalarsi che il Consiglio di Stato ha dato per scontato che la norma dell'art. 21 *octies* secondo co. ha efficacia anche riguardo al vizio di incompetenza (51), mentre per una soluzione rigorosa, nel senso di escludere categoricamente l'applicabilità della norma, in caso di vizio di incompetenza, si è espresso, con diffusa motivazione, il T.A.R. Campania-Napoli con decisione 12 aprile 2005 n. 3780 (52).

11. L'esame analitico della norma introdotta con l'art. 21 *octies* secondo comma dovrebbe condurre, attraverso una interpretazione strettamente letterale, alle seguenti conclusioni:

– per quanto riguarda gli atti vincolati la sanatoria ha riguardo ai vizi di forma e del procedimento e opera qualora “*sia palese*” che il provvedimento “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”; se il vizio del procedimento consiste nella omissione della comunicazione di avvio allora, per ottenere la sanatoria, l'Amministrazione può anche dimostrare in giudizio che il provvedimento “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”. Ciò però non potrebbe condurre a dire che, al di fuori del vizio di omessa comunicazione, il provvedimento può essere sanato solo se risulti palese la legalità sostanziale ma non anche qualora venga dimostrata in giudizio (53);

– per quanto riguarda gli atti discrezionali la sanatoria si può avere solo per il vizio di omessa comunicazione di avvio e dietro dimostrazione dell'Amministrazione (ma non del controinteressato) che il provvedimento

(51) V. Cons. Stato VI 21 giugno 2006 n. 3735: “Il riconoscimento della legittimità della previsione regolamentare ... comporta la legittimità delle note dirigenziali ... e la irrilevanza, anche alla luce dell'innovativa regola di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, della censura di incompetenza”.

(52) Orbene, secondo il Collegio, da una lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 21 *octies* si desume che quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante (da non confondere con l'incompetenza assoluta, disciplinata dall'art. 21 *septies*, comma 1, della legge n. 241/1990), il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Infatti tale disposizione si riferisce soltanto ai casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma. Né sembra possibile includere le norme sulla competenza tra le norme sul procedimento amministrativo o tra le norme sulla forma degli atti. Infatti dal primo comma dell'art. 21 *octies* si desume che il legislatore ha inteso confermare la tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione di norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge. Inoltre devono ritenersi norme sul procedimento tutte quelle relative al *modus operandi* dell'Amministrazione ed alla partecipazione procedimentale del destinatario del provvedimento finale, delle altre Amministrazioni interessate e dei soggetti indicati dall'art. 9 della legge n. 241/1990, mentre devono ritenersi norme sulla forma quelle relative ai requisiti formali degli atti endoprocedimentali e del provvedimento finale.

(53) V. retro nota 36.

“non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”, mentre per gli altri vizi formali e procedimentali il provvedimento impugnato potrà essere salvato solo se, alla stregua della giurisprudenza, il vizio può essere degradato a mera irregolarità non invalidante.

Tale essendo la disciplina normativa, sorge spontaneo chiedersi perché, ai fini della sanatoria, per gli atti discrezionali non possa essere palese la conformità al diritto sostanziale indipendentemente da ciò che l'Amministrazione possa esporre in giudizio come pure perché l'onere della prova compete solo all'Amministrazione e non anche al controinteressato.

Ci si domanda ancora perché la sanatoria per i provvedimenti vincolati è prevista per ogni vizio di forma o del procedimento mentre per gli atti discrezionali la sanatoria è prevista solo in caso di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.

Profili evolutivi dell'intervento pubblico nell'edilizia economica e popolare. Il caso dell'I.A.C.P. di Roma

di *Simona Bottoni*

SOMMARIO: 1.- Dalle origini al primo conflitto mondiale. 2.- Il periodo fascista. 3.- Il secondo dopo guerra e l'impegno per la ricostruzione. 4.- Il Nuovo Piano Regolatore di Roma e la Legge n. 167/62. 5.- La c.d. Legge sulla casa (L. n. 865/71). 6.- La Legge n. 513/77 e l'introduzione del c.d. "canone minimo". 7.- L'ultimo ventennio del XX secolo. 8.- La sfida del XXI secolo.

1.- Dalle origini al primo conflitto mondiale.

L'Istituto Autonomo per le Case Popolari di Roma nasce nel lontano 1903 da un'idea di Luigi Luzzatti, economista e Ministro di vari governi, (tra cui quello di Giolitti), il quale, prendendo a modello l'iniziativa del Comune di Trieste, che nel 1902 aveva creato l'Istituto Comunale delle Case Minime, pensa che l'iniziativa della costruzione delle case per i meno abbienti debba spettare al Comune anche nella città di Roma.

"Il Comune darà subito 700.000 lire e 40.000 metri quadrati di area gratuitamente – spiegava Luzzatti ad un redattore de *La Tribuna* – e poiché le sue finanze dovranno assestarsi e fortificarsi, nuovi contributi comunali affluiranno all'Istituto. Inoltre, a sì grande opera non potranno non contribuire, almeno con terreni edificativi concessi gratuitamente ed a prezzi di favore, il Demanio dello Stato e le banche di emissione..." (1).

Il Sindaco di Roma, allora Prospero Colonna, entusiasta delle idee di Luzzatti, costituisce il Comitato Generale per la Costruzione delle Case Popolari, composto dai cittadini più rappresentativi, che nomina come proprio Presidente il Luzzatti stesso. Nelle sedute comunali del 22 maggio e del 12 giugno 1903 viene fondato l'Istituto per le Case Popolari (I.C.P.), riconosciuto Ente morale con Regio Decreto dell'8 maggio 1904 n.232 che ne approva anche il primo Statuto.

Il primo Statuto (2) organico:

1. dà facoltà all'Istituto di costruire abitazioni popolari, provvedendosi delle aree necessarie; di trasformare in abitazioni popolari fabbricati già esistenti o non compiuti; di costruire, con materiali tratti dalle demolizioni, su aree cedute dal proprietario a tempo determinato, case da ammortizzare in un periodo corrispondente a quello di cessione delle aree; di amministrare case popolari possedute dal Municipio o da altri Enti; di edificare per conto del Municipio o di altri Enti; di dare in locazione case popolari; di assistere le Società Cooperative per la costruzione di case popolari nel reperimento delle

(1) AA.VV. *IACP di Roma – Documentazione di un periodo – Storia dell'Istituto dal 1903 al 1953* – Roma, 1983, 19.

(2) AA.VV., *op. cit.*, 7.

aree, dei finanziamenti, anche a mezzo di proprie garanzie; di venire in aiuto, con premi o altrimenti, alle iniziative private che si propongono la costruzione di case economiche;

2. regola le modalità per le assegnazioni degli alloggi e la determinazione delle pigioni;

3. propone al governo dell'Istituto: un Comitato Esecutivo composto da Presidente, Vice Presidente e Segretario scelti tra i membri elettivi del Municipio e degli Enti fondatori cui era affidata la gestione diretta dell'Istituto; un Consiglio Direttivo composto di sei membri scelti dal Consiglio Comunale; un membro per ogni Ente morale o privato che, nel concedere un concorso in danaro o in aree, si fosse riservato il diritto di designarlo; un rappresentante degli inquilini eletto direttamente; tre rappresentanti degli operai; un rappresentante degli impiegati civili; uno del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio. Il Consiglio Direttivo doveva presentare al Consiglio Comunale, entro il 31 marzo di ogni anno, il conto di gestione dell'anno precedente, e trasmetterlo anche al Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio.

I primi fabbricati sorgono nel 1905 e nel 1906 nei quartieri Flaminio, Trionfale e San Saba: non si tratta ancora di un piano organico per lo sviluppo di un determinato quartiere, ma di piccole costruzioni edificate secondo le possibilità del momento.

La crisi degli alloggi si fa più acuta e per combatterla si cerca di potenziare l'Istituto, destinandogli la metà dei proventi della tassa sulle aree fabbricabili e concedendogli un mutuo di 10 milioni di lire dalla Cassa Depositi e Prestiti ed un altro di 1 milione di lire da parte della Cassa Nazionale di Previdenza (1907).

Il 1911 vede la prima crisi istituzionale dell'ente, risolta con lo scioglimento del Consiglio di Amministrazione, dalla cui composizione, come prevista dallo Statuto precedente, erano derivati inconvenienti (si era insprito il conflitto tra i rappresentanti socialisti degli operai ed i funzionari di nomina comunale) che avevano comportato la necessità di una gestione straordinaria. Nel quadriennio 1911-14 la Commissione Straordinaria di nomina regia, che assume i poteri dell'Istituto, delibera un nuovo Statuto nelle sedute dell'11 novembre 1911 e del 20 gennaio del 1912, poi approvato con R.D. 28 gennaio 1912 n. 110. Esso aggiunge agli altri fini statutari quello di provvedere, con parte degli utili, alle istituzioni accessorie giovevoli all'igiene ed all'educazione dell'inquinato; riforma la composizione del Consiglio di Amministrazione, ridotto a soli 5 membri; disciplina con nuove norme il tipo di case da costruire, i criteri per la scelta e la gestione dell'inquinato e per la fissazione delle pigioni; contiene anche l'ordinamento dei servizi e del personale (regolando lo stato giuridico degli impiegati); conferisce al Comune la facoltà di ispezione sulle attività dell'Istituto.

In questo periodo vengono promossi nuovi mutui fondiari e si ha il primo esempio di costruzione per conto di terzi con il nucleo della Cooperativa Tranviaria a San Giovanni, la cui gestione viene assicurata dall'Istituto per tutto il periodo di ammortamento del mutuo.

La prima guerra mondiale rallenta l'attività dell'Istituto: sono anni dedicati prevalentemente allo studio di una migliore legislazione per l'edilizia popolare. A pace ristabilita, l'ente romano convoca nella capitale gli Istituti congeneri di tutta Italia e suggerisce le principali riforme legislative che devono rivelarsi decisive per lo sviluppo dell'edilizia popolare nel dopoguerra. Il Testo Unico del 30 novembre 1919 costituisce una sistemazione organica di tutte le norme di tutela legislativa delle costruzioni popolari: viene fissato il contributo dello Stato nel pagamento delle annualità dei mutui; viene creata la Sezione di Credito Edilizio presso l'Istituto Nazionale di Credito; vengono concesse agli enti numerose agevolazioni fiscali.

2.- *Il periodo fascista.*

Nel quadriennio 1923-26 l'attività dell'Istituto assume nuovi sviluppi: ottenuti vari mutui per complessivi 214 milioni di lire vengono gettate le basi per la costruzione di case di tipo economico e popolare.

Nel 1926 l'Iacp inizia i lavori per la liberazione del Teatro Marcello in Roma: è uno dei pochi esempi di riuscita collaborazione tra l'Amministrazione Comunale e l'Istituto. Il fine è duplice: archeologico ed urbanistico. Si tratta di riportare in luce e di restituire al decoro un insigne edificio romano, e di operare un risanamento nel dedalo di vicoli e casupole che occupano la zona. Il difficile compito viene perfettamente assolto dall'ente che, con il personale del proprio Ufficio Tecnico, conduce a termine i lavori di liberazione e di restauro non solo del Teatro, ma anche di una casetta del XIV secolo di notevole valore architettonico rinvenuta nel corso delle demolizioni.

Il Fascismo non esita a riconoscere l'Iacp come un importante strumento di governo del consenso e di controllo delle classi popolari. Non a caso ne cambia subito lo Statuto, deliberato dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 22 maggio del 1926 ed approvato con R.D. 5 ottobre 1926 n. 1797: "Si volle distruggere ogni inutile e dannoso aspetto di sopravvivenza democratica, eliminando totalmente le designazioni elettoralistiche dei membri del Consiglio...; inoltre si stabilì l'allargamento della facoltà e delle mansioni dell'Istituto, sia relativamente alla nuova legge autorizzante la vendita degli appartamenti costruiti in qualsiasi tempo...sia relativamente alla possibilità di agire in uno col Governatorato nelle opere di trasformazione della città" (3).

La Presidenza è affidata ad Alberto Calza Bini, che ha preso parte alla marcia del '22, con il compito di riassorbire all'interno del regime il malcontento per la liberazione, peraltro effimera, degli affitti, bloccati in tempo di guerra. È di questo periodo la prima netta separazione dei compiti dell'Istituto da quelli degli altri soggetti destinatari dei fondi pubblici per l'edilizia: l'Iacp dovrebbe operare soprattutto a sostegno dell'utenza più debole; per il ceto medio si crea l'Incis (Istituto Nazionale delle Case per gli Impiegati dello Stato), erede dell'Unione Edilizia.

(3) A. CALZA BINI, *Relazione al Consiglio di Amministrazione dell'Icp del 31 dicembre 1927*, Biblioteca dell'Iacp di Roma.

Ben presto, però, le circostanze travolgono queste intenzioni, e l'Istituto finisce per occuparsi molto del campo più generoso delle clientele. In questo senso la svolta più significativa è il Decreto Legge c.d. Giuriati del 10 marzo 1926, "che legalizzò la possibilità per l'ente di ricorrere alla costruzione di alloggi a riscatto che, già alla fine del 1927, costituivano quasi il 26% dell'intero patrimonio realizzato" (4). All'interno della produzione dell'Istituto si va, così, verso una modulazione degli interventi secondo le diverse categorie di destinatari. I benefici del minor costo, dichiara Calza Bini al Consiglio di Amministrazione nel 1927, saranno riservati "soltanto ai poverissimi, ma costoro devono accettare il beneficio dove, come e quando il pubblico potere lo ritiene opportuno; in altri termini devono inquadrarsi in quella disciplina generale che lo Stato fascista impone. È per questa categoria di senza tetto che a Roma l'Iacp intende costruire oltre la periferia della zona di ampliamento delle borgate rurali costruite di casette modestissime, con annesso un appezzamento di terra da coltivare ad orto ed anche un certo numero di alloggi popolari e popolarissimi nei suoi quartieri periferici" (5).

Il proposito di dare a tutti, anche ai poveri, una casa civile è stato completamente abbandonato, con buona pace del Regolamento del 1904, che imponeva addirittura dei parametri tecnici ben precisi per un modello di casa popolare ideale ("il casamento non deve avere un numero di piani maggiore di tre, in ogni pianerottolo della scala non devono aprirsi più di sei alloggi, le scale devono essere ben illuminate, ricevere aria mediante finestre in diretta comunicazione con l'esterno, ed essere tenute con massima pulizia") (6). Chi non gradisce l'offerta della "casetta modestissima" in aperta campagna, o del dormitorio in periferia, o comunque non può accedervi, continua a vivere nelle baracche abusive dove, in condizioni alloggiative appena un po' più precarie, si gode almeno del vantaggio di risiedere più vicino al posto di lavoro ed al centro della città.

Un capitolo tutto da studiare all'interno della storia edilizia in Italia durante il Fascismo è quello che riguarda i difficili rapporti tra Governatorato (soprattutto durante Boncompagni Ludovisi) e l'Iacp di Alberto Calza Bini.

L'Iacp è uno dei molti interlocutori-esecutori del Campidoglio e neanche il favorito. Disperde i suoi interventi nelle varie periferie (Torpignattara, Ostiense, Prenestino, Testaccio), ma non gli tocca l'operazione più importante: Piazza Verbano è dell'Incis. Di fronte alle grandi operazioni di sventramento della Roma di Mussolini, il Governatorato affida all'Iacp la coda ingrata del problema: le borgate oltre l'estrema periferia (San Basilio, Gordiani, Acilia). Nel 1934 l'Iacp non mette in cantiere un solo nuovo vano,

(4) D. COLASANTE, "1925-1981: la città legale" in *La metropoli "spontanea"//Il caso Roma*, Dedalo, Bari 1983, 254.

(5) D. COLASANTE, *op. cit.*, 252.

(6) L. TOSCHI, *Edilizia economica e popolare nello sviluppo urbanistico di Roma moderna*, I, La Gioliardica, Roma 1983, 291.

e Boncompagni Ludovisi gestisce totalmente il campo dell'edilizia romana. E proprio il contrasto maturato a cavallo del 1930 in fatto di gestione della politica della casa tra il Governatorato e l'Iacp provoca la caduta del Governatore Boncompagni Ludovisi e la sua sostituzione con Giuseppe Bottai nel gennaio 1935. Boncompagni Ludovisi si era reso responsabile dell'esautoramento dell'Istituto presieduto da Calza Bini, costretto a diminuire gradualmente la sua produzione fino al 1934, quando non costruisce niente del tutto; nel frattempo il Governatorato si era garantito il monopolio del governo dei baraccati e di quanti venivano all'epoca sfrattati dal centro storico con gli sventramenti nella zona dei Fori imperiali.

Il cambio della guardia in Campidoglio serve a cambiare le persone, ed a restituire all'Iacp le competenze perdute. La produzione dell'Istituto, che da qui al dopoguerra godrà di una delega senza precedenti, è ormai nettamente differenziata in due branche: parallela alla linea delle borgate corre, infatti, quella dei grandi intensivi, eredi degli alberghi suburbani e delle case convenzionate sperimentate a partire dal 1930. La "grande scala" si sviluppa in tre interventi su aree di proprietà pubblica (Monte Sacro, Val Melaina, Pamphili) ed ha lo scopo di offrire commesse alla grande impresa appaltatrice (7).

L'intera produzione è al servizio del regime: sventramenti e demolizioni delle baracche, legali ed abusive, che occupano suoli richiesti da utilizzazioni più redditizie. Per gli altri bisogni niente. Si lascia che continuino ad autosoddisfarsi nei baraccamenti "spontanei".

Le case che la gente si costruisce con le sue mani, su fazzoletti di terra pagati due soldi, non sono forse migliori di quelle offerte dalle borgate ufficiali, ma chi ci va ad abitare non ha alternative e, comunque, i villaggi che formano sono molto più vicini al modello del borgo rurale da cui molti immigrati provengono. Il risiedervi non è, inoltre, l'esito di una deportazione, ma di una scelta, sia pure forzata. Nell'autocostruzione si riversano componenti di identificazione e di certificazione che sarebbero diventati in seguito un carattere definitorio dell'abusivismo di massa (8).

Il Testo Unico delle disposizioni sull'Edilizia Economica e Popolare, approvato con R.D. 28 aprile 1938 n. 1165, definisce un quadro istituzionale del settore che prevede la competenza esclusiva del Ministero dei Lavori Pubblici per approvazione, vigilanza e collaudo di interventi esclusivamente abitativi, assistiti da mutui della Cassa Depositi e Prestiti e, con eventuali contributi erariali sugli interessi, realizzabili da una pluralità di soggetti attuatori; Comune, privati, cooperative edilizie, Incis, Iacp, Amministrazioni dello Stato per i propri dipendenti (Ferrovie, Poste e Telegrafi etc.).

I notevoli programmi già impostati per il quadriennio 1940-44 non diventano realtà per lo scoppio della guerra: ogni attività edilizia, compresa quella dell'Istituto, viene troncata; i bombardamenti e l'occupazione tedesca aggravano la situazione.

(7) I. INSOLERA, "Il precedente storico: i nuclei edilizi", in *La metropoli "spontanea"/Il caso di Roma*, Dedalo, Bari 1983.

La Roma dei “nove mesi” (1943-44) è una città di retrovia, rigurgitante di sfollati e di sinistrati, costretta a dividere tra la sua popolazione raddoppiata ogni metro quadrato di spazio libero, fosse di scuole, di magazzini, di abitazioni private.

L'Istituto si trova in condizioni di estrema difficoltà: le pigioni s'incasano in misura ridottissima; la manutenzione degli edifici si è totalmente arrestata per mancanza di mezzi finanziari, di materiali e di mano d'opera qualificata. I senzatetto occupano di forza gli alloggi non ultimati per cause belliche e non c'è alcuna possibilità di impedirlo.

Le gestioni commissariali istituite nel luglio 1943 si trovano davanti a gravi problemi: si rende necessario un riassetto degli Uffici, sconvolti anch'essi dalla bufera; viene fatto un bilancio dei danni subiti. La situazione finanziaria è disastrosa: le circostanze politiche ed economiche non permettono la ripresa dei finanziamenti da parte del Governo e del Comune; del resto non si può neanche contare sul reddito del patrimonio immobiliare!

Con D.M. 28 febbraio 1946 n. 959 viene autorizzato un modesto adeguamento dei fitti, e con DD.LL. 9 giugno e 22 settembre 1945 sono stanziati alcuni finanziamenti da parte dello Stato coi quali si procede alla riparazione dei danni più urgenti per rendere abitabili i numerosi edifici lesionati dalla guerra. Non si pone, però, mano alla costruzione di nuovi alloggi.

3.- Il secondo dopo guerra e l'impegno per la ricostruzione.

Lentamente si torna alla normalità: nel 1946 cessa la gestione commissariale e si dà inizio ad una gestione ordinaria affidata ad un Consiglio di Amministrazione. L'Iacp, però, a causa della sua immagine fortemente compromessa col passato regime, è tenuto in disparte e lasciato da solo alle prese con i problemi di manutenzione del suo patrimonio, che le entrate non bastano a coprire.

Il grosso dell'intervento pubblico nella ricostruzione è affidato ad altri: ai privati, agevolati dalla Legge n. 408 del 1949 (c.d. Legge Tupini), ed ai due piani settennali (1949-1963) dell'Ina-casa creata da Fanfani (Legge n. 43 del 1949). L'Ina casa, che ha come principale fonte di finanziamento l'imposizione di un contributo costante sull'ammontare delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti e dei datori di lavoro (sistema ripreso, poi, dalla Gescal), realizza a Roma 21 mila alloggi, cioè la metà dell'intero sforzo sovvenzionato nel periodo, ma la sua produzione, che altrove è destinata in gran parte ai poveri, nella capitale “si rivolge prevalentemente ai ceti impiegatizi. Anche l'Incis, i singoli Ministeri ed il Comune riprendono a loro volta la politica degli anni trenta, finalizzata alla costruzione di alloggi in proprietà per i dipendenti statali e comunali” (9).

Dopo una serie di finanziamenti irrisori ed a pioggia, per i programmi più diversi, il primo rilancio di qualche rilievo arriva nel 1952 con la Legge 25 luglio n. 1058: lo stanziamento riservato a Roma è di 600 milioni di lire, indirizzati alla realizzazione di alloggi nelle solite tipologie ultraeconomiche e “rapidissime” (San Basilio, Trullo, Primavalle, Torre Gaia).

(8) G. FERRAGUTI – M. MARCELLONI, *La casa*, Einaudi, Torino 1982, 20.

Nulla si fa, però, per arginare la massiccia erosione della campagna da parte delle lottizzazioni abusive, nemmeno quando si è ufficialmente a conoscenza dei propositi di frazionamento delle proprietà fondiarie: tra il 1951 ed il 1961 pervengono all'Amministrazione ben 200 domande di lottizzazione, e solo una ventina sono prese in considerazione; con il risultato che circa 10 mila ettari vengono frazionati illegalmente nel decennio, e 40 mila case costruite senza alcun tipo di autorizzazione (quasi il 21% della produzione legale) (10).

4.- *Il Nuovo Piano Regolatore di Roma e la Legge n. 167/62.*

Nel 1962 Roma adotta il Nuovo Piano Regolatore atteso da quindici anni, e finalmente esteso all'intero territorio comunale, che è anche lo strumento per la sanatoria urbanistica dell'abusivismo passato, e, dunque, un potenziale spartiacque per affrontare il futuro con minor tolleranza.

Nello stesso anno la Legge n. 167 ridefinisce gli espropri, offrendo lo strumento per l'acquisizione coattiva di aree edificabili per realizzare case economiche e popolari, e per promuovere interventi di edilizia pubblica aperti a tutto il ventaglio degli operatori. Essa si prefigge l'obiettivo di porre a disposizione, a basso costo, sia di Iacp e Cooperative che di privati, aree urbanizzate in insediamenti socialmente integrati; si propone, inoltre, di assicurare il "coordinato utilizzo" delle aree in 167 attraverso un'apposita Commissione della quale fanno parte i rappresentanti sia dell'Iacp provinciale che dell'Ina-casa. La presenza paritetica dell'Iacp nella Commissione costituisce, di fatto, un'anticipazione del loro futuro ruolo di strumento istituzionale di attuazione degli interventi di edilizia sovvenzionata, sancito, poi, dalle successive leggi.

Nel 1963 entra in vigore la Legge n. 60, istitutiva, tra l'altro, della Gescal (Gestione Case Lavoratori), che si propone, nel quadro di un Piano decennale finanziato con gli stessi meccanismi dell'Ina-casa, di accentuare gli aspetti programmatici e progettuali attraverso una serie di norme tecniche ed una programmazione esecutiva degli interventi che assicuri la realizzazione di alloggi nell'ambito di aree comprese nei piani di zona della 167, completa delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

Agli Iacp, che diventano organi di attuazione del Piano decennale, vengono demandati sia il reperimento delle aree, d'intesa con i Comuni, sia la programmazione esecutiva degli interventi (da sottoporre all'approvazione della Gescal), sia l'approvazione dei progetti esecutivi (redatti obbligatoriamente da professionisti esterni iscritti agli Albi istituiti dalla Gescal), previo parere di un'apposita Commissione tecnica di cui fanno parte rappresentanti del Ministero dei LL.PP. e della stessa Gescal. Nel 1964 il Comune definisce un Piano per le aree dell'Edilizia Economica e Popolare (Peep) che è

(9) M. OLIVIERI, "1925-1981: la città abusiva, in *La metropoli "spontanea"/Il caso Roma*, cit., 292.

(10) R. SEBASTI, "La politica della casa. Note introduttive", in *Roma. Cronache urbanistiche degli anni settanta*, Edizioni delle autonomie, Roma 1979, 99.

il più grande d'Italia e che basterebbe a garantire alla nuova Roma uno sviluppo prevalentemente pubblico. Tutte queste occasioni, invece, vanno sprecate.

Della Legge n. 167 si fa un uso prevalentemente demagogico: i pochi investimenti degli enti pubblici (Incis e Iacp, perché l'Ina-casa è ormai in liquidazione) sono quasi sempre dirottati fuori dal Peep, e, comunque, in aree già comunali. I terreni vincolati dal Piano del 1964 sono, invece, abbondantemente distribuiti ai loro stessi proprietari ed alle cooperative, in un gioco inteso a produrre più consensi che case. "L'effetto di questa politica è stato il congelamento delle aree per iniziative serie e concrete: molte delle cooperative assegnatarie non avevano alcuna capacità economica, mentre la maggioranza possedeva promesse di contributi e capacità economica, ma non le aree su cui realizzare la costruzione" (11).

Unico canale per la produzione di un gran numero di abitazioni a basso costo resta, così, l'abusivismo, che continua ad essere lasciato necessariamente indisturbato. L'offerta pubblica non ha il peso né la qualità necessari per esercitare effetti di dissuasione: l'Iacp promuove in questo periodo un solo intervento a grande scala, quello dei 1622 alloggi realizzati a Spinaceto. Dovunque si fanno solo case ad alta densità e senza servizi. Quelle Iacp vanno prevalentemente ad ex baraccati e ciò significa che, assorbita una parte dell'emergenza, nulla o quasi resta per l'ordinaria finalità di dare un alloggio ai meno abbienti. L'introduzione del metodo della progettazione coordinata, poi, ha nuociuto alla qualità degli insediamenti e ad una razionale impostazione realizzativa.

Le innovazioni introdotte dalla Legge n. 60, che comportano un ulteriore miglioramento della qualità abitativa di alloggi con prezzo di riscatto o con canone di locazione convenzionale più contenuti, determinano una pesante accentuazione del contenzioso con gli utenti delle case costruite dagli Iacp con il contributo dello Stato alle quali corrispondono un maggior onere finanziario e canoni più elevati. Per di più la Gescal non finanzia progetti per i quali non risulti formalizzato l'impegno dei Comuni a realizzare l'urbanizzazione dei piani di zona entro il termine di ultimazione dei lavori: per cui, di fatto, a fronte di una disponibilità finanziaria, le realizzazioni sono limitate per l'impossibilità dei Comuni a far fronte agli impegni richiesti.

Cresce, così, il malcontento e maturano i presupposti che porteranno al varo della riforma.

5.- *La c.d. Legge sulla casa (L. n. 865/71).*

La trasformazione del ruolo degli Iacp determinata dalla Legge n. 865 del 1971 (c.d. "legge sulla casa") e dai successivi Decreti delegati nn. 1035 e 1036 del 1972, e 616 del 1977 è, a dir poco, traumatica.

Il problema nasce non tanto dal nuovo meccanismo programmatico introdotto dal d.P.R. n. 616/77, con la definizione dei tre livelli decisionali

(11) D. COLASANTE, *op. cit.*, 252.

Stato (Cer-Cipe), Regioni, Comuni, quanto dallo scioglimento degli enti pubblici edilizi a carattere nazionale e locale, dal conseguente trasferimento agli Iacp di patrimonio e personale degli enti soppressi, dal subentro degli Iacp nella titolarità di tutte le situazioni attive e passive e nei rapporti processuali inerenti agli immobili di cui hanno acquisito *ope legis* la proprietà, operato dal d.P.R. n. 1036/72, nonché dalle nuove norme per l'assegnazione e per la revoca dell'assegnazione di alloggi di E.R.P., sancite dal d.P.R. n. 1035/72.

Tutto questo senza che sia stata operata quella ristrutturazione degli Iacp stessi che era nei principii e nei criteri direttivi della Legge n. 865/71 (art.8), e senza l'assunzione delle iniziative di loro competenza da parte delle Regioni.

L'art. 62 della Legge sulla casa (n. 865/71) trasferisce agli Iacp provinciali l'approvazione di tutti i progetti di edilizia sovvenzionata, previo parere di un'apposita Commissione (*ex art.63*). Detta Commissione, presieduta dal Presidente dell'Iacp e della quale fanno parte l'ingegnere capo del Genio Civile, l'Assessore all'Edilizia o all'Urbanistica del Comune interessato, il capo dell'Ufficio Tecnico dell'Iacp, due tecnici nominati dalla Regione ed un rappresentante delle Cooperative nominato dalla Regione stessa, assume, di fatto, per l'edilizia pubblica residenziale, i compiti già affidati agli uffici della Gescal per tutto l'ambito provinciale e per tutti gli atti di gestione inerenti all'attuazione degli interventi.

Altri compiti trasferiti agli Iacp riguardano l'approvazione della programmazione esecutiva degli interventi, il subentro in tutti i rapporti di natura sostanziale o processuale per il completamento dei programmi degli enti soppressi, l'istituzione di una gestione speciale delle spese e delle entrate per la realizzazione dei piani e la contabilizzazione dei rientri dei prestiti, canoni e riscatti, nonché la promozione dell'autogestione.

L'art. 58 della Legge n. 865/71 conferisce agli Iacp la facoltà di procedere alla progettazione delle opere direttamente, oppure avvalendosi di liberi professionisti: viene caducato, così, il vincolo imposto dalla Gescal di avvalersi per i propri programmi di progettisti iscritti ad appositi albi.

La Legge n. 865/71, poi, modificando la Legge n. 167/62, sopprime la Commissione per l'assegnazione delle aree, prevista dall'originario art.10, che consentiva la presenza paritetica dell'Iacp provinciale; di talché la partecipazione diretta degli Istituti alla programmazione comunale, che sarebbe stato auspicabile continuare ad assicurare a livello politico, considerato il ruolo esclusivo di organi istituzionali di attuazione dell'edilizia sovvenzionata ricoperto dagli Iacp, dovrà essere conquistata dagli Istituti negli anni '70, e poi conservata nel corso degli anni '80.

La riforma, scaturita da un'accesa battaglia politica, punta al decentramento regionale, all'eliminazione del dualismo tra Stato ed enti pubblici nazionali nell'impiego delle risorse, alla ristrutturazione degli Iacp, a realizzare l'indifferenza del valore dei suoli, almeno nei piani della 167, dalle destinazioni di piano, introducendo il valore agricolo nella determinazione delle indennità di esproprio, alla concessione delle aree in diritto di superficie, al finanziamento

della 167, all'avvio del primo Piano triennale di alloggi con la previsione di finanziamenti anche per l'edilizia sociale e le opere di urbanizzazione, all'applicazione delle norme di snellimento delle procedure. Gli oppositori della riforma rispondono con la resistenza passiva al decentramento, il tentativo di sopravvivenza degli enti pubblici nazionali attraverso i comitati di liquidazione, il riconoscimento del valore dei suoli del "centro edificato", la resistenza dei Comuni all'affidamento delle urbanizzazioni agli Iacp, la proliferazione dei dubbi interpretativi e delle impugnazioni che bloccano le procedure.

Le forze che hanno determinato il varo della riforma non s'impegnano altrettanto per la sua attuazione, forse esaurite dallo sforzo sostenuto per imporla: tutti i nodi di questo precario compromesso vengono al pettine nel momento in cui gli Iacp, non ancora ristrutturati ed oggetto dell'ostilità di numerosi oppositori, si trovano praticamente soli a tentare di svolgere il nuovo ruolo di organi istituzionali di attuazione degli interventi di E.R.P., con l'unico appoggio, e solo in taluni casi, delle nascenti Regioni.

La Legge n. 247 del 1974, emanata a quasi tre anni di distanza dall'entrata in vigore della riforma operata dalla Legge sulla casa, consente finalmente di sciogliere alcuni dei principali dubbi interpretativi; mentre la Legge n.7 del 1975 sancisce lo scioglimento definitivo dei Comitati di liquidazione degli Enti pubblici nazionali entro il maggio del 1975.

Parallelamente si sviluppano e s'intensificano i rapporti con le Regioni, almeno le più attive, alle quali viene delegato il compito di sovrintendere all'attuazione dei programmi (art.4 della L. n. 865/71 ed art. 5 del d.P.R. n. 1036/72): delega che si trasformerà in competenza primaria soltanto con l'art.93 del d.P.R. n. 616 del 1977.

In particolare, per quanto concerne il Lazio, in data 2 maggio 1975 viene stipulata tra gli Iacp e la Regione la convenzione prevista dall'art. 57 della Legge n. 865/71, che fissa le modalità di progettazione, approvazione ed esecuzione degli interventi di E.R.P.: convenzione che, sia pure a quattro anni di distanza circa dall'entrata in vigore della riforma, definisce i compiti degli Istituti e le modalità attuative degli interventi.

Ne consegue lo sblocco di gran parte dei programmi di edilizia pubblica abitativa per effetto della notevole autonomia operativa di cui gli Iacp possono così godere.

6.- *La Legge n. 513/77 e l'introduzione del c.d. "canone minimo".*

La legge n. 513/77, intanto, istituisce il c.d. "canone minimo", per la prima volta non più ancorato soltanto ai costi di costruzione, ma legato al reddito dell'intero nucleo familiare, distinguendo, tra gli assegnatari, la categoria dei lavoratori dipendenti da quella dei lavoratori autonomi ai fini della determinazione del canone stesso.

La Legge 5 agosto 1978 n. 457 si propone di concludere definitivamente ed in modo positivo il lungo ciclo della riforma: un decennio (1968-78) di intensi ed appassionanti dibattiti che sembrano sfociare nell'auspicata continuità che il previsto Piano di durata decennale dovrebbe assicurare.

Anche l'articolazione del Piano in programmi quadriennali, aggiornabili ogni due anni, e progetti biennali, ai quali è assicurata la copertura finan-

ziaria, sembra in grado di garantire la continuità della spesa attraverso la continuità della programmazione. Una serie di leggi, poi, come la n.10 del 28 gennaio 1977 sul regime dei suoli, la n. 584 dell'8 agosto 1977 di adeguamento delle procedure di aggiudicazione dei lavori alle Direttive della C.E.E., la n. 1 del 3 gennaio 1978 sull'accelerazione delle procedure e la n. 392 del 27 luglio 1978 sull'equo canone, lascia sperare che il difficile cammino della riforma sia veramente giunto a conclusione.

All'atto pratico, però, da un lato emergono nuovi problemi, quale quello relativo al crescente conflitto tra aspirazione ad un miglioramento della qualità ed esigenza di contenimento dei costi, e dall'altro si determinano reazioni di rigetto ai nuovi disposti legislativi, scaturiti anch'essi da soluzioni di compromesso adottate nel clima dei precari equilibri che continuano a caratterizzare le vicende politiche del paese, proprio come già verificatosi nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della L. n. 865/71.

I Comuni, ai quali la L. n. 457/78 affida l'attuazione degli interventi di recupero, rivendicano il ruolo primario anche per la gestione diretta degli interventi di nuova costruzione di edilizia sovvenzionata. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 5 del 25 gennaio 1980, dichiara l'illegittimità costituzionale dei criteri di determinazione delle indennità di esproprio con riferimento ai prezzi agricoli introdotti dalla L. n. 865/71, così come modificata dalla L. n. 10/77. Le scadenze dei termini di proroga dei contratti di locazione in corso ed il conseguente rilascio degli immobili previsto dalla L. n. 392/78 sull'equo canone, ricreano il problema degli sfratti: ed inizia un nuovo ciclo.

L'emergenza, che avrebbe dovuto essere cancellata dal piano decennale, fa di nuovo la sua comparsa, più virulenta che mai. Nelle aree metropolitane il problema degli sfratti si fa drammatico. Il 23 novembre 1980 nelle aree meridionali si verifica un evento ancor più drammatico: il terremoto.

I piani di Edilizia Residenziale Pubblica, sia sovvenzionata che agevolata, accusano ritardi gravissimi, proprio nelle aree più calde: ciò per i ritardi nella programmazione regionale; per la carenza di aree urbanizzate; per il ritardo nella relativa assegnazione, nella stipula delle convenzioni e nel rilascio delle concessioni edificatorie da parte dei Comuni; per la mancata riorganizzazione degli Iacp spesso impotenti di fronte alla concorrenza dei Comuni con i quali non sono stati capaci di allacciare rapporti di collaborazione; per le difficoltà che, sul piano finanziario e procedurale, incontrano imprese e cooperative nell'attuazione degli interventi di edilizia agevolata.

La verità è che il quadro complessivo, scaturito dall'intensa produzione legislativa che va dalla Legge n. 765/67 alla Legge n. 457/78, è così articolato e complesso da risultare incompatibile con la capacità e le possibilità di guida e di controllo da parte della struttura pubblica: è, cioè, un quadro velletario.

Governo e Parlamento non essendo in grado di eliminare, con adeguati provvedimenti, le cause, di cui sono in gran parte responsabili, riprendono la strada, mai completamente abbandonata, dell'emergenza per curare solo gli effetti.

Nasce, così, la Legge 15 febbraio 1980 n. 25 che stanZIA, a favore dei Comuni delle grandi aree metropolitane, consistenti fondi per l'acquisto e la costruzione di alloggi da destinare agli sfrattati. Con deliberazione Cipe vengono definiti le localizzazioni, l'iter procedurale, le modalità di affidamento dei lavori, i criteri per l'individuazione dei beneficiari e la tipologia delle costruzioni. La scelta governativa è precisa: gli interventi debbono essere realizzati dai Comuni che possono avvalersi anche dello strumento della concessione a favore di soggetti ritenuti idonei, mentre agli Iacp resta riservata la competenza per gli interventi ordinari del Piano decennale.

La Legge n. 219/81 conferma lo strumento della concessione per gli interventi straordinari nelle zone terremotate, il più noto dei quali è quello per la realizzazione di 20.000 alloggi a Napoli.

A fronte dei consistenti ritardi conseguenti all'applicazione delle complesse procedure previste dal quadro legislativo vigente, si sceglie deliberatamente, per gli interventi straordinari, la strada dell'accordo diretto con le forze produttive, con l'affidamento alle stesse non solo della costruzione, ma anche di compiti quali quello di progettazione, direzione lavori ed appalto, tradizionalmente propri della struttura pubblica.

Tutto questo sembra avere una logica, che è quella di porre a confronto due metodi e di stimolare così l'attività delle strutture pubbliche istituzionali, gli Iacp, che hanno comunque modo di cimentarsi sul piano dei programmi ordinari, di dimensione ben maggiore di quelli straordinari.

E', però, vero che il cimento è impari se l'Amministrazione comunale, che è responsabile in entrambi i casi dell'assegnazione dell'area e dell'approvazione dei progetti, propende, perché direttamente partecipe, per una delle due forme: per cui il risultato è scontato.

Resta il fatto che il forse eccessivo attaccamento degli Iacp per le modalità tradizionali di progettazione e di appalto, e lo scarso riconoscimento o, addirittura, il rifiuto, dopo le ultime difficoltà di avvio, a praticare approcci innovativi, quali quelli introdotti dalla Legge n. 584/77 e dalla Legge n. 1/78 (art. 12), determinano una situazione di stallo: tanto più grave in quanto gli Iacp hanno anche la possibilità di usufruire dei prefinanziamenti regionali. Gli appalti aggiudicati al massimo ribasso, a prezzi assolutamente inadeguati, comportano il frequente fermo dei cantieri ed il fallimento di molte imprese.

Il rapporto concessorio sembra, allora, dare una risposta più rapida ai bisogni emergenti e, pertanto, politicamente meritevole di particolare considerazione: tanto più da parte dei Comuni che, non disponendo di un'organizzazione e di un'esperienza pari a quella degli Iacp per quanto concerne gli interventi di edilizia abitativa, trovano in questo strumento il mezzo per svolgere in via diretta quell'attività nel campo dell'edilizia sovvenzionata, nel quale rivendicano una propria competenza.

È una linea che sembra avere riscontro anche nell'azione governativa, come dimostra il fatto che la Legge n. 94/82, da un lato finanzia il programma quadriennale 1982-85 del piano decennale, ma dall'altro rifinanzia la Legge n. 25/80 ed aggiunge la previsione di avvio di piani organici di edilizia abitativa anche a contenuto sperimentale, per la cui attuazione,

affidata ai Comuni, è nuovamente previsto il ricorso allo strumento della concessione.

Si tratta, quindi, di una serie di atteggiamenti e di provvedimenti nella sostanza contraddittorii rispetto al quadro istituzionale definito dalla riforma, ma, di fatto, conseguenti alla ricerca di soluzioni politicamente valide, anche se tecnicamente assai meno, e chiaramente attribuibili al non più latente conflitto di competenze tra organismi centrali ed organi decentrati.

La sopravvivenza degli Iacp ancora una volta è legata, più che alla loro funzione istituzionale, all'interesse delle Regioni di poter disporre di organismi specializzati, capillarmente distribuiti sul territorio, eventualmente riorganizzabili secondo opportuni principi e criteri direttivi, attraverso i quali poter svolgere un'unitaria politica edilizia, coerente con le scelte di assetto territoriale effettuate: cosa che non sarebbe possibile realizzare attraverso gli enti locali, sia per l'impossibilità di dotarli delle necessarie strutture operative per l'eterogeneità della loro dimensione, sia per la loro autonomia politica, di linea non sempre coincidente con quella del governo regionale.

7.- *L'ultimo ventennio del XX secolo.*

Negli anni compresi tra la fine degli '80 e la metà dei '90 una serie di Leggi segnano irrimediabilmente il destino degli Iacp. La Legge Regione Lazio n.33/87 segna quello dell'Iacp di Roma: essa istituisce il "canone sociale", un canone massimo molto basso (pari a £.15.000 mensili) da applicare agli assegnatari con un reddito insufficiente anche per la sopravvivenza. Il canone sociale, però, non riesce a coprire neanche i costi di gestione dell'alloggio cui si riferisce (costi per la manutenzione, costi per i servizi accessori).

Il notevole disavanzo di gestione venutosi a creare induce il legislatore ad una produzione continua di norme finalizzate alla dismissione del patrimonio degli Iacp ed al contenimento dei costi. Per quel che concerne l'Iacp di Roma, la Legge Regione Lazio n. 42/91, stabilisce norme sulla vendita dei c.d. "alloggi autofinanziati", cioè costruiti senza il contributo dello Stato, attesa l'inalienabilità del patrimonio di E.R.P. costruito col contributo dello Stato. Mentre la Legge Regione Lazio n. 64/94 modifica la composizione del C.d.A. dell'Iacp, riducendolo a cinque componenti: Presidente, Vice Presidente e tre Consiglieri.

La velleitaria intenzione di garantire un tetto alla più parte dei cittadini meno abbienti, comincia a scontrarsi con l'impossibilità di far quadrare i conti. I costi di una siffatta gestione pesano ormai come un macigno sui bilanci degli Iacp, tanto da indurre il legislatore a rendere alienabile anche il patrimonio costruito con l'intervento dello Stato. L'art.28 della Legge n. 412/91, rompe, quindi, il principio dell'inalienabilità del patrimonio di E.R.P., data la necessità di procurarsi nuove risorse finanziarie (12).

(12) NICOLA ASSINI, *Edilizia Residenziale Pubblica, Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, 13.

La Legge n. 560/93, recante norme in materia di alienazione di alloggi di E.R.P., allarga la nozione di alloggio rispetto a quella contenuta nell'art.28 della Legge n. 412/91, modifica le procedure di alienazione degli alloggi, i requisiti per l'acquisto, i criteri di determinazione del prezzo di cessione, le modalità di utilizzazione dei proventi delle vendite (13).

I piani di vendita, però, non dispiegano gli effetti taumaturgici sperati. Le procedure che la legge impone di seguire necessitano di tempi molto lunghi per essere completate, soprattutto per il fatto che l'Iacp deve acquisire la determinazione del prezzo di alienazione dall'U.T.E.; inoltre, non tutti gli assegnatari intendono acquistare, e, in tal caso, hanno diritto di permanere nell'alloggio in regime di locazione.

Durante gli anni '90 si manifestano, nella loro complessità, tutte le molteplici problematiche che affliggono l'Iacp di Roma, un'esperienza davvero *sui generis* nel panorama nazionale: il problema delle occupazioni abusive, in numero sempre crescente, poi, diventa ingestibile. A fronte di un singolo provvedimento di autotutela che l'Iacp riesce a notificare ed eseguire nei confronti dell'occupante (ordinanza di rilascio) almeno dieci sono le occupazioni senza titolo accertate nel medesimo periodo. Il loro numero è talmente elevato, in questi anni, da indurre il legislatore a promulgare ben due leggi regionali a sanatoria della situazione di fatto venutasi a creare (la Legge Regione Lazio n. 33/87 e la Legge Regione Lazio n. 18/00) ed ormai in altro modo ingestibili. Il problema dell'esecuzione del titolo per il rilascio dell'immobile, poi, non è meramente procedurale. Esso assume connotati sociali e politici. La popolazione sente come aliena e violenta la necessità delle istituzioni di rendere libero e disponibile il proprio patrimonio destinato all'Edilizia Residenziale Pubblica, sebbene a muovere tale necessità sia il gran numero di assegnatari utilmente collocati in graduatoria che vedono lesa il proprio buon diritto ad essere immessi nel possesso dell'alloggio loro assegnato, causa l'occupazione abusiva del medesimo da parte di soggetti non partecipanti al bando di concorso per l'assegnazione, il cui buon diritto, quindi, ove sussista, non è stato accertato. E qui il problema assume anche sfumature etiche sulle quali la politica non può sottrarsi dal riflettere: sarebbe auspicabile interrogarsi, dunque, se, nell'eterna lotta tra poveri, a parità di buon diritto da tutelare (quello alla casa), debba trovare maggiore o pari tutela nelle istituzioni il soggetto che cerchi di vederselo riconosciuto attraverso il rispetto delle regole, o, viceversa, colui che lo faccia utilizzando qualsiasi mezzo, anche se *contra legem*.

Il problema del debito, che espone l'Iacp di Roma a continui pignoramenti mobiliari ed immobiliari soprattutto da parte delle Banche che all'Istituto concedono credito (in particolar modo la Banca di Roma), si fa più rilevante quando viene istituita l'imposta comunale sugli immobili (I.C.I.) che anche l'Iacp è tenuto a corrispondere, quale proprietario, ai Comuni. Dall'anno di istituzione dell'imposta fino al gennaio 2005 (data in cui l'Iacp di Roma corrisponde al Comune di Roma, con il finanziamento

(13) NICOLA ASSINI, *op. cit.*

della Regione Lazio, per la prima volta, un acconto sul maggiore importo complessivo dovuto per I.C.I.), però, l'Iacp di Roma non ha onorato il debito per I.C.I. nei confronti dei Comuni nel cui territorio insistono le migliaia di alloggi di cui è proprietario: gli importi sono davvero rilevanti per un bilancio già in forte deficit.

L'Iacp di Roma, che può contare sulla proprietà di circa 100.000 alloggi sparsi sul territorio della capitale e della sua provincia, ed il cui canone di locazione è, per un gran numero di alloggi, compreso tra il canone sociale ed un canone di locazione mediamente basso, è costretto ad esborsi ben maggiori (tra cui, da ultima, anche l'I.C.I.) rispetto agli introiti per canoni, quando anche l'inquilinato provveda a corrisponderli. La forte tendenza a non pagare l'affitto è un ulteriore e rilevante problema. Molto probabilmente dovuto alla scarsa sensibilità dell'utente, che non ha la percezione di essere parte di un complesso sistema di *welfare*, il cui meccanismo può bloccarsi, anche definitivamente, se tutti i componenti omettono di dare il proprio necessario apporto.

È difficile far fronte al lento declino verso il quale l'Iacp di Roma va incamminandosi, soprattutto per due ragioni: la reale incapacità politica di dare una risposta pianificata e ragionata all'inesauribile richiesta di alloggi a Roma e Provincia, che si appalesa anche nell'incomunicabilità fra i vari organi deputati, che, ai rispettivi livelli di competenza (Iacp, Comune, Regione), non intendono dialogare, ma soltanto acquisire il primato sulla materia; l'incapacità gestionale da parte della dirigenza apicale dell'Iacp nel riuscire ad attuare, di volta in volta, gli indirizzi politici ricevuti, o anche soltanto di condizionarli, per le molte buone ragioni fin qui esposte, cercando di farli atteggiare in forme diverse.

Le Leggi Regione Lazio nn. 36/96 e 10/01, poi, costituiscono l'ennesimo esempio delle politiche demagogiche adottate nella gestione del problema casa, politiche che mal si conciliano con le attuali necessità di economicità ed efficienza: l'intento di quelle leggi è di creare consenso a fronte di regole i cui costi d'applicazione gravano sull'intera comunità; la giustificazione estetica è di conseguire un pareggio dei bilanci deficitari degli Iacp regionali, in particolare dell'Iacp di Roma.

La Legge Regione Lazio n. 12/99 ribadisce la ripartizione delle competenze tra Regione, Comuni e Iacp in materia di E.R.P.: all'assegnazione degli alloggi, secondo le monitorate necessità del territorio, provvedono i Comuni, attraverso la pubblicazione di appositi bandi di concorso, ora aperti anche a cittadini comunitari e non, purché in possesso di regolare permesso di soggiorno. Alla costruzione, al recupero ed al risanamento degli immobili destinati all'E.R.P. provvedono gli Iacp; come pure alla loro gestione ed amministrazione. L'adozione ed il finanziamento dei piani annuali d'intervento edilizio spetta alla Regione; come pure la determinazione del limite di reddito non superabile dal nucleo familiare se intende accedere all'E.R.P.

8.- *La sfida del XXI secolo.*

Da ultimo, la Legge Regione Lazio n. 30/02, nello strenuo proposito di dare un nuovo corso all'E.R.P., trasforma gli Iacp del Lazio in Aziende

Territoriali per l'Edilizia Residenziale Pubblica (Ater), enti pubblici economici. Dalle ceneri dell'Iacp di Roma nascono tre Ater: l'Ater del Comune di Roma e l'Ater della Provincia di Roma, nonché l'Ater del comprensorio di Civitavecchia. Il C.d.A. di ciascun Ater è composto di sette membri: un Presidente e sei Consiglieri. Le fonti di finanziamento sono: i canoni di locazione; i rimborsi delle spese tecniche generali per i programmi di E.R.P. destinata all'assistenza alloggiativa; i proventi dell'alienazione del patrimonio immobiliare; i proventi derivanti dalle attività previste dall'art. 3 della L.R. n. 30/02.

È senz'altro una svolta epocale quella che il legislatore ha voluto imprimere al settore. La trasformazione degli Iacp in Aziende impone loro l'obbligo di portare il bilancio in pareggio. E le numerose e nuove attività che le Ater, a norma dell'art. 3 sopra citato, potranno svolgere, se sviluppate adeguatamente, potrebbero rilanciare queste Amministrazioni e migliorare la qualità dei servizi che dovranno continuare a prestare. Si pensi all'attività di supporto a Regione, ad Enti Locali e finanche a privati per la progettazione e l'attuazione di interventi di edilizia residenziale nonché per la progettazione e l'attuazione di opere pubbliche connesse all'edilizia residenziale pubblica [art.3 Commi *a*) e *b*)]. Si pensi, ancora, all'attività di ricerca, recupero, sperimentazione e realizzazione di modelli di architettura, anche con ipotesi di sostituzione edilizia per la riqualificazione socio-ambientale dei quartieri, anche in collaborazione con Università, Istituti culturali e di ricerca, Ordini professionali [art.3 Comma *d*)]. Infine, si guardi all'attività di studio, progettazione e realizzazione urbanistico-edilizia, manutentivo-gestionale e di assetto territoriale su incarico di Enti pubblici ed anche di privati [art.3 Comma *e*)].

E se la scelta, affatto politica, di aumentare il numero dei membri dei C.d.A. delle Ater appare poco il linea con le nuove esigenze di economicità vera; se il vincolo, ancora vigente, di concedere in locazione un alloggio al "canone sociale" mal si concilia, ormai, con le nuove esigenze di autofinanziare completamente la propria attività; se il contenzioso in essere con i vari Comuni per la corresponsione dell'I.C.I. necessiterebbe, per una soluzione definitiva e più logica, di un serio, sensibile quanto auspicabile intervento del legislatore; non può sottacersi, del pari, che quest'ultima Legge Regionale, aprendo scenari nuovi ed inattesi alle neonate Ater del Lazio, dimostri la volontà politica di operare un radicale cambiamento nel settore.

Ora, quindi, la partita si gioca al tavolo degli amministratori, di coloro che gestiranno queste Aziende, della classe dirigente. Questo momento storico non concede alibi: il rilancio dell'E.R.P. potrà avvenire nella misura in cui essi sapranno meglio interpretare ed utilizzare la nuova legge. E nella misura in cui riusciranno nuovamente a far giungere sul tavolo della politica le vecchie e sempre attuali problematiche dell'E.R.P., proponendo, con rinnovata forza, soluzioni e programmi. Politica e gestione hanno bisogno di persone che abbiano idee e che sappiano farle ascoltare, e di persone che le sposino e che intendano realizzarle.

Sanzioni CONSOB e giurisdizione dopo la legge “sul risparmio”^(*)

di Pasquale Fava (1) e Marco Fratini (2)

1.1. Premessa

Le questioni di giurisdizione sollevate nell'ambito dei giudizi di impugnazione di provvedimenti sanzionatori adottati dalla CONSOB in esito all'accertamento di violazioni da parte dei soggetti vigilati della disciplina di regolazione del mercato finanziario sono state, negli ultimi anni, sempre più frequenti e ad esito incerto.

Da ultimo, la legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari (legge 28 dicembre 2005, n. 262) ha sancito, con una previsione generale e onnicomprensiva (art. 24, comma 5) (3), la devoluzione al giudice amministrativo della cognizione avverso gli atti adottati dalla CONSOB, dall'ISVAP, dalla COVIP e dall'Antitrust, facendo espressamente salva, con riferimento alla CONSOB, la disposizione prevista dall'art. 195, comma 4, del D.Lgs. 58/98 (d'ora in avanti TUF) – che attribuisce alla Corte d'Appello la competenza a conoscere dell'impugnazione avverso i provvedimenti sanzionatori di cui agli artt. da 187-*quinquiesdecies* a 194 del TUF – ridisegnando in tal modo il quadro normativo di riferimento e ponendo problematiche in ordine alla individuazione della giurisdizione competente a conoscere dei provvedimenti sanzionatori della CONSOB non ricompresi nell'alveo di applicazione dell'art. 195 TUF, vale a dire quelli in materia di *market abuse* (art. 187-*septies* TUF) e di promotori finanziari (art. 196 TUF).

1.2. Il procedimento sanzionatorio CONSOB

Il potere della CONSOB di irrogare sanzioni amministrative nei confronti dei soggetti vigilati, prima della legge comunitaria per il 2004 (legge

(*) Il presente contributo, con l'eccezione del paragrafo 1.2. (esclusivamente redatto da Pasquale Fava), è stato il frutto dell'opera congiunta degli Autori ai quali va imputato in parti eguali.

(1) Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Generale.

(2) Coadiutore presso l'Ufficio Sanzioni amministrative della CONSOB (le opinioni espresse sono strettamente personali e non impegnano l'Istituzione di appartenenza).

(3) “Avverso gli atti adottati dalle Autorità di cui al comma 4 può essere proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio. I termini processuali sono ridotti della metà, con esclusione di quelli previsti per la presentazione del ricorso. Non possono essere nominati consulenti tecnici d'ufficio i dipendenti dell'Autorità sul cui atto verte il ricorso, anche se cessati dal servizio. Restano ferme le disposizioni previste per l'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori dall'articolo 145, commi 4 e seguenti, del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dall'articolo 195, commi 4 e seguenti, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dall'articolo 6 della legge 5 marzo 2001, n. 57, dagli articoli 12, quinto comma, e 19, settimo comma, della legge 7 febbraio 1979, n. 48, dall'articolo 10, sesto comma, della legge 28 novembre 1984, n. 792, dall'articolo 11, comma 5, della legge 17 febbraio 1992, n. 166, e dall'articolo 18-bis, comma 5-bis, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124” (legge 262/05, art. 24, 5° co.).

18 aprile 2005, n. 62) (4), era circoscritto alle violazioni poste in essere dalle società di revisione (art. 163 TUF) e agli illeciti amministrativi consumati dai promotori finanziari (art. 196 TUF). Per le restanti violazioni della disciplina di regolazione del mercato finanziario l'Autorità di vigilanza, ove sussistente l'illecito accertato nell'esercizio del potere di vigilanza, formulava una proposta al Ministero dell'Economia e delle Finanze, cui era demandato il potere di irrogare la sanzione con decreto motivato.

Nel quadro comunitario e nazionale di miglioramento della tutela degli investitori e di rafforzamento dei poteri delle Autorità di vigilanza, la legge comunitaria per il 2004 ha accentrato il potere sanzionatorio in capo alla CONSOB, devolvendo alla stessa non solo il potere di irrogare le sanzioni per abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (violazioni cui la stessa legge assegna anche rilievo amministrativo), ma anche per tutte quelle violazioni (di cui al titolo II della parte V del TUF) prima sanzionate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze su proposta della CONSOB.

La concentrazione del potere sanzionatorio in capo a un unico soggetto è stata temperata dalla formulazione di una serie di principi posti a garanzia del destinatario del provvedimento. La legge comunitaria per il 2004, infatti, ha sancito la soggezione del procedimento sanzionatorio in materia di abusi di mercato ai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie (5), nell'intento di "giurisdizionalizzare" la procedura

(4) Con la legge 18 aprile 2005, n. 62, art. 9, è stata recepita nel nostro Paese la direttiva 2003/6/CE in materia di abusi di mercato, contenente anche disposizioni relative agli assetti amministrativi degli Stati membri necessari ad assicurare il rispetto della normativa in materia.

(5) Particolare rilievo assume il principio della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie, stante la concentrazione del potere sanzionatorio in capo alla stessa Autorità competente ad esercitare entrambe le menzionate funzioni.

La necessità di adeguarsi al richiamato principio si era già manifestata in Francia, dove la Corte di seconda istanza e quella di ultimo grado avevano affermato che l'organizzazione dei procedimenti sanzionatori della *Commission des opérations de Bourse* (oggi *Autorité des Marchés Financiers – AMF*) si poneva in contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in considerazione della mancanza di autonomia tra i servizi della Autorità di regolazione francese che esercitavano le funzioni istruttorie e decisorie spettanti alla COB. Il Legislatore francese, adeguandosi all'orientamento delle corti d'oltralpe, ha adottato una soluzione organizzativa che contempla l'istituzione di un Organo collegiale (*Commission des sanctions*), cui è attribuito in via esclusiva il potere decisorio sui procedimenti avviati dall'Autorità di vigilanza. Tale Organo riveste carattere di terzietà e di indipendenza rispetto all'Autorità di vigilanza, giacché si compone di 12 membri (2 Consiglieri di Stato, 2 Giudici della Corte di Cassazione, 6 esperti della materia e 2 rappresentanti dei soggetti vigilati) nominati direttamente dalle rispettive Istituzioni di appartenenza (nel caso dei Consiglieri di Stato e dei Giudici di Cassazione) o dal Ministro delle Finanze (nel caso degli esperti della materia e dei rappresentanti dei soggetti vigilati, in tale ultimo caso previa consultazione con le associazioni rappresentative dei sindacati e degli impiegati di lavoro).

Nel Regno Unito il principio della separazione delle funzioni è stato applicato operando all'interno della stessa Autorità di vigilanza (*Financial Services Authority – FSA*) una distinzione tra la struttura competente per la fase istruttoria (*Enforcement Division*) e quella competente per la fase decisoria (*Regulatory Decision Committee – RDC*), i cui membri sono nominati dall'Organo di vertice della FSA.

sanzionatoria. L'art. 24, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262 ha poi esteso tali principi (con l'aggiunta di quello della facoltà di denuncia di parte) a tutti i procedimenti sanzionatori di competenza della CONSOB.

La disciplina del procedimento sanzionatorio è contenuta in tre disposizioni di rango primario (l'art. 187-*septies* TUF, l'art. 195 TUF e l'art. 196 TUF) – che scandiscono in modo uniforme il procedimento di irrogazione delle sanzioni, rispettivamente, per fattispecie di *market abuse*, per violazioni ricomprese nell'alveo applicativo dell'art. 195 TUF e nei confronti dei promotori finanziari – integrate da tre delibere (6) adottate dalla CONSOB per definire i profili organizzativi, l'articolazione e i termini di conclusione della procedura sanzionatoria.

Il procedimento, in attuazione del principio di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, si articola in due distinte fasi: quella istruttoria e quella decisoria. La prima è a sua volta articolata in due subfasi, affidate a distinte unità organizzative: la prima, denominata “parte istruttoria di valutazione delle deduzioni”, è svolta dalla Divisione competente per materia; la seconda, denominata “parte istruttoria della decisione”, è affidata al neoistituito Ufficio Sanzioni Amministrative.

La parte decisoria del procedimento è di competenza esclusiva della Commissione.

Il procedimento sanzionatorio ha avvio con la formale contestazione degli addebiti al soggetto nei cui confronti è stata accertata la violazione delle norme di regolazione del mercato finanziario.

L'atto di contestazione notificato all'interessato incorpora gli esiti dell'attività di vigilanza svolta dalla CONSOB, attività che si sostanzia nell'esercizio autoritativo di poteri informativi e ispettivi-strumentali alla tutela degli interessi pubblici (stabilità, competitività, buon funzionamento del sistema finanziario nonché tutela degli investitori) devoluti dal Legislatore alla cura dell'*Authority* – e che implica, nella valutazione dei fatti, l'impiego di competenze specialistiche ad elevato tasso tecnico-discrezionale.

Gli esiti dell'attività di vigilanza confluiscono dunque nel procedimento sanzionatorio – che di tale attività rappresenta il logico completamento – assumendo carattere di lesività concreta della sfera giuridica del destinatario solo nel caso di irrogazione della sanzione corrispondente alla violazione accertata. Diversamente e fino al momento della conclusione del procedimento sanzionatorio, l'attività di vigilanza che ha condotto all'accertamento della violazione risulta insuscettibile di menomare la situazione giuridica del destinatario e pertanto inidonea a configurare l'interesse all'im-

(6) Trattasi della Delibera n. 15085 del 2005 di “Integrazione della Delibera n. 13144 del 2001 recante l'istituzione di funzioni di collaborazione con il Direttore Generale nello svolgimento di compiti di coordinamento”; della Delibera n. 15087 del 2005 recante “Modalità di esercizio dei poteri di vigilanza” e della Delibera n. 15131 del 2005 contenente “Modifiche e integrazioni al regolamento concernente la determinazione dei termini di conclusione delle unità organizzative responsabili dei procedimenti della CONSOB”.

pugnazione. Con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale sul legittimo esercizio della funzione di vigilanza riguarderà non già l'atto di accertamento ma il provvedimento sanzionatorio che ne recepisce, in tutto o in parte, il contenuto.

Dalla data di contestazione degli addebiti decorre il termine di conclusione del procedimento, fissato in trecentosessanta giorni se l'interessato risiede in Italia, di cinquecentoquaranta se risiede all'estero.

Dalla notificazione delle contestazioni decorre il termine decadenziale di centoventi giorni entro i quali il destinatario del procedimento può esercitare le garanzie partecipative mediante le quali si attua il suo diritto di difesa, consistenti nella facoltà di accedere agli atti del procedimento, di presentare memorie e documenti e di essere audito.

La Divisione competente per materia, valutate le deduzioni di parte o decorso il termine per l'esercizio del diritto di difesa, trasmette all'Ufficio Sanzioni Amministrative gli atti del procedimento con proprie valutazioni.

L'avvio della seconda parte dell'istruttoria viene comunicata dall'Ufficio Sanzioni Amministrative all'interessato, con contestuale trasmissione dell'atto contenente le valutazioni formulate dalla Divisione all'esito della prima parte dell'istruttoria.

L'interessato ha facoltà di esercitare il diritto di difesa anche dinanzi all'Ufficio Sanzioni Amministrative, con le stesse facoltà di cui dispone nella prima parte dell'istruttoria, entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione di avvio della seconda fase dell'istruttoria.

L'Ufficio Sanzioni Amministrative, esaminati gli atti del procedimento con particolare riguardo alle deduzioni difensive presentate dagli interessati, formula le proprie conclusioni in ordine alla sussistenza o meno degli addebiti contestati e alla quantificazione della eventuale sanzione da applicare.

La relazione dell'Ufficio è trasmessa alla Commissione, che assume la decisione sulla base degli atti acquisiti al procedimento e delle conclusioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative (7).

2.1. La giurisprudenza ante legem n. 262/2005 sull'art. 195 TUF

I provvedimenti sanzionatori irrogati dalla CONSOB ai sensi dell'art. 195 del TUF, afferenti le fattispecie sanzionatorie contemplate dagli artt. 187-*quinquiesdecies* – 194 del TUF, sono devoluti, per espressa previsione dello stesso art. 195 (comma 4), alla giurisdizione del giudice ordinario. L'impugnazione avverso tali provvedimenti, che si caratterizza per l'estrema rapidità del rimedio, si propone con ricorso alla Corte d'Appello, la quale decide in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, con decreto motivato.

(7) La disciplina primaria e quella adottata dalla CONSOB in attuazione di essa non prevedono l'esercizio del diritto di difesa nella fase decisoria del procedimento. Ciò non appare configurare alcuna violazione del diritto di difesa del destinatario dell'azione amministrativa, giacché le deduzioni formulate dall'interessato e la documentazione dallo stesso prodotta nel corso del procedimento vengo-

La sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, legata all'originaria formulazione del testo dell'art. 195 TUF, è stata revocata in dubbio per effetto del sopravvenire dell'art. 33 del D.Lgs. 80/98, come modificato (dopo la declaratoria di incostituzionalità (8) dalla legge n. 205 del 2005, che ha disposto la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare.

Non appaiono sussistere dubbi circa la riconducibilità dei provvedimenti sanzionatori alla funzione di vigilanza, in quanto il potere esercitato nell'ambito di un procedimento volto all'accertamento di fatti violativi delle disposizioni che regolano i mercati finanziari e all'irrogazione della corrispondente sanzione costituisce la manifestazione concreta e il completamento dell'attività di vigilanza. Ciò dovrebbe implicare l'attrazione delle controversie relative ai menzionati provvedimenti sanzionatori nell'alveo applicativo dell'art. 33 D.Lgs. 80/98, così configurandosi un conflitto tra tale previsione e l'art. 195, comma 4, TUF.

L'antinomia *de qua* può essere risolta utilizzando il criterio cronologico (*lex posterior*) o quello della specialità (*lex specialis*).

Applicando il criterio cronologico, la previsione di cui all'art. 33 D.Lgs. 80/98, come modificata dalla legge 205/2000, determinerebbe l'abrogazione tacita per incompatibilità della disposizione di cui all'art. 195, comma 4, del TUF, con conseguente devoluzione delle controversie in materia di provvedimenti sanzionatori CONSOB alla giurisdizione esclusiva del G.A. Contro tale ricostruzione, tuttavia, è intervenuto il Legislatore che con la riforma dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) ha confermato la giurisdizione dell'A.G.O. (Corte d'Appello), così manifestando e ribadendo una *voluntas legis* protesa

no non solo valutate dalle strutture deputate all'istruttoria ma anche deliberate direttamente dallo stesso Organo titolare del potere decisorio, in quanto facenti parte del fascicolo contenente la documentazione acquisita agli atti sulla cui base la Commissione, fino a tale momento rimasta estranea agli sviluppi dell'*iter* procedimentale, assume la decisione finale, in posizione di terzietà anche rispetto alle strutture interne che hanno curato l'istruttoria del procedimento, la cui partecipazione alla fase decisoria è espressamente esclusa dalle disposizioni interne in attuazione del principio di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

Di diverso avviso il Consiglio di Stato, che in un parere del 13 aprile 1999, n. 485 reso al Ministero dell'Economia e delle Finanze con riferimento alla procedura sanzionatoria disciplinata dal testo unico bancario (analoga a quella prevista dal testo unico finanziario) ha ritenuto che per assicurare il diritto di difesa dell'interessato fosse necessario garantire il contraddittorio anche dinanzi all'Organo titolare del potere decisorio (al tempo il Ministero dell'Economia e delle Finanze).

(8) Cfr. Corte Cost. 17 luglio 2000, n. 292.

(9) L'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 5/03 prevede, infatti, che "spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli articoli 145 decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e 195 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58" e la delega prevista dall'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 36 vieta interventi di modifica alla competenza per territorio e materia ("Il Governo è inoltre delegato ad emanare norme che, senza modifiche della competenza per territorio e per materia, siano dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti nelle seguenti materie: a) diritto societario, comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni socia-

alla devoluzione alla giurisdizione ordinaria della cognizione dei ricorsi avverso i provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 195 TUF (9).

L'eventuale risoluzione dell'antinomia normativa attraverso l'applicazione in via alternativa del criterio di specialità implicherebbe preliminarmente individuare tra le due norme in conflitto quella avente carattere di specialità (indi prevalente). Della questione è stata più volte investita la Corte di Cassazione (10), la quale, con orientamento tendenzialmente unanime, ha statuito la specialità (e, dunque, la prevalenza) dell'art. 195 TUF rispetto all'art. 33 D.Lgs. 80/98.

La Corte regolatrice fonda tale orientamento sulla ritenuta portata generale dell'art. 33 D.Lgs. 80/98 – che avrebbe “*introdotto un nuovo e generale assetto dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi, tra l'altro, quelli afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare*” (11) – attribuendo carattere di “*indubbia specialità*” all'art. 195 TUF. La prevalenza di tale norma rispetto alla disciplina sopravvenuta sarebbe confermata, secondo la Corte regolatrice, dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 5/03 (12), che ribadisce la giurisdizione della Corte d'Appello in materia di provvedimenti sanzionatori CONSOB originariamente prevista dall'art. 195 TUF, nonché dal dato letterale dell'art. 6 legge 57/01, che, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso i provvedimenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie adottate dal Ministero delle Attività Produttive per la violazione di norme sull'esercizio delle assicurazioni private, confermerebbe implicitamente che la giurisdizione del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori adottati da Autorità di vigilanza sui mercati in cui operano soggetti autorizzati all'esercizio di attività che si risolvono nella prestazione di un pubblico servizio non sarebbe sancita automaticamente dall'art. 33 D.Lgs. 80/98 essendo, per converso, necessaria una previsione *ad hoc* (13) (mancante in relazione ai provvedimenti sanzionatori CONSOB).

Sul piano sostanziale si osserva, altresì, che la natura del potere sanzionatorio esercitato dalla CONSOB confermerebbe i risultati dell'esegesi nor-

li ed ai patti parasociali; b) materie disciplinate dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, e dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”).

(10) Cfr. Cass., S.U., 24 gennaio 2005, n. 1362; Id. 18 marzo 2004, n. 5535; Id. 23 gennaio 2004, n. 1235.

(11) Così Cass., S.U., 24 gennaio 2005, n. 1362.

(12) “*Restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione. Spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli articoli 145 decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e 195 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*”.

(13) Cfr. MAZZA S., *La giurisdizione in materia di sanzioni adottate nell'esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Consiglio di Stato*, 2005, 121 ss.

mativa in quanto, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente (14), esso si configurerebbe quale esercizio di un potere vincolato, la cui modalità di esplicazione risulterebbe rigidamente predeterminata dalla legge e, pertanto, non implicherebbe ponderazione di interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere medesimo, essendo quest'ultimo teso all'irrogazione della sanzione nei confronti dell'autore dell'illecito secondo un procedimento di accertamento della corrispondenza tra fatto, norma e provvedimento. Di talché, l'incidenza della sanzione sulla sfera del destinatario comporterebbe la compressione di una situazione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo, tutelata dinanzi al giudice ordinario.

2.2. (segue) ...sull'art. 187-septies TUF (market abuse).

L'art. 9 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria per il 2004), in una prospettiva di rafforzamento della stabilità del mercato finanziario, innovando le disposizioni già previste in materia dal TUF, ha attribuito anche rilevanza amministrativa alle condotte ai abuso di informazioni privilegiate (*insider trading*) e di manipolazione del mercato (*market manipulation*). Accanto alle sanzioni penali (come risultanti dalla riformulazione normativa) si è introdotta la possibilità per la CONSOB di attivare anche un procedimento amministrativo sanzionatorio, analogo a quello disciplinato dall'art. 195 TUF, teso all'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi delle fattispecie illecite di *market abuse*.

Conformemente a quanto previsto dall'art 195 TUF, l'art. 187-septies devolve alla giurisdizione dell'A.G.O. (Corte d'Appello) i giudizi avverso i provvedimenti sanzionatori CONSOB *in subiecta materia*.

Si conferma, in tal modo, la *voluntas legis* di investire il giudice ordinario dei ricorsi avverso le sanzioni adottate dalla CONSOB in materia di *market abuse* introducendo una specifica disposizione normativa sulla giurisdizione in relazione a tale tipologia di controversie, per la quale, peraltro, non dovrebbero profilarsi interferenze insormontabili con la disciplina dell'art. 33 D.Lgs. 80/98, essendo quest'ultima una norma generale e precedente la sopravvenuta disciplina speciale.

2.3. (segue) ...sull'art. 196 TUF (promotori finanziari).

Un'ulteriore tipologia di procedimento sanzionatorio è quella prevista dall'art. 196 del TUF, concernente la violazione, da parte dei promotori finanziari, della normativa primaria o secondaria, sanzionata – alternativamente e secondo un criterio progressivo che tiene conto della gravità del fatto e dell'eventuale recidiva del suo autore – con il richiamo scritto, la sanzione pecuniaria, la sospensione da uno a quattro mesi dall'albo dei promotori finanziari, la radiazione dall'albo.

(14) La giurisprudenza amministrativa in un primo tempo aveva affermato la natura discrezionale del potere ma, successivamente si è attestata su posizioni simili a quelle consolidate nella giurisprudenza della Cassazione.

La menzionata disposizione non contiene previsioni espresse in punto di giurisdizione.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con sentenza 11 luglio 2001, n. 9383 (fattispecie relativa ad un giudizio incardinato anteriormente all'entrata in vigore della legge 205/2000), hanno affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

Le argomentazioni su cui la Corte regolatrice ha fondato il proprio orientamento fanno leva sul rinvio operato dall'art. 196, comma 3, TUF alla legge 689/81 nonché su di un criterio ermeneutico *a contrario*, che, avvalendosi dell'espressa esclusione dell'art. 16 legge 689/1981 dall'ambito del menzionato rinvio, comporta l'applicazione di tutte le altre disposizioni della legge generale sulla depenalizzazione, ivi compresa quella che devolve all'A.G.O. l'opposizione avverso le sanzioni in materia di intermediari finanziari (art. 22 *bis*, comma 2, lett. *f*).

La lettera della norma sarebbe corroborata, secondo il ragionamento della Corte regolatrice, dall'interpretazione logico-sistematica: la legge prevede che la scelta tra le quattro sanzioni previste dall'art. 196 TUF sia effettuata dalla CONSOB "*in base alla gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva*", sicché il contenuto del provvedimento sanzionatorio sarebbe correlato *ex lege* esclusivamente all'entità dell'illecito ascritto al promotore finanziario – in esito all'accertamento oggettivo della rispondenza del fatto alla fattispecie descritta dal legislatore e dell'eventuale recidiva – e, pertanto, non involgerebbe e non implicherebbe quella ponderazione di interessi (l'interesse pubblico generale alla stabilità del mercato e alla tutela degli investitori con quello dei soggetti vigilati) che tipicamente caratterizza la discrezionalità amministrativa. Il potere amministrativo esercitato dalla CONSOB nell'irrogazione della sanzione, in altre parole, assumerebbe carattere vincolato, in quanto il criterio legale che ne orienta e ne legittima l'esplicazione risiederebbe nell'accertamento oggettivo del fatto e nella commisurazione, secondo parametri predeterminati e non discrezionali, della sanzione all'entità della violazione.

Né potrebbe sostenersi, secondo la Corte di Cassazione, che la giurisdizione del giudice ordinario sussiste soltanto quando viene inflitta la sanzione pecuniaria (ritenuta afflittiva), mentre quando viene irrogata una delle altre tre sanzioni (15) (ritenuta ripristinatoria) il giudice competente a conoscerne sarebbe quello amministrativo. Un tale riparto di giurisdizione – che affonda le proprie radici nella distinzione tra sanzione afflittiva (volta a garantire l'osservanza della norma e a prevenire future violazioni della stessa, nei cui confronti il soggetto inciso è titolare di una situazione di diritto soggettivo tutelabile dinanzi al giudice ordinario), e sanzione ripristinatoria (volta, per converso, a realizzare l'interesse pubblico al cui soddisfacimento è preordinata la funzione amministrativa assistita dalla sanzione, nei confronti della quale il soggetto inciso è

(15) Vale a dire quella della radiazione o della sospensione dall'albo unico dei promotori finanziari ovvero del richiamo scritto.

titolare di una situazione soggettiva di interesse legittimo) – appare irragionevole, atteso che identifica il giudice dell'impugnativa in ragione della qualità della sanzione irrogata pur a fronte di un sindacato giurisdizionale che potrebbe coinvolgere la legittimità dello stesso procedimento. Peraltro, a riprova dell'inopportunità di un criterio che identifichi la giurisdizione in ragione della natura della sanzione irrogata, si segnala che, a seguito della riforma del 1999, la legge 689/1981 si applica non solo alle sanzioni amministrative pecuniarie, ma anche alle sanzioni “di natura diversa da quella pecuniaria” (art. 22 *bis*, introdotto dall'art. 98 del D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507) (16).

Con l'entrata in vigore della legge 205/2000, che ha riformulato l'art. 33 del D.Lgs. 80/1998 disponendo la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare, si è posta la medesima questione sollevata con riferimento ai provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 195 del TUF circa la prevalenza, ai fini dell'individuazione della giurisdizione, dell'una (art. 196 del TUF) o dell'altra (art. 33 del D.Lgs. 80/1998) previsione normativa.

La prevalente giurisprudenza ordinaria (17) e amministrativa (18) ha risolto l'antinomia con argomentazioni analoghe a quelle utilizzate in relazione ai provvedimenti sanzionatori previsti dall'art. 195 TUF, riconoscendo la giurisdizione del giudice ordinario (Tribunale civile) in ragione della natura speciale dell'art. 196 TUF nonché alla luce del rinvio “parziale” da essa operato alla legge 689/81 (esclusione del solo art. 16), idonea di per sé a fondare la competenza del Tribunale ordinario.

Tale orientamento troverebbe conforto nella circostanza che l'applicazione della legge 698/81 – e con essa delle norme che devolvono al giudice ordinario la tutela giurisdizionale nei confronti di tutti i provvedimenti sanzionatori – era comunque già disposta dall'art. 45 del D.Lgs. 415/96 e dalla legge 1/91. Sul piano sostanziale si è, altresì, osservato che la giurisdizione ordinaria sarebbe imposta dalla natura della situazione soggettiva del destinatario del provvedimento sanzionatorio (diritto soggettivo) nonché di quella del potere (vincolato) esercitato dall'Autorità di vigilanza (19).

(16) Cfr. S. A. FREGO LUPI, *Provvedimenti CONSOB e giurisdizione*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 6/2002, p. 683 ss.

(17) Cass., Sez. Un., 22 luglio 2004, n. 13703; Id., S.U., 11 febbraio 2003, n. 1992; Id., S.U. 11 luglio 2001, n. 9383.

(18) Cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, 1 marzo 2006, n. 1564. Anche il Consiglio di Stato (Sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4148) è stato investito della questione, che ha risolto condividendo le argomentazioni della Corte di Cassazione.

Altra parte della giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio, sent. 7 settembre 2001, n. 7236; 21 giugno 2002, n. 5678 e 25 gennaio 2005, n. 561) ha, per converso, ritenuto sussistente la propria giurisdizione in considerazione dell'esercizio di inequivoco potere di vigilanza da parte della CONSOB.

(19) Cfr. BISINELLI S.R. e AMOROSO G., *Competenza giurisdizionale sulle sanzioni irrogate dalla CONSOB ai promotori*, in *Le Società*, 2/2002, p. 195 ss.; Id., *competenza del giudice ordinario in materia di sanzioni inflitte dalla CONSOB*, in *Le società*, 1/2005, p. 49 ss.

3.1. *Il giudice delle sanzioni CONSOB dopo la legge 262/05.*

Come rilevato in premessa, la legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari (28 dicembre 2005, n. 262) ha introdotto all'art. 24, comma 5, una disposizione che devolve al giudice amministrativo la giurisdizione sui ricorsi proposti contro gli *atti* delle Autorità indicate al comma 4, tra le quali è enunciata la CONSOB.

Tale disposizione, a prima lettura, sembrerebbe presentare potenziali capacità dirompenti, tali da incidere sullo *status quo ante* normativo e giurisprudenziale in ordine alla individuazione della giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della CONSOB.

Si potrebbe, per vero, essere tentati di “mettere a tacere” tale disposizione attribuendole natura meramente ricognitiva, per tale inidonea a fondare la giurisdizione di un giudice non individuato *aliunde* come competente. Ma siffatto tentativo contrasterebbe irragionevolmente con il principio che postula che ogni norma, per sua natura, si intende precettiva e dispositiva, salvo eccezione espressa o manifesta (nel caso di specie mancante).

Percorrendo una via alternativa, ma volta anch'essa a privare la disposizione in parola di effetti sul crinale del riparto di giurisdizione in materia di sanzioni CONSOB, si potrebbe tentare di escludere dal suo campo di applicazione i provvedimenti sanzionatori attraverso un'argomentazione volta a dimostrare che questi ultimi non sarebbero ricompresi nella nozione (generica e) generale di “atti” utilizzata dal legislatore della riforma (comma 5) per delineare i confini della giurisdizione del giudice amministrativo.

Mettendo da parte ogni considerazione generale e astratta sulla (evidente ed inequivoca) sussumibilità dei provvedimenti sanzionatori nella categoria “atti”, è lo stesso legislatore a fugare ogni ragionevole dubbio. I provvedimenti sanzionatori, difatti, sono implicitamente e logicamente qualificabili “atti”, giacché ove il Legislatore ha voluto escludere taluni provvedimenti sanzionatori dalla devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo lo ha sancito espressamente (l'art. 24, 5° co. legge 262/05 fa salvo, per l'appunto, quanto previsto dall'art. 195, comma 4, TUF). Se il legislatore, utilizzando il termine “atti”, avesse davvero inteso escludere dall'alveo applicativo i provvedimenti sanzionatori, non avrebbe avuto alcuna ragione di introdurre una specifica disposizione che sottrae alla giurisdizione del G.A. taluni provvedimenti sanzionatori (e cioè quelli di cui all'art. 195, 4° co., TUF).

Resta, pertanto, indubbia l'applicazione dell'art. 24, comma 5, della legge 262/05 ai provvedimenti sanzionatori, salvo a verificarne, nel conflitto con le norme che diversamente dispongono in punto di giurisdizione, la prevalenza ovvero la soccombenza.

3.2. *Quale rapporto tra l'art. 24, 5° co., legge 262/05 e l'art. 33 D.Lgs. 80/98?*

Nel valutare l'incidenza dell'art. 24, 5° co., legge 262/05 sul quadro normativo vigente e le sue conseguenze in punto di giurisdizione occorre, in via preliminare, interrogarsi se tale norma abbia una reale portata innovativa rispetto a quanto già previsto dall'art. 33 D.Lgs. 80/98.

Se si pongono a confronto le due norme è possibile rilevare che l'art. 24, comma 5, della legge 262/2005 non sancisce *expressis verbis* la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma individua nel tribunale amministrativo regionale del Lazio il giudice dinanzi al quale proporre ricorso avverso gli atti adottati dalla CONSOB, a differenza dell'art. 33 del D.Lgs. 80/98 che devolve espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare.

Occorre a questo punto domandarsi se il Legislatore del 2005 abbia volutamente formulato la disposizione normativa senza prevedere espressamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto intenzionato a modificare l'assetto del riparto di giurisdizione disegnato dal D.Lgs. 80/98, determinando il passaggio dal regime di giurisdizione esclusiva a quello generale di legittimità del giudice amministrativo; oppure abbia ritenuto il carattere esclusivo della giurisdizione amministrativa implicito (20) nella formulazione della disposizione normativa, che devolve l'universalità degli *atti* adottati dalla CONSOB al sindacato del tribunale amministrativo regionale del Lazio.

L'adesione alla prima delle alternative prospettate comporterebbe che il giudice amministrativo sarebbe investito di giurisdizione di legittimità (non più esclusiva) sui provvedimenti sanzionatori della CONSOB per effetto della sopravvenienza dell'art. 24, 5° co., legge 262/05 all'art. 33. D.Lgs. 80/98, mentre la preferenza per la seconda equivarrebbe alla sopravvivenza della giurisdizione esclusiva nonché, sotto il profilo del rapporto normativo tra l'art. 24, 5° co., legge 262/05 e l'art. 33 D.Lgs. 80/98, l'identità di effetti e la sovrapposizione tra le due norme (21).

Agli effetti della problematica che ci occupa, l'adesione all'una o all'altra delle interpretazioni prospettate non sposta la conclusione cui in entrambi i casi si perviene, e cioè che l'art. 24, 5° co., legge 262/05 non pone questioni di giurisdizione nuove rispetto a quelle già sollevate dall'art. 33 D.Lgs. 80/98, risolvendosi i suoi effetti o nel ribadire una giurisdizione esclusiva già sancita *aliunde* oppure nel "trasformare" la giurisdizione del giudice amministrativo sull'attività della CONSOB da esclusiva in giurisdizione di legittimità.

Tale conclusione sarebbe già di per sé sufficiente a consentire di mutuarne le argomentazioni e le soluzioni proposte dalla giurisprudenza di legittimità e amministrativa in ordine al conflitto generato dall'art. 33 D.Lgs.

(20) Pur se è noto come la giurisdizione esclusiva debba essere espressamente riconosciuta dal legislatore come deroga alla generale giurisdizione dell'A.G.O. in materia di diritti soggettivi.

(21) Sotto il profilo oggettivo, l'art. 33 D.Lgs. 80/98 devolve al giudice amministrativo le controversie afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare, mentre l'art. 24, 5° co., legge 262/05 individua nel T.A.R. del Lazio il giudice degli *atti* adottati dalla CONSOB. La previsione della norma del 2005 è sicuramente più generale rispetto a quella del 1998 e, dunque, astrattamente più ampia. Ma l'attività istituzionale provvedimentoale della CONSOB si esplica attraverso l'esercizio del potere di vigilanza sul mercato mobiliare, sicché, concretamente, l'ambito oggettivo delle riferite norme finisce per coincidere.

80/98, così assegnando all'art. 24, comma 5, legge 262/05 carattere di norma generale, derogata dalle disposizioni speciali del TUF che diversamente prevedono in punto di giurisdizione sulle sanzioni CONSOB.

Ad analoghi risultati si perviene anche rilevando che sostanzialmente l'art. 24, 5° co., legge 262/05 non prevede espressamente né una giurisdizione di legittimità né una esclusiva. È noto che in mancanza di espressa previsione la giurisdizione del giudice amministrativo deve intendersi come di legittimità. Tuttavia, preesiste una disposizione, l'art. 33 D.Lgs. 80/98, che prevede la giurisdizione esclusiva del G.A. Se quindi la disciplina sopravvenuta avesse voluto abrogare la normativa preesistente l'avrebbe dovuto fare espressamente precisando che in materia, per il futuro, la giurisdizione del G.A. avrebbe dovuto essere riportata a quella generale di legittimità. In mancanza di ciò potrebbe, pertanto, anche ritenersi che l'art. 24, 5° co., legge 262/05 non sia *in parte qua* una disposizione innovativa.

3.3 (segue) le sanzioni ex art. 195 TUF sono devolute alla Corte d'Appello.

In forza della riferita conclusione, i provvedimenti sanzionatori ex art. 195 TUF sarebbero devoluti alla cognizione del giudice ordinario (Corte d'Appello).

In tal senso, peraltro, depone espressamente la stessa legge per la tutela del risparmio (art. 24, 5° co.), la quale esclude *expressis verbis* dall'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo i provvedimenti sanzionatori adottati ai sensi dell'art. 195 TUF.

3.3.1. (segue) e le sanzioni su market abuse e promotori finanziari? La tesi favorevole all'A.G.O.

Più complesso, invece, il discorso per le sanzioni irrogate in relazione a condotte di abuso di mercato e nei confronti di promotori finanziari.

La ragione per la quale il Legislatore della riforma del risparmio ha disposto un'eccezione espressa dalla generale devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo soltanto per le sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 195 del TUF e non per quelle inflitte ai sensi dell'art. 187-*septies* e 196 – ancorché queste ultime siano sostanzialmente affini alle prime per tipologia di illeciti sanzionati e speculari per procedimento accertativo del fatto e applicativo della sanzione – appare il frutto di un'autentica svista redazionale che potrebbe comportare qualche incertezza in punto di individuazione del giudice competente a conoscere dei provvedimenti sanzionatori ex art. 187-*septies* e 196 del TUF.

In relazione alle sanzioni irrogate per condotte integranti fatti di *market abuse*, l'alternativa che si pone è tra devoluzione al giudice amministrativo – per effetto della successione di leggi nel tempo e della conseguente abrogazione tacita dell'art. 187-*septies* per opera dell'art. 24, comma 5, della legge 262/2005 – e devoluzione al giudice ordinario – per effetto del carattere speciale dell'art. 187-*septies* del TUF che ne determina la prevalenza, in deroga, sull'art. 24, comma 5, della legge 262/2005.

Nello sforzo di indicare le possibili soluzioni che potrebbero essere proposte dalla giurisprudenza che per prima sarà chiamata ad occuparsi della

questione, sulla scorta degli orientamenti della Corte regolatrice e del Consiglio di Stato manifestatisi nel previgente quadro normativo (22) – che hanno attribuito prevalenza alle disposizioni del TUF sulla diversa previsione contenuta nell'art. 33 del D.Lgs. 80/98 (come sostituito dalla legge 205/2000), riconoscendo alle prime carattere speciale e rilevando, sul piano sostanziale, la rispondenza della giurisdizione ordinaria alla natura della situazione soggettiva del destinatario del provvedimento, qualificata in termini di diritto soggettivo, a fronte di una attività vincolata della CONSOB – potrebbe ritenersi che i giudici probabilmente faranno ricorso al criterio di specialità, con conseguente devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario (Corte d'Appello).

Una tale opzione ermeneutica tiene conto, peraltro, dell'affinità sussistente, sul piano sostanziale, tra le fattispecie sanzionate ai sensi dell'art. 195 del TUF e quelle sanzionate ai sensi dell'art. 187-*septies* del TUF – tutte violative di norme poste a tutela dei medesimi pubblici interessi, vale a dire quelli alla stabilità, alla competitività e al buon funzionamento del sistema finanziario, nonché alla tutela degli investitori – e della analogia esistente, sul piano formale e strutturale, tra i rispettivi procedimenti di accertamento della violazione e di irrogazione della sanzione, al punto che prevedere una diversa giurisdizione per tali fattispecie parrebbe davvero irragionevole.

La risoluzione dell'antinomia attraverso il criterio della *lex specialis* troverebbe, del resto, ulteriore conforto nel fatto che l'art. 24, 5° co., legge 262/05, *ut supra* rilevato, non pone questioni di giurisdizione nuove rispetto a quelle sollevate dall'art. 33 D.Lgs 80/98, sicché il criterio della specialità già adottato dalla giurisprudenza con riferimento a tale disposizione dovrebbe ritenersi valido anche con riguardo alla normativa sopravvenuta.

Anche in relazione ai provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 196 TUF (irrogati nei confronti dei *promotori finanziari*), si pone la medesima alternativa tracciata per le sanzioni avverso condotte di *market abuse*, vale a dire, devoluzione al giudice amministrativo, per effetto della successione di leggi nel tempo e della conseguente abrogazione tacita dell'art. 196 TUF per opera dell'art. 24, comma 5, della legge 262/2005, ovvero devoluzione al giudice (tribunale) ordinario per effetto del carattere di specialità riconosciuto all'art. 196 TUF e del rinvio ivi contenuto alla legge 689/81 (incluse le disposizioni sulla giurisdizione).

Qui potrebbe sussistere un'ulteriore opzione ermeneutica rappresentata dalla possibilità di devolvere la cognizione dei ricorsi avverso i provvedimenti *de quibus* al giudice ordinario, ma con competenza della Corte d'Appello anziché del Tribunale, similmente a quanto previsto per i provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 195 TUF, in ragione del fatto che l'art. 24, comma 5, della legge 262/2005 fa salvo l'art. 195, comma 4, TUF che, *ex litteris*, attribuisce alla Corte d'Appello la cognizione dei ricorsi avverso i provvedimenti sanzionatori previsti dal Titolo II del TUF, di cui fa parte anche l'art. 196.

(22) Cfr. *sub* note 3-6.

Il criterio ermeneutico strettamente letterale cui è ancorata tale opzione interpretativa, tuttavia, confligge con il dato, parimenti letterale, sulla scorta del quale risulta che l'art. 195, comma 1, TUF decreta la salvezza di quanto diversamente previsto dall'art. 196 del TUF, e ciò a significare la non omologazione (e, anzi, la indipendenza) delle due fattispecie (195 e 196 del TUF). Ma ciò che ancor più induce a ritenere non percorribile l'opzione ermeneutica *de qua* è un incontrovertibile e dirimente dato sostanziale, rappresentato dal fatto che, anteriormente alla legge 262/2005, l'art. 195, comma 4, del TUF non individuava la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori irrogati ex art. 196 TUF. Tant'è che tale giurisdizione veniva fondata sulla scorta del rinvio operato dall'art. 196 TUF alla legge 689/81, con conseguente attribuzione della competenza al tribunale ordinario ai sensi dell'art. 22 *bis* di tale legge, proprio in mancanza di un elemento idoneo ad ancorare la giurisdizione alla previsione dell'art. 195 TUF. Se, dunque, prima della legge 262/2005 l'art. 195 del TUF non incorporava la giurisdizione sui provvedimenti di cui all'art. 196 del TUF, non si vede come ciò sia possibile dopo l'intervento legislativo del 2005, intervento che si limita a disporre la salvezza dell'art. 195, comma 4, del TUF.

Distratta tale opzione ermeneutica, resta da dipanare l'alternativa tra giudice (tribunale) ordinario e giudice amministrativo, di riflesso, rispettivamente, all'adesione al criterio della specialità piuttosto che a quello cronologico. In ausilio alla giurisprudenza che per prima dovrà occuparsi della questione potrebbero proporsi le considerazioni già espresse in merito al conflitto tra l'art. 24, comma 5, della legge 262/2005 e l'art 187-*septies* del TUF.

Facendo leva sulle argomentazioni svolte dalla Corte regolatrice nella risoluzione dell'antinomia generata dall'entrata in vigore dell'art. 33 del D.Lgs. 80/1998, stanti l'acclarata specialità delle norme del TUF, la natura vincolata del potere esercitato dall'*Authority* nell'irrogazione della sanzione e la qualificazione della situazione del soggetto inciso dalla sanzione in termini di diritto soggettivo, potrebbe anche in tal caso ritenersi applicabile il criterio della *lex specialis* attribuendo prevalenza all'art. 196 del TUF in deroga alla disposizione generale sulla giurisdizione in materia di atti della CONSOB prevista dall'art. 24, comma 5, della legge 262/2005.

La risoluzione del conflitto normativo attraverso lo stesso criterio già adottato dalla giurisprudenza per l'antinomia generata dalla sopravvenienza dell'art. 33 D.Lgs. 80/98 all'art. 196 TUF troverebbe conforto nella circostanza che, come già osservato, l'art. 24, 5° co., legge 262/05 non introduce problematiche di giurisdizione ulteriori rispetto a quelle già sollevate dall'art. 33.

3.3.2. *La via alternativa della devoluzione al G.A.*

Le conclusioni cui si è pervenuti si collocano nel solco segnato dalla giurisprudenza degli ultimi anni e riflettono l'orientamento manifestato dalla Corte regolatrice nella risoluzione delle questioni di giurisdizione sollevate anteriormente alla legge 262/2005. Il tenore letterale delle disposizioni normative preesistenti e gli orientamenti giurisprudenziali maturati sulle stesse, che possono oramai ritenersi consolidati, condizioneranno inequivocabil-

mente le future pronunce in materia, inducendo a ritenere che l'art. 24, comma 5, legge 262/05 non sia, per sé solo, sufficiente ad alterare il crinale del riparto della giurisdizione finora elaborato in relazione alle impugnative di provvedimenti sanzionatori CONSOB.

Quanto sinora sostenuto si conforma alle argomentazioni sostenute dalla Corte di Cassazione proiettandone gli effetti sull'attuale impianto normativo, prescindendo dall'analisi critica circa la fondatezza delle qualificazioni giuridiche operate dalla Corte sui profili sostanziali connessi all'adozione del provvedimento sanzionatorio.

La Corte regolatrice, infatti, qualifica l'attività sanzionatoria della CONSOB come esplicazione di un potere di tipo vincolato, negando la sussistenza di profili di discrezionalità connessi all'attività di accertamento e qualificazione giuridica del fatto integrativo degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria.

L'assenza di discrezionalità costituisce un assunto tralatizio – di stile entimematico – nelle statuizioni della Corte Suprema, difettando ogni motivazione circa le ragioni della qualificazione in tal senso del potere sanzionatorio.

L'assunto della Corte regolatrice appare non tenere conto di due rilevanti aspetti.

Il provvedimento sanzionatorio costituisce l'atto terminale di un procedimento che ha avvio con l'accertamento della sussistenza di fatti violativi delle disposizioni normative e regolamentari poste a tutela della stabilità dei mercati e della salvaguardia degli interessi degli investitori. Se è pur vero, dunque, che il potere esercitato nell'applicazione della sanzione è un potere delimitato e parametrato alle norme primarie e secondarie nonché volto a determinare il *quantum* della sanzione, è altrettanto e ancor più che vero che l'attività connessa all'adozione del provvedimento sanzionatorio non si esaurisce nella quantificazione della sanzione, ma, al contrario, presuppone l'esercizio di una complessa, prodromica, attività istruttoria tesa all'accertamento delle infrazioni, attività che prosegue con la contestazione degli addebiti rilevati e con la valutazione delle eventuali deduzioni formulate dal soggetto destinatario del provvedimento finale.

Se si ha poi riguardo ai profili di merito dell'attività di accertamento delle violazioni svolta dalla CONSOB si ha immediatamente contezza della reale natura del potere esercitato dall'Autorità di vigilanza. Specie in materia di *market abuse* e di trasparenza e correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati, l'accertamento delle violazioni implica la valutazione di fatti a contenuto tecnico-specialistico e necessita dell'impiego di *leges artis* di carattere specialistico, indispensabili per la decodificazione e l'applicazione della complessa disciplina di settore, ovvero ancora presuppone la verifica della capacità del fatto concreto di integrare gli elementi costitutivi della lesione di una clausola generale (quale, per l'appunto, quella alla trasparenza e alla correttezza dei comportamenti) dal contenuto opinabile, la cui perimetrazione è rimessa e riservata al prudente e competente apprezzamento dell'Autorità di vigilanza.

Attraverso l'accertamento, dunque, la CONSOB esercita un'attività a carattere tecnico-discrezionale, volta a colmare lo iato – dovuto alla opinabilità degli esiti connessi alla valutazione del fatto – sussistente tra norma, fatto e provvedimento. Tale attività costituisce espressione (e tra le più pregnanti) del potere di vigilanza attribuito all'*Authority* e non può essere scissa o considerata autonomamente dalla potestà sanzionatoria, che implica e presuppone, quale indefettibile *prius* fattuale e giuridico, l'accertamento della sussistenza di violazioni della normativa di settore, accertamento che, a sua volta, è strumentale e prodromico all'esercizio del potere sanzionatorio.

Il vincolo esistente tra accertamento e provvedimento sanzionatorio ribalta l'assunto giurisprudenziale circa la natura vincolata del potere, giacché i profili di discrezionalità tecnica connessi all'esercizio dell'attività di vigilanza che conduce all'accertamento della violazione transitano, per effetto di tale vincolo, dall'accertamento al provvedimento: le risultanze del primo vengono traslate nel procedimento sanzionatorio – che trae avvio con la notifica delle contestazioni al soggetto interessato formulate sulla base delle evidenze dell'accertamento – il cui atto finale, se di tipo sanzionatorio, recepisce, in tutto o in parte, le valutazioni che hanno condotto all'accertamento della violazione, la cui eventuale illegittimità può dunque essere eccepita solo con l'impugnazione del provvedimento sanzionatorio giacché l'accertamento, di regola, non costituisce atto autonomamente e immediatamente impugnabile stante il difetto dei caratteri della lesività immediata, attuale e concreta, generalmente necessari per l'impugnabilità dei provvedimenti amministrativi (23).

Con riguardo poi alle finalità perseguite, l'accertamento della violazione e l'irrogazione della corrispondente sanzione costituiscono il *modus* tipico attraverso cui procede l'azione di vigilanza in relazione alle fattispecie concrete nonché normale esplicazione della funzione amministrativa preordinata alla tutela degli interessi pubblici e privati presenti nel settore devoluto dal legislatore alle cure della CONSOB, rappresentando estrinsecazione di un potere autoritativo destinato a garantire l'osservanza della regolazione di settore e la legittimità dei comportamenti dei soggetti vigilati. L'attività sanzionatoria, dunque, realizza l'interesse pubblico alla cui salvaguardia e soddisfacimento sono preordinate le funzioni amministrative di vigilanza attribuite all'Autorità

(23) Che il mero accertamento di una violazione prodromica all'instaurazione del procedimento sanzionatorio costituisca atto non autonomamente ed immediatamente impugnabile deve ritenersi argomentazione pacifica, in quanto tale atto non determina alcuna incisione della situazione giuridica del soggetto destinatario dell'accertamento, cui è concessa la più ampia facoltà di difesa dinanzi ai competenti organi istruttori della CONSOB al fine di controvertere gli addebiti formulatigli, sì da determinare favorevolmente la conclusione del procedimento senza pregiudizio di ragioni o di interessi. Fanno a ciò eccezione i soli casi in cui il Testo Unico della finanza connette in via immediata e diretta all'accertamento taluni effetti idonei a conculcare la sfera giuridica del soggetto nei cui confronti è accertata la violazione, quali, ad esempio, la "sterilizzazione" del diritto di voto in assemblea concernente le azioni quotate per le quali non sono stati adempiuti gli obblighi che impongono la pubblicità dei patti parasociali (art. 122, comma 4, TUF).

indipendente. La rilevanza pubblicistica di tale attività volta alla tutela del mercato e degli investitori conferma le situazioni soggettive coinvolte e incise dal provvedimento sanzionatorio in modo tale da far risultare quell’*“inestricabile nodo gordiano tra diritti soggettivi e interessi legittimi”* che, alla luce della sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale, potrebbe in astratto fondare e giustificare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sul piano normativo, tale conclusione sarebbe avallata dall’art. 33 D.Lgs. 80/98 (come sostituito dalla legge 205/2000) che devolve alla cognizione esclusiva del G.A. le controversie afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare (24), nonché, da ultimo, dall’art. 24, comma 5, della legge 262/2005, ove è prevista (ancorché senza esplicita attribuzione in via esclusiva) la giurisdizione del giudice amministrativo sui ricorsi avverso gli atti adottati dalla CONSOB.

Peraltro il confronto con la disciplina che assegna la giurisdizione su provvedimenti sanzionatori adottati da altre Autorità di vigilanza, anche di natura economica, rivela che la cognizione sui giudizi d’impugnazione aventi ad oggetto tali sanzioni appartiene, nella generalità dei casi, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L’art. 33 del D.Lgs. 287/90, nella parte in cui prevede la giurisdizione esclusiva del G.A. sui ricorsi avverso i provvedimenti adottati dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato comprende, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale (25), anche i provvedimenti sanzionatori.

Parimenti, l’art. 326, comma 7, del nuovo codice delle assicurazioni private (D.Lgs. 209/05), devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai ricorsi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati dal Ministero delle Attività Produttive su proposta dell’Isvap, conformemente a quanto già disposto dal previgente art. 6 della legge 57/2001 (che rinviava all’art. 33 del D.Lgs. 80/1998).

Allo stesso modo, l’art. 1, comma 26, della legge 249/1997 prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti dell’AGCOM rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(24) Nel senso della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle sanzioni irrogate dalla CONSOB per effetto dell’entrata in vigore della legge 205/2000, v. M.E. SCHINAIA, *La giurisdizione sulle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti in Italia*, in *Consiglio di Stato*, II, 2004, p. 1247.

(25) Cfr. Cass., S.U., 29 aprile 2005, n. 8882; Id., 5 gennaio 1994, n. 52, ove la Corte ha statuito che *“la cognizione dei ricorsi consentiti dalla l. 287/1990 avverso i provvedimenti di irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie adottati dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato non spetta al pretore, bensì, ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 e 33 della medesima legge, al Tribunale amministrativo regionale del Lazio in sede di giurisdizione esclusiva, senza che a ciò osti il richiamo in dette norme alle disposizioni della l. 689/81, in tema di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, essendo esso limitato ad individuare la disciplina di taluni aspetti sostanziali dell’illecito – quali le disposizioni in tema di solidarietà, di non trasmissibilità agli eredi, di prescrizione – o di elementi della procedura di irrogazione della sanzione e di riscossione – come la contestazione delle violazioni, l’attività di difesa, il pagamento rateale, l’esecuzione forzata – e non estendendosi fino all’attribuzione della detta cognizione al pretore quale organo della giurisdizione ordinaria”*.

Parimenti, in linea generale, dispone l'art. 2, comma 25, della legge 481/1995 in materia di sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità per i servizi a rete (AEEG e AGCOM).

Da tale quadro si evince come nei settori ove l'interesse pubblico alla salvaguardia degli interessi regolatori è particolarmente pregnante, tanto che agli stessi sono preposte Autorità in posizione di terzietà ed indipendenza rispetto al circuito dell'indirizzo politico di Governo e ai poteri economici, il Legislatore, operando una valutazione correlata della rilevanza di tale interesse e della natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'esercizio del potere di vigilanza, ha ritenuto di devolvere in via esclusiva al giudice amministrativo la cognizione sui provvedimenti sanzionatori adottati dalle competenti Autorità di settore.

Non si potrebbe, quindi, aprioristicamente escludere che il Legislatore e la giurisprudenza possano ritenere di devolvere la giurisdizione sui giudizi di impugnazione delle sanzioni CONSOB alla giurisdizione esclusiva del G.A., anche se, allo stato, appare più probabile che si affermi l'orientamento favorevole alla giurisdizione dell'A.G.O.

I mezzi per accelerare il processo amministrativo^(*)

di Maria Vittoria Lumetti

SOMMARIO: 1.– *Le corsie acceleratorie del processo amministrativo.* 2.– *Il processo cautelare per accelerare in via provvisoria la tutela.* 3.– *La conversione dell'incidente cautelare in decisione sul merito.* 4.– *Rito semplificato o semplificazione procedimentale del rito ordinario?* 5.– *La sentenza redatta in forma sintetica e l'estensibilità del suo utilizzo.* 6.– *Il giudizio abbreviato per le materie "sensibili". L'eventuale innesto del giudizio immediato.* 7.– *I riti camerali speciali abbreviati. Il rito accelerato del silenzio.* 8.– *Le riforme del 2005 del rito del silenzio: l'abolizione della diffida e la possibilità per il giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza.* 9.– *Il rito accelerato dell'accesso.* 10.– *L'assunzione ex officio dei mezzi di prova.* 11.– *La priorità della fissazione della data di trattazione nel merito in caso di accoglimento del ricorso in sede cautelare.* 12.– *La pronuncia con semplice decreto presidenziale nei casi di rinuncia al ricorso, cessazione della materia del contendere, estinzione del giudizio e perenzione.* 13.– *La prassi dell'istanza di prelievo.* 14.– *I decreti ingiuntivi.* 15.– *I giudizi elettorali.* 16.– *I giudizi in materia di pari opportunità.* 17.– *L'art. 21 octies della l. 241/90 e la svalutazione dei vizi formali.* 18.– *Le innovazioni della l. 205 del 2000 che rallentano il processo amministrativo: il decreto inaudita altera parte e l'ottemperanza cautelare.* 19.– *Il raffronto con altri Paesi europei.* 20.– *Conclusioni. Verso il processo telematico.*

1.– Le corsie acceleratorie del processo amministrativo

La legge 21 luglio 2000, n. 205 recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa riforma, com'è noto, in modo organico la disciplina del processo amministrativo.

Il comune denominatore della riforma si rinviene nell'esigenza di potenziare l'accelerazione del processo, tramite la individuazione di istituti di semplificazione processuale (1).

L'obiettivo principale dell'art. 3 della legge in commento è quello di rafforzare la tutela dei cittadini senza perdere di vista la necessità di snellire le procedure e ridurre l'eventuale arretrato.

La legge 205/2000 persegue, principalmente tre obiettivi: l'acceleramento dei processi, la semplificazione e deflazione dei processi, il recepimento a livello legislativo dei principi elaborati dalla giurisprudenza. Alla

(*) Relazione tenuta presso l'Università di Pisa il 29 maggio 2006 in occasione del Convegno su "Il processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205".

(1) Cfr. per un rapido excursus F. PATRONI GRIFFI, *Istituti di semplificazione nel nuovo processo amministrativo*, in www.diritto.it.

base della riforma del processo amministrativo vi è l'insopprimibile necessità di rendere effettivo il collegamento tra diritto sostanziale e processo, tra situazione giuridica del richiedente e tutela giurisdizionale di annullamento (2). Tra le novità introdotte dalla legge vi sono quelle riguardanti innanzi tutto il processo cautelare.

La riforma è rilevante in rapporto all'esigenza di tutela di fronte alle responsabilità di cui alla recente legge n. 89/2001 in materia di durata eccessiva dei processi. È opportuno premettere che nell'ordinamento italiano la possibilità di riduzione di termine con contestuale decreto di fissazione con convocazione delle parti davanti al Presidente, ove questi lo ritenga utile, è prevista in una vecchia norma degli inizi dello scorso secolo (art. 36 R.D. 17 agosto 1907, n. 642).

2.– Il processo cautelare per accelerare in via provvisoria la tutela

La tutela cautelare nel processo amministrativo costituisce il mezzo acceleratorio per provvedere provvisoriamente sulla materia. La fase cautelare del giudizio amministrativo è stata infatti innovata dalla legge 205 del 2000 che, all'art. 3, introduce elementi di novità rispetto a quelli recati dalla disciplina previgente di cui all'art. 21 della legge 1034/1971. Uno dei connotati caratterizzanti in misura notevole il processo amministrativo riguarda la nuova disciplina generale del processo cautelare, ora contraddistinto dal rigore cui viene ancorato il requisito del *fumus boni juris*.

Viene richiesta la previsione di una ragionevole certezza sul buon esito della lite e vengono estesi *de jure condito* i poteri in merito all'applicazione delle misure cautelari, già estesi *de jure condendo* dalla giurisprudenza amministrativa. Il quadro normativo della legge ha accentuato i caratteri di strumentalità e provvisorietà, evidentemente con l'intento di voler attribuire un significato recessivo del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito (3). Il nuovo processo cautelare contempla la possibilità di intervento, anche immediato, del giudice con misure cautelari provvisorie, determinando un ampliamento di tipologia delle misure di urgenza (cfr. par. n. 19).

(2) "La rapidità del giudizio amministrativo è, ancor più che in altri processi, essenziale, perché i ritardi nella decisione possono riflettersi sull'attività amministrativa, ostacolandola e in certi casi paralizzandola. Occorre riconoscere che, specie in materia di esecuzione di opere pubbliche e di aggiudicazione di contratti, una giustizia amministrativa lenta è più dannosa che utile. Se la struttura dovesse rivelarsi incapace di far fronte tempestivamente ai propri compiti, verrebbe meno la stessa ragione della sua esistenza. In secondo luogo il giudizio amministrativo non si contrappone al procedimento amministrativo né ha una funzione sanzionatoria, ma tende a rimuovere illegittimità che possono derivare anche da obiettive incertezze sull'interpretazione delle norme, da errori commessi in buona fede dall'amministrazione, da semplici vizi del procedimento. La sentenza scioglie in molti casi nodi interpretativi, chiarisce dubbi, svolgendo una funzione che contribuisce al buon andamento dell'amministrazione, rispettandone l'ambito di discrezionalità", G. VACIRCA, *Relazione Tar Toscana 2002*, in http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi_contributi/inaugurazione_toscana-04.htm.

(3) F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, I, 2002, 65.

La velocità e tempestività del processo cautelare non devono tuttavia pregiudicare la difesa dell'amministrazione.

3.- *La conversione dell'incidente cautelare in decisione sul merito*

L'art. 3 della legge n. 205 del 2000 prevede la facoltà del giudice amministrativo di decidere immediatamente nel merito le controversie esaminate in sede cautelare, previa eventuali ordinanze di integrazione del contraddittorio.

Si tratta della possibilità di anteporre la decisione del merito al momento della decisione della domanda cautelare, in presenza di determinati presupposti (giudizio immediato). La previsione normativa in esame spinge il giudice amministrativo ad esaminare ogni causa trattata in sede cautelare, oltre che sotto il profilo del pregiudizio, nel merito (oltre il *fumus*), al fine di stabilire se possa essere risolta immediatamente in via definitiva con sentenza breve o sinteticamente motivata.

È necessario sentire in proposito le parti costituite e presenti, le cui richieste non sono comunque vincolanti per il collegio, a pena di vanificare lo scopo dell'istituto. La conversione dell'incidente cautelare in decisione sul merito della controversia, a mente dell'art. 21, comma decimo, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come integrato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, costituisce un importante mezzo di accelerazione del processo amministrativo. Indica anche uno *sfavor* legislativo nei confronti della tutela cautelare, in quanto la spinta innovativa è ormai tutta proiettata verso l'accelerazione del processo di merito e, in ogni caso, verso l'esecuzione coattiva della pronunzia della sentenza di primo grado, che è emanata sulla base di una cognizione piena. Tale norma si pone in linea con la nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione che afferma il principio del rispetto del giusto processo, nonché del 1° comma dell'art. 117 Cost., come novellato con la legge costituzionale 12 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) che impone una interpretazione conforme anche ai vincoli ed obblighi internazionali.

È evidente che la redazione in forma sintetica della sentenza permette al giudice di affrontare un maggior numero di casi.

4.- *Rito semplificato o semplificazione procedimentale del rito ordinario?*

Il 3° co. dell'art. 23 *bis* della legge n. 1034 richiama, in apertura, il successivo 4° co. dell'art. 26: "Salva l'applicazione dell'art. 26, quarto comma...". Dal tenore della disposizione si può giungere alla conclusione che si tratti di una norma a carattere generale applicabile ad ogni forma di processo amministrativo, ordinario o speciale, anche nel caso delineato dall'art. 23 *bis*, che regola il c.d. giudizio accelerato nelle materie sensibili (cfr. pr. 7). Il giudizio immediato, infatti, si conclude con sentenza succintamente motivata assunta nella Camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare.

La norma sottopone all'identica disciplina relativa alle sentenze in forma semplificata qualsivoglia ricorso, quale che sia la sede processuale in cui sia stato introdotto. È sufficiente che sussista il presupposto della manifesta fon-

datezza od infondatezza ovvero della manifesta irricevibilità, inammissibilità ed improcedibilità affinché il processo possa essere definito in via immediata con sentenza resa con motivazione succinta.

Il giudizio immediato, lungi dal rappresentare un processo speciale, va individuato come una particolare forma accelerata di definizione del processo in presenza di determinati, indefettibili presupposti. In dottrina si è infatti affermato che il giudizio immediato è un vero e proprio rito complementare rispetto a quello ordinario, innestato nel processo ordinario (4). Il rito semplificato non è che un rito ordinario (quanto ai termini etc.), che *si semplifica in itinere* (5).

La disciplina del passaggio dal giudizio cautelare al giudizio di merito è definita in via generale e in modo compiuto dall'art. 21 comma 11 legge n. 1034 del 1971, che ne indica i presupposti processuali (completezza del contraddittorio e dell'istruttoria; l'audizione delle parti costituite) e nell'art. 26 che ne evidenzia quelli sostanziali ("manifesta fondatezza", "manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, infondatezza del ricorso"), entrambi necessari (6).

La semplificazione del rito è determinata a seguito della valutazione del ricorso da parte del Collegio, il quale decide anche in base alle eventuali pro-

(4) V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 826.

(5) F.F. TÙCCARI, *op. cit.*..., 2002, 1010. Cfr. Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5843; IV Sez. n. 453 del 28 gennaio 2002; VI Sez. n. 3956 del 15 luglio 2002. È rimessa all'esclusiva valutazione discrezionale del giudice amministrativo nel superiore interesse alla sollecita definizione dei processi una tale scelta, ossia l'immediata definizione nel merito del giudizio, laddove la tutela dell'interesse (eventualmente contrario) delle parti è sufficientemente tutelato con la possibilità che esse siano sentite, se presenti; Cons. St., sez. IV, 24 giugno 2003, n. 3813; Cons. St., sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3400. Anche se "attiene a profili di lealtà processuale e di corretta conduzione del processo che il giudice "avvisi" le parti dell'intendimento, per esempio, in sede di trattazione dell'istanza cautelare, di procedere alla decisione del merito, che sia concesso un breve rinvio dell'udienza se gli atti di parte non contengano una compiuta difesa su un punto che il giudice ritenga decisivo". La tassatività della casistica presuppone, tuttavia, data la delicatezza delle conseguenze, il massimo rigore nella disamina della sussistenza delle condizioni e presupposti di applicabilità.

(6) Problemi particolari, per assicurare la completezza del contraddittorio, potrebbero porsi qualora si verta in ipotesi di contenzioso con controinteressati. In tal caso "la decisione in forma semplificata non potrebbe trovare spazio, se non previa integrazione del contraddittorio", ai sensi dell'art. 21 Legge n. 1034/1971. Nel caso, invece, in cui vi siano dei controinteressati occulti, "cioè non emergenti nominativamente dal provvedimento impugnato né agevolmente individuabili in base ad esso" non sembra possa costituire "ostacolo all'assunzione di decisioni in forma semplificata, anche nel rito camerale: i controinteressati restano occulti comunque sia decisa la lite". Sotto altro profilo, "considerata la difficoltà di procedere alla individuazione dei detti controinteressati nonché la fruibilità da parte degli stessi dei mezzi di impugnazione della sentenza ivi compresa l'opposizione di terzo, le ragioni del contraddittorio parrebbero recessive rispetto a quelle dello snellimento processuale che con la riforma ci si propone di conseguire", Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2002, n. 453, 2002, 1967. "Oltre alla completezza del contraddittorio, altro presupposto per la decisione del ricorso con sentenza in forma semplificata è quello del rispetto del principio della garanzia del contraddittorio, il quale postula soltanto il controllo della ritualità della notifica del ricorso ed il rispetto del termine concesso per la costituzione delle parti intimiate per la discussione dell'istanza incidentale"; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4464; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1787.

spettazioni delle parti costituite, ancorché non notificatarie del ricorso, ivi compresi gli intervenienti. All'esito dell'esame istruttorio il Collegio, chiamato in camera di consiglio a decidere in forma semplificata, potrebbe anche ritenere insussistenti i presupposti di legge, con la conseguenza che si dovrebbe fissare l'udienza di merito "reincanalando" il giudizio nell'*iter* ordinario. La medesima situazione può accadere qualora si formino eventuali dissensi in seno al Collegio, che facciano propendere per lo svolgimento del giudizio secondo i canoni ordinari anziché per la sua definizione in forma semplificata. Per questi motivi si ritiene preferibile definire il fenomeno in termini non di rito semplificato, bensì di semplificazione procedimentale di rito ordinario (7). Sotto l'aspetto procedurale, ai sensi degli artt. 23 *bis*, 3° co., 21, 9° co., e 26, 4° co. e segg., della legge n. 1034/1971, come modificati – questi ultimi – rispettivamente dagli artt. 3 e 9 della legge n. 205, il T.A.R., nel caso in cui venga depositata domanda cautelare, «accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti» (art. 21, 10 co., legge 6 dicembre 1971, n. 1034), e cioè «nel caso in cui si ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso» decide direttamente, «sentite sul punto le parti costituite» (art. 21, 9° co., legge 6 dicembre 1971, n. 1034), in merito al ricorso «con sentenza succintamente motivata» (art. 26, 4° co., legge 6 dicembre 1971, n. 1034). Il *discrimen* insito nell'aggettivo "manifesta" sta a significare che la condizione del ricorso debba risultare *prima facie*, essere cioè "facilmente percepibile", sì da non comportare l'esame di problematiche complesse (8). Pur nel formale difetto di ogni riconoscimento del libero apprezzamento del giudice è incontestabile che a quest'ultimo spetti una potestà a contenuto assai lato, al cui esercizio consegue la possibilità di concludere o meno il giudizio con una sentenza "breve" (9). Dal tenore dell'art. 26 legge T.A.R. si evince che l'esigenza e l'opportunità della sollecita definizione nel merito è rimessa dal legislatore al prudente ed insindacabile apprezzamento del giudice e non alla volontà delle parti.

Le parti devono comunque essere avvertite, al fine precipuo di non esaurire l'attività difensiva sul piano della misura cautelare incidentalmente richiesta, e di svilupparla al contrario, nel merito (10). Affinché possa adottarsi la decisione in forma semplificata è essenziale, innanzi tutto, il rispetto della completezza del contraddittorio, assolto attraverso la rituale notifica del

(7) F.F. TÙCCARI, *La semplificazione delle decisioni contenziose tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 1003, 2002.

(8) F.F. TÙCCARI, *op. cit.*..., 2002, 1011. Questo comporta che in assenza di tali presupposti la sentenza dovrebbe poter essere impugnata per *error in iudicando* (Cons. St. sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5843).

(9) F. MARIUZZO, Art. 9, (Decisione in forma semplificata e perenzione dei ricorsi ultradecennali), in AA.VV., *La Giustizia amministrativa. Commento alla L. 21.luglio.2000, n. 205*, Milano, 2000, 252.

(10) Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2002, n. 3956.

ricorso ed il rispetto dei termini per la discussione sull'istanza incidentale ed individuato come condizione processuale minima (11), ovvero come presupposto processuale. L'audizione delle parti è necessaria per porre le stesse in grado di: chiedere un rinvio o dedurre la necessità di ulteriori prove, al fine di scongiurare il rischio, per le parti costituite, di trovarsi di fronte alla sorpresa di una pronuncia definitiva, anziché solo cautelare (12). La decisione in forma semplificata non è subordinata ad una specifica richiesta di parte né ad apposito accordo di alcuni o di tutti i contendenti, in quanto il Collegio non è vincolato alle prospettazioni delle parti.

La Corte costituzionale, a proposito della analoga disposizione contenuta nell'art. 19 d.l. n. 67/1997, convertito in legge n. 135/1997, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del rito immediato e della decisione in forma semplificata. Ha infatti ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 commi 2 e 3 d.l. 25 marzo 1997 n. 67, conv. nella legge 23 maggio 1997 n. 135, nella parte in cui dispone che il giudice amministrativo, nei giudizi relativi ad opere pubbliche e materie connesse, può decidere immediatamente la controversia, ancorché sia stato chiamato a pronunciarsi su domanda cautelare.

In effetti l'art. 19 è preordinato ad accelerare lo svolgimento dei processi amministrativi in tema di opere pubbliche e materie connesse, in vista soprattutto dell'obiettivo di ridurre la durata a volte eccessiva dei provvedimenti cautelari. La norma delinea un sistema derogatorio della disciplina processuale in vista di obiettivi di accelerazione della definizione delle controversie in materia di opere pubbliche giustificata in relazione alle peculiarità e diversità della materia.

Per altro verso difetta un principio generale che imponga l'identità dei termini processuali, indipendentemente dalla tipologia delle azioni fatte valere.

5.- La sentenza redatta in forma sintetica e l'estensibilità del suo utilizzo

Il legislatore già nel lontano 1907 (R.D. sul regolamento del Consiglio di Stato) aveva stabilito che le sentenze dovevano essere redatte in forma breve.

Ora il medesimo principio viene nuovamente codificato, seppure in riferimento ad una cerchia ristretta di casi.

Nell'ipotesi di rito semplificato la motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme (art. 26, 4° co., legge 6 dicembre 1971, n. 1034).

(11) Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2002, n. 453, 2002, 1967.

(12) Cons. St., sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3852, F/2003, III, 687. È, infatti, questa la garanzia che la legge offre alle parti costituite, le quali sono consapevoli della facoltà che è data al giudice, poiché non ignorano la legge, e devono semplicemente essere informate nel caso che si profili questa eventualità, ma senza che ciò prefiguri un accordo che deve intervenire fra esse e l'organo giurisdizionale (Cons. St., sez. V, 1 marzo 2003, n. 1131).

La decisione in forma semplificata, nella quale, “in ogni caso, il giudice provvede anche sulle spese di giudizio, applicando le norme del codice di procedura civile” (art. 26, 4° co., legge 6 dicembre 1971, n. 1034) e che è soggetta “alle medesime forme di impugnazione previste per le sentenze” (art. 26, 6° co., legge 6 dicembre 1971, n. 1034). In sede dottrina e giurisprudenziale, si tende a dare alla norma una interpretazione non restrittiva, riconoscendo la possibilità di assunzione della sentenza in forma semplificata anche in udienza pubblica.

Ferma restando la sintesi espressiva sul piano del fatto o del diritto posto a fondamento della sentenza, il richiamo ad un precedente conforme non può che sottintendere l'esclusione di ogni necessità istruttoria, diversa dalla semplice acquisizione di atti o di documenti da parte della resistente Amministrazione (13). La sentenza, ancorché succintamente motivata, è idonea a definire un giudizio a cognizione piena, non essendovi alcuna reciproca interdipendenza tra semplificazione della motivazione e sommarietà della cognizione: nei casi speciali previsti dalla legge, è strumentale all'esigenza di garantire una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111, comma 2, Cost., essendo compatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (14).

Ciò significa che, nell'ambito del criterio generale, la motivazione delle sentenze dei giudici amministrativi deve essere sintetica, chiara e concisa, onde contenere la tendenza a motivazioni con un andamento dotto e dottrinario (15). La motivazione succinta non è, né può essere, sinonimo di una eventuale incompletezza.

Ne consegue che, in assenza di indicazioni legislative, perché la decisione semplificata non sia affetta da carenza motivazionale, essa deve consentire la ricostruzione dell'*iter* argomentativo seguito, soprattutto in vista di eventuali impugnazioni.

Il precedente conforme come si ricava dal testuale riferimento legislativo, può essere indifferentemente integrato da una sentenza del Tribunale amministrativo o della Sezione giudicante, come pure da una decisione del Consiglio di Stato.

Il legislatore non pare che, nel caso all'esame, abbia richiesto maggiori garanzie di quelle ora precisate, come ad esempio un orientamento costante della giurisprudenza in generale, ovvero dello stesso T.A.R. o del Consiglio di Stato (16).

Tale possibilità presuppone la totale identità della questione o delle questioni introdotte.

Non è ammessa una generica formula di stile, essendo dovere del giudice di darsi carico, sia pure altrettanto sinteticamente, di quanto al riguardo diversamente dedotto dalla parte ricorrente (17).

(13) F. MARIUZZO, *op. cit.*...252.

(14) Cons. St., sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3447, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1856.

(15) Cons. St., 8 febbraio 1990, n. 16, in *Cons. di Stato*, 1992, I, 303.

(16) F. MARIUZZO, *op. cit.*..., 254.

(17) *Ibidem*.

Non è affatto da escludere che, per ragioni di economia processuale, la decisione in forma semplificata sia utilizzabile per definire anche un giudizio trattato in pubblica udienza.

L'utilizzo della sentenza in forma semplificata o succintamente motivata può essere una soluzione per risolvere velocemente le cosiddette liti "bagatellari" anche prescindendo dalla sede cautelare (18).

In ogni caso appare ineludibile che la sentenza sintetica possa essere sempre utilizzata, non essendovi preclusioni nel nostro ordinamento, e anzi sussistendo al riguardo la vecchia norma del 1907 già citata.

La prassi, si sa, è andata verso il senso opposto, incoraggiando la redazione di sentenze molto lunghe. La lunghezza della sentenza, tuttavia, costituisce un ostacolo all'accelerazione del processo.

La sentenza redatta in forma sintetica, invece, secondo lo stile decretale francese, costituisce un valido mezzo di accelerazione del processo amministrativo.

6.- Il giudizio amministrativo accelerato per le materie "sensibili". L'eventuale innesto del giudizio immediato

La legge n. 205 del 2000 codifica, in relazione ad alcune controversie, un rito ispirato a particolare concentrazione e rapidità, sia nella fase cautelare che in quella di merito.

L'art. 4 della suddetta legge introduce strumenti di tutela concentrata ed informata alla velocizzazione dei processi in alcune materie, definite "sensibili" (19), coniando un modello accelerato di processo amministrativo.

La nuova configurazione legislativa del giudizio abbreviato prevede, in determinate materie, uno spazio applicativo molto ridotto della sospensiva, potendo il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, fissare la data dell'udienza di merito, qualora accerti la completezza del

(18) Il T.A.R. Brescia, da tempo, a fianco delle udienze pubbliche associa a ciascuna udienza pubblica una distinta udienza camerale, con la duplice finalità di definire in sede collegiale sia istanze istruttorie, ivi comprese quelle di consulenza tecnica d'ufficio, sia direttamente nel merito tutte quelle diverse controversie che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205, appaiano mature per essere decise con motivazione abbreviata. Nell'anno 2005, a seguito di dette udienze, che sono state 39, sono state emesse complessivamente 296 sentenze, precedute da 142 ordinanze presidenziali istruttorie. La possibilità di redigere sentenze in modo conciso, ha consentito d'incrementare il numero complessivo delle pronunce definitive: il numero di quelle emesse a seguito di pubblica udienza è aumentato di circa il 50%, consentendo di raggiungere il numero di 999 sentenze complessivamente depositate.

(19) La norma non rappresenta tuttavia una novità assoluta nel nostro ordinamento. In passato il legislatore aveva già introdotto, in alcuni settori, norme processuali volte a favorire la rapida definizione nel merito di talune controversie, dando luogo ad un vero e proprio regime speciale del contenzioso giurisdizionale amministrativo (art. 4, co.4 legge 3 gennaio 1978, n. 1 in materia di opere pubbliche, art. 28 legge 29 marzo 1983, n. 93, legge quadro sul pubblico impiego; art. 31 *bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109, in merito alle esclusioni da procedure di affidamenti di lavori pubblici per cui sia intervenuta ordinanza di sospensione, devono essere discusse nel merito entro 90 giorni dalla data dell'ordinanza di sospensione).

contraddittorio e la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (20).

La *ratio* è quella della concentrazione della trattazione della fase cautelare con quella di merito.

Si tratta di un nuovo rito di trattazione differenziato per materie che postulano una speciale efficacia e celerità del processo amministrativo (21). Le finalità acceleratorie, poste a fondamento del rito speciale di cui all'art. 23 *-bis*, derivano dall'esigenza non tanto di definire in modo celere i ricorsi proposti unicamente avverso gli specifici provvedimenti indicati nel comma 1 della disposizione, ma piuttosto di concludere in modo sollecito quei giudizi aventi ad oggetto determinati provvedimenti in considerazione degli interessi coinvolti (22). L'oggetto di un giudizio amministrativo non viene delimitato solamente e formalmente dagli atti impugnati, ma soprattutto dalle domande proposte attraverso i motivi di ricorso, essendosi ormai definitivamente spostato dall'atto impugnato al rapporto controverso, o pretesa fatta valere.

Le descritte esigenze acceleratorie si manifestano, quando la domanda proposta coinvolge provvedimenti indicati dal comma 1 dell'art. 23 *-ter* e non vengono meno solo perché con il ricorso sono stati impugnati anche altri provvedimenti. Basti pensare al caso, analogo a quello di specie, in cui esiste un rapporto di derivazione tra il provvedimento rientrante nell'art. 23 *-ter* ed un diverso provvedimento presupposto. Non appare ragionevole ipotizzare che in questi casi la impugnazione dell'atto presupposto impedisca, o comunque ritardi, l'operatività del giudizio speciale diretto a consentire la più rapida definizione della lite. Parimenti irragionevole sarebbe precludere l'applicabilità del rito speciale nell'ipotesi in cui venga proposto un ricorso incidentale contro un atto diverso da quello impugnato con il ricorso principale e non rientrante, a differenza del primo, tra quelli elencati espressamente dalla norma.

La parte resistente potrebbe così impedire al ricorrente di beneficiare del rito accelerato di cui all'art. 23 *-bis*, attraverso la mera proposizione, anche strumentale, di un ricorso incidentale contro un diverso atto. È quindi preferibile ritenere che il citato articolo 23 *-bis* debba essere interpretato nel senso che il previsto rito speciale si applichi in tutti i casi in cui sia impugnato un provvedimento rientrante in quelli indicati dal comma 1, anche se unitamente ad altro provvedimento di diversa natura.

Del resto, anche sotto il profilo letterale, la disposizione ha previsto l'applicazione del rito speciale ai giudizi aventi ad oggetto gli indicati provvedimenti e non *solo* a tali provvedimenti. In considerazione dei rilevanti interes-

(20) Sul punto N. SAITTA, *Riti abbreviati e tutela cautelare: un passo indietro?*, in www.giust.it/articoli/saittan-tutela-cautelare.htm, p. 7.

(21) C. CONSOLO, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in *Giust.civ.*, II, 2000, 541.

(22) Cons. St., sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1605, 2003, 744.

si coinvolti, il legislatore ha voluto introdurre un rito speciale, più veloce, che si applica ogni volta che uno di quei determinati atti viene impugnato e a prescindere dalla contestuale impugnazione di altri atti (23). Il rito è ascrivibile alla categoria dei “procedimenti speciali decisori a cognizione piena ed esauriente” risultando alternativo a quello ordinario.

Si tratta pur sempre un procedimento in cui il modello è forgiato in funzione dell'esigenza di far precedere la sentenza da una valutazione completa ed approfondita di tutte le questioni di merito, e solo dopo che le parti abbiano avuto la possibilità di spiegare in modo completo le difese (24).

In particolare, l'art. 23 *bis* prevede un processo “accelerato”, attraverso la dimidiazione e la previsione di particolari termini processuali (2°, 6° e 7° co.).

Il suddetto processo, a sua volta, si suddivide, qualora ricorrano alcune particolari condizioni, in processo immediato e processo abbreviato.

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che il testo legislativo va interpretato nel senso che il termine di centoventi giorni per la proposizione dell'appello avverso le sentenze del T.A.R. nei giudizi di cui all'art. 23 *bis* legge 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dall'art. 4 legge 21 luglio 2000 n. 205, decorre dalla pubblicazione della sentenza, nel caso in cui non sia stato proposto appello immediato con riserva di motivi entro trenta giorni dalla pubblicazione del dispositivo o, se proposto, dalla data di comunicazione della pubblicazione della sentenza (25). Riguardo poi alla decorrenza del termine breve è irrilevante che l'appellante sia a conoscenza della decisione, qualora non sia intervenuta notifica di essa (26). Una volta notificato e depositato il ricorso, e fermo restando il dimezzamento dei termini processuali, il processo può proseguire, nel caso in cui sia stata presentata domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e sussistano particolari condizioni, con il rito speciale “ulteriormente” accelerato, (c.d. giudizio abbreviato), delineato dal 3 co. e segg. dell'art. 23 *bis* della legge n. 1034/1971.

Può inoltre procedere con il rito *ex art.* 26, 4° co., della stessa legge (richiamato anch'esso dall'art. 23 *bis*), (c.d. giudizio immediato).

Riguardo al rito speciale *ex art.* 23 *bis* resta infatti aperta la possibilità di procedere con il giudizio immediato proprio ai sensi dell'articolo 26, comma quarto, della legge n. 1034/1971, come modificato dalla stessa legge n. 205/2000 (27).

In entrambi i casi, la udienza di discussione della domanda cautelare rappresenta il fulcro del rito.

(23) Cons. St., sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1605, 2003, 744.

(24) D.VAIANO, *L'accelerazione dei tempi processuali*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, I ed., 2000-2001, vol. *Diritto amministrazione speciale*, app. al tomo IV, 36.

(25) Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2001, n. 3842.

(26) Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2004, n. 768.

(27) F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 1321.

7.– I riti camerale speciali abbreviati. Il rito accelerato del silenzio

Si tratta di riti che privilegiano l'obiettivo di velocizzare le definizioni di giudizi il cui esito si pone in rapporto di strumentalità e di accessorietà con eventuali processi pendenti o successive azioni giurisdizionali. Il meccanismo tipico di questo rito accelerato viene utilizzato in vari altri tipi di processo come una sorta di rito *passe-partout* per risolvere problemi altrimenti di difficile soluzione: oltre che nel giudizio contro il silenzio, la legge lo prevede nella fase di esecuzione delle pronunce cautelari, nel rito dell'accesso, nella fase inerente alla determinazione del *quantum* della sentenza di condanna al risarcimento del danno, ai fini dell'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato, e non sospese dal giudice di appello (art. 33 della legge n. 1034/71, come integrato dall'art. 10 della legge 205) (28).

Un peculiare rito processuale è quello previsto in materia di silenzio della P.A.

La riforma del processo amministrativo del 2000 ha introdotto per i ricorsi avverso il silenzio della P.A. una regola processuale speciale, che si accosta ad altre forme di riti speciali.

Per la prima volta il legislatore ha introdotto un giudizio sul silenzio, ove il silenzio rileva come fatto (l'inerzia della Amministrazione) avente valore di presupposto processuale che consenta di adire il giudice amministrativo. Attraverso la disposizione dell'art. 21 *bis*, introdotto dalla legge 205 del 2000 nel corpo della legge istitutiva dei tribunali amministrativi del 1971, fa ingresso nel processo amministrativo l'azione di condanna intentata nei confronti della P.A., al fine di ottenere un provvedimento. La legge n. 205 introduce una regola processuale speciale: i ricorsi avverso il silenzio inadempimento, si decidono direttamente in camera di consiglio, e non a seguito di pubblica udienza, analogamente a quanto avviene per la domanda cautelare e sono decisi con sentenza succintamente motivata entro 30 giorni dal deposito del ricorso. La novità del rito speciale disciplinato dall'art. 21 *bis* della legge T.A.R., si incentra su due fasi in cui i termini sono estremamente concentrati.

Nella prima fase, cautelare o accelerata, viene emanata in tempi brevi una sentenza del giudice amministrativo che ordina alla pubblica amministrazione di provvedere. La forma della decisione consiste in una sentenza motivata succintamente, come previsto dall'art. 9 della stessa legge 205/2000.

Vi è poi una seconda fase successiva, eventuale, costituita da un giudizio di ottemperanza speciale o anomalo, che si apre con l'insediamento di un commissario in sostituzione dell'amministrazione rimasta inadempiente all'ordine del giudice. Nella prima fase l'esame del giudice consiste nell'accertare l'esistenza di un obbligo della P.A., nella declaratoria dell'esistenza

(28) G. VIRGA, *L'esecutività delle sentenze di primo grado tra giudizio di ottemperanza e tutela cautelare*, in www.giust.it/corte/cortecost_1998-406.html.

di tale obbligo e nel rinvio degli atti all'autorità che deve pronunciarsi sull'istanza con l'emanazione di una sentenza di mero accertamento.

La seconda fase, detta della ottemperanza, consiste nella possibilità di nominare un commissario *ad acta* che provveda in luogo della amministrazione inadempiente, pur a seguito della condanna a provvedere (29). La vera novità risiede proprio in questa seconda fase: accolto in tutto o in parte il ricorso di primo grado il giudice amministrativo, se persiste l'inerzia dell'Amministrazione ordina, con la stessa pronuncia conclusiva, di provvedere e, in caso di ulteriore inerzia, nomina un commissario *ad acta*. Tale soluzione, peraltro, riduce anche le distanze tra processo amministrativo e processo civile, in quanto ora il processo amministrativo è concepito anche come giudizio sul rapporto e non sull'atto. L'art. 21 *bis* della legge T.A.R. così come riformato dalla legge 205 del 2000, ha introdotto, dunque, un sensibile mutamento. L'intuizione della stigmatizzazione del collegamento logico tra accertamento e condanna – strumenti coercitivi e sostitutivi, concretizza un accertamento con funzione prodromica alla fase dell'esecuzione, che si conclude con un sentenza, come tale idonea al giudicato. Si prefigura un rito camerale variabile il cui contenuto, sotto il profilo degli snodi, non è rigidamente pre-costituito, ma si presenta flessibile per essere adattato al caso concreto.

C'è un insieme di istituti già preesistenti: ciò si evince soprattutto nella seconda fase. D'altronde, si era proprio auspicato un intervento del legislatore volto a “eliminare l'inconveniente di dover proporre due ricorsi (uno per accertare l'inerzia, l'altro per l'ottemperanza all'obbligo di provvedere) e quindi abbreviare considerevolmente i tempi necessari per ottenere giustizia”(30).

La seconda fase, infatti, è strutturata come un giudizio di ottemperanza speciale.

È un micro giudizio, un segmento di tutela, un innesto tra procedimento amministrativo e processo, in cui l'esigenza di tempi accelerati si coniuga con l'emanazione di una sentenza da adottare in camera di consiglio. Il rito camerale, in un contesto fortemente tipizzato come quello del silenzio, è il più idoneo a tutelare il privato, in quanto garantisce sia il principio della effettività sia quello della efficienza. La riforma del rito del silenzio è in linea con le recenti direttive legislative: negoziabilità, compartecipazione del potere, effettività della tutela giurisdizionale.

È opportuno precisare che l'art. 21 *bis* presenta un'analogia con il tenore letterale e con il meccanismo processuale previsto dall'art.25, co. 4 e 5 legge 241/90 in tema di accesso, ora ritoccato dall'art. 4 della legge 205 (31).

(29) Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 6 ottobre 2001, n.4001.

(30) G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440, ove tuttavia si segnala il rischio che “una disciplina legislativa dei rimedi contro il silenzio-rifiuto irrigidisca l'istituto, privando il giudice di ogni margine di discrezionalità, il che potrebbe aggravare anziché risolvere certi problemi dell'attività amministrativa”.

(31) Anche nell'ipotesi del giudizio di ottemperanza, tuttavia, si è registrata una inversione di tendenza rispetto al passato: l'utilizzo dello strumento del commissario *ad acta* è rimesso ad una valutazione di opportunità da parte del giudice (Cass. sez. un., 28 giugno 1991, n. 7226, in *Giust. civ.*,

Si prefigura un rito camerale variabile il cui contenuto, sotto il profilo degli snodi, non è rigidamente precostituito, ma si presenta flessibile per essere adattato al caso concreto.

La scelta della sentenza, poi, potrebbe essere indicativa di un processo a cognizione piena e non sommaria: la sentenza contiene l'accertamento della violazione con in più i germi dell'esecuzione (32).

8. – Le riforme del rito del silenzio: l'abolizione della diffida e la possibilità per il giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza

Il comma 5 dell'art. 2 della legge 241 del 1990, aggiunto dalla legge n. 15/2005, consente di proporre, anche senza necessità di diffida, il ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 21 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 così come modificato dalla legge 205 del 2000.

È previsto il termine entro cui il ricorrente può proporre il ricorso contro il silenzio: un anno dalla scadenza del termine stabilito dall'amministrazione o, se questa non provvede, dalla scadenza dei trenta giorni previsti dal comma 3 dell'art. 2. Dopo l'entrata in vigore della legge 241 del 1990 si era discusso circa l'opportunità di mantenere in vita l'obbligo della messa in mora nei confronti dell'amministrazione inadempiente, secondo il modello del T.U. degli impiegati civili dello Stato. L'abolizione espressa della diffida, dovrebbe accelerare i tempi del giudizio per quanto riguarda la sua instaurazione.

La legge n. 80/2005 ha portato a novanta i giorni a disposizione dell'amministrazione per concludere il procedimento. In effetti trenta giorni apparivano eccessivamente esigui per far fronte dell'enorme carico di lavoro delle amministrazioni. Prevede, anche, la possibilità per il giudice di conoscere della fondatezza dell'istanza proposta da parte del giudice amministrativo. In questo modo viene riconosciuta la possibilità per il giudice amministrativo a di sindacare anche in merito all'istanza e di pronunciarsi sulla richiesta attorea, senza limitarsi a dichiarare l'obbligo per la P.A. di pronunciarsi *tout court*. Prima della legge 80/2005 il compito del giudice era esclusivamente quello di accertare se il silenzio della P.A. era o non era illegittimo e in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare alla

1992, I, 759). Cfr. inoltre, sul delicato rapporto tra poteri del giudice e rispetto della discrezionalità dell'Amministrazione, G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440: "...specie quando la discrezionalità sia molto ampia, come nel caso di poteri pianificatori il cui esercizio sia obbligatorio, non sono agevolmente individuabili i presupposti rilevanti ai fini delle valutazioni dell'amministrazione e costituirebbe, comunque, un grave inconveniente coprire con l'autorità di giudicato accertamenti complessi, destinati ad essere utilizzati in provvedimenti suscettibili di coinvolgere interessi di numerosi soggetti, estranei al giudizio".

(32) L'art. 21 *bis* presenta un'analogia con il tenore letterale e con il meccanismo processuale previsto dall'art. 25, comma 4 e 5 legge 241/90 in tema di accesso, ora ritoccato dall'art. 4 legge 205/2000. La norma, infatti, è calibrata sul tipo di condotta tenuta in concreto dall'Amministrazione e non sul tipo di posizione giuridica fatta valere dal privato (diritto soggettivo o interesse pretensivo) o *utilitas* che lo stesso vuole trarre.

P.A. di provvedere sull'istanza avanzata dal soggetto privato nominando, nell'eventualità di ulteriore inerzia, un commissario *ad acta*. Il giudice non si sostituiva alla P.A. in nessuna fase del giudizio, ma accertava l'illegittimità o meno del silenzio.

Ora, invece, ha il potere discrezionale di pronunciarsi o meno anche nel merito della questione, anche se la giurisprudenza ha affermato che questo è possibile solo in merito all'attività vincolata dell'Amministrazione. In ogni caso, a seguito dell'ampliamento del campo di applicazione degli artt. 19 (denuncia di inizio attività) e 20 (generalizzazione del silenzio assenso), determinato anche dalla legge n. 80/2005, sono ormai eccezionali i casi in cui l'inerzia della P.A. continua a non avere valore provvedimentale.

9.- *Il rito accelerato dell'accesso*

È prevista la procedura abbreviata per il ricorso contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Il giudizio abbreviato è disciplinato dall'art. 25, comma 5 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Il diritto di accesso è il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi. Gli interessati sono tutti i soggetti privati che hanno un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Sono ricompresi anche i soggetti portatori di interessi pubblici o diffusi.

Contro il rifiuto esplicito o implicito a seguito del silenzio formatosi per l'inutile decorso di trenta giorni dalla richiesta del privato, è possibile proporre ricorso al T.A.R. in cui ha sede l'amministrazione destinataria della richiesta. Il tribunale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso. Contro la decisione può essere proposto appello entro trenta giorni dalla notifica della stessa. Il Consiglio di Stato decide con le medesime modalità e negli stessi termini. La legge n. 205/2000 (art. 4, 3 comma) ha aggiunto che in questo procedimento il ricorrente può agire in giudizio personalmente, senza l'assistente di difensore. Anche le amministrazioni possono essere difese da propri dirigenti.

Il secondo comma dell'art. 22 codifica l'accesso come principio generale dell'attività amministrativa, a causa delle sue rilevanti finalità di pubblico interesse. Esso, favorendo la partecipazione ed assicurando l'imparzialità e la trasparenza, attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m* della Costituzione. La competenza esclusiva in materia di accesso spetta al giudice amministrativo. Il nuovo comma 5 dell'art. 25 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo l'intera materia dell'accesso, con ciò dirimendo le varie diatribe circa la natura giuridica dell'accesso ed il riparto di competenza (art. 3, comma 6 *decies* del d.l. n. 80/2005 aggiunge il comma 5 all'art.25).

10.– *L'assunzione ex officio dei mezzi di prova*

La riforma del 2000 ha accentuato l'impulso d'ufficio del giudice (cfr. art. 7 legge 205/2000).

La scelta dei mezzi di prova ai fini della completezza dell'istruttoria della questione sottoposta al suo giudizio rientra nella piena disponibilità del giudice amministrativo, il quale può scegliere il mezzo istruttorio che più ritiene confacente ai fini del decidere.

È evidente come l'impulso pubblicistico all'acquisizione dei mezzi di prova determini un acceleramento dei tempi processuali. L'art. 44 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, così come modificato dalla legge n. 205 del 2000 dispone che il giudice possa ordinare alla amministrazione "di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica (introdotta con la legge del 2000). La decisione sui mezzi istruttori, compresa la consulenza tecnica, è adottata dal presidente della sezione (decreto presidenziale istruttorio) o dal collegio (ordinanza collegiale istruttoria), contiene obbligatoriamente l'indicazione della data della successiva udienza di trattazione del ricorso (art. 9 legge 205/2000). Anche la suddetta fissazione della data conferisce notevole impulso al processo.

11.– *La priorità della fissazione della data di trattazione nel merito in caso di accoglimento del ricorso in sede cautelare*

L'art. 3 legge 205/2000 prevede che, in caso di ordinanza di accoglimento della richiesta cautelare, il Tribunale debba fissare con priorità la data di trattazione del ricorso nel merito

La legge ha accentuato la connessione tra decisione cautelare e di merito. Tale connessione scaturisce anche dalla priorità che la concessione della tutela cautelare comporta nella fissazione a breve della data di trattazione del ricorso nel merito. A tal fine è stato introdotto come nel sistema francese, il pagamento di una sanzione nel caso in cui dall'esecuzione del provvedimento possano derivare effetti irreversibili (33).

12.– *La pronuncia con semplice decreto presidenziale nei casi di rinuncia al ricorso, cessazione della materia del contendere, estinzione del giudizio, perenzione*

L'art. 9 della legge 205 del 2000, prevede che in caso di rinuncia al ricorso, cessazione della materia del contendere, estinzione del giudizio e peren-

(33) Cfr. al riguardo J. BERTHOUD, E. COENT-BOCHARD, V. HAIM, O. YEZNIKIAN, *L'exécution des décisions de justice*, in AJDA, 864 ss. Più in generale J. WOEHRLING, *La réforme du contentieux administratif vue des tribunaux administratifs de première instance*, in *Dir. Proc. Amm.* 1995, 842 e sulla legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 relativa ai *référé* davanti alle giurisdizioni amministrative, C. SILVESTRI, *Il sistema dei référés*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss.; G. PALEOLOGO, *Modo di lavoro dei Consigli di Stato italiano e francese in sede giurisdizionale*, in Estratto dal volume *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cura di Giovanni Paleologo, Milano, 1998, 15. Per una panoramica sul processo amministrativo tedesco v. W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm, p. 1 ss.

zione il presidente della sezione competente o un magistrato da lui delegato si pronunci con decreto. Il decreto è depositato in segreteria che ne dà formale comunicazione alle parti costituite.

Nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione ciascuna delle parti costituite può proporre opposizione al collegio, con atto notificato a tutte le altre parti e depositato presso la segreteria del giudice. Nei trenta giorni successivi il collegio decide sulla opposizione in camera di consiglio, sentite le parti che ne facciano richiesta, con ordinanza che, in caso di accoglimento della opposizione, dispone la reinscrizione del ricorso nel ruolo ordinario.

Una particolarità risiede nel fatto che nel caso di rigetto, le spese sono poste a carico dell'opponente e vengono liquidate dal collegio nella stessa ordinanza, esclusa la possibilità di compensazione anche parziale.

13. – La prassi dell'istanza di prelievo

L'istanza di prelievo è uno strumento che è stato creato dalla prassi.

Consiste in una sollecitazione scritta presentata al giudice in cui il ricorrente fa presente la situazione di urgenza che si è venuta a creare e la necessità che la causa venga decisa quanto prima.

Lo strumento è in grado di segnalare al giudice i processi che richiedono una definizione immediata.

14. – I decreti ingiuntivi

L'articolo 8, primo comma, della legge 205/2000 prevede un rito sommario, del tutto identico a quello civilistico, per il rilascio di un decreto ingiuntivo, che prescinde dall'instaurazione del giudizio e che diventa incontestabile nel caso in cui non si proponga opposizione nella forma del ricorso successivo. La sua emanazione è subordinata ai presupposti previsti dal codice di procedura civile ed alla presentazione di prove del credito dallo stesso codice individuate. Si tratta del procedimento monitorio di cui all'articolo 633 del codice di procedura civile, che può essere utilizzato da chi debba ricevere denaro liquido, cose fungibili od una specifica cosa mobile, previa prova scritta. La relativa domanda si propone con ricorso ed, in caso di accoglimento, verrà emanato un decreto ingiuntivo assegnando un termine di dieci, quaranta o sessanta giorni (a seconda dei casi), sotto comminatoria di esecuzione forzata, ove l'ingiunto non faccia rituale opposizione, o immediatamente, nel caso in cui sia concessa la provvisoria esecuzione di cui all'articolo 642 del codice di procedura civile.

L'opposizione al decreto ingiuntivo va proposta, con ricorso giurisdizionale, al collegio.

15. – I giudizi elettorali

La procedura per i ricorsi elettorali, quale risulta dalle norme della legge n. 1147 del 1966, è ispirata dall'esigenza di definire al più presto il processo, allo scopo di permettere che le amministrazioni siano legittimamente costituite e di facilitare, per quanto possibile, la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive dell'elettore.

La legge n. 1034 del 1971 non ha modificato i criteri della legge del 1966.

Il procedimento elettorale, sia innanzi al giudice ordinario o al giudice amministrativo, innanzi al quale si svolge, presenta la caratteristica peculiare di prevedere un acceleramento della procedura, in quanto i ricorsi in materia elettorale hanno la precedenza rispetto a tutti gli altri e sono ridotti alla metà i termini per la notifica ed il deposito.

Inoltre è prevista l'inversione degli adempimenti: il deposito del ricorso in tutti i giudizio elettorale tranne quelli innanzi alle giurisdizioni superiore deve precedere la notifica.

Ne consegue che il ricorrente notifica il ricorso con il pedissequo decreto del presidente di fissazione della data di udienza.

Si determina la concentrazione di tutta l'attività nella prima udienza, con una connotazione dibattimentale del processo elettorale.

La trattazione del ricorso dovrebbe esaurirsi in un'unica udienza, al termine della quale il presidente del collegio dà lettura del dispositivo della sentenza adottata in camera di consiglio subito dopo la discussione orale.

16.- I giudizi in materia di pari opportunità

Anche i giudizi in materia di pari opportunità prevedono un particolare rito accelerato.

Il Decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 196 (*G.U.* n. 166 del 18 luglio 2000) reca la disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive, a norma dell'articolo 47 della legge 17 maggio 1999, n. 144.

Il presupposto consiste in una discriminazione diretta od indiretta.

La legge prevede che l'articolo 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, sia sostituito dal seguente: «Art. 4 (*Azioni in giudizio*). – 1. Costituisce discriminazione, ai sensi della legge 9 dicembre 1977, n. 903, e della presente legge, qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso.

Costituisce, invece, discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa. Il comma 10 dell'art. 8 (*azioni in giudizio*) prevede che la consigliera o il consigliere regionale e nazionale di parità possono proporre ricorso in via d'urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. Il giudice adito, nei due giorni successivi, convoca le parti e assunte sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate».

Può inoltre ordinare al responsabile di predisporre un piano di rimozione delle medesime. Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla

comunicazione alle parti opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva.

17.- L'art. 21 octies legge 241/1990 e la svalutazione dei vizi formali

Anche le recenti riforme attuate nel 2005 in merito ai vizi formali ben possono contribuire ad una semplificazione ed accelerazione del processo amministrativo.

Il punto di partenza di tali riforme si rinviene nella convinzione che i guasti della giustizia amministrativa dipendano da un eccesso di annullamenti che non avrebbero ragione di essere pronunciati se il giudice si attenesse a criteri più sostanziali.

La legge n. 15 del 2005, di modifica della legge 241/1990 prevede norme che escludono la possibilità di annullare il provvedimento che viola norme sul procedimento o sulla forma degli atti “quando il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21 *octies* ult. comma (34). Nella relazione introduttiva del disegno di legge di riforma della legge 241 del 1990 si osserva che il dato emergente dalle esperienze straniere (tra cui anche la legge spagnola n. 30 del 1992), che si ricava è che la sanzione dell’annullabilità risulta antiquata a fronte di violazioni di carattere formale attinenti al procedimento, alla competenza o alla forma, anche a causa dei costi eccessivi che comporta. La modifica è ispirata al § 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo (WwVvG) che esclude in tali casi, compresa l’incompetenza territoriale, l’annullamento ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione” (35).

Si segnala la copiosa giurisprudenza del Conseil d’Etat francese sulle cosiddette *formalités non substantielles*: si tratta di “quelle regole di procedura la cui violazione dà luogo a semplice irregolarità, nei casi in cui non sia modificato il contenuto del provvedimento finale, ovvero quando non siano derivate limitazioni alle situazioni giuridiche degli amministrati, nonché quando il rispetto delle medesime norme procedurali sia nella fattispecie impossibile o ininfluente” (36). Il principio del raggiungimento dello scopo trova il proprio riconoscimento ufficiale proprio in tale riforma, che valorizzando il profilo della legalità sostanziale degli atti amministrativi, privilegia la conservazione del contenuto delle scelte discrezionali, laddove emerga che, nonostante la violazione di prescrizioni formali o procedurali, il loro esito non sarebbe mutato. Di qui l’ampio spazio

(34) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2003, 263; P.M.VIPIANA, *Gli atti...op. cit.*, 9 e 415.

(35) La legge, del 25 maggio 1976 è stata modificata ed integrata dalle leggi 2 maggio 1996 e 19 settembre 1996. Cfr. sulla dogmatica e giurisprudenza francese sul punto R. CHAPUS R., *Droit Administratif General*, I, 15[^] ed., 2001, Domat Montchretien.

(36) Cfr. P.M.VIPIANA PERPETUA, *Gli atti...op. cit.*, 10, nota n. 10.

riconosciuto al potere di regolarizzazione dei vizi formali e procedimentali influenti sul buon esito delle scelte amministrative finali, e al suo esercizio in pendenza di giudizio, oltre che all'utilizzo di tutti gli strumenti conservativi ratificati dalla prassi amministrativa.

18. – Le innovazioni della legge 205 del 2000 che rallentano il processo amministrativo: il decreto inaudita altera parte e l'ottemperanza cautelare

Il bilancio che si può fare attualmente è che nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare sono ormai completamente assicurate dal complesso delle disposizioni processuali che prevedono, tra le altre cose, la massima semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo dei giudizi amministrativi, anche attraverso il meccanismo dei motivi aggiunti e l'impugnazione di atti sopravvenuti o conosciuti dopo la proposizione dei ricorsi (art. 1 della legge 205 /2000 sostitutivo dell'art. 21, primo comma legge 6 dicembre 1971 n. 1034) (37).

Tuttavia, si riscontrano talune innovazioni introdotte dalla legge 205 del 2000 che sembrano rallentare il processo, appesantendolo ulteriormente.

La caratteristica strutturale della tutela cautelare è la provvisorietà, l'inedoneità a dettare una disciplina definitiva della vertenza: il provvedimento cautelare viene emanato sulla base di una cognizione sommaria, di un giudizio di probabilità e verosimiglianza.

I procedimenti cautelari sono regolati dal codice tra i procedimenti sommari: la loro funzione è la conservazione o tutela di situazioni giuridiche, assicurando la c.d. *res adhuc integra*.

Il codice di procedura civile, da cui la legge 204/2000 attinge a piene mani (il che potrebbe dare adito a perplessità) prevede da un lato provvedimenti sommari non cautelari, come i decreti ingiuntivi e dall'altro i provvedimenti sommari cautelari, ossia quelli strumentali, tra cui rientrano l'ordinanza cautelare e il decreto monocratico. Il decreto monocratico, infatti, non solo inficia la garanzia di una adeguata tutela degli interessi della parte pubblica, ma rallenta ulteriormente il processo.

Il nuovo processo cautelare contempla la possibilità di intervento, anche immediato, del giudice con misure cautelari provvisorie, determinando un ampliamento di tipologia delle misure di urgenza.

Una di queste novità è rappresentata dal decreto monocratico *inaudita altera parte* emesso dal Presidente del T.A.R. o dai Presidenti di Sezione del Consiglio di Stato, su istanza della parte ricorrente.

Il decreto *inaudita altera parte ante causam* è volto a ulteriormente anticipare la soglia di tutela nei confronti del privato, ma determina una sovrabbondanza di corsie acceleratorie nella definizione del giudizio amministrativo, predisponendo una cautela preprocessuale ed endoprocessuale.

(37) S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Sherwood*, in www.giust.it/articoli/giacchetti_escuzione.htm.

Peraltro, se il dato normativo non viene applicato alla lettera il rischio che si corre è che si realizzi una duplicazione della tutela cautelare nel processo amministrativo: da una fase precautelare ad una fase cautelare, con il profilarsi di un pericolo di un doppione inutile.

Ci troviamo, dunque, di fronte alla particolarità di una tutela cautelare fruibile più di una volta, di provvedimento cautelare servente una seguente fase cautelare che a sua volta è servente di una fase a cognizione piena, ove le misure cautelari provvisorie sono destinate ad avere efficacia sino alla decisione sul ricorso principale, e il decreto monocratico, ancor più provvisorio, è destinato a durare fino all'eventuale adozione delle misure cautelari adottate con contraddittorio, in una sorta di cautela strumentale alla cautela strumentale al merito (38).

Tale affollamento di strumenti cautelari si pone ancor più in contraddizione con l'esigenza del legislatore della 205 di porre un argine al *successo* della tutela cautelare, di cui l'attuale processo amministrativo è in *parte vittima*, con l'unico risultato di *appesantire il processo e di ostacolarne l'accelerazione*.

La caratteristica di strumentalità del decreto monocratico non aggiunge alcunché alla provvisorietà della tutela cautelare, intesa come inidoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso, anche perché nel nostro ordinamento (a differenza che in altri ordinamenti, come quello tedesco e francese) (39) i provvedimenti cautelari nascono come istituzionalmente serventi (strumentali appunto) rispetto al processo a cognizione piena, e questo a causa della provvisorietà degli stessi e della loro inefficacia, a seguito dell'emersione di ulteriori fatti probatori che introducano elementi nuovi nella valutazione del maggiore o minore grado di probabile esistenza del diritto.

Anche "l'ottemperanza cautelare", ossia l'esperibilità del ricorso volto ad ottenere l'esecuzione delle ordinanze cautelari, è stata introdotta dalla legge di riforma del 2000. La questione, tuttavia, era stata da tempo risolta a livello giurisprudenziale (40).

La giurisprudenza aveva elaborato il principio in base al quale, qualora gli effetti caducatori della sospensione non fossero stati sufficienti a tutelare in via cautelare l'interesse del ricorrente, l'effettività della tutela interinale potesse essere realizzata anche mediante strumenti diversi ed ampiamente eccedenti la pura e semplice paralisi degli effetti dell'atto impugnato. Il giudice può imporre all'amministrazione di tenere determinati comportamenti

(38) La medesima sensazione è stata registrata anche nella letteratura processualciviltistica, cfr. L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo. Avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv.dir.e proc.civ.*, 2001, 186. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassoni e Villata, Torino, 2001, definisce il decreto del presidente come una "ipotesi di trattazione anticipata della domanda cautelare".

(39) A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 588 ss.

(40) F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, 253.

anche mediante la eventuale nomina di un commissario *ad acta* che si sostituisca alla stessa, proprio come nel giudizio di ottemperanza (41). Viene, dunque, data copertura legislativa ai noti orientamenti giurisprudenziali risalenti alla decisione dell'adunanza plenaria 30 aprile 1982, n. 6 (42).

La legge n. 205 ha espressamente previsto la possibilità di consentire l'esecuzione delle ordinanze cautelari mediante l'attribuzione al giudice degli stessi poteri previsti nel giudizio di ottemperanza, cogliendo le trasformazioni più significative del processo amministrativo in questi ultimi anni. La *ratio* sottesa al recepimento normativo del diritto giurisprudenziale vivente è quella di garantire il principio di effettività della tutela, considerata momento qualificante della tutela cautelare laddove il momento della cognizione e dell'esecuzione sembrano strettamente collegati.

Infatti nel nuovo processo amministrativo la valorizzazione dell'esecuzione della fase cautelare si accompagna un fenomeno recessivo della stessa. Innanzi tutto, la fase esecutiva, lungi dall'essere autonoma rispetto a quella cautelare, è strettamente correlata a quella cautelare, anzi si pone come una manifestazione del medesimo giudizio. In secondo luogo la legge 205 fa esplicito ricorso a forme alternative di strumenti di protezione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente, come la risarcibilità dei danni e la conseguente possibilità di comminare la cauzione all'Amministrazione la quale assicurerebbe così l'eventuale obbligazione risarcitoria con un

(41) Una delle maggiori innovazioni apportate dalla giurisprudenza risalente nel tempo al giudizio amministrativo riguarda proprio il processo di ottemperanza. Per un *excursus* sul punto v. G. SCIULLO, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. civ.*, 1997, 64 ss. Detto tipo di processo nasce dall'esigenza di ottenere l'osservanza del giudicato tanto delle corti civili che di quelle amministrative. Infatti, l'art. 27 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 prevede che il giudice amministrativo "decide pronunciando anche in merito", fra l'altro, sui "ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del Tribunale che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico" (comma 1, n. 4). A sua volta, l'art. 37 della legge istitutiva dei T.A.R. estese questo tipo di azione anche all'ipotesi di esecuzione del giudicato degli stessi giudici amministrativi. I commi 3 e 4 regolano, infatti, la competenza a decidere su tali controversie – ripartendola fra Consiglio di Stato e T.A.R. – dando come dato naturale e scontato (per vero già acquisito, in precedenza, dalla giurisprudenza) che l'esecuzione del giudicato fosse applicabile anche alle sentenze dei giudici amministrativi. Di grande rilievo sotto il profilo degli strumenti precipuamente processuali, è, poi, la già segnalata "invenzione" ad opera della giurisprudenza, del commissario *ad acta*, figura precipua e caratteristica di questo tipo processuale, che si è rivelato strumento di grande efficacia (costituisce, a tutt'oggi, uno dei punti di forza del processo amministrativo, a parte certe ambiguità sulla sua natura – nonché sull'impugnabilità dei suoi atti – mai risolte). Il commissario *ad acta* è, in ogni caso, certamente da considerare la *longa manus* del giudice, il quale agisce per suo tramite, sostituendosi all'amministrazione. Trattandosi di giurisdizione di merito, infatti (art. 27.1, n. 4) del R.D. n. 1054/24), è consentito e anzi indispensabile, e in certo modo connaturato al giudizio di ottemperanza – al giudice sostituirsi alla pubblica amministrazione.

(42) Cfr. Cons. Stato, Ad.plen., 30 aprile 1982, n.6, in *Rass. Cons.Stato* 1982, I, 413. Cfr. M.V.LUMETTI, *L'esecuzione delle misure cautelari del giudice amministrativo*, Relazione tenuta presso l'Università di Ferrara il 23 maggio 2002 in occasione del Convegno su "Il nuovo giudizio cautelare amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205", in www.diritto.it.

impegno di carattere finanziario. Il sistema francese potrebbe incoraggiare in tal senso, considerato che in tale ordinamento la problematica relativa alle *mesures d'urgence* è assente dal dibattito dottrinale, sia perché il ricorso alla cauzione ha fino ad ora dato buoni risultati, sia perché l'utilizzo della *suspension d'exécution* rimane alquanto circoscritto. Vero è che l'introduzione della legge n. 597 del 30 giugno 2000 relativa ai *référé* davanti alle giurisdizioni amministrative potrebbe cambiare la situazione, in quanto ha potenziato la tutela cautelare che, di fatto, era rimasta inattuata. È curioso vedere come, mentre la legge 205 tenta di porre un argine al successo della tutela cautelare, di cui l'attuale processo amministrativo è in parte vittima, nell'ordinamento francese assistiamo ad un fenomeno quasi contrario. È possibile, infatti, asserire con sicurezza che nel nostro ordinamento è ora possibile rinvenire uno *sfavor* legislativo nei confronti della consolidazione dell'assetto di interessi sulla base dell'ordinanza cautelare, in quanto la spinta innovativa è ormai tutta proiettata verso l'accelerazione del processo di merito e in ogni caso verso l'esecuzione coattiva della pronuncia della sentenza di primo grado, che è comunque emanata sulla base di una cognizione piena (43).

È auspicabile l'arretramento dei poteri dell'ottemperanza proprio all'emanazione della sentenza esecutiva in primo grado nonché la maggiore accentuazione di una nozione di giudicato a formazione progressiva che potrebbe risolvere, in termini deflattivi, la problematica dell'ottemperanza cautelare, oltre che porre un freno alla cosiddetta cautelarizzazione del processo amministrativo.

19. – Il raffronto con altri paesi europei

La soluzione adottata dal legislatore della 205 del 2000 potrebbe risultare in contrasto, con le soluzioni adottate negli altri ordinamenti europei.

In Francia, ad esempio, è prevista la soluzione contraria: un segmento processuale, senza contraddittorio tra le parti, per i casi di pronta e facile soluzione, in cui l'istanza viene rigettata *inaudita altera parte*, senza che l'Amministrazione sia a conoscenza nemmeno del ricorso (44). Anche in Germania si riscontrano soluzioni analoghe (45).

(43) Sul tema G. AVANZINI, *L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato tra diritto positivo ed effettività della tutela*, in *Giur. cost.*, 1999, fasc. 2, 1251 ss., sulla pronuncia della Corte Costituzionale 12 dicembre 1998, n. 406 che ha rigettato la questione di incostituzionalità dell'art. 37 legge 1034/1971, dell'art. 27 comma 1 n. 4 r.d. 1054/1024 e degli artt 90 e 91 r.d. 642/ 1907 nella parte in cui prevedono che il giudizio di ottemperanza possa essere proposto esclusivamente avverso le sentenze già passate in giudicato; C. CAVALIERI, *L'esecuzione delle sentenze di primo grado ex art. 10 legge 205/2000: una estensione del giudizio di ottemperanza o speciale procedimento cautelare in pendenza del ricorso in appello?* in www.giust.it/articoli/calvieri_esecuzione.htm; G. Verde, *Attualità del principio nulla executio sine titulo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 963 ss.; B. GRAZIOSI, *Giudizio di ottemperanza ed esecuzione delle sentenze di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 451 ss.

(44) *Code de justice administrative*, così come modificato da un decreto del 1997 in attuazione di una legge del 1995, cfr. al riguardo J. BERTHOUD, E. COENT-BOCHARD, V. HAIM, O. YEZNIKIAN,

A differenza del processo civile, nel processo amministrativo è l'interesse pubblico che deve prevalere: esso si realizza anche con la tutela apprestata al privato istante. Il contraddittorio sfrutta, infatti, la contrapposizione dialettica delle parti litiganti per finalità superiori di ordine obiettivo (l'interesse pubblico ad una razionale ricerca della verità controversa o l'attuazione della giustizia sostanziale) (46).

Da tempo, le due parti sono in posizione di parità. In particolare, con l'avvento della legge 205/2000, deve escludersi che la P.A. si trovi in ordine al sistema delle misure cautelari del processo amministrativo in una posizione avvantaggiata: in questi esatti termini si è pronunciata la Corte Costituzionale con ordinanza n. 179 del 6 maggio 2002. La Corte, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 legge n. 1034 del 1971 così come novellato dalla legge 205 del 2000, sollevata in riferimento agli art. 24 e 113 della Costituzione, nonché dell'art. 700 c.p.c., sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., dichiara che deve escludersi che la P.A. si trovi in una posizione privilegiata in ordine al sistema delle misure cautelari del processo amministrativo (47). E anche i modelli degli ordinamenti stranieri, spesso citati solo per valorizzare gli aspetti che riguardano gli interessi dei privati, confermano, invece, la stessa visione e la stessa esigenza. In Francia, l'*arrêt Blanco* del *Tribunal des Conflits* del 1873, cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva, ha stabilito che la responsabilità dell'Amministrazione non ha una regola generale e assoluta, ma regole speciali che variano in base ai bisogni dei servizi e la necessità di conciliare i diritti dello Stato con i diritti privati (48).

L'exécution des décisions de justice, in *AJDA*, 864 ss. Più in generale J. WOEHRLING, *La réforme du contentieux administratif vue des tribunaux administratifs de première instance*, in *Dir. Proc. Amm.* 1995, 842 e sulla legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 relativa ai *référé* davanti alle giurisdizioni amministrative, C. SILVESTRI, *Il sistema dei référés*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss.; G. PALEOLOGO, *Modo di lavoro dei Consigli di Stato italiano e francese in sede giurisdizionale*, in Estratto dal volume *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cura di Giovanni Paleologo, Giuffrè, 1998, p. 15. W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm, p. 1 ss.).

(45) W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm, p. 1 ss.).

(46) L. P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, voce *Nov. Dig.*, UTET, vol. VI, 2.

(47) Ordinanza n. 179 del 2002, in www.cortecostituzionale.it. Cfr. anche A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *Giust. it.*, 10: "è stato sostenuto (Abbamonte, *in primis*) che il legislatore dell'art. 8 ha trasfuso *tout court* il procedimento monitorio nel corpo del processo amministrativo per dare risposta ad un'esigenza di completezza... Solo un accenno – che offro come spunto all'illustre, ed a me caro, Maestro – al mio convincimento sulla necessità, in primo luogo di superare in qualche modo la tralaticia affermazione sui privilegi di cui godrebbe la P.A. Non può negarsi che una serie di norme sostanziali e procedurali a garanzia del cittadino, ... e fatte valere da una giurisprudenza particolarmente attenta... impongono una rimeditazione della frusta locuzione e della sua effettiva portata".

(48) T.C. 8 févr. 1873, Blanco, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grand arrêts de la jurisprudence administrative*, ed. Sirey 1993, 1: "...*Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés...*".

20.– Conclusioni. Verso il processo telematico

Al fine di rendere più celere il processo amministrativo è sicuramente utile l'ausilio degli strumenti informatici. La recente tendenza alla dematerializzazione dell'attività amministrativa e all'introduzione della teleamministrazione, fa ben sperare in ordine alla gestione telematica dei processi amministrativi, che faciliterebbe ed accelererebbe i tempi di conclusione del processo rendendolo nello stesso tempo più sicuro e garantista. Già da tempo l'uso dell'informatica e della telematica è stato introdotto nella pubblica amministrazione, con effetti benefici in ordine all'efficienza e celerità dell'attività amministrativa. È auspicabile una totale informatizzazione del sistema della giustizia amministrativa, per la quale sono in corso esperimenti pilota.

Si tratta di una occasione da non perdere per risolvere il problema della giustizia.

Il partenariato e il nuovo Codice degli appalti pubblici (*)

di Fabrizio Urbani Neri

Con il termine “partenariato” si intende un gruppo di soggetti che partecipano congiuntamente ad una gara o selezione pubblica d'appalto di lavori, servizi e forniture con lo scopo, una volta che la *partnership* risulti vincitrice della gara o della selezione pubblica, di costituirsi in una persona giuridica (ad esempio, in un consorzio), che provvederà all'esecuzione dell'opera od allo svolgimento del servizio aggiudicato od affidato.

La presente definizione è atecnica ed è desunta dalla pratica del diritto amministrativo, dal momento che non vi è alcuna norma che disciplini tale fattispecie.

Dubbi sono stati mossi e continuano a perdurare sull'ammissibilità di una simile figura nel nostro ordinamento giuridico.

La prima obiezione riguarda il fatto che la *partnership* non è un ente, ma un soggetto giuridico.

La seconda obiezione riguarda il fatto che la gara pubblica è aggiudicata ad un soggetto che muta di natura giuridica a seguito della chiusura della gara.

La terza obiezione riguarda il fatto che il partenariato non è previsto da alcuna disciplina interna di diritto positivo regolativa della materia degli appalti pubblici.

Rispondere al primo punto significa interrogarsi sulla possibilità di dare rilevanza giuridica nel diritto amministrativo a soggetti che non siano enti.

È nota la definizione del Giannini secondo cui il soggetto giuridico nel diritto pubblico è rappresentato da un centro d'imputazione di interessi, diritto e doveri, distinto dalla persona giuridica, che è il soggetto entificato per legge destinatario di diritti e di doveri.

La differenza, quindi, tra soggettività e personalità giuridica sta nella entificazione, ossia nella venuta ad esistenza nel mondo del diritto di un soggetto, titolare di propri diritti e doveri, distinto dagli esseri umani (1).

(*) Testo riveduto ed ampliato della relazione svolta dall'Avvocato dello Stato Fabrizio Urbani Neri presso l'Università degli Studi di Teramo alla tavola rotonda del 5 maggio 2006, sul tema “*Il nuovo Codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*”, presieduta dal Presidente del T.A.R. Lazio Prof. Pasquale De Lise.

(1) Per la nozione generale di soggettività e di personalità giuridica nel diritto pubblico, si vedano: FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939 in *Enc. Dir.*, III, 8; ROMANO (S.A.), *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 63; LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1988, 641; AGNOLI, *La personalità giuridica in Amm.it.*, 1991, 298; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1990; SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano (15° ed.), 1989; nonché per un ulteriore approfondimento le opere fondamentali di O. GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verände*, Lipsia, 1904, 34 ss. e di H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1963, 190.

La persona giuridica è un ente astratto, distinto da tutti gli altri consociati (ad es., la società rispetto ai soci), portatore di un interesse proprio superiore e non riferibile agli esseri umani che lo costituiscono e ne fanno parte (come l'interesse della società trascende l'interesse dei singoli soci).

Per distinguere a questo punto dalla nozione di persona giuridica la definizione di soggetto di diritto occorre fare una breve digressione storica.

Il concetto, com'è noto, di persona giuridica matura nella scienza del diritto alla metà dell'Ottocento, sia nel diritto pubblico, che nel diritto privato, allo scopo di configurare in termini radicalmente nuovi i rapporti delle nascenti società industrializzate nell'Occidente (2).

Così assistiamo nel campo del diritto pubblico al sorgere dello "Stato-persona", caratterizzato dalla ubbidienza ad esso dei sudditi e non più, come in precedenza ad una classe dominante (sovrana od aristocratica) e, d'altro canto, parallelamente, nel diritto privato, al riconoscimento delle persone giuridiche, prime fra tutti le società per azioni, dove l'interesse aziendale si distingue e prevale su quello dei soci di minoranza e limita, altresì, la responsabilità personale dei soci rispetto alle obbligazioni sociali.

Si può ben vedere, quindi, come in quest'ottica bipolare, di rimando tra persona fisica e persona giuridica, che divengono sottospecie del genere persona, scompare ogni rilevanza nell'ordinamento della figura della mera soggettività giuridica.

Ecco forse spiegato il perché, tanto nel diritto pubblico che in quello privato, si è dovuto attendere il superamento della metà del secolo scorso per l'introduzione nel linguaggio giuridico del termine "soggetto" come distinto dalla nozione di persona.

In realtà, già il diritto romano distingueva fra posizioni giuridiche spettanti solo ai singoli come tali, *res communia pluribus uti singuli*, ed interessi spettanti ai singoli come membri di una collettività organizzata, *res communia pluribus uti universi*. Anzi la codificazione postclassica arrivò a disciplinare l'attività del gruppo organizzato finalizzato a svolgere una sola attività giuridica per poi sciogliersi: *si alicuius rei contracta societas sit et finis negotio impositus est, finitur societas*, appunto (3).

A ben vedere la stessa codificazione giustiniana appare più rigida della precedente disciplina della *communio* nel periodo classico, a sua volta tributaria dell'esperienza più libera e flessibile della *koinè praxian* della Grecia del V secolo, ossia della semplice rilevanza giuridica data al "fare insieme" spersonalizzato, che non è altro, guarda caso, che la versione *ante litteram* del moderno partenariato.

(2) Per una sintesi storica, v. la voce *Stato* in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino e la voce *Persona giuridica* in *Enc. Dir.*, Padova, 2001, 978.

(3) È l'ipotesi della *societas alicuius negotiationis* in *Iustiniani Inst.*, III, XXV, *De societate*, par. 6. Ulpiano distingue, invece, tra società di beni e società di servizi, tra *societas universorum bonorum*, *societas questuaria*, *alicuius negotiationis* e *societas vectigalis*.

Comunque, la rivoluzione ottocentesca portò ad un sostanziale restringimento delle ipotesi di soggetti privi di personalità giuridica, ma giuridicamente rilevanti, come le associazioni non riconosciute.

La rivalutazione della soggettività si sarebbe, dunque, dovuta ascrivere a settori specifici dell'ordinamento, come accaduto nel diritto tributario, già con l'art. 8 del t.u. 29 gennaio 1958 n. 645 e, poi, con la successiva riforma contenuta nel d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (ai fini Irpef, Irpeg ed Ilor in base agli artt. 5, 87 e 116), che estesero la soggettività tributaria anche a quelle organizzazioni di beni o di persone formalmente sfornite di capacità giuridica.

Conclusivamente, si ritiene possibile ammettere nel nostro ordinamento l'esistenza di soggetti giuridici, non entificati, anche nel diritto amministrativo, come già riconosciuto dalla prima dottrina citata, ma con una precisazione: al prezzo, cioè, di limitare tale affermazione, nel contesto della teoria generale del diritto, entro l'ambito della pregiudiziale kelseniana, secondo cui prima della norma non esiste soggettività giuridica alcuna.

Calando, quindi, nel nostro discorso quanto detto, possiamo affermare che la figura del partenariato rimane astrattamente ammissibile nell'ordinamento, purché giustificata normativamente da una disposizione di legge o finanche da una speciale disciplina del bando pubblico, che ne preveda la partecipazione.

Va, invece, respinta ogni possibile introduzione fattuale della *partnership* all'interno del sistema di diritto, come nella cosiddetta teoria della realtà, elaborata dalla dottrina organicista del Gierke, in base alla quale il fatto od il soggetto preesistono alla norma; così facendo, si finirebbe col negare rilevanza al carattere di giuridicità dell'ordinamento, allargando a dismisura la creazione di figure operanti nel mondo del diritto, ma non create da esso.

Pertanto, dalla scienza romanistica riceviamo l'idea che l'uomo può costituire gruppi organizzati, in cui è quantomeno essenziale la presenza dell'elemento materiale (la collettività di persone), mentre non è essenziale per dare soggettività al gruppo, l'elemento formale, ossia l'attribuzione della personalità.

Dal diritto moderno, concepiamo il soggetto come giuridicamente rilevante, ancorché non entificato, solo se il sostrato materiale che lo compone è previsto e preso in considerazione da una norma di diritto positivo.

Vedremo in seguito come la lettura del nuovo Codice degli appalti pubblici non eliminerà in radice l'ammissibilità in concreto della figura del partenariato, pur suggerendo una soluzione di diritto positivo evolutiva del sistema attualmente ancora in vigore.

In relazione al secondo punto di dibattito, non si può che cogliere la difficoltà di ammettere che l'aggiudicatario muti di composizione a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto.

La mutabilità o flessibilità del soggetto vincitore della gara pubblica è in realtà il carattere peculiare del partenariato, che partecipa inizialmente alla gara come gruppo di soggetti, uniti da una mera intesa, consacrata nella presentazione dell'offerta pubblica e che solo in seguito all'eventuale vittoria si costituisce in persona giuridica.

Prima dell'entificazione è, perciò, possibile l'adesione all'offerta presentata anche di altri soggetti, che entrano a fare parte del partenariato.

È, quindi, possibile una modificazione dell'aggiudicatario dal momento della presentazione della domanda di partecipazione fino al momento dell'esecuzione dell'opera promessa o del servizio offerto (4).

Questa prospettiva va apertamente contro il principio dell'intangibilità dell'offerta, secondo cui l'offerta in ogni suo aspetto e contenuto, quindi anche sotto il profilo soggettivo, non può più essere modificata all'atto di apertura delle buste, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di divieto di comportamenti anticoncorrenziali (5).

Nel partenariato, invece, si ammette che anche successivamente all'apertura delle buste di gara, chi vince possa integrarsi con altri esecutori dell'opera pubblica messa in bando.

In sostanza, la *partnership* ha funzione di guida di un gruppo flessibile nella sua configurazione anche dopo la chiusura della gara (6).

Qui, per meglio comprendere questo fenomeno, nuovo per la prassi amministrativa, dobbiamo affidarci ad una esemplificazione pratica, riferendoci ad una particolare fattispecie di partenariato.

Emergeranno, così, non solo gli aspetti salienti di questa figura, ma anche le diverse interpretazioni ed orientamenti dati dalla giurisprudenza amministrativa chiamata a decidere il caso che segue.

Viene redatto un bando dalla Regione Abruzzo per la partecipazione ad una gara d'affidamento di servizi di progettazione di attività di sviluppo rurale in ambito regionale (7).

Nel bando di gara, approvato con delibera regionale di Giunta n. 395/2002 si dispone la possibilità di partecipazione, oltre che a soggetti quali enti consortili od imprese pubbliche e private, costituenti un gruppo, anche a "partners", che siano in grado di gestire le risorse pubbliche, per lo più consistenti in contributi comunitari versati dalla Unione Europea.

(4) Ad esempio, si costituisce un gruppo di *partners* formato da vari "soci", quali un Comune, una Provincia, un istituto di credito, una cooperativa, un sindacato dei lavoratori; la *partnership* è assunta di norma da un soggetto privato. Se il gruppo ottiene l'appalto, si apre all'apporto di altri "soci", come un'altra banca o un altro sindacato, che partecipano all'esecuzione dell'opera. È il caso che tra poco verrà presentato.

(5) Principi recepiti anche in ambito comunitario: v. Corte Giust., sent. 25 aprile 1996, causa n. C-87/94 Bus Wallons.

(6) Corollario è il problema se la *partnership* possa essere assunta da un soggetto pubblico: secondo Cons. Stato, sez. V, dec. 4327/2003, non vi è incompatibilità tra ente pubblico e stipulazione di contratti d'appalto; ma *contra* Cons. Stato, IV, dec. n. 1344/2004 e T.A.R. Umbria n. 382/2003, per cui vi è incoerenza tra fine istituzionale dell'ente e stipulazione di contratti o svolgimento di attività paraprofessionali, violandosi, tra l'altro, il principio di libera concorrenza.

(7) Come scriverà il T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, nella sentenza fra breve menzionata, "il contorno normativo non è dei più lineari". Le fonti di questa fattispecie, riguardanti un finanziamento comunitario ad un progetto regionale denominato *LeaderPlus* sono, infatti, costituite da un coacervo di norme comunitarie e regionali, e cioè dal Regolamento Ce n. 1260/99, che dà alla Regione competenza in materia di sviluppo rurale, dai Programmi di sviluppo regionale finanziati dalla Ue, deliberati dalla Regione pubblicati nel *Bura* n. 16/2002 e n. 68 speciale del 2002, nelle deliberazioni della Giunta regionale n. 1243/02 e n. 395/2002, che fissano i criteri di valutazione dei partecipanti alla gara per l'affidamento del progetto .

La redazione del bando di gara viene basata sul rispetto dei criteri di compilazione del bando stesso, che si trovano pubblicati nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee* contenuti in un atto determinativo della Commissione europea, che fissa contesto, obiettivi ed ambiti di partecipazione soggettiva a tale gara (Comunicazione Commissione CE n. 139/05 del 14 aprile 2000).

In particolare, si prevede, a livello di fonte comunitaria, la possibilità di partecipazione alla gara pubblica, accanto alla nota previsione di enti personificati od imprese capofila di associazione temporanee, anche di soggetti in “partenariato”, come almeno risulta dalla traduzione letterale del termine usato di “*partnership*”, alla quale è, appunto, consentita l’abilitazione alla gara.

Il problema di fondo sorge, quando il consorzio giunto secondo alla gara d’affidamento del servizio contesta in giudizio la vittoria del partenariato, per violazione della concorrenza, dell’intangibilità delle offerte che avrebbero, in sintesi, causato la sostanziale vanificazione del punteggio dato ad un programma presentato da un soggetto, per sua stessa definizione, mutante e non costituito al momento di chiusura della gara.

Senonché la domanda giudiziale porta ad interrogarsi sulla giusta ermeneutica da dare al partenariato (8).

Dall’incertezza lessicale di questo termine, il dubbio sulla sua reale portata; la conseguente controversia che nasce e che verrà definita con due sentenze di segno opposto, una del T.A.R. Abruzzo sez. di Pescara n.293/2004, l’altra in appello del Consiglio di Stato, IV sezione n. 3347/2005 produrrà questo risultato pratico: risolverà il problema in concreto ed lascerà intatta la questione in campo giuridico.

Infatti, la formazione del bando non ha regole sue proprie, né le fonti attualmente esistenti aiutano l’interprete.

Vediamo perché. Il punto di rottura con la normativa interna e la comune interpretazione della soggettività idonea a partecipare alle gare pubbliche è dato, com’è facile intuire, dall’uso che si vuol dare al termine partenariato.

Secondo la fonte comunitaria, la *partnership* rimanda ad un’idea flessibile di costituzione del soggetto pubblico partecipante alla gara, di modo che è sufficiente che vi sia un partner in posizione anche non di leader del raggruppamento, tale anche da consentire successivamente alla chiusura della gara l’apporto contributivo di altri soggetti, che entrano a fare parte del cosiddetto partenariato.

Questa possibilità, quindi, di mutazione della compagine che vince la gara, se è consentita dalla fonte comunitaria, dove il termine *partnership* rimanda a quanto detto, non è consentita dalle norme interne, che prevedono la generale non modificabilità dell’aggiudicatario della gara pubblica.

(8) Sul punto: F. FRACCHIA, L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/Ce* sul sito della giustizia amministrativa e M. CLARICH, *Il dialogo competitivo ed i possibili riflessi sul partenariato pubblico privato* negli atti dell’omonimo Seminario sul sito di “Igitalia”.

Ma la formazione del bando di cosa avrebbe dovuto tenere conto?

Sicuramente della fonte comunitaria, dove esplicitamente si prevede la figura del *partner* destinato a costruire una struttura comune con personalità giuridica; tale norma non esclude che la costituzione della *partnership* avvenga anche *in progress*, cioè anche dopo la presentazione delle domande di partecipazione alla gara e fino all'esecuzione del servizio affidato.

Perciò, il bando regionale ha previsto una natura flessibile dell'aggiudicatario, che può mutare di soggetti che lo compongono anche dopo la vittoria nella gara stessa.

Vediamo allora la posizione assunta dai giudici amministrativi:

secondo il T.A.R. Abruzzo, sezione di Pescara, la figura dell'affidatario *in progress*, seppur opinabile, non è da considerarsi illegittima, perché non vi è lesione del principio della concorsualità, dal momento che il finanziamento pubblico è erogato solo quando il servizio è effettivamente reso; il controllo dell'opera è a valle e, quindi, la mancata costituzione d'una valida *partnership* è a rischio del partner affidatario del servizio, che se non esegue la prestazione promessa non riceve nulla dalla Ue.

Secondo, invece, il Consiglio di Stato, l'ammissibilità della figura del partenariato nella gara pubblica viola il principio della concorsualità, perché altera il principio di leale concorrenza, dal momento che "gli elementi di valutazione del partenariato non possono essere dedotti prescindendo dal definitivo assetto della compagine societaria e della formale costituzione dell'ente".

In realtà, sottotraccia entrambe le sentenze sopra riportate si adattano ad un canone di ermeneutica, che potrebbe persino apparire superato, o meglio, quantomeno non aggiornato con la dottrina attuale, che tende a cogliere gli aspetti innovativi del diritto amministrativo nell'ambito della sua intersecazione col diritto comunitario.

Un'occasione perduta, dunque, *de iure condito*? Vediamo fino a che punto.

Entrambe le decisioni, si è detto, sono in linea col diritto interno ed il portato giurisprudenziale comune e corrente.

Lo è la prima sentenza, perché parte dal presupposto implicito del bando di gara quale *lex specialis* e lo dispiega nelle sue naturali conseguenze.

È legittima l'attività della P.A. conforme ai principi stabiliti nel bando; quindi, poiché l'articolato di bando lascia aperta la porta alla costituzione di soggetti *in fieri* anche dopo la fase iniziale dell'"apertura delle buste", è altrettanto legittima la riformulazione in corso d'opera dell'offerta con mutamento dei *partners*.

In sostanza, è corretta la lettura del bando laddove consente la personalizzazione della *partnership* successivamente all'approvazione dell'offerta progettuale più congrua e più idonea al raggiungimento dei fini concorsuali.

Ma, d'altronde, si caratterizza pure per concordia con la giurisprudenza comune e corrente l'estensione della sentenza d'appello, nel senso che ravvisa nel mutamento d'offerta in corso di gara o anche dopo in corso d'opera una palese violazione del principio di parità tra i concorrenti; come dare torto

a tale assunto? La costituzione in fieri del soggetto vincitore della selezione, qualora ammessa sul piano del diritto “verserebbe in un caso patente di violazione del principio fondamentale della *par condicio*”.

Ma se è la stessa Commissione europea che ammette ciò? *Quid iuris* allora?

Non resta a questo punto che affrontare il terzo nodo della questione, in premessa prospettato.

Bisogna, infatti, notare che, se si guarda alla disciplina generale interna in materia di appalti di servizi e forniture, nonché d’opera, il quadro non sembra mutare affatto.

Anche la legislazione è pedissequa nella volontà di seguire le orme della giurisprudenza nel redigere e nel fissare i paletti selettivi utili per la partecipazione soggettiva alle gare (9).

Si prenda, come esempio a titolo di disciplina generale, il d.p.c.m. 10 gennaio 1991, n. 55, recante norme sulla formazione dei bandi di gara pubblici, il quale prevede all’art. 4 la possibilità di partecipazione alle imprese, singolarmente o riunite in associazioni temporanee o in consorzio.

E solo di questi soggetti.

Cioè, la legge ed i giudici nazionali sconoscono la partecipazione soggettiva “flessibile” e danno cittadinanza alla sola soggettività “rigida” del concorrente alla gara pubblica (10).

Quindi, non appare possibile per l’Amministrazione *de iure condito* fissare quale requisito di capacità soggettiva la flessibilità del soggetto partecipante, perché, anche se l’altra ipotesi assicura un miglior fine, l’ordinamento interno, a differenza di quello comunitario, sconosce la mutabilità e la trasformazione dell’aggiudicatario in corso d’opera.

Questo anche se è la stessa Ue a finanziare l’opera od il servizio.

In realtà, si osserva che il punto di rottura tra i due ordinamenti sta nella diversa concezione ancora oggi esistente tra la nozione di evidenza pubblica tradizionale nazionale ed, invece, quella di derivazione comunitaria (11).

Nel diritto interno prevale a livello contabile il meccanismo di controllo a monte dell’opera pubblica; a livello comunitario il controllo è a valle.

Per gli amministratori pubblici nazionali è importante verificare che chi partecipa alla gara abbia sin dall’inizio le carte in regola per realizzare l’opera promessa.

(9) V. R. GAROFOLI, *Codice degli Appalti, di servizi e forniture e dei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 1047.

(10) A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l’in house*, sul sito della giustizia amministrativa (l’A. si riferisce alla sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2004, ndr., che si legge in *Giur. It.*, 2005, 836 e ss., con nota di Rolando); R. DE NICTOLIS, *Sistemi di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione e offerte anomale nella Merloni ter in Urbanistica ed appalti*, 1999, fasc. 5, 178. Più in generale, sulla diffidenza del nostro legislatore all’ingresso di particolari nuove figure realizzative dell’appalto pubblico, si veda G. MONTEDORO, *Il leasing pubblico e la capacità generale di diritto privato della P.A.*, sul sito di Lexfor.

(11) V. F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, 2251, Sez. I, Cap. 1.

Per l'ambito comunitario, si eroga il finanziamento in varie *tranches*, che costituiscono tante tappe di passaggio, che non danno affatto per scontato il rendiconto finale, né la sua approvazione.

Si ricontrolla tutto, volta per volta, ad ogni singolo passaggio di consegna dell'opera o di effettuazione del servizio, dal pagamento dei contributi alle maestranze dell'impresa fino alla composizione dei *partners* che eseguono parte dei lavori affidati.

Quindi, per l'ottica d'oltralpe, il soggetto può anche mutare di composizione (ad es. una banca che co-finanzia l'opera può subentrare ad altra od affiancarla; persino il perdente la gara può affiancare il vincitore), tanto la validità della sua compagine sarà valutata a bocce ferme all'atto di rendicontazione finale.

Quindi, il funzionario regionale che redasse quel bando, fece bene a sbagliare, interpretando come possibile il cambio di gestione nel momento dell'esecuzione del servizio.

Comunque, sono noti gli sforzi del nostro ordinamento di adeguarsi ad una visione più unitaria della materia *de qua*.

Giova ricordare che con circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento Politiche Comunitarie del 1° marzo 2002, n. 945 è stata riprodotta la comunicazione Ue del 12 aprile 2000, che riassume i fondamentali principi in tema di rispetto della concorrenza e della *par condicio* negli appalti pubblici, quali la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità, il mutuo riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.

Il punto è, tuttavia, che finché tali principi saranno diversamente interpretati per difetto d'aggiornamento, od anzi, anche per il riferimento a presupposti teoretici diversi (si veda ad es. l'attualità del dibattito sulla separazione degli ordinamenti nazionale e comunitario) (12), si rischierà, come accaduto, che un bando formato seguendo le direttive della Ue finanziatrice dell'opera, sarà considerato mal fatto, perché non rispondente alla normativa ed alla tradizionale prassi interpretativa nazionale.

Da ultimo ed in attesa delle sue prime applicazione giunge la novella del codice de Lise (13).

In attuazione degli artt. 1,2 e 25 della legge 18 aprile 2005 n. 62 (Legge comunitaria 2004), è stato approvato in data 23 marzo 2006, il "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", dopo aver acquisito i prescritti pareri del Consiglio di Stato, della Conferenza Unificata Stato-Regioni-Città e dei competenti organi della Camera e del Senato della Repubblica.

(12) In sintesi, la *querelle* dottrinarie verte sul considerare l'ordinamento nazionale come separato o integrato con il superiore ordinamento comunitario.

(13) V. oltre agli *Atti del Convegno sul nuovo Codice dei contratti pubblici* tenutosi il 5 maggio 2006 presso l'Università di Teramo, relatori P. De Lise, A. Zito, A. Cancrini, G. Carinci, A. Contieri, T. Capitanio, N. Paolantonio, A. Police, D. de Carolis e F. Urbani Neri, anche C. CONTESSA, *Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Atti del Convegno su "La riforma degli appalti pubblici"*, tenutosi nel mese di marzo 2006 presso l'Unioncamere a Roma.

Seguendo le indicazioni contenute nella legge delega, il Codice recepisce le previsioni contenute, rispettivamente, nella direttiva comunitaria 17/2004/CE, relativa agli appalti ed alle concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori speciali (quali, ad es. gas, energia elettrica ed acqua) e nella direttiva 18/2004/CE, relativa all'unificazione della disciplina degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari.

Il Testo Unico riscrive, nel complesso, l'intera normativa in materia d'appalti vigente ed adempie all'obbligo previsto nella disciplina comunitaria di adeguare la normativa interna all'evoluzione del diritto comunitario, come anche interpretato ed integrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

Al partenariato non è dedicata alcuna disciplina specifica, ma se ne parla solo a margine della disposizione dettata all'art. 194 del Codice, contenuta nella Sezione IV – Disposizioni particolari sugli interventi per lo sviluppo infrastrutturale.

La norma si occupa di fissare i criteri per l'erogazione delle risorse, rese disponibili dall'art. 1 comma 2 del D.L. n. 415/1992, conv. con legge n. 488/1992, da parte del Cipe, al fine di razionalizzare gli interventi per lo sviluppo infrastrutturale a livello nazionale.

In particolare, al punto 3 dell'art. 194 si stabilisce che: "L'individuazione degli interventi strategici di cui al comma 2 è effettuata valorizzando la capacità propositiva dei Comuni, sulla base dei criteri e delle intese raggiunte dai Ministeri dell'Economia e delle Finanze e delle Infrastrutture e dei Trasporti, da tutte le Regioni interessate, da rappresentanti dei Comuni e dal *partenariato istituzionale ed economico-sociale a livello nazionale*, come previsto dal punto 1.1 della delibera Cipe n. 20/2004 del 29 settembre 2004, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 265 dell'11 novembre 2004".

Occorre rilevare in sede di primo sommario commento che, tenuto conto di quanto detto in precedenza, in ordine alla complessità del tema tracciato, il neonato Codice non appare essere di maggiore conforto ad una migliore lettura del problema di fondo, legato all'ammissibilità della figura in esame.

Sembra, altresì, evidente, in chiave di interpretazione sistematica, come la scelta del legislatore di conservare, d'altro canto, allo Stato, ex art. 5 del Codice, la disciplina in materia di qualificazione del soggetto che partecipa alla gara (lettera g. art. 5 del Codice) non sia in linea con l'auspicato allargamento degli operatori economici concorrenti all'aggiudicazione dell'appalto pubblico.

Infatti, il soggetto pubblico redattore del bando di gara avrà, si pensa, ancora meno libertà di prima di fissare i requisiti soggettivi di partecipazione, dal momento che la discrezionalità del committente pubblico sarà ancor più vincolata al necessario rispetto della legge nazionale.

Tanto che appare coerente con quanto appena detto il disposto dell'art. 5 lettera g), secondo cui, appunto, i requisiti soggettivi, le certificazioni di qualità, nonché la qualificazione degli operatori economici devono conformarsi ai criteri stabiliti nel regolamento d'attuazione del menzionato Codice.

Anche, quindi, il rinvio che il Codice fa ai criteri di scelta stabiliti nel Codice stesso e nel pedissequo regolamento d'esecuzione (art. 7), se confrontato col sostanziale silenzio serbato rispetto alla figura del partenariato, depone più a favore di una *mens legis* conservatrice all'interpretazione della disciplina di bando che ad un'apertura verso una più flessibile concezione della figura del contraente aggiudicatario.

Se è vero che, comunque, il Codice si caratterizza per una serie di notevoli innovazioni nella disciplina di bando, proprio in tema di scelta del contraente, la mancata previsione della *partnership* non lascia adito ad altre interpretazioni del sistema.

Neppure facendo riferimento all'art. 58 del Codice, che, in applicazione dei principi di cui alla Direttiva 2004/18/CE, riconosce l'ipotesi di allargamento partecipativo nel caso di "appalti particolarmente complessi", ma solo allo scopo di ampliare gli spazi d'intervento della diversa fattispecie del "dialogo competitivo".

Si ritiene, pertanto, che sarebbe stato opportuno che il Codice avesse contenuto una qualche disposizione diretta oppure, perlomeno, una piattaforma normativa minima, tale da costituire una valida base di discussione per un futuro positivo intervento giurisprudenziale (14).

Si reputa, infatti, che sarebbe bastato introdurre un ulteriore criterio aggiuntivo alla definizione degli elementi soggettivi *ex art. 5* Codice Appalti per dare ingresso al partenariato, un istituto comunitario di origine pretoria e del quale, peraltro, lo stesso legislatore comunitario non ha dettato alcuna disciplina specifica.

Si può concludere, perciò, nel prevedere, in linea generale, che, fino a quando il diritto amministrativo non tenderà a riconoscersi come referente anche di sistemi di *common law*, e, quindi, anche ad ipotesi di diversa configurazione soggettiva del contraente, la lettura e la conseguente applicazione dei bandi di gara tenderà a sua volta a trasformarsi in un puzzle a soluzione multipla per gli interpreti e gli operatori del diritto.

Tuttavia, però, alla tesi qui sopra configurata, si può obiettare come l'istituto del partenariato costituisca ormai un principio del diritto comunitario vivente, non incompatibile coi principi generali del diritto amministrativo, con conseguente sua ammissibilità ed applicabilità in via interpretativa, specie in ambito di redazione di bandi di gara regionali, secondo i caratteri ed i limiti individuati dalla giurisprudenza.

In base a quanto esposto, non apparirebbe corretto, invero, ritenere che la mancata inclusione di una norma *ad hoc* nel Codice debba automaticamente comportare l'ammissibilità di questo istituto nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

(14) Tanto che già si parla di imminenti necessari "ritocchi" a cui andrebbero incontro alcune sezioni del Codice: così nell'Editoriale di M. Clarich su *Guida al Diritto* fasc. n. 25/2006.

Il contenzioso in materia di procedure di abilitazione professionale dopo l'entrata in vigore dell'art. 4, comma 2 bis, legge 17 agosto 2005, n. 168 ^(*)

*di Stefano Varone ^(**)*

SOMMARIO: 1. – L'attuale stato del dibattito. 2. – L'art. 4, comma 2 bis, legge 17 agosto 2005, n. 168: requisiti soggettivi ed oggettivi di applicazione della norma. 3. – Ammissione con riserva e processo amministrativo: una chiave di lettura costituzionalmente orientata.

1. L'attuale stato del dibattito

Con l'entrata in vigore dell'art. 4 comma 2 *bis* della legge 17 agosto 2005, n. 168, di conversione del d.l. n. 115/2005, il legislatore, nei giudizi concernenti il mancato superamento delle prove dirette a conseguire abilitazioni o titoli professionali, ha dettato un nuovo assetto dei rapporti fra procedimento e processo, disponendo che “*conseguono a ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte e orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela*”.

La norma in esame si inserisce in un ampio dibattito ove la giurisprudenza amministrativa era stata chiamata a risolvere i delicati rapporti biunivoci fra procedimento e processo, indagando sull'esatta natura delle valutazioni effettuate dalla commissione esaminatrice in esecuzione di un ordine giudiziale e sulla relativa influenza sul prosieguo del processo.

Al riguardo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 27 febbraio 2003 n. 3 (1) era giunta alla conclusione che “*l'amministrazione non ha interesse alla riforma della sentenza di annullamento di un atto che, posteriormente alla pronuncia giurisdizionale, ha essa stessa sostituito, con autonomo provvedimento, determinando un nuovo assetto del rapporto controverso*”, privilegiando un impianto teorico diretto a valorizzare i rapporti fra il *dictum* giudiziale e la successiva fase amministrativa piuttosto che il cosiddetto “principio dell'assorbimento”, che pur aveva rinvenuto consensi in numerose pronunce ove si era ritenuto che l'esito negativo riportato nella prima fase si sarebbe dovuto considerare assorbito dalla valutazione positiva conseguita nella successiva prova svolta in seguito ad apposita ordinanza “propulsiva”.

La tematica concerne l'influenza sul prosieguo del processo dell'attività amministrativa successiva alla pronuncia giurisdizionale: trattasi di relazio-

^(*) Sugli stessi argomenti, vedi l'articolo dell'Autore in pubblicazione su *Foro Amministrativo*.

^(**) Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale di Campobasso.

(1) Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 febbraio 2003 n. 3, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, 496.

ne caratterizzata da una sorta di circolarità (2), perché se il processo influisce sul procedimento in quanto la decisione del giudice amministrativo può determinare una successiva e doverosa attività da parte dell'amministrazione, proprio l'esatta qualificazione di quest'ultima assume rilievo decisivo nella successiva dinamica processuale. Detta attività può assumere infatti il ruolo di mera misura esecutiva della pronuncia giudiziale, oppure configurarsi come autonomo riesercizio del potere.

Si tratta pertanto di verificare se il provvedimento adottato dall'amministrazione in *esecuzione* della pronuncia sia soggetto a caducazione in caso di riforma della sentenza o dell'ordinanza e quali siano i limiti dell'effetto espansivo esterno della predetta riforma sugli atti e provvedimenti emanati sulla base della pronuncia giurisdizionale (3). Il che, in termini processuali, si traduce nell'interrogativo sui limiti di operatività nell'ambito del giudizio amministrativo del principio di cui all'art. 336 comma 2 c.p.c. (4), in base al quale "la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata".

La complessità dell'analisi è ulteriormente dimostrata dall'intersecarsi delle accennate problematiche con la tematica dell'acquiescenza (5), e con il c.d. principio di assorbimento, in ragione del quale, in ipotesi di esami strutturati su più prove, l'esito negativo inizialmente riportato sarebbe successivamente assorbito dalla valutazione positiva conseguita nella prova successiva, svoltasi per effetto dell'ordine giudiziale (6).

(2) Così V. ANDREIS, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 4, 1201; sulla reciproca influenza fra procedimento e processo cfr. M. CLARICH, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, 2000, 1174.

(3) Tematica connessa con quella della caducazione dell'atto consequenziale in caso di intervenuto annullamento dell'atto presupposto per la quale si rinvia, a livello di impostazione generale, a E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2003, 633 ss.

(4) Sull'applicazione dell'art. 336 c.p.c. nell'ambito del processo amministrativo cfr. Consiglio di Stato, 18 settembre 1998, n. 1311, *Foro Amm.*, 1998, 2357; Consiglio di Stato, 24 settembre 1997, n. 1014 in *Foro Amm.*, 1997, 2290. Consiglio Stato, 4 maggio 2004, n. 2797 in *Foro amm. CdS*, 2004, 1356, che la ritiene "espressione di un principio di carattere generalenon contrastante con i principi propri del processo avanti alla giurisdizione amministrativa".

(5) Al riguardo un consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale afferma, ormai da tempo, che la mera esecuzione puntuale di una ordinanza cautelare di tipo propulsivo (o di una sentenza) non costituisce attività di autotutela e non può comportare il venir meno della *res* litigiosa né consegue che solo l'attività non ricollegabile causalmente e direttamente alla pronuncia, e pertanto non doverosa, può determinare l'estinzione del potere di proporre l'impugnazione: Consiglio di Stato, sentenza 21 novembre 2003, n. 7630, in *Foro Amm.*, *CdS*, 2003, 3304; Consiglio Stato, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068 in *Foro amm.*, *CdS*, 2004, 3129; in dottrina E. FERRARI, *Acquiescenza* (ricorso giurisdizionale amministrativo), voce del Digesto IV (disciplina pubblicistiche), Torino, 1987, 82 e ss.

(6) Tale principio era stato elaborato in merito ad un oggetto (l'ammissione agli esami di maturità) in cui era più agevole sostenere che vi fosse continenza tra la valutazione negativa del consiglio di classe e quella successiva, conseguente all'ammissione con riserva, effettuata dalla commissione esaminatrice la quale, alla luce delle prove espletate e del *curriculum* scolastico globalmente considera-

L'Adunanza Plenaria, incentrando l'analisi sull'attività esecutiva posta in essere dall'amministrazione, era giunta così alla conclusione che ogni qualvolta tale attività si sostanzia in un nuovo esercizio del potere amministrativo, posto in essere sulla base di una diversa comparazione degli interessi coinvolti, viene meno l'interesse all'attivazione della successiva fase processuale (7). Alla luce del delineato criterio discrezionale l'interprete, nella soluzione dei casi concreti, avrebbe dovuto in via preliminare procedere ad una rigorosa interpretazione dell'atto giurisdizionale (8) e dei vincoli dallo stesso posti alla successiva attività amministrativa, quindi esaminare quest'ultima, al fine di verificarne la continenza rispetto al *dictum* giudiziale: in tal modo anche la positiva rivalutazione delle prove, qualora effettuata in diretto adempimento di una pronuncia giurisdizionale, può essere travolta dalla successiva riforma di quest'ultima, a nulla valendo la circostanza che il candidato in quella sede sia stato ritenuto pienamente idoneo (9).

to, avesse deliberato il superamento dell'esame: cfr. Consiglio di Stato, 22 aprile 1996, n. 474, in *Foro Amm.*, 1996, 1254 "l'esame di stato, pur vertendo su un numero limitato di materie, comporta la valutazione globale del candidato, che la commissione compie attraverso l'esame del curriculum scolastico, nel quale sono ricompresi i giudizi negativi espressi dal consiglio di classe in sede di ammissione".

Alcune sentenze avevano tuttavia applicato il predetto principio dell'assorbimento anche alla fattispecie delle prove preselettive dei concorsi per l'abilitazione alle professioni forensi e notarili: cfr. TAR Lazio, 28 novembre 2000 n. 9850 in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, p. 302, a detta della quale "la selezione informatica ha lo scopo di accertare il possesso di un livello di preparazione minimo che renda utile la partecipazione agli esami. Segue da ciò che, in ossequio al principio di continenza, non può essere disposta la rinnovazione della prova preselettiva [...] quando il superamento degli esami scritti e orali ha dimostrato in modo inconfutabile la preparazione del candidato".

(7) A stretto rigore occorrerebbe isolare le ipotesi di attività amministrativa posta in essere prima della proposizione dell'impugnazione, con possibile applicazione del principio desumibile dall'art. 329 c.p.c., e l'attività posta in essere ad impugnazione già proposta, fattispecie che andrebbe ricondotta alla cessazione della materia del contendere (cfr. V. CAIANIELLO, *Cessazione della materia del contendere (diritto amministrativo)* in *Encicl. dir.*, aggiornamento-IV, Giuffrè, Milano, 2000, 249. A giudizio di Consiglio di Stato, 5 agosto 2005 n. 4165, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 1285 "la cessazione della materia del contendere può essere dichiarata solo quando l'Amministrazione annulli o riformi, in senso conforme all'interesse del ricorrente, il provvedimento impugnato, mentre la declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse può derivare o da un mutamento della situazione di fatto [...] ovvero dall'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento che, idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco, pur senza avere alcun effetto satisfattivo nei confronti del ricorrente, sia tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza".

(8) La soluzione adottata dalla plenaria è che "L'atto amministrativo va qualificato in rapporto al suo effettivo contenuto, quindi in relazione a quanto lo stesso effettivamente dispone in ordine al suo oggetto, essendo irrilevante che l'amministrazione che lo abbia adottato gli conferisca una difforme ed espressa qualificazione". Per l'analisi di tale profilo si rinvia a V. ANDREIS, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento*, cit., 1207.

(9) Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 5 agosto 2005 n. 4165, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 1285: "In una procedura di tipo concorsuale o abilitativo, l'esito positivo della rinnovata valutazione di una prova scritta di esame a seguito di ordine emesso in sede cautelare dal giudice amministrativo non può produrre altro effetto che quello di impedire il protrarsi della lesione lamentata e che ogni ulteriore effetto non può che conseguire dalla pronuncia definitiva di merito, il quale soltanto, rimuovendo dalla realtà giuridica il provvedimento impugnato, è in grado di restituire al concorrente escluso

Sull'assetto giurisprudenziale così delineato è quindi drasticamente intervenuto il legislatore con l'art. 4 comma 2 *bis* della legge 168/2005, norma che, superando le conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria ed obliterando il *discrimen* fra attività meramente esecutiva del *dictum* giudiziale ed attività innovativa o autonoma, accomuna le varie ipotesi, determinando una sopravvenuta carenza di interesse per *factum principis* nei casi in cui il candidato, in possesso dei titoli per la partecipazione alla procedura selettiva o concorsuale, sia stato ammesso alle prove scritte o orali per provvedimento del giudice ed abbia superato le stesse.

Come recentemente evidenziato dal Consiglio di Stato nella decisione 6 marzo 2006 n. 1156 (10) “*gli effetti pratici di tale disciplina speciale consistono nel determinare effetti irreversibili, nel fare venire meno la materia del contendere a causa di un factum principis: è la legge che prevede, per coloro che abbiano superato le prove scritte e orali anche a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela, il conseguimento della abilitazione professionale o del titolo per il quale concorrono*”.

2. L'art. 4, comma 2 bis, legge 17 agosto 2005, n. 168: requisiti soggettivi ed oggettivi di applicazione della norma.

La portata dirimpante della neo introdotta disposizione impone una rigorosa analisi del suo esatto ambito applicativo, indagine che coinvolge sicuramente l'interpretazione del requisito del “possesso dei necessari titoli per partecipare al concorso” ed impone un chiarimento sulle procedure selettive contemplate, ma il cui fulcro è certamente rappresentato dalla corretta delimitazione dei rapporti fra ammissione *ope iudicis* e intervenuto superamento delle prove d'esame.

a) In ordine al “*possesso dei titoli*” per la partecipazione alla procedura concorsuale, prima condizione per l'operatività del meccanismo abilitativo “legale”, non sembra che la dizione normativa possa assumere significato diverso da quello di un richiamo *per relationem* al complesso dei requisiti previsti di volta in volta tanto dalla legge quanto dal bando di concorso. Desta pertanto perplessità la recente decisione del Consiglio di Stato, 19 giugno 2006 n. 3653 (11), che ha applicato la norma in un'ipotesi in cui si disquisiva del diniego di ammissione all'esame di abilitazione alla professione di avvocato per mancata continuità dell'ultimo semestre di pratica forense, al quale era seguita l'ammissione con riserva della candidata a sostenere le prove concorsuali (per effetto di ordinanza propulsiva).

In una tale fattispecie la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse pronunciata dal Consiglio di Stato appare erronea, in

la pienezza dei diritti”. In dottrina i rapporti fra ordinanza cautelare e successiva attività amministrativa sono esaminati da F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 80 e ss.

(10) La sentenza è reperibile, così come le altre citate nel testo per le quali manca un riferimento cartaceo, sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it

(11) Consiglio di Stato, 19 giugno 2006 n. 3653, in www.giustizia-amministrativa.it.

quanto l'ammissione con riserva ha permesso sì il superamento delle prove scritte ed orali, ma in assenza di uno dei titoli per la partecipazione alla procedura, vale a dire il regolare compimento della pratica forense.

Sempre in materia di interpretazione del requisito del possesso dei necessari titoli va richiamata la sentenza del Consiglio di Stato 18 luglio 2006 n. 4583, che ha escluso l'applicazione della norma alla procedura concorsuale notarile.

Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, un candidato, dopo aver preso infruttuosamente parte alla fase preselettiva, aveva impugnato l'esito negativo e, ottenuta dall'adito T.A.R. l'ammissione con riserva alle prove scritte, aveva superato tanto queste ultime quanto le successive prove orali. Esaurito il primo grado di giudizio la controversia era stata trasferita in appello ove era stata eccepita l'improcedibilità del gravame, anche in virtù della sanatoria disposta dall'art. 4 comma 2 *bis* della legge n. 168 del 2005. Analizzando tale profilo il Consiglio di Stato ha preso nettamente posizione per l'inapplicabilità della norma al concorso notarile, conclusione cui è giunto attraverso due percorsi autonomi, il primo dei quali è consistito nel ritenere che il superamento della preselezione costituirebbe vero e proprio titolo di ammissione all'ulteriore fase concorsuale: mancherebbe pertanto nel caso esaminato quel "*possesso dei titoli*" espressamente richiesto dal citato art. 4 comma 2 *bis*.

In tal modo il Consiglio di Stato si è inserito nel dibattito sulla natura della prova preselettiva (12), che un orientamento aveva ricondotto a una mera fase preliminare del concorso, il cui superamento non costituirebbe un requisito di ammissione (13), mentre una contrapposta tesi aveva qualificato come vero e proprio titolo di ammissione alle prove scritte, sì da configurare un'unica procedura articolata in tre scansioni autonome (14).

b) Certamente di maggiore spessore è il secondo argomento addotto per giudicare inapplicabile il meccanismo di sanatoria previsto dalla legge n. 168

(12) Va precisato che l'analisi è condotta dal Collegio sulla base della regolamentazione concorsuale di cui di cui alla legge 16 febbraio 1913 n. 89 (come modificata dalla legge 26 luglio 1995 n. 328), risultando inapplicabile la riforma operata con decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 166. Sulla preselezione notarile, prima della citata novella, cfr. A. ADINOLFI, F. CASO, *La preselezione informatica nell'accesso al notariato*, in *Rass. Forense*, 2000, 791.

(13) Consiglio di Stato, 11 aprile 2001, n. 2191 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 516 "*La preselezione costituisce una fase preliminare del concorso ed il suo superamento non configura un requisito di ammissione, atteso il rapporto di continenza tra la preselezione e le prove del concorso. Sono nella specie applicabili i noti principi giurisprudenziali elaborati con riferimento al rapporto tra giudizio del consiglio di classe ed esame di maturità*". Il risvolto pratico dell'adesione a tale orientamento era evidentemente l'applicazione del principio di assorbimento.

(14) Consiglio di Stato, 6 maggio 2004, n. 2797, in *Foro it.* 2004, III, 317 "*Nel concorso per l'accesso alla professione notarile sussiste l'interesse all'impugnazione della sentenza di primo grado che annulla il provvedimento di esclusione del candidato dalle prove scritte, anche nel caso di espletamento, da parte del ricorrente escluso a seguito della prova preselettiva e poi riammesso con riserva, in virtù di provvedimento cautelare, delle prove scritte e orali, nelle more del giudizio, con esito positivo*".

del 2005 ad ogni ipotesi di selezione concorsuale propriamente detta, argomento che conduce a riflettere sull'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della norma. Si fa infatti leva sull'espresso richiamo normativo alla "abilitazione" e al "titolo" (15), allocuzioni che contraddistinguono l'esito delle procedure finalizzate alla verifica della idoneità dei partecipanti allo svolgimento di professioni non riservate ad un numero chiuso di professionisti. Tale argomento è corroborato dall'ontologica differenziazione tra le procedure di stampo "idoneativo" e quelle concorsuali propriamente dette: le prime sono dirette a verificare se ciascuno dei candidati sia o meno in possesso dei requisiti di preparazione, sì che, una volta raggiunta tale verifica *"il principio di stretta legalità può contemperarsi – in virtù di una opzione di merito legislativo – col criterio di assorbimento"*. Diversamente, nei concorsi per il conferimento di un numero limitato di posti si manifesta l'esigenza di una valutazione anche comparativa fra i diversi candidati *"in un contesto in cui la valutazione positiva di un candidato incide sulla posizione degli altri i quali, se operasse la sanatoria dei risultati di fatto, si vedrebbero irrimediabilmente precluso il diritto costituzionalmente protetto di agire in giudizio per la tutela del proprio interesse legittimo ad una corretta competizione"* (16). In sostanza, a detta del Collegio, l'applicazione del citato art. 4 comma 2 *bis* ai concorsi per il conferimento di posti a numero limitato è impraticabile perchè lede – oltre alle garanzie di difesa dell'Amministrazione – la posizione degli altri concorrenti, i quali hanno diritto di ottenere dal giudice una pronuncia definitiva che accerti se l'ammissione (o la rinnovata valutazione delle prove) del loro antagonista fosse o meno legittima.

Tale interpretazione costituzionalmente orientata pare da preferire alla diversa impostazione seguita dal Consiglio di Giustizia Amministrativa, che, nella decisione 28 luglio 2006 n. 479, dando per scontata l'applicazione della norma anche alle procedure a numero chiuso, ha ravvisato proprio nel potenziale pregiudizio alla posizione dei controinteressati una delle questioni di legittimità da sottoporre alla Corte Costituzionale, senza tuttavia interrogarsi sulle possibili letture alternative della disposizione (17).

Circa l'ambito soggettivo della disposizione va poi richiamata la sentenza del T.A.R. Firenze 7 marzo 2006 n. 825 che ne ha escluso l'applicazione in un'ipotesi di controversia concernente la partecipazione alla sessione

(15) A giudizio del Collegio tale lettura non può essere contraddetta dall'utilizzo dell'allocuzione "concorso", pur contenuta nel corpo della norma; tale espressione nella disposizione in esame starebbe infatti ad indicare *"solo le procedure alle quali i candidati partecipano per ottenere il conferimento – appunto – di titoli abilitativi all'ingresso o esercizio in una professione"*.

(16) Consiglio di Stato, sentenza 18 luglio 2006 n. 4583, *cit.*

(17) Si afferma nella citata ordinanza che *"nel caso di procedure a numero chiuso, dato che viene trascurata la posizione di quei concorrenti che, in quanto posposti al ricorrente stesso, non trovano posto nel novero dei vincitori pur essendo risultati abili, altrettanto chiare non sono le conseguenze processuali di questo "conseguimento ad ogni effetto" del titolo o dell'abilitazione del candidato che abbia ottenuto, per effetto della sospensiva, l'ammissione con riserva alle prove concorsuali successive"*.

riservata di abilitazione e idoneità all'insegnamento (indetta ai sensi della legge 3 maggio 1999, n. 124). Afferma infatti il collegio che tale disposizione "*riguarda soltanto le abilitazioni necessarie per iscrizioni ad albi professionali, come si ricava dalla collocazione in una norma concernente gli ordini professionali, e comunque presuppone il possesso del titolo di ammissione, che nel caso in esame è proprio l'oggetto della controversia*".

c) In ordine al requisito dell'intervenuta ammissione e successivo superamento delle prove d'esame, si tratta in primo luogo di verificare se il meccanismo abilitativo *ex lege* concerne esclusivamente le ipotesi in cui il superamento della prova avviene a seguito di attività amministrativa (valutazione positiva) esecutiva di provvedimenti aventi natura di sentenza, ovvero si possa applicare anche alle ordinanze cautelari. In secondo luogo si tratta di stabilire se l'avvenuto superamento delle selezioni debba necessariamente conseguire ad una rivalutazione effettuata dall'amministrazione, ovvero se una delle fasi possa essere definitivamente superata tramite un provvedimento di ammissione con riserva che in tal modo vedrebbe definitivamente stabilizzati i suoi effetti a prescindere da qualsivoglia determinazione amministrativa.

Al primo quesito fornisce una soluzione (18) il Consiglio di Stato con la sentenza 6 marzo 2006 n. 1156, lì dove si interpreta la dizione "*provvedimenti giurisdizionali*" contenuta nella citata norma come riferibile tanto alle pronunce di merito quanto alle ordinanze cautelari: dopo aver sottolineato la comune matrice ricavabile dalla dizione dell'art. 131 c.p.c. si afferma infatti che "*la ratio della normativa è diretta proprio a definire le vicende esecutive rispetto a provvedimenti adottati sovente in sede cautelare dai giudici di primo grado. Vale infine il rilievo della autorità e decisorietà della medesima ordinanza cautelare*".

In effetti, se in linea generale la tematica dell'ordine di rivalutazione eseguito in ottemperanza ad un provvedimento cautelare presenta delle note peculiari rispetto alla rivalutazione effettuata in esito al giudizio di merito (19), la norma sembra accomunare le due ipotesi, svalutando la correlazione tra azione principale e azione cautelare (20): secondo il tradizionale indirizzo quest'ultima, in virtù della strumentalità e del rapporto di continenza

(18) Tale lettura è stata poi confermata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa nella citata ordinanza 28 luglio 2006 n. 479.

(19) D. CAMINITI, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva*, in *Foro amm.*, TAR, 2004, 4, 1061.

(20) Anteriormente all'entrata in vigore della legge 186/2005 la tematica della possibile stabilizzazione degli effetti del provvedimento cautelare a prescindere dalla fase di merito era stata esaminata da TAR Lazio, sent. 1 marzo 2004 n. 1912, in *Foro Amm.*, TAR, 2004, 1058, che osservava come il legislatore già con il D.Lgs. n. 5/2003 ("*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia [...]*") "*ha consumato un deciso strappo rispetto al modello della tradizione, stabilendo agli artt. 23-24 che i provvedimenti cautelari ante causam non perdono efficacia se la causa di merito non viene iniziata, né si estinguono in caso di estinzione del giudizio di merito, e ribadendo questa seconda regola per i provvedimenti cautelari rilasciati in corso di causa. Il più recente legislatore, dunque, con l'ammettere la possibile stabilizzazione, a rigore propria dei provvedimenti sommari, degli effetti dell'intervento cautelare, pren-*

rispetto alla prima, non dovrebbe avere altro effetto che quello di impedire il protrarsi della lesione lamentata, mentre ogni ulteriore risultato non dovrebbe che conseguire alla pronuncia definitiva.

La tematica, che meriterebbe maggior approfondimento, parrebbe a prima lettura fortemente condizionata, anche a livello di impostazione teorica, dalle recenti innovazioni processual-civilistiche che hanno interessato i provvedimenti di urgenza a carattere “anticipatorio”.

Come noto, infatti, se la disciplina del procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c. prevede come regola generale che l’ordinanza di accoglimento abbia un’efficacia puramente interinale e provvisoria rispetto al giudizio di merito, all’esito del quale viene demandata la concreta regolamentazione degli interessi (21), a seguito dell’entrata in vigore della legge 14 maggio 2005, n. 80 e all’ivi prevista modifica dell’art. 669 *octies*, si è allentato il nesso di strumentalità necessaria con il giudizio di merito (22). Nel caso dei provvedimenti emessi ai sensi dell’articolo 700 c.p.c. e degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza (23) la fase di merito è stata resa meramente eventuale (24), attivabi-

de le distanze dagli irrigidimenti dogmatici e [...] si mostra incline a distinguere materia da materia: dove, per quelle che esprimono esigenze particolarmente pregnanti di rapidità della risposta giustiziale, coinvolgono più vaste cerchie di soggetti e sono percorse da una particolare istanza di fondo di stabilità dei rapporti, è stata ormai sottoscritta l’idea che un giudizio possa sostanzialmente concludersi sull’assetto creato dall’intervento cautelare, senza più una cogente necessità di attendere sempre e comunque l’epilogo ed il suggello del giudizio di merito”.

(21) Tale impostazione della funzione e struttura della fase cautelare risulta sviluppata già in CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in *Opere giuridiche IX*, Napoli 1983, 157 e ss., ed in particolare 187, ove l’illustre Autore chiariva che il provvedimento cautelare “nasce in previsione, ed anzi in attesa, di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale non solo non aspira a trasformarsi in definitivo, ma è addirittura destinata a venir meno per mancanza di scopo”.

(22) Nella previgente disciplina processuale il nesso di necessaria strumentalità si traduceva, ai sensi degli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c. nella regola che i provvedimenti cautelari emanati *ante causam* perdevano efficacia sia in caso di mancata instaurazione nel termine previsto del giudizio di merito sia nell’ipotesi di estinzione di quest’ultimo. In giurisprudenza, *ex plurimis* Cass. 17 marzo 2003, n. 3898 in *Mass. Giur. It.*, 2003 ai sensi della quale “il provvedimento d’urgenza, adottato secondo il rito cautelare uniforme previsto dagli artt. 669-bis c.p.c. e segg. continua ad essere caratterizzato, oltre che dalla sua strumentalità, dalla provvisorietà e dal difetto di decisorietà, essendo destinato, data la sua natura interinale, ad essere assorbito o superato dagli altri provvedimenti che possano essere adottati nel corso del giudizio, essendo inidoneo a produrre effetti sostanziali o processuali sulla vicenda sottoposta all’esame del giudice”; analogamente Cass. sez. lavoro, 26 giugno 2001, n. 8765. In dottrina, sul carattere della strumentalità si possono citare, senza alcuna pretesa di esaustività, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2002, 197; ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, 1985, 40 e ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 599 ss; con specifico riguardo al processo amministrativo si rinvia M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 283 e ss.

(23) Per l’individuazione della categoria dei provvedimenti cautelari anticipatori cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 2006, V, 69.

(24) Per una disamina delle problematiche connesse alla riforma del procedimento cautelare si rinvia a GHIRBA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 781 e ss.

le ad istanza del soggetto soccombente, con conseguente possibile efficacia ultrattiva dell'ordinanza cautelare (25). La specifica valenza e capacità di resistenza di quest'ultima, una volta sganciata dal merito, è d'altronde allo studio della dottrina processual-civilistica, che si interroga sul significato da attribuire alla dizione normativa in base alla quale "*l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo*" (26).

Il punto assume un'importanza fondamentale anche ai fini dell'analisi dei rapporti fra fase cautelare e merito nella fattispecie introdotta dalla legge 17 agosto 2005, n. 168. Nella regolamentazione processual-civilistica il provvedimento anticipatorio non seguito dal merito è infatti certamente esecutivo, esprime un comando giuridico vincolante ed ha una durata potenzialmente indefinita nel tempo; tuttavia proprio l'ultimo comma dell'art. 669 *octies* esclude che la misura urgente possa comportare un accertamento definitivo sulla controversia e pertanto possa essere definita come "giudicato". Il che sta a significare che è sempre possibile per ciascuna delle parti attivarsi per ottenere una pronuncia giurisdizionale che contrasti o rovesci quella provvisoria, stabilizzata dalla legge ma in nessun modo coperta da quell'incontrovertibilità che l'art. 2909 c.c. sintetizza con il far stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

Completamente diverso è invece l'effetto prodotto dall'art. 4 comma 2 *bis* della legge 168/05 che, nell'ambito del primo grado di giudizio, ne determina la cessazione della materia del contendere mentre, in caso di gravame, determina l'inammissibilità o improcedibilità dell'appello: la conseguenza è che, in entrambe le ipotesi, l'effetto prodotto dal provvedimento cautelare assume il carattere dell'incontrovertibilità, una sorta di "*nuovo modello procedimentale di processo che porta ad una decisione con efficacia di giudicato non come esito di un giudizio a cognizione piena*";²⁷ il tutto a prescindere dalla verifica giudiziale dell'integrità del contraddittorio, della completezza dell'apparato probatorio e del rispetto del diritto di difesa delle parti (28).

In nessun modo, pertanto, la norma può essere assimilata alla richiamata disposizione civilistica che pur attenua la necessaria correlazione fra fase cautelare e merito: in quell'ipotesi è infatti vero che la cognizione piena diviene meramente eventuale, ma la scelta se attivare o meno il più approfondito controllo di merito è sempre rimessa alla libera scelta dell'interessato.

(25) Evidenzia come, con l'attenuazione del nesso di strumentalità, il rapporto tra i provvedimenti cautelari anticipatori ed il giudizio di merito diventi analogo a quello proprio dei provvedimenti sommari, dotati di un'efficacia meramente esecutiva, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 1.

(26) Art. 669-*octies* c.p.c. introdotto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80

(27) Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza del 28 luglio 2006 n. 479, *cit.*

(28) Parametri che la Corte Costituzionale, nella sentenza 10 novembre 1999, n. 427, in *Foro amm.* 2000, 740 aveva ritenuto indispensabili al fine di valutare legittimo il meccanismo di decisione anticipata in sede cautelare previsto dall'allora vigente art. 19 commi d.l. 25 marzo 1997 n. 67, conv. nella l. 23 maggio 1997 n. 135.

to. Al contrario il citato art. 4 comma 2 *bis* non lascia all'Amministrazione soccombente in sede cautelare alcuno spazio decisionale, rendendo improcedibile la fase di merito e rendendo pertanto il provvedimento di riesame adottato dall'amministrazione, al di là di ogni indagine sullo stesso, completamente autonomo e "sganciato" dalle sue origini processuali.

L'impatto dell'art. 4 comma 2 *bis* legge 168/05 sul sistema è pertanto notevole, tanto è vero che lo stesso Consiglio di Stato, nella sentenza 6 aprile 2006 n. 1791 ha espressamente affermato che la norma "*sovverte, per legge il su ricordato principio della continenza del rimedio cautelare, che non può, di regola, comportare effetti ulteriori (che eventualmente sono determinati solo dalla successiva fase di esecuzione) rispetto a quelli determinati dall'esito positivo del giudizio di merito, anticipando la fase di esecuzione-ottemperanza*".

A sua volta il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, dando per presupposto che l'espressione "provvedimenti giurisdizionali" ricomprenda non solo i provvedimenti definitivi, ma anche quelli cautelari, con ordinanza del 28 luglio 2006 n. 479, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità della norma, sospettata di contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 101 comma 2, 104 comma 1, 111 comma 2 e 113 della Costituzione. Fra i dedotti profili particolare attenzione merita proprio la definitiva stabilizzazione degli effetti del provvedimento cautelare a prescindere da qualsivoglia volontà di rinunciare alla fase di merito, con probabile *vulnus* del profilo precettivo della garanzia prevista dall'art. 24 Cost.

3.- Ammissione con riserva e processo amministrativo: una chiave di lettura costituzionalmente orientata

Ulteriore interrogativo degno di analisi è quello del se il descritto meccanismo di abilitazione *ex lege* operi anche nel caso di ammissione con riserva alla successiva fase concorsuale non seguita da una rivalutazione amministrativa del candidato.

Si tratta cioè di stabilire se la norma possa trovare applicazione anche nei casi in cui le prove concorsuali non siano state oggetto di rivalutazione ma la prima fase della procedura sia stata "superata" esclusivamente in virtù di un'ordinanza propulsiva, senza un pronunciamento positivo da parte dell'amministrazione sull'idoneità degli elaborati.

A prima lettura si potrebbe infatti sostenere che il legislatore abbia voluto drasticamente valorizzare l'esito positivo dell'ultima prova, ritenendolo assorbente anche del giudizio negativo ottenuto nella prima, purché tra le prove vi sia la mediazione del provvedimento giurisdizionale propulsivo: l'effetto sarebbe il conseguimento *ex lege* dell'abilitazione in ogni ipotesi di superamento delle prove orali sostenute per effetto di "ammissione con riserva", una sorta di codificazione del già illustrato principio dell'assorbimento (29). Il superamento della prova scritta andrebbe pertanto qualificato tale

(29) Ciò in quanto il superamento delle prove orali sarebbe indice dell'illegittimità del giudizio espresso con riguardo alle prove scritte. Richiama espressamente il principio di assorbimento quale

anche qualora realizzato per effetto diretto di una pronuncia propulsiva del TAR, al di fuori di qualsivoglia riesercizio del potere amministrativo, ed il semplice superamento della prova orale sarebbe equiparato all'esito positivo dell'intero esame.

Ad un più attento esame plurime ragioni sconsigliano tuttavia di aderire a tali conclusioni e portano a ritenere che la norma, lì dove richiede il superamento delle prove scritte ed orali, debba riferirsi ai casi in cui sia stata comunque posta in essere una procedura di rivalutazione (o correzione della motivazione) da parte dell'amministrazione conclusasi con esito positivo per il candidato (30). Solo in caso di rivalutazione da parte dei competenti organi amministrativi si può infatti essere al cospetto di quel "*superamento delle prove scritte ed orali*" che viene espressamente richiesto dalla norma (31).

Da un punto di vista sistematico il significato della novella sarebbe quindi quello di escludere la necessità dell'indagine sul rapporto di continenza fra la pronuncia giudiziale e la successiva fase procedimentale, a parziale superamento del citato indirizzo giurisprudenziale stimolato dall'adunanza plenaria, ma non già di stabilizzare nel tempo pronunce che avrebbero altrimenti portata sostitutiva dell'esercizio del potere amministrativo.

Da un punto di vista letterale poi la disposizione, lì dove prevede che l'effetto abilitativo *ex lege* consegua anche se "*l'ammissione alle medesime (prove scritte ed orali, poi superate) sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali*" non andrebbe letta nel senso dell'equiparazione fra ammissione *ope iudicis* alla prova orale e superamento della prova scritta, ma potrebbe essere riferita ai casi in cui – sempre al di fuori delle procedure a numero chiuso – è prevista "a monte" un'ulteriore fase preselettiva, a superamento di quell'indirizzo (32) secondo cui "*in una procedura concorsuale ciascuna delle prove preselettiva, scritta ed orale rappresenta un momento autonomo, per cui in caso di ammissione agli scritti e agli orali con riserva mediante ordinanza cautelare, l'avvenuto superamento delle stesse non determina sopravvenuto difetto di interesse della pubblica amministrazione a stare in giudizio*".

effetto sostanziale dell'applicazione della norma Consiglio di Stato, sentenza 19 giugno 2006 n. 3653, in www.giustizia-amministrativa.it.

(30) La tematica dell'effetto dell'ammissione con riserva era stata affrontata dalla giurisprudenza anteriormente all'emanazione della novella legislativa, allorché si era affermato (Consiglio Stato, sez. VI, 27 maggio 2005, n. 2733 in *Foro amm. CdS*, 2005, 1566) che "*il provvedimento di ammissione con riserva a un concorso a posti di pubblico impiego, in ragione della sua finalità cautelare, tesa ad evitare l'irrimediabile pregiudizio dell'impossibilità di partecipare alla procedura o di essere inserito nella graduatoria, esaurisce i suoi effetti con l'ammissione dell'interessato alla graduatoria o al concorso medesimo, con la conseguenza che esso è irrilevante in sede di emanazione del provvedimento di nomina, che presuppone lo scioglimento della riserva*"; nello stesso senso TAR Puglia, Lecce, sez. I, sent. n. 506/2003, in *I T.A.R.*, 2003, n. 4, p. 1677.

(31) Cfr. anche O. FORLENZA, *Dubbi di legittimità sull'abilitazione ex lege*, in *Guida al diritto*, n. 35, p. 41.

(32) Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 6 maggio 2004 n. 2797, in *Foro it.*, 2004, III, c. 317; tale indirizzo è stato comunque ribadito dalla citata Consiglio di Stato 18 luglio 2006 n. 4583.

D'altronde, solo qualora interpretata nel senso che il meccanismo di abilitazione *ex lege* presuppone in ogni caso un riesercizio del potere amministrativo, anche se stimolato da un provvedimento cautelare (33), la norma eviterebbe di porsi in insanabile conflitto con i principi dell'attuale sistema di giustizia amministrativa e con gli ivi delineati rapporti fra potere giudiziario e pubblica amministrazione.

Nella lettura qui privilegiata, pur con i dubbi già prospettati, quella che si realizzerebbe sarebbe comunque una sorta di anticipazione nella fase cautelare di un vincolo conformativo a carattere meramente procedimentale. Se infatti si considerano vantaggi conseguenti al giudizio di merito non solamente quelli di portata costitutiva-demolitoria derivanti dal giudicato di annullamento, ma anche quelli derivanti dal vincolo conformativo espresso nel *dictum* giudiziale (34), allora il nesso di strumentalità fra misura cautelare e giudizio di merito non viene totalmente reciso, ma solo attenuato.

Del tutto opposto il caso in cui si ritenesse di poter applicare la norma anche alle ipotesi di semplice ammissione con riserva, al di fuori di ogni attività valutativa posta in essere dall'amministrazione: il *vulnus* al principio di strumentalità della tutela cautelare (35) sarebbe qui di ben più ampia portata, in quanto si andrebbero a concedere con un provvedimento necessariamente a cognizione sommaria utilità disomogenee rispetto a quelle che potrebbero ottenersi con la sentenza di merito.

Tale esito parrebbe di dubbia legittimità anche nel sistema processuale civilistico, ove l'attenuazione del nesso di strumentalità, sancito dalle recenti riforme sulla falsariga dei sistemi francese e tedesco, attiene a ben vedere alla possibile ultrattività del provvedimento cautelare rispetto alla fase a cognizione piena, che può divenire puramente eventuale, non già alla possi-

(33) Sui limiti delle ordinanze propulsive si veda A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491 il quale, analizzando le aperture giurisprudenziali in tema di misure cautelari nel processo amministrativo affermava già prima della riforma di cui alla legge 205/2000, ma con considerazioni che possono ben essere riferite all'attuale assetto normativo che i limiti al relativo contenuto "vengono spostati dalla tipologia dei dispositivi delle misure cautelari adottabili, alla valutazione dei presupposti per la loro adozione: dall'esterno della funzione cautelare, per così dire, al suo interno: al modo nel quale deve venire svolta".

(34) Cfr. D. CAMINITI, *op cit.* 1063, a commento di T.A.R. Lazio, 1 marzo 2004, n. 1912, in *Foro amm.*, TAR, 2004, 1061 e ss; la pronuncia annotata aveva infatti chiaramente affermato che le ordinanze cautelari impositive di un dovere solo procedimentale, senza alcuna sorta di vincolo di contenuto non pongono questioni "circa il rispetto del limite, tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, in forza del quale un Giudice non può determinare, rendendolo giuridicamente necessario, un risultato che secondo l'ordinamento potrebbe scaturire solo da una scelta amministrativa discrezionale".

(35) Cfr. A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 357, che evidenziava come "il principio di strumentalità impone di escludere che attraverso l'ordinanza cautelare possano attribuirsi utilità maggiori di quelle ipotizzabili in caso di esito vittorioso del ricorso, altrimenti il giudizio cautelare diventa una cellula impazzita del processo amministrativo, dove tutto risulta consentito indipendentemente dall'oggetto del giudizio e dai poteri del giudice rispetto al ricorso".

bilità di fornire utilità (finali) disomogenee rispetto a quelle che possono essere concesse con la sentenza di merito. A maggior ragione la contrarietà al sistema va predicata in riferimento al plesso giustiziale amministrativo, ove si assisterebbe ad una sostanziale invasione della sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione (36).

Occorre d'altronde ricordare che la tematica dell'ammissione con riserva a prove selettive, che ha rappresentato il banco di prova privilegiato per l'elaborazione giurisprudenziale delle sospensive propulsive anteriormente all'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha da subito stimolato riflessioni in ordine alla possibile "intrusione" giudiziale in spazi riservati alla potestà amministrativa: i rischi di un eccesso di potere giurisdizionale, pur paventati, furono tuttavia esclusi dalle Sezioni unite della Cassazione sul presupposto che l'adozione della misura non implicava la sostituzione del provvedimento impugnato o l'imposizione all'amministrazione di una determinata attività (37), bensì un vincolo meramente procedimentale, puntualizzandosi successivamente che in ogni caso *"non sono consentite misure che producano effetti irreversibili o che siano produttive di utilità maggiori o diverse da quelle eventualmente conseguibili in forza del provvedimento conclusivo del giudizio principale o che non tengano conto – sul piano concreto – del principio della divisione dei poteri e della necessità di non interferire in maniera irreversibile nell'attività discrezionale della p.a."* (38).

Senza addentrarsi ulteriormente nella problematica, che meriterebbe un'analisi di ben altro respiro (anche in riferimento alla qualificazione del potere esercitato dall'amministrazione nelle procedure valutative), ci si può limitare ad osservare che non pare corretto ritenere tale limite, nel suo nucleo fondamentale, intaccato né dall'introduzione ad opera della legge 21 luglio 2000 n. 205, del rimedio cautelare atipico, né dalle più recenti riforme legislative, che pur spingono nella direzione di una maggior completezza della cognizione e della tutela giurisdizionale (39). A maggior ragione non può

(36) Corte costituzionale, 22 aprile 1991, n. 175 in *Consiglio di Stato* 1991, II,734.

(37) Cassazione civile, sez. un., 22 luglio 1983, n. 5063 in *Consiglio di Stato*, 1983, II,1490 *"Il principio, secondo il quale l'atto amministrativo di contenuto negativo non è suscettibile di sospensione in via cautelare da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità, va circoscritto al caso in cui l'atto medesimo non incide direttamente su "status" o rapporti sostanziali fra soggetti, sicché un effetto vantaggioso può essere raggiunto non con la sua sospensione, ma solo con il suo annullamento, in relazione all'obbligo dell'amministrazione di provvedere nuovamente conformandosi alla statuizione del giudice. Tale caso non si verifica quando l'atto negativo si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo (nella specie, atto di esclusione da un pubblico concorso), atteso che, in questa situazione, la sospensione cautelare dell'atto stesso consente al destinatario di avvalersi degli ulteriori provvedimenti di quel procedimento"*, con la conseguenza che la sospensione medesima si ricollega ad un interesse del ricorrente ed è idonea ad assicurare in via provvisoria gli effetti dell'eventuale accoglimento dell'impugnazione.

(38) Cassazione civile, sez. un., 25 febbraio 1995, n. 2149 in *Rass. giur. Enel* 1996, 950.

(39) Si fa riferimento alla legge 14 maggio 2005 n. 80, che convertendo con modifiche il d.l. 14 marzo 2005 n. 35, ha sostituito integralmente l'art. 2 l. 241/90 ed introdotto, fra l'altro, la previsione secondo cui nel giudizio sul silenzio *"il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'i-*

ritenersi che il legislatore abbia inteso aggirare tale limite tramite il discutibile espediente di eliminare la fase giudiziale a cognizione piena, stabilizzando gli effetti di provvedimenti cautelari che, nati al fine di imporre un vincolo meramente procedimentale, acquisterebbero il ruolo di regola sostanziale del rapporto.

Su tale linea sembra d'altronde essersi collocata la prima giurisprudenza in materia, che pone l'intervenuta rivalutazione quale presupposto di operatività della norma: si possono citare, fra le altre, Consiglio di Stato, 26 aprile 2006 n. 2333, ove si afferma che *“considerato che, come emerge dalla documentazione versata in atti, l'interessata ha superato la prova orale dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione legale a seguito di apposita rinnovazione disposta proprio a seguito della pronuncia del Tribunale amministrativo regionale ... l'appello avverso quest'ultima proposto dalle amministrazioni segnate in epigrafe deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse”*; Consiglio di Stato 14 aprile 2006 n. 2132, che nel dichiarare improcedibile l'appello in ragione dell'entrata in vigore del citato art. 4, co. 2 *bis*, si è occupata di un caso in cui, in esecuzione dell'impugnata sentenza, la Commissione di esame aveva rinnovato la correzione degli elaborati scritti; T.A.R. Veneto, sent. 13 ottobre 2005 n. 4158, ove la cessazione della materia del contendere è pronunciata sulla premessa che *“il ricorrente, a seguito della nuova correzione delle prove scritte effettuata dalla Commissione in esecuzione dell'ordinanza di sospensione del T.A.R. ha ottenuto una valutazione positiva e ha potuto accedere all'orale, che ha superato”*; analogamente T.A.R. Veneto, 27 aprile 2006 n. 1246; T.A.R. Calabria, sentenza 22 novembre 2005 n. 2137, ove si precisa che *“Il caso rientra in quello disciplinato dalla legge, in quanto la ricorrente ha superato anche le prove orali degli esami di abilitazione per effetto di una nuova valutazione delle prove scritte ordinata dal T.A.R., di talché si verificano entrambe le condizioni previste dalla norma”*.

stanza”. Per una condivisibile lettura che limita la previsione da ultimo citata alle ipotesi di sindacato su atti non discrezionali, Consiglio di Stato, 14 marzo 2006, n. 1332, in www.giustizia-amministrativa.it.

INDICI SISTEMATICI

1 – ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

<i>La non ostensibilità degli atti dell'Avvocatura dello Stato</i>	pag. 5
SIMONA BOTTONI, <i>Profili evolutivi dell'intervento pubblico nell'edilizia economica e popolare. Il caso dell'I.A.C.P. di Roma</i> »	334
GIANNI DE BELLIS, dossier, <i>La Corte di Giustizia pone termine alla vicenda IRAP – IVA</i> »	7
CHIARA DI SERI, <i>Ancora sul divieto di circolazione nel Land Tirolo</i> »	109
PASQUALE FAVA, MARCO FRATINI, <i>Sanzioni CONSOB e giurisdizione dopo la legge "sul risparmio"</i> »	350
WALLY FERRANTE, <i>Cambio di domicilio e inesistenza della notifica del ricorso per cassazione</i> »	237
WALLY FERRANTE, <i>Competenza territoriale e inapplicabilità dell'art. 11 c.p.p. ai giudizi di cassazione sull'irragionevole durata del processo</i> »	223
GIUSEPPE FIENGO, <i>Stato e regioni in materia di paesaggio</i> »	250
OSCAR FIUMARA, <i>Saluto alla cerimonia di commiato del Presidente uscente della Corte Costituzionale Prof. Annibale Marini</i> »	1
OSCAR FIUMARA, <i>Saluto al nuovo Presidente della Corte Costituzionale Franco Bile ed al nuovo Giudice Franco Maria Napolitano</i> »	3
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>I mezzi per accelerare il processo amministrativo</i> »	368
CRISTINA MIRTI, <i>Appalti pubblici di forniture: la tutela della sicurezza nazionale come causa legittima di deroga alla normativa comunitaria, in La questione degli elicotteri Agusta, dossier</i> »	75
MARIKA PISCITELLI, <i>Comunicazione di avvio del procedimento e deroghe alla sua obbligatorietà</i> »	241
ANNA SCIRÈ, <i>Azione civile risarcitoria nel processo penale a tutela di interessi legittimi?</i> »	253
FRANCESCO SPADA, <i>La responsabilità della pubblica amministrazione per sinistro su strada statale</i> »	229

GIUSEPPE STIPO, <i>Attività vincolata ed attività discrezionale della Pubblica Amministrazione anche con riferimento alla norma dell'art. 21 octies legge n. 241/1990</i>	pag.	307
FABRIZIO URBANI NERI, <i>Il partenariato ed il nuovo Codice degli appalti pubblici</i>	»	392
STEFANO VARONE, <i>Il contenzioso in materia di procedure di abilitazione professionale dopo l'entrata in vigore dell'art.4, comma 2 bis, legge 17 agosto 2005, n. 168</i>	»	402

2 – INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE		
Ord. 30 luglio 2003	pag.	115
Ord. 2 ottobre 2003	»	118
Ord. 27 aprile 2004	»	130
Sez. 2°, 27 ottobre 2005	»	78
Grande Sezione, 3 ottobre 2006	»	7
CORTE DI CASSAZIONE		
Sez. 1°, ord. 22 luglio 2005 n.15482	»	226
Sez. 3°, 20 febbraio 2006, n. 3651	»	232
Sez. 1°, 4 aprile 2006 n.7863	»	239
TRIBUNALE PENALE DI CATANIA		
Sez. 3°, 6-19 luglio 2005 n. 1869	»	272
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO		
Sez. 2°, 26 giugno 2006 n. 5152	»	5
CONSIGLIO DI STATO		
Sez. 6°, dec. 22 giugno 2006 n. 3825	»	244
Sez. 6°, dec. 13 luglio 2006 n. 4496	»	251

3 – INDICE DEGLI ARGOMENTI

COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Norme nazionali che hanno cessato di produrre effetti giuridici prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato – Irricevibilità del ricorso	»	78
COMUNITÀ EUROPEE – Procedimento sommario – Domanda di provvedimenti provvisori – Trasporti – Divieto settoriale di transito.	»	118
COMUNITÀ EUROPEE – Sesta direttiva IVA – Art. 33, n. 1 – Divieto di riscuotere altre imposte interne che abbiano natura di imposte sulla cifra di affari – Nozione di “imposte sulla cifra di affari” – Imposta regionale italiana sulle attività produttive	»	7

COMUNITÀ EUROPEE – Traffico – Divieto settoriale di transito.	<i>pag.</i> 115
NOTIFICA – Ricorso per cassazione – Cambio di domicilio – Inesistenza della notifica – Inammissibilità del ricorso »	239
PAESAGGIO – Tutela – Rapporto Stato–Regioni – Autorizzazioni paesistiche »	251
PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – Comunicazione di avvio – Deroghe all’obbligatorietà »	244
PROCESSO – Irragionevole durata (legge Pinto) – Competenza territoriale – Inapplicabilità dell’art. 11 c.p.p. (richiamato dall’art. 3, l. 89/01) ai giudizi innanzi alla Corte di Cassazione »	226
PROCESSO PENALE – Azione civile risarcitoria a tutela di interessi legittimi – Ammissibilità »	272
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Sinistro su strada statale – Responsabilità <i>ex</i> art. 2051 c.c. »	232

4 – PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

A.G.S. - Parere del 29 maggio 2006, n. 63523.

Se sia possibile mutare (parzialmente) in sede di esecuzione l’oggetto di una fornitura, divenuta non utile per mutate esigenze dell’amministrazione appaltante. La ditta fornitrice sarebbe disponibile, senza oneri aggiuntivi per l’Amministrazione, a patto di conservare la commessa acquisita a seguito di gara (<i>cs. 15096/06, avv. G. Fiengo</i>) »	277
---	-----

A.G.S. - Parere del 29 maggio 2006, n. 63919.

Eventuale azione per l’avvenuta registrazione del nome a domi- nio cassazione.net (<i>cs. 57389/05, avv. C. Sica</i>) »	279
--	-----

A.G.S. - Parere del 6 giugno 2006, n. 67676.

Se, a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 151 del D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, l’Agenzia delle Entrate possa portare a conclusione la transazione già richie- sta dal contribuente, quale prevista dall’art. 3, co. 3, del d.l. 8 luglio 2002 n. 138 conv. con legge n. 178/02, abrogato dal predetto art. 151 (<i>cs. 7577/06,</i> <i>avv. G. Mandò</i>) »	282
---	-----

A.G.S. - Parere del 6 giugno 2006, n. 67727.

Imputazione dei pagamenti. Applicabilità dell’art. 1194 c.c. ai pagamenti fatti dall’Amministrazione pubblica. Artt. 35 e 36 d.P.R. 1053/1962 (<i>cs.</i> <i>33980/05, avv. F. Fedeli</i>) »	284
--	-----

A.G.S. - Parere del 19 giugno 2006, n. 73678.

Circolari nn. 12 e 13/06 dell’Avvocato Generale dello Stato relative alle modifiche introdotte dall’art. 23, L. n. 689/81 dal D.Lgs. n. 40/06 (<i>cs.</i> <i>10624/06, avv. W. Ferrante</i>) »	287
--	-----

A.G.S. – Circolare del 28 giugno 2006, prot. 77656, n. 36 – Comunicazione di servizio n. 106/06.

Protocollo d’intesa tra l’Avvocatura dello Stato e l’Agenzia del Demanio. »	301
---	-----

A.G.S. - Parere del 13 luglio 2006, n. 83876.

Art. 19 co. 6 D.Lgs.. 165/01 e art. 1 co.9 D.P.C.M. 20 dicembre 1999 (*cs. 54672/05, avv. N. Bruni*) pag. 288

A.G.S. - Parere del 20 luglio 2006, n. 86062.

Trascrivibilità e volturabilità di una compravendita immobiliare avente forma di scrittura privata con sottoscrizioni accertate con verbale di conciliazione giudiziale, relativa ad un immobile usucapito, senza che l'usucapione sia stata accertata con sentenza (*cs. 13732/06, avv. R. Giovagnoli*) » 289

A.G.S. - Parere del 26 luglio 2006, n. 87784.

Applicabilità legge 444/94 (*cs. 22623/06, avv. G. Albenzio*)..... » 300

Finito di stampare nel mese di novembre 2006
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma

