

ANNO LXVI - N. 1

GENNAIO - MARZO 2014

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

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

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

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Francesco Meloncelli - Marina Russo - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

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

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Benedetta Barmann, Federico Basilica, Matteo Bertuccioli, Alessandra Bruni, Saverio Capolupo, Francesco Maria Ciaralli, Alfonso Contaldo, Roberta Costanzi, Pierluigi Di Palma, Michele Gerardo, Michele Gorga, Giulia Guccione, Gaetano Molica, Amalia Muollo, Matteo Maria Mutarelli, Valerio Perotti, Sergio Massimiliano Sambri, Agnese Soldani, Valeria Romano, Mariarita Romeo.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it - tel. 066829562

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

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

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

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

Stampato in Italia - Printed in Italy

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

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

Saverio Capolupo, <i>Gli appalti pubblici: tra opportunità e minacce. Le esperienze operative della Guardia di Finanza</i>	pag.	1
Giuseppe Fiengo, <i>I criteri selettivi e le regole procedurali dell'attività dell'organo di autogoverno dell'Avvocatura dello Stato</i> (Cons. St., Sez. IV, sent. 17 marzo 2014 n. 1321)	»	17
Michele Gerardo, <i>Corollari della società in house: esclusione dal fallimento ed applicazione della normativa organizzatoria relativa al socio pubblico. In specie, ove l'ente ausiliato sia una P.A., patrocinio dell'Avvocatura dello Stato</i> (Trib. Napoli, VII sez. civ., decr. 9 gennaio 2014, N.R.R.Fall. 1097/13)	»	32
<i>Patrocinio del Commissario straordinario del Governo per la ricognizione della situazione economico-finanziaria del Comune di Roma (ora Roma Capitale). Nuove istruzioni. Circolare A.G.S. prot. 70963 del 17 febbraio 2014 n. 11</i>	»	46
<i>Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali. Autorizzazione ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. Circolare A.G.S. prot. 156853 del 7 aprile 2014 n. 23</i>	»	50
<i>Modifiche al c.p.c. introdotte dall'art. 54 del D.L. n. 83/2012 (convertito nella legge n. 134/2012). Sentenza n. 8053/2014 delle Sezioni Unite. Modifiche alla circolare n. 56/2012. Circolare A.G.S. prot. 187299 del 29 aprile 2014 n. 26</i>	»	51

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Pierluigi di Palma, <i>National case study: Italian law on strategic assets; Golden Power</i>	»	55
<i>1.- Le decisioni della Corte di giustizia Ue</i>		
Sergio Massimiliano Sambri, Amalia Muollo, <i>La Corte di Giustizia Europea censura l'Adunanza Plenaria. Note a margine della sentenza 4 luglio 2013 C-100/12</i>	»	63

CONTENZIOSO NAZIONALE

Federico Basilica, Valeria Romano, <i>I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di qualità della regolazione</i> (C. cost., sentt. 23 gennaio 2013 n. 8 e 16 aprile 2013 n. 70)	»	77
Benedetta Barmann, <i>La rilevanza dell'interesse legittimo nell'esercizio della protezione diplomatica</i> (Cass. civ., Sez.Un., sent. 19 ottobre 2011 n. 21581)	»	96
Francesco Maria Ciaralli, <i>La dialettica dei distini: il diritto di recesso nell'offerta fuori sede</i> (Cass. civ., Sez. Un., sent. 3 giugno 2013 n. 13905)	»	103

Marina Russo, <i>Indennizzabilità dei danni da emotrasfusione a seguito di prestazione eseguita all'estero</i> (Cass., Sez. lavoro, sent. 19 dicembre 2013 n. 28435)	pag.	125
Alessandra Bruni, Matteo Bertuccioli, <i>La specialità della disciplina del rapporto di lavoro presso gli enti lirico-sinfonici</i> (Trib. Roma, Sez. 3 lav., ord. 20 febbraio 2014, R.G. 43146/2013)	»	132
Giulia Guccione, <i>Azione generale di arricchimento nei confronti della P.A. e problematiche sulla determinazione del quantum indennizzabile</i> (Cons. St., Sez. V, sent. 7 giugno 2013 n. 3133)	»	152
Mariarita Romeo, <i>Indirizzi giurisprudenziali in tema di revoca della gara d'appalto e responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione</i> (Cons. St., Sez. V, sent. 15 luglio 2013 n. 3831)	»	166
Roberta Costanzi, <i>Sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale "escludente" nel processo amministrativo: la parola ritorna al giudice comunitario</i> (CGAR Siciliana, ord. 17 ottobre 2013 n. 848)	»	179
Gaetano Molica, <i>Una SCIA-Demaniale: è possibile?</i> (TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, sent. 25 luglio 2013 n. 1543)	»	195

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Francesco Meloncelli, <i>Procedimento disciplinare: termini e segreto istruttorio in pendenza di procedimento penale per medesimi fatti illeciti</i>	»	211
Agnese Soldani, <i>Rimborso spese legali ex art. 18 d.l. 67/1997 in relazione a procedimento penale</i>	»	217
Marina Russo, <i>Permuta di un'area di proprietà statale con area di proprietà comunale</i>	»	222
Giuseppe Fiengo, <i>Parere su "Accordo per la gestione degli atti di pignoramento in danno di Amministrazioni dello Stato notificati alla Banca d'Italia - Tesoreria dello Stato, in veste di terzo pignorato"</i>	»	225

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Valerio Perotti, <i>L'ordinamento amministrativo della pubblica sicurezza, dalla singolarità nazionale alla proiezione europea (II PARTE)</i>	»	249
---	---	-----

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Alfonso Contaldo, Michele Gorga, <i>Le notifiche nel processo civile telematico alla luce dei più recenti decreti ministeriali</i>	»	347
Matteo Maria Mutarelli, <i>Le nuove procedure di conciliazione dopo il Collegato lavoro e la riforma Fornero</i>	»	366

TEMI ISTITUZIONALI

Ritengo opportuno far conoscere a tutti i colleghi la relazione del Generale di Corpo d'Armata Saverio Capolupo, Comandante Generale della Guardia di Finanza, tenuta il 13 maggio 2014 alla Scuola di Perfezionamento delle Forze di Polizia sul tema, di grande interesse, "Gli appalti pubblici: tra opportunità e minacce. Le esperienze operative della Guardia di Finanza".

*Michele Dipace
Avvocato Generale dello Stato*

PREMESSA

Desidero, innanzitutto, porgere a tutti i presenti il mio più cordiale saluto e ringraziare, in modo particolare, il Direttore della Scuola, Generale Amato.

L'invito rivolto mi offre l'occasione di illustrare, in questa prestigiosa sede, l'impegno della Guardia di Finanza nel contrasto ai diversi - e purtroppo non marginali - contesti di illegalità che minacciano il settore degli appalti pubblici, tema quanto mai di attualità.

In verità, la materia è complessa e non si presta a facili schematizzazioni. In tale prospettiva ho preferito predisporre l'intervento in chiave eminentemente operativa, prendendo le mosse da una sintetica analisi del contesto economico e legislativo di riferimento, volta a rendere palpabile l'impatto che la contrattualistica pubblica riverbera sul sistema Paese.

Proseguirò illustrando le coordinate essenziali della strategia d'intervento della Guardia di Finanza nel settore, delineando le patologie più ricorrenti che i Reparti hanno riscontrato nella quotidiana pratica operativa per fornire, in conclusione, alcuni spunti di riflessione di carattere generale.

IL CONTESTO ECONOMICO

Entrando nel merito della tematica, ritengo utile richiamare qualche in-

formazione sul volume annuale degli affidamenti di lavori, servizi e forniture da parte della Pubblica Amministrazione.

Si tratta di dati che possono offrire una chiara visione dell'effettiva dimensione della contrattualistica pubblica e sulla rilevanza delle grandezze economiche da essa movimentate.

Nel 2012, stando ai dati più recenti forniti dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, sono state bandite oltre 125.000 gare, per importi a base d'asta superiori a 40.000 euro.

Il complessivo giro di affari derivante dalle esigenze di approvvigionamento delle Pubbliche Amministrazioni si attesta intorno ai 100 miliardi di euro all'anno e rappresenta circa il 6% del Prodotto Interno Lordo nazionale.

Nello scenario europeo, l'incidenza macroeconomica degli appalti è parimenti rilevante.

La Commissione ha stimato, sempre con riguardo al 2012, che la spesa delle Amministrazioni degli Stati membri per rifornirsi di beni e servizi è stata pari al 18% del P.I.L. dell'intera Unione, ossia a circa 13.000 miliardi di euro. Certamente degni di nota sono anche i riflessi della contrattualistica pubblica sui livelli occupazionali.

A tal riguardo, prendendo ancora a base le elaborazioni della predetta *Authority*, emerge che, per ogni miliardo di euro investito in appalti, si creano tra gli 11.700 e i 15.600 occupati, dei quali 7.800 direttamente riconducibili all'esecuzione dei contratti ed i rimanenti creati nell'indotto dei fornitori e dei prestatori di servizi.

Un recentissimo studio, pubblicato il mese scorso dal Centro Ricerche Economiche Sociali di Mercato per l'Edilizia ed il Territorio, mostra, con riferimento al settore degli appalti, un *trend* in forte crescita per il primo trimestre 2014.

In particolare, nei primi 3 mesi di quest'anno, sono stati pubblicati circa 3.800 bandi di gara, per un valore complessivo pari a 6,8 miliardi di euro. Rispetto allo stesso periodo del 2013, il numero degli incanti è cresciuto del 9,5% e l'importo del 82,7%, grazie anche all'incremento degli investimenti delle Pubbliche Amministrazioni.

Benché si tratti di dati parziali, legati alla sola edilizia pubblica e privata, essi rappresentano segnali confortanti che possono preludere all'avvio della tanto auspicata ripresa economica del Paese.

IL CONTESTO LEGISLATIVO: LINEE EVOLUTIVE

L'enorme massa di denaro collegata al sistema degli appalti è gestita in base a un complesso di regole riconducibili, essenzialmente, al codice degli appalti del 2006 ed al relativo regolamento attuativo del 2010.

Come accade, di frequente, nel nostro Paese, non siamo in presenza di un *corpus* normativo di agevole lettura e stabile nel tempo, essendo stato

oggetto di ripetuti interventi di modifica e revisione, stratificatisi nel corso degli anni.

A testimonianza di questo continuo processo evolutivo della normativa di settore, voglio fare cenno alle più recenti novità introdotte in materia, partendo da quelle di matrice europea.

Il Parlamento europeo, di concerto con la Commissione, sta portando a compimento la revisione del quadro dispositivo del comparto, frutto della consultazione sviluppata, a partire dal 2011, nell'ambito del c.d. *"Libro verde sulla modernizzazione della politica europea in materia di appalti"*. Non è un caso che nella strategia "Europa 2020" (Europa venti-venti), che detterà le linee prioritarie di sviluppo dell'Unione a 28 per il prossimo decennio, gli appalti pubblici sono destinati a rivestire un ruolo fondamentale per stimolare la crescita occupazionale, l'innovazione imprenditoriale e la competitività dell'intero spazio economico europeo.

In questa prospettiva, il citato processo di legiferazione ha portato alla recente emanazione di 3 direttive, pubblicate nella gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo scorso; la prima delle quali riferita agli appalti pubblici per il settore ordinario, la seconda relativa a quelli nei settori speciali (acqua, energia, trasporti, servizi postali) e la terza dedicata alla regolamentazione dei contratti di concessione.

La riforma introdotta dal legislatore europeo, che inciderà inevitabilmente sul sistema di norme del codice degli appalti, ha gli obiettivi di velocizzare la fase di aggiudicazione delle gare e di favorire un ampliamento dei casi di deroga per il ricorso alla trattativa privata.

Un altro aspetto molto qualificante della nuova disciplina comunitaria sugli appalti attiene al sostanziale abbandono del criterio del costo più basso per la scelta del contraente, in favore del parametro dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che impone alla stazione appaltante di svolgere valutazioni basate su criteri essenzialmente qualitativi.

Venendo, ora, al piano nazionale, non possono non essere citate, innanzitutto, le significative disposizioni introdotte con il recentissimo decreto legge n. 66 del 24 aprile scorso.

Il provvedimento - che reca un ricco catalogo di misure di rilancio della competitività e della giustizia sociale - non ha trascurato il settore della contrattualistica pubblica, a testimonianza del suo ruolo fondamentale per l'equilibrio economico del Paese.

Ebbene, ricorrendo alla decretazione d'urgenza, il Governo ha inteso perseguire, sin da subito, l'ambizioso obiettivo di ridurre il numero delle stazioni appaltanti, facendo confluire le competenze per l'approvvigionamento dei beni e dei servizi in capo a centrali di committenza a livello regionale, quali soggetti in grado di garantire maggiore economicità ed efficacia nelle acquisizioni.

Questa importante novità si accompagna all'attribuzione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, da un lato, del delicato compito di procedere all'elaborazione di un sistema di prezzi di riferimento per le forniture della Pubblica Amministrazione; dall'altro, di più pregnanti funzioni di controllo nel settore.

Si tratta di innovazioni di non poco conto che, se realizzate appieno, potranno determinare la semplificazione del comparto e, conseguentemente, la riduzione delle *chance* di sviluppo per l'illegalità.

Proseguendo a ritroso, merita un cenno l'introduzione, ad opera della legge n. 190/2012, attuativa della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, di specifici obblighi di trasparenza per la Pubblica Amministrazione.

Per ciò che qui interessa, in base a tale disciplina normativa, le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare, sui propri siti *web* istituzionali, una serie di informazioni sugli appalti indetti nonché a trasmettere gli stessi dati all'Autorità Nazionale AntiCorruzione per il tramite dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.), pena l'applicazione di specifiche sanzioni amministrative ed il rischio di incorrere in responsabilità per danni erariali.

Il senso di queste misure - che si estendono ad ulteriori aspetti della complessiva gestione degli apparati statali - è quello di rendere le Pubbliche Amministrazioni vere e proprie "*case di vetro*", anche nella prospettiva di stimolare la crescita di una forma di controllo "sociale" dell'azione amministrativa da parte di tutti i cittadini.

Concludendo l'esame dell'evoluzione normativa in materia di appalti, appare utile accennare a 2 provvedimenti in tema di prevenzione dei fenomeni di infiltrazione della criminalità organizzata e del riciclaggio.

Faccio riferimento, da un lato, al decreto legislativo n. 159 del 2011 che ha significativamente riformato le disposizioni in materia di "documentazione antimafia" prevedendo, tra l'altro, la realizzazione di un'apposita banca dati nazionale unica per la verifica, in tempo reale, dell'eventuale sussistenza di cause di decadenza, sospensione, divieto ovvero di tentativi di infiltrazione criminale tra i partecipanti alle gare per l'aggiudicazione di commesse pubbliche.

In proposito, segnalo il recente, favorevole pronunciamento del Garante della *privacy* sulla bozza del regolamento che disciplinerà il funzionamento della banca dati in parola, che ritengo potrà determinarne l'entrata a regime nel breve periodo.

Collegate alla tematica dell'antimafia - anche per il loro inserimento all'interno della legge delega n. 136 del 2010 che ha dato vita al nuovo codice in materia - sono le disposizioni in tema di tracciabilità dei flussi finanziari sottesi al perfezionamento di procedure di appalto.

Il legislatore ha previsto un generalizzato obbligo di ricorso, da parte degli appaltatori, a conti correnti bancari o postali “dedicati”, per la canalizzazione dei pagamenti ricevuti dalle stazioni appaltanti.

La stessa legge, peraltro, è intervenuta anche sul codice penale, innalzando le pene per il reato di “*turbata libertà degli incanti*” ed introducendo, all’art. 353-*bis*, la nuova fattispecie della “*turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*”.

IL SISTEMA DI VIGILANZA

Per concludere questa sintetica panoramica sul contesto di riferimento, un ultimo richiamo va riservato al sistema di vigilanza apprestato nel settore degli appalti pubblici, prescindendo, per il momento, dalle funzioni preventive e repressive affidate alla Guardia di Finanza e alle altre Forze di Polizia. Al riguardo, occorre menzionare i compiti generali di controllo e monitoraggio che il Codice degli appalti demanda all’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.), ai fini della garanzia del rispetto dei principi di trasparenza e correttezza dei pubblici incanti.

La stessa Autorità, tra l’altro, è deputata alla gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, che raccoglie i dati trasmessi dalle stazioni appaltanti sulle procedure avviate per lavori, servizi o forniture di importo superiore a 40.000 euro.

Ulteriori compiti di vigilanza sono affidati al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che li esercita per il tramite della Servizio per l’Alta Sorveglianza delle Grandi Opere (S.A.S.G.O.) e del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Anche l’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (A.G.C.M.) e la già citata Autorità Nazionale AntiCorruzione (A.N.AC.) fanno parte del dispositivo di prevenzione in tema di appalti.

La prima vigila sul rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni dannose per la concorrenza.

La seconda, invece, verifica l’attuazione delle misure di prevenzione della corruzione e dell’illegalità nella Pubblica Amministrazione contemplate dalla normativa in materia di integrità del settore pubblico.

CONSIDERAZIONI FRUTTO DELL’ANALISI DI CONTESTO: OPPORTUNITÀ E MINACCE

Il quadro sinora tracciato consente di formulare alcune considerazioni di carattere generale.

Guardando alla dimensione dei flussi economici generati, non è difficile cogliere la rilevanza del ruolo che gli appalti pubblici possono assumere per lo sviluppo del nostro Paese.

Si tratta, come si è detto, di un settore che, ogni anno, movimentata decine

di miliardi di euro e dalla cui ottimale gestione possono scaturire effetti positivi, sia diretti che mediati.

Da un lato, infatti, la corretta destinazione delle risorse pubbliche disponibili migliora la qualità dei servizi erogati ai cittadini ed alle imprese divenendo, quindi, fattore di crescita e volano per migliorare la competitività del sistema-Paese.

Per altro verso, l'ottimizzazione della spesa, attraverso la quale si provvede al soddisfacimento dei bisogni della collettività, genera opportunità di investimento per gli imprenditori e, con queste, ritorni occupazionali, maggiori entrate fiscali e redistribuzione della ricchezza.

Da ultimo, in un equilibrato sistema di gestione degli appalti, cresce il livello di leale concorrenza tra le aziende, dal momento che queste ultime, per intercettare la domanda di lavori, servizi e forniture di una Pubblica Amministrazione equa e trasparente, devono competere sul piano della qualità ed economicità della propria offerta, più che sul fattore prezzo.

La gestione di un sistema così complesso di interessi, opportunità e relazioni tra Istituzioni e privati richiede delle regole che, come ho già segnalato, sono confluite in una produzione normativa probabilmente sovrabbondante.

Questa eccedenza di precetti può essere interpretata come risposta all'esigenza di una regolamentazione delle procedure di appalto sempre più dettagliata e tecnica, ma anche come indice dell'affannosa ricerca di rimedi alle "falle" che le procedure di scelta del contraente, di valutazione delle offerte e di esecuzione degli appalti hanno mostrato sul piano attuativo.

Di certo, per qualunque delle due chiavi di lettura si propenda, la proliferazione normativa non facilita il compito dell'interprete e il lavoro di chi, a vario titolo, è chiamato ad applicare le norme, né ha impedito l'insorgere di forme di illegalità di varia natura.

Le minacce al sistema degli appalti si sostanziano in un ampio campionario in cui troviamo, innanzitutto, gli illeciti che incidono negativamente sulla fase di aggiudicazione delle commesse e che possono interessare, separatamente, la parte privata e quella pubblica, oppure coinvolgere entrambe.

Mi riferisco, in particolare, alle forme di sviamento delle gare attraverso la costituzione di "*cartelli preventivi tra imprese*", ma anche alle infedeltà di amministratori che si rendono protagonisti di condotte di corruzione, concussione o abuso.

Altre categorie di violazioni attengono alla materiale esecuzione degli appalti, un ambito nel quale possono annidarsi frodi nelle pubbliche forniture, inadempienze contrattuali dannose per la regolare erogazione dei servizi pubblici, indebiti abbattimenti dei costi dell'opera tramite il ricorso al lavoro "nero" nonché ingiustificati rialzi dei valori dei contratti, volti

unicamente a drenare denaro pubblico in misura superiore a quella originariamente stabilita.

Occorre, infine, considerare i fenomeni d'ingerenza della criminalità organizzata, che, nel campo degli appalti, sfociano in condotte violente o in comportamenti più subdoli di condizionamento dei mercati, tendenti al riciclaggio ed al reimpiego di ingenti somme di denaro, profitto di reato.

In definitiva, come osservato dalla Commissione Europea nel citato *Libro Verde* "... i rischi finanziari in gioco e la stretta interazione tra il settore pubblico e quello privato fanno degli appalti pubblici un'area in cui è particolarmente forte il rischio di prassi commerciali scorrette..., conflitti d'interesse, favoritismi e corruzione".

POSIZIONAMENTO DELLA GUARDIA DI FINANZA

Il quadro - appena delineato - delle minacce al sistema degli appalti non è certo rassicurante.

Per la Guardia di Finanza, si tratta di un campo d'azione estremamente vasto, che abbraccia tutti i segmenti della sua missione istituzionale: dal contrasto alle frodi e agli sprechi, alla lotta alla corruzione, dall'aggressione ai patrimoni della criminalità organizzata al contrasto all'evasione fiscale ed al lavoro "nero".

Questi fenomeni - che, a fattor comune, inquinano il regolare svolgersi dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione - sono affrontati, sul piano operativo, mediante un approccio unitario, che mira a proteggere la spesa pubblica nazionale da qualunque tipologia di aggressione.

In altri termini, gli sperperi, le diseconomie, le inefficienze o le vere e proprie condotte "predatorie" che hanno ad oggetto le risorse connesse agli affidamenti pubblici costituiscono, in sostanza, espressioni diverse della stessa minaccia all'integrità dei bilanci dello Stato e degli Enti locali. Invero, si tratta di un'impostazione che rispecchia le ampie attribuzioni di polizia economico-finanziaria affidate alla Guardia di Finanza dal Decreto Legislativo n. 68 del 2001, che consentono al Corpo di affrontare i fenomeni di illegalità in modo trasversale, vale a dire cogliendo (e colpendo), contestualmente, tutti i risvolti illeciti di una medesima condotta. Su questo concetto tornerò più avanti, dopo aver completato la ricognizione delle norme che attribuiscono alla Guardia di Finanza un ruolo centrale nel dispositivo di vigilanza a presidio degli appalti pubblici.

Oltre al richiamato Decreto 68/2001, altre norme hanno posto le basi di virtuosi *network* di collaborazione tra i nostri Reparti e le Autorità di vigilanza.

È il caso del codice degli appalti con riferimento alla collaborazione con l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.): l'art. 6 prevede, infatti, la possibilità per l'Autorità di avvalersi del Corpo che, in

tali frangenti, può eseguire verifiche ed accertamenti con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini fiscali.

Il canale di sinergia in argomento è stato ulteriormente rafforzato, di recente, grazie al già menzionato Decreto Legge 66 dell'aprile scorso, in relazione alla necessità di supportare l'Autorità nei nuovi compiti di controllo sulle attività di acquisizione di beni e servizi da parte dei soggetti pubblici.

La Guardia di Finanza è ulteriormente chiamata in causa dal codice degli appalti all'art. 163, questa volta per fornire ausilio al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in tema di vigilanza per le grandi opere.

Il legislatore del Decreto 179 del 2012, poi, ha scelto il Corpo come *partner* operativo dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione, cui compete una pluralità di campi di intervento che spaziano dalla normativa in materia di prevenzione dei fenomeni di illegalità nel settore pubblico, alla trasparenza, alle cause di incompatibilità ed inconfiribilità nell'attribuzione di incarichi amministrativi di vertice.

Da ultimo, la Guardia di Finanza è chiamata a fornire il proprio contributo specialistico nei servizi di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti, attraverso la partecipazione dei GG.I.C.O ai "Gruppi interforze" istituiti presso le Prefetture e i Commissariati di Governo.

Nello stesso ambito si inquadra anche la presenza di Ufficiali del Corpo nelle unità specializzate interforze create per gestire specifici contesti quali, ad esempio, la ricostruzione delle aree terremotate dell'Abruzzo e dell'Emilia Romagna, l'Expo 2015, la realizzazione della Tratta ad Alta Velocità Torino-Lione.

Inoltre, il Corpo garantisce un relevantissimo supporto all'Autorità Giudiziaria, per tutte le tipologie di indagini che hanno a che fare con qualsivoglia criticità nella gestione degli appalti.

Analogamente, in ossequio al ruolo di principale referente operativo attribuito all'Istituzione dal Decreto Legge 152 del 1991, la Guardia di Finanza collabora con la Corte dei Conti nell'accertamento di profili di responsabilità contabile che derivano da episodi di cattiva gestione delle risorse erariali.

LA STRATEGIA D'INTERVENTO DEL CORPO

Da un punto di vista organizzativo, i servizi operativi nel settore degli appalti coinvolgono sia i Reparti territoriali, sia quelli della componente speciale. Nel primo ambito giocano un ruolo fondamentale i Nuclei di polizia tributaria che costituiscono, in ragione delle loro competenze, professionalità e struttura, il polo investigativo "di punta" nel dispositivo di vigilanza istituzionale.

Non meno significativo è il contributo fornito dai Reparti Speciali del

Corpo, che assolvono, essenzialmente, a funzioni di analisi nei segmenti di rispettiva pertinenza.

Per i servizi che interessano il comparto degli appalti, assumono particolare rilievo le attività del Nucleo Speciale Tutela Mercati, al quale sono ricondotte le funzioni di referente operativo nei rapporti di collaborazione con le Autorità di vigilanza di settore.

Nel medesimo contesto, significativo è anche il contributo del Nucleo Speciale Spesa Pubblica e Repressione Frodi Comunitarie, che presidia tutto il segmento delle uscite.

Naturalmente, la trasversalità dei servizi induce, spesso, a coinvolgere nelle analisi altre Unità dei Reparti speciali, tra cui, in particolare, il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria e il Servizio Centrale di Investigazione sulla Criminalità Organizzata.

Sul versante operativo, va evidenziato che il vigente quadro normativo consente al Corpo di intervenire nel particolare settore da più fronti, il primo dei quali attiene allo sviluppo dei servizi d'iniziativa con i poteri di cui al citato Decreto n. 68 del 2001.

Con questa tipologia di interventi i Reparti possono mettere a frutto spunti investigativi su ogni potenziale scenario di illegalità che emerga dall'*intelligence*, dall'analisi di rischio e dal controllo economico del territorio. Oltre alle attività che sono impostate - già in origine - per la verifica di specifiche procedure contrattuali, l'approfondimento di singoli appalti avviene, assai frequentemente, nell'ambito di servizi operativi aventi finalità diverse.

A tal riguardo, va precisato che i Reparti, in sede di selezione delle posizioni a rischio da sottoporre a controllo nei comparti più disparati, non tralasciano di valutare l'eventuale esistenza di rapporti contrattuali tra il soggetto monitorato e la Pubblica Amministrazione.

Ciò, nel presupposto che la conoscenza della qualifica di "appaltatore pubblico" dell'operatore sotto osservazione può rivelarsi utile per interpretare correttamente le circostanze operative oggetto di analisi e quelle che, eventualmente, emergeranno all'esito del controllo.

Questo assunto vale tanto per i servizi di carattere fiscale, quanto per quelli in materia di riciclaggio o di spesa pubblica.

Per fare un esempio concreto, si pensi alla scoperta, nel corso di una verifica fiscale, di una serie di fatture false emesse o utilizzate da un soggetto che ha avuto o ha rapporti contrattuali con un Ente pubblico.

Oltre ai risvolti fiscali connessi al recupero dell'indebito vantaggio d'imposta, non deve essere trascurato il fatto che il documento fittizio potrebbe nascondere altre finalità vietate dall'ordinamento, tra cui quella di creare la provvista per alimentare "fondi neri" da utilizzare per il pagamento di tangenti.

Tale circostanza può, dunque, suggerire l'approfondimento della procedura contrattuale riconducibile all'operatore ispezionato, nella prospettiva di individuare eventuali irregolarità.

È proprio in tal senso che si declina, in concreto, il significato della "trasversalità" della nostra azione di servizio: utilizzare i poteri a disposizione e le competenze maturate sull'asse economico-finanziario per intercettare ogni possibile risvolto sottostante alla commissione di una condotta illecita. Una seconda modalità d'intervento nell'area dei contratti pubblici è quella connessa all'attuazione delle linee di partenariato con le Autorità di vigilanza di settore.

Le forme di collaborazione in argomento, formalizzate in appositi protocolli d'intesa, hanno, tra l'altro, il pregio di ampliare il novero dei possibili *input* da sviluppare autonomamente sul piano operativo.

Ciò si realizza non solo attraverso lo sviluppo delle attivazioni e delle segnalazioni di irregolarità inoltrate ai nostri Reparti, ma anche in virtù della possibilità di accesso alle banche dati in uso ai predetti Organi.

Del resto, in qualunque attività di carattere investigativo il possesso di un quadro informativo completo e fruibile in chiave di analisi risulta fondamentale per la piena efficacia dell'attività di *law enforcement*.

Nel campo degli appalti, tale necessità appare ancor più evidente, considerati i ragguardevoli volumi dei flussi di spesa in gioco ed il numero delle procedure che vengono, ogni anno, perfezionate.

Anche in questo ambito, il Corpo intende sfruttare il patrimonio informativo disponibile con riferimento alle commesse pubbliche grazie alla collaborazione inter-istituzionale.

Infatti, è in via di perfezionamento un'importante iniziativa, finanziata con fondi messi a disposizione dell'Unione Europea nell'ambito del "*Programma Operativo Nazionale - Sicurezza per lo sviluppo*".

Si tratta, in dettaglio, della realizzazione dell'applicativo Mo.Co.P. (Monitoraggio Contratti Pubblici), che ha l'obiettivo di agevolare i Reparti nello sviluppo di attività investigative concernenti procedure di appalto. Il nuovo strumento si basa sull'integrazione tra gli archivi dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.) e dell'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere (S.A.S.G.O.) e gli applicativi informatici in dotazione al Corpo. L'idea non è solo quella di costituire una semplice banca dati da cui attingere utili elementi conoscitivi sugli affidamenti pubblici. La più importante funzionalità del Mo.Co.P., infatti, sarà quella di analisi, che il sistema svilupperà automaticamente, incrociando le informazioni sulle gare con altri dati di rilievo operativo, opportunamente calibrati in base ad un ricco *set* di indicatori di rischio.

Il tutto per individuare le specifiche situazioni rispetto alle quali è auspicabile un approfondimento ispettivo, in un'ottica generale che vuole rendere sem-

pre più performante l'azione di vigilanza del Corpo sulla spesa pubblica. Proseguendo nella panoramica delle tipologie di intervento dei Reparti nel campo degli appalti, ritengo opportuno fare cenno ai profili di collaborazione con la Corte dei Conti che, peraltro, non attengono esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale ma anche a quella - assai complessa - del controllo.

L'interazione con la Magistratura contabile è molto importante, perché consente alle Unità operative di controllare l'operato di Amministrazioni pubbliche cui è demandata la gestione di significativi flussi di denaro della collettività.

Le casistiche di responsabilità amministrativa individuate a seguito delle vertenze delegate al Corpo sono varie ed hanno riguardato, ad esempio, l'aggiudicazione di opere di notevole valore senza l'esperimento di gare ad evidenza pubblica.

In altri casi è stato accertato l'ingiustificato ricorso a varianti d'opera per progetti urbanistici in corso di realizzazione da cui sono derivati risparmi per gli appaltatori e maggiori costi per la Pubblica Amministrazione.

Ulteriori ipotesi si sono sostanziate nel pagamento di ingenti somme di denaro da parte delle stazioni appaltanti per lavori mai eseguiti o eseguiti solo in parte.

Insomma, un'ampia gamma di sperperi che, non di rado, sono collegati ad ulteriori profili di illegalità, il cui approfondimento è riservato alla polizia giudiziaria.

In effetti, le indagini penali che riguardano il settore dei contratti pubblici impegnano i Reparti quotidianamente.

Molti dei contesti in argomento traggono origine da deleghe dell'Autorità Giudiziaria, altri costituiscono lo sviluppo degli interventi amministrativi di cui ho parlato in precedenza.

Del resto, gli accertamenti in materia di appalti prevedono analisi documentali e contabili che richiedono - e, nel contempo, esaltano - il peculiare patrimonio professionale dei Finanziari che, conseguentemente, rappresentano per gli organi inquirenti insostituibili punti di riferimento.

Solo per fornire qualche dato concreto, mi preme segnalare che, nel 2013, l'azione operativa del Corpo ha determinato la denuncia all'Autorità Giudiziaria di 657 soggetti, responsabili di reati specifici nel settore degli appalti. Nei primi 4 mesi di quest'anno, poi, i Reparti hanno già denunciato per fattispecie legate alla contrattualistica pubblica 290 soggetti, di cui 26 tratti in arresto.

In questo contesto, il dato significativo è che più della metà dei circa 820 milioni di euro di gare di appalto controllate è risultata oggetto di irregolare assegnazione: parliamo di oltre 500 milioni di euro che, in qualche maniera, non sono stati correttamente impiegati.

Nello stesso periodo, infine, con riferimento alle attività di collaborazione con la Corte dei Conti, sono stati accertati oltre 108 milioni di danni erariali e segnalati 220 soggetti.

LE "PATOLOGIE" NEGLI APPALTI: ESPERIENZE OPERATIVE

Entrando, ora, nel merito delle "patologie" che - come è stato anticipato - incidono sulla regolarità del sistema degli appalti pubblici, vorrei fornire un sintetico quadro di situazione, collegato ai diversi momenti di svolgimento dei contratti.

Partendo dalla fase precedente all'indizione della gara, un primo ambito su cui mi preme focalizzare l'attenzione riguarda il fenomeno della presentazione di falsa documentazione alle Società Organismo di Attestazione.

Come noto, le S.O.A. sono enti di diritto privato con funzioni pubbliche, che hanno il compito di attestare il possesso - da parte delle imprese interessate a partecipare a gare di appalto per lavori di importo superiore a 150.000 euro - dei necessari requisiti tecnici, organizzativi ed economico-finanziari.

Le verifiche delle S.O.A. hanno carattere essenzialmente documentale e riguardano la valutazione delle opere svolte dalle imprese nel quinquennio precedente.

In tale ambito, non sono rari i casi in cui, per ottenere l'attestazione in parola, le aziende presentino alle S.O.A. fatture false, che servono a dimostrare l'avvenuta effettuazione di lavori che, in realtà, non sono mai stati eseguiti.

In altre circostanze, i Reparti hanno individuato, nella contabilità delle aziende che avevano richiesto la certificazione, documenti fiscali che, sebbene riconducibili ad opere effettivamente realizzate, manifestavano talune materiali alterazioni rispetto all'originale, per far rientrare i lavori nella tipologia o nel periodo utile per il riconoscimento dell'attestazione. L'insidiosità di tali condotte è di tutta evidenza: esse consentono a soggetti che non possiedono solidità organizzativa ed economica, tale da garantire un adeguato assolvimento degli obblighi contrattuali, di inserirsi indebitamente nelle procedure ad evidenza pubblica, con intuibili ripercussioni sulla qualità ed i costi delle prestazioni per la Pubblica Amministrazione. Venendo alla fase dell'aggiudicazione, sono frequenti le indagini che svelano l'esistenza di gruppi d'impresе in grado di "pilotare", sistematicamente, l'aggiudicazione di commesse pubbliche verso soggetti già individuati "a monte".

Al riguardo, la pratica di servizio ha fatto emergere diverse tipologie di illegalità.

In primo luogo, vi sono i casi in cui l'accordo illecito è limitato al settore privato, nel senso che l'indebito orientamento dell'esito delle gare pre-

scinde dal coinvolgimento della parte pubblica che ha indetto o gestisce le medesime.

In tali circostanze, si attua una sorta di spartizione territoriale delle commesse tra un gruppo definito di operatori economici che, a rotazione, ottengono l'affidamento degli appalti mediante la presentazione di offerte concordate.

Ben più insidiose sono le alterazioni delle procedure che si realizzano con la complicità di pubblici ufficiali operanti all'interno dell'Ente responsabile delle gare.

Anche in questo ambito si possono fare alcune distinzioni tipologiche: in alcuni casi, il condizionamento della gara avviene attraverso la preventiva conoscenza, da parte degli imprenditori implicati, del valore delle offerte presentate dagli altri concorrenti.

Il sistema, naturalmente, si regge sulla compiacenza di funzionari pubblici corrotti che si prestano, per corrispettivi in denaro o altre utilità, a manipolare o a sostituire le buste contenenti le offerte, per favorire i propri sodali. A volte, per conoscere in anticipo il contenuto del carteggio, si ricorre a "trucchi" scientifici. In un'indagine svolta dal Nucleo di polizia tributaria di Brindisi, ad esempio, è stato accertato che le buste delle offerte riguardanti appalti nel settore sanitario venivano aperte e richiuse con "precisione chirurgica", utilizzando addirittura un bisturi da sala operatoria.

Un'ulteriore forma di "inquinamento" delle fasi di aggiudicazione delle commesse con il coinvolgimento della parte pubblica si attua attraverso la formazione di bandi di gara "su misura", volti a favorire determinate imprese. Sul piano investigativo, l'accertamento di queste forme sofisticate di illecito presuppone un'approfondita conoscenza dell'apparato normativo di riferimento, dal momento che, in definitiva, il compito degli inquirenti è quello di dimostrare l'uso distorto del potere amministrativo che ha garantito la scelta di un contraente in luogo di un altro.

A titolo esemplificativo, in una recente operazione svolta dal Gruppo di Monza sono stati acclarati episodi corruttivi attraverso i quali funzionari di un ente, incaricati di redigere i capitolati d'appalto, provvedevano ad inserire requisiti di partecipazione talmente restrittivi da far risultare vincitrice di commesse per oltre 260 milioni di euro sempre la stessa impresa.

Un "focus" a parte meritano i condizionamenti delle gare ad evidenza pubblica perpetrati dalla criminalità organizzata.

Le cosche criminali, infatti, sono particolarmente attente alle dinamiche politico-amministrative del territorio. La loro azione è costantemente orientata alla creazione di canali di collegamento con gli apparati pubblici locali, in modo da condizionarne i processi decisionali e, conseguentemente, ottenere l'aggiudicazione di appalti e subappalti.

Disporre di uomini di “fiducia” all’interno della pubblica amministrazione significa accedere in maniera privilegiata ad informazioni di straordinaria importanza per l’esercizio del potere sul territorio.

È, questo, un fenomeno particolarmente presente nelle regioni del Sud, da sempre luogo di radicamento delle mafie e in condizioni di degrado sotto il profilo socio-economico.

In molti casi di scioglimento di Comuni ed Enti Locali per infiltrazioni mafiose, sono emerse illecite ingerenze, soprattutto nei pubblici appalti, in virtù di legami, diretti o indiretti, tra amministratori e organizzazioni delinquenziali operanti in loco.

In una recentissima indagine del Comando Provinciale di Crotone, ad esempio, è stata acclarata la compromissione degli organi amministrativi e tecnici di un Comune nella gestione di gare d’appalto per la coltivazione di terreni agricoli, con l’obiettivo di favorire, attraverso la fissazione, “a monte”, di prezzi base d’asta irrisori, imprese contigue ad una locale cosca criminale.

Occorre, tuttavia, puntualizzare che la tendenza dei sodalizi criminali ad espandersi oltre i confini delle proprie aree di origine ha reso vulnerabili anche le realtà amministrative del Settentrione che, dunque, non possono certo ritenersi al riparo dal rischio di infiltrazioni.

È quanto accertato, ad esempio, dal Nucleo di polizia Tributaria di Milano che, nell’ambito di una recente operazione, ha ricostruito le attività criminose di una ‘ndrina calabrese che, anche attraverso la collusione di alcuni amministratori locali, era in grado di manovrare appalti e concessioni e di intervenire per modificare il piano di governo del territorio per favorire gli interessi dell’associazione mafiosa.

Proseguendo nell’analisi, altre patologie caratterizzano lo sviluppo dell’appalto successivamente alla sua aggiudicazione.

In proposito, vengono in evidenza sia forme di indebita lievitazione dei costi delle commesse, sia vere e proprie truffe nelle modalità di esecuzione dei contratti.

Nella prima categoria rientra, ad esempio, l’artificiosa prospettazione della necessità di procedere a variazioni straordinarie in corso d’opera, relativamente a circostanze dichiaratamente sopravvenute ma di cui, in realtà, era già nota l’esistenza.

In un’indagine del Nucleo di polizia tributaria di Bari relativa alla realizzazione di opere per l’ampliamento di un porto commerciale, è stato scoperto che la presenza di ordigni bellici sul fondale del bacino - da rimuovere per proseguire i lavori - era conosciuta, già nella fase della progettazione, tanto dalla stazione appaltante, quanto dall’appaltatore.

Nell’altra tipologia che ho citato poc’anzi sono ricomprese tutte le situazioni in cui l’appaltatore realizza un’opera, esegue una prestazione o

provvede ad una fornitura in maniera difforme rispetto alle pattuizioni. La casistica disponibile è ricca di esempi. Si va dalla predisposizione di manti stradali con spessore d'asfalto inferiore a quello stabilito, alla copertura di scavi con materiale di risulta non vagliato; dall'impiego in opere marittime di materiali da costruzione adatti per le sole infrastrutture terrestri alla fornitura di macchinari con caratteristiche tecniche diverse da quelle contemplate dal capitolato.

In questo genere di situazioni la responsabilità delle stazioni appaltanti risiede nella carenza o nell'omissione di controlli sullo sviluppo delle attività, talvolta colpevolmente garantita in cambio di dazioni di denaro o altre forme di corruttela.

Da parte sua, l'operatore economico lucra sui costi di realizzazione ed amplia la forbice del proprio guadagno a scapito dei cittadini.

Sempre con riferimento alla fase dell'esecuzione contrattuale, ulteriori violazioni riguardano il sub-appalto di lotti di lavori.

Tale pratica prevede, spesso, l'affidamento delle prestazioni a ditte individuali i cui titolari, in realtà, sono veri e propri dipendenti dell'appaltatore, muniti - strumentalmente - di partita Iva per un indebito abbattimento dei costi di manodopera.

Un ultimo *genus* di illeciti su cui voglio soffermarmi riguarda, infine, i casi in cui determinati lavori, servizi o forniture per la Pubblica Amministrazione vengono affidati senza effettuazione di alcuna gara, pur essendo necessaria.

Si tratta di forme clientelari di contiguità tra pubblico e privato che procurano un'alterazione molto significativa del mercato degli appalti, poiché escludono a priori la stessa possibilità di concorrenza tra imprese.

Oltre a tali effetti, i contesti in argomento comportano, sovente, costi di acquisizione particolarmente onerosi ed assolutamente ingiustificati, come nel caso scoperto dal Nucleo di polizia tributaria di Foggia nel corso di un'indagine sulla gestione delle forniture di un'Azienda Sanitaria della regione.

Il Reparto, in particolare, ha accertato che l'Ente, ricorrendo ad un affidamento diretto - peraltro viziato da vari episodi di corruzione - era "riuscito" ad approvvigionarsi di un comune disinfettante pagando la smisurata cifra di 1.920 euro a flacone, quando, in realtà, il valore di acquisto del prodotto all'ingrosso non arrivava a 60 euro.

CONCLUSIONI

Mi avvio alla conclusione, richiamando il titolo del mio intervento che, non a caso, fa riferimento alle tante opportunità e alle non minori minacce che permeano il mondo della contrattualistica pubblica.

Sono convinto - e la pratica operativa me ne dà quotidianamente dimo-

strazione - che non esiste la possibilità di “impermeabilizzare” gli appalti pubblici dall’illegalità solo per via normativa.

Ogni misura del legislatore, infatti, per quanto auspicabile ed efficace, finirebbe per essere aggirata più o meno agevolmente a causa delle “alchimie” di imprenditori senza scrupoli e delle infedeltà di taluni dirigenti e funzionari della Pubblica Amministrazione.

Da un punto di vista prettamente operativo, l’azione di contrasto ai fenomeni illeciti nel settore degli appalti può e deve essere intensificata.

Infatti, in un momento storico come quello attuale, caratterizzato dalla necessità di razionalizzare e contenere la spesa pubblica, è assolutamente indispensabile garantire che il denaro disponibile venga gestito e distribuito correttamente, senza dispersioni, sprechi o frodi.

Ciò a tutela dei cittadini, che concorrono al mantenimento della macchina statale pagando le imposte, ma anche degli operatori economici onesti, che fanno della legalità il faro ispiratore del proprio agire quotidiano e vogliono poter concorrere sul mercato ad armi pari.

In tale prospettiva, posso senz’altro assicurare che la Guardia di Finanza intende investire, come già sta facendo, le migliori risorse e professionalità, per correggere le deviazioni che si annidano nel settore degli appalti e della spesa pubblica in generale.

Ma l’intensificazione dell’attività di controllo, per quanto incisiva, non sarà sufficiente se non sarà accompagnata da un radicale cambiamento della cultura e dei comportamenti, tanto da parte degli amministratori pubblici, quanto di imprese e professionisti.

Ed ogni cittadino potrà dare il proprio prezioso contributo, mediante l’esercizio di quella forma di controllo esterno sull’operato della Pubblica Amministrazione che i nuovi meccanismi di trasparenza e pubblicità consentono, oggi, di effettuare.

Vi ringrazio per l’attenzione.

I criteri selettivi e le regole procedurali dell'attività dell'organo di autogoverno dell'Avvocatura dello Stato

È compito del Direttore della Rassegna pubblicare anche le sentenze del Consiglio di Stato nelle quali l'Avvocatura dello Stato, come amministrazione, sia rimasta soccombente: la nomina di un avvocato distrettuale dello Stato è stata annullata per carenza nella motivazione sulla base di un'applicazione dei principi generali desumibili - è questa l'opinione del Consiglio di Stato - dalla legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo.

La tesi in astratto convince, ma viene il dubbio che il giudice amministrativo non abbia valutato quanto elaborato, sulla base delle regole introdotte dalla legge 3 aprile 1979 n. 103, da una esperienza ultraquarantennale del Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato. I criteri selettivi e le regole procedurali, da applicarsi al caso, enfaticamente indicate dal giudice amministrativo, ci sono, elaborati e scritti dall'organismo di "autogoverno" e normalmente applicati dall'Avvocato Generale. C'è solo una caratteristica, che sembra connotare le prassi dell'Avvocatura dello Stato ed è una sorta di antica remora nell'esprimere con inequivoca chiarezza motivati giudizi su persone, in un ambito nel quale il problema prioritario sembra restare quello di tutelare, evitando "classifiche", il prestigio professionale dei membri togati dell'Avvocatura dello Stato. È quindi verosimile che tali criteri, richiamati al giudice amministrativo, potessero risultare puntualmente applicati anche nel caso di specie.

N. 01321/2014 REG.PROV.COLL.

N. 07808/2013 REG.RIC.

N. 07910/2013 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7808 del 2013, proposto da:

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata per legge,

contro

A.M.B., rappresentata e difesa dagli avv. Marcello Vignolo, Massimo Massa, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

nei confronti di

F.M.;

sul ricorso numero di registro generale 7910 del 2013, proposto da:

F.M., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso Giovanni Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

A.M.B., rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Massa, Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104; Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata per legge; Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi nn. 7808 e 8312 del 2013:

della sentenza del T.a.r. del Lazio - Sede di Roma - Sezione I n. 08312/2013, resa tra le parti, concernente nomina per la copertura dell'incarico di Avvocato Distrettuale di (...).

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.M.B. e della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2014 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti l' Avvocato Marcello Vignolo, l' Avvocato dello Stato Palmieri e l' Avvocato Giovanni Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata il Tribunale amministrativo regionale del Lazio - sede di Roma - ha accolto il ricorso di primo grado integrato da motivi aggiunti, proposto da A. M.B., odierna parte appellata e volto ad ottenere l'annullamento, (quanto al ricorso principale) del parere favorevole espresso il 24 aprile 2012 dal Consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato sulla nomina dell'avv. F.M. ad avvocato distrettuale dello Stato di (...), nonché di tutti gli atti presupposti e conseguenti, fra i quali: a) il verbale della riunione del 14 maggio 2012 del Consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato, in quanto avrebbe approvato il verbale della riunione del 24 aprile, e b) della successiva proposta dell'Avvocato generale dello Stato e del decreto del Presidente del consiglio dei ministri.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti era stata altresì gravata la proposta 30 aprile 2012, dell'avvocato generale dello Stato, per la nomina di F.M. ad avvocato distrettuale ed il d.P.R. 5 giugno 2012, di nomina del predetto Avv. F.M. ad avvocato distrettuale.

La odierna parte appellata A.M.B., avvocato dello Stato alla quarta classe di stipendio, in servizio presso l'Avvocatura distrettuale di (...), aveva fatto presente che, il 19 aprile 2012, essa aveva comunicato alla Segreteria dell'Avvocatura generale dello Stato la propria disponibilità a ricoprire il posto di avvocato distrettuale a (...), da poco divenuto vacante.

Il 24 aprile 2012, il Consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato - C.A.P.S. (svolgente compiti di autogoverno della categoria) espresse tuttavia il proprio parere ex 18, II comma, della L. 3 aprile 1979, n. 103, in favore del collega F.M., che pure aveva partecipato la propria disponibilità, come egualmente aveva fatto un terzo collega della stessa Avvocatura di (...).

L'avvocato generale dello Stato, con atto 30 aprile 2012, aveva proposto al Presidente del Consiglio la nomina del M., cui infine fu conferito l'incarico con d.P.R. 5 giugno 2012.

Essa era insorta, prospettando plurime doglianze di violazione di legge ed eccesso di potere,

che il Tar ha accolto, previo analitico vaglio delle dette censure e delle contrarie argomentazioni delle parti resistenti.

In particolare, il Tar ha compiutamente sintetizzato il parere espresso dal C.A.P.S. e ripercorso l'andamento della procedura di nomina.

Ha quindi escluso che fosse fondata l'eccezione preliminare di tardività del mezzo, riferita al decreto presidenziale di nomina, in quanto la originaria ricorrente aveva impugnato gli atti lesivi nei sessanta giorni dalla loro piena conoscenza o conoscibilità per effetto di rituale pubblicazione, né l'Amministrazione aveva provato il contrario.

Il primo giudice ha quindi scrutinato gli ultimi quattro motivi di ricorso, escludendone la fondatezza, per poi passare all'esame delle altre doglianze meritevoli - ad avviso del primo giudice - di un più pregnante approfondimento.

A tal proposito, ha fatto presente di volere premettere una valutazione preliminare sulla "lettera dell'avvocato distrettuale uscente" presa in esame dal Caps, esprimendo il convincimento che si trattasse di un messaggio destinato a un lettore del tutto diverso dal suo destinatario apparente, l'avv. M.

Infatti, da avviso del Tar, la nota dattiloscritta di due pagine, siglata sulla prima e firmata sulla seconda, principiava ("nell'imminenza del mio collocamento a riposo") come una nota encomiastica privata indirizzata al M., "per la preziosa collaborazione che, quale avvocato più anziano del ruolo e, dunque, quale mio naturale vicario nella direzione dell'Ufficio, mi hai offerto in ormai oltre diciotto anni".

La missiva, però, non si limitava ad accennare soltanto ai presunti meriti del M. (come di norma avviene in simili circostanze), ma li esponeva analiticamente e compendia anche alcuni avvenimenti, che pure dovevano essere perfettamente noti ad entrambi: ciò che poteva apparire pleonastico (come, ad esempio, ricordare al M. che è stato il primo del suo concorso; o la fervida amicizia che gli è stata dimostrata da alcuni pubblici funzionari da lui difesi, l'entità dei compensi per onorari da lui raccolti, l'organizzazione dei turni di udienza che svolge da due anni); ad avviso del Tar ciò acquistava senso e ragione una volta riconosciuto che la nota era stata scritta per l'Autorità che avrebbe dovuto scegliere il nuovo avvocato distrettuale.

Nonostante la forma apparentemente confidenziale, la detta lettera rivelava il proprio contenuto di giudizio attitudinale, espresso dal dirigente dell'ufficio dove il M. prestava servizio, e che per tale è stato positivamente recepito, prima dall'Avvocato generale quale presidente del C.A.P.S., poi dal C.A.P.S. stesso e poi, nuovamente, dall'Avvocato generale, che ha proposto la nomina del M. in senso conforme all'avviso del Consiglio stesso.

Ne conseguiva che un giudizio attitudinale del Distrettuale uscente aveva assunto, secondo le parole dell'Avvocato generale, un rilievo determinante per stabilire chi fosse il soggetto più adatto a ricoprire l'incarico di Avvocato distrettuale.

Senonché, così valutata la detta missiva, sarebbe stato legittimo pretendere che la sua produzione non fosse stata lasciata all'iniziativa personale degli aspiranti, tanto più considerato che la prassi era prevalentemente orientata a valorizzare l'anzianità di ruolo.

La sintesi delle censure proposte dalla originaria ricorrente era quindi fondata: o un simile giudizio si richiedeva a tutti gli interessati - in generale, o nel singolo procedimento - oppure si sarebbe dovuto prescindere da esso, ad evitare che il provvedimento emesso sulla base dello stesso fosse viziato da eccesso di potere per disparità di trattamento e difetto di istruttoria.

In contrario senso non assumevano rilievo pregnante gli argomenti dell'Amministrazione e del contro interessato, secondo i quali, stante il tenore dell'art. 18, II comma, della l. 103/79, non si era svolto alcun procedimento concorsuale e la "lettera dell'avvocato distrettuale

uscente” avrebbe confermato una sorta di merito assoluto del M., e non sarebbe invece elemento di prevalenza comparativa.

Secondo le odierne parti appellanti, infatti, in base all’art. 18, comma 2, della l. 103/1979, doveva certamente escludersi la natura concorsuale della “procedura di conferimento dell’incarico di avvocato distrettuale”; e, in base a quanto ribadito dall’Avvocato generale, nel corso della seduta del C.A.P.S. del 24 aprile, “il conferimento di un incarico direttivo poteva riguardare ogni Avvocato dello Stato in possesso dei requisiti prescritti, a prescindere dalla presentazione di eventuali dichiarazioni di disponibilità”.

Il Tar ha in proposito rilevato che lo scrutinio di detto argomento difensivo integrava il *propium* del giudizio richiesto al Tribunale.

Senonché, richiamate le competenze dell’Avvocato generale dello Stato, fissate, in via generale, dall’art. 15 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, quale sostituito dall’art. 15 della l. 3 aprile 1979, n. 103, non era desumibile che il conferimento dell’incarico di Avvocato distrettuale dello Stato fosse attribuito fiduciariamente dall’Avvocato generale, né che l’Avvocato distrettuale dello Stato si trovasse in rapporto di diretta collaborazione con l’Avvocato generale.

Tanto ciò era vero, che il soggetto nominato Avvocato distrettuale dello Stato non doveva essere confermato ogni volta che veniva nominato un nuovo Avvocato generale.

Tale deduzione trovava ulteriore fondamento nell’art. 18, I comma, della l. 103/79, che, definendo le competenze dell’Avvocato distrettuale, gli assicurava piena autonomia di direzione nell’ambito dell’Avvocatura di appartenenza, limitandosi a prevedere che egli riferisca, successivamente, all’Avvocato generale dello Stato sull’attività svolta dall’Avvocatura distrettuale, “segnalando le controversie più importanti nonché le eventuali carenze legislative ed i problemi interpretativi che emergono nel corso dell’attività di istituto”.

Da ciò il Tar ha fatto discendere il convincimento che nell’organizzazione dell’Avvocatura dello Stato non esistesse un rapporto di stretta dipendenza fiduciaria tra l’Avvocato generale e gli Avvocati distrettuali, per cui al primo non poteva essere riconosciuta una peculiare autonomia nell’individuazione del soggetto da proporre per la nomina, anche rispetto al parere obbligatorio del C.A.P.S.

A tale parere, l’Avvocato generale avrebbe potuto non conformarsi: ciò, però, fornendo una puntuale motivazione, (come in generale per tutti i provvedimenti amministrativi che si differenzino dai pareri obbligatori che vi ineriscono).

Detta motivazione, poi, appariva tanto più doverosa, essendo tale organo composto sia da una rappresentanza eletta tra tutti gli avvocati ed i procuratori, sia dagli Avvocati con funzioni direttive più anziani, e presuntivamente più esperti, dell’Istituto.

L’art. 18, II comma doveva essere comunque interpretato in conformità ai principi generali in materia di provvedimenti amministrativi, di cui alla successiva l. 241/90: la norma della legge professionale, sebbene non contemplasse una procedura concorsuale, in realtà - ad avviso del Tar - neppure la escludeva espressamente o implicitamente, limitandosi a fissare alcuni passaggi della procedura di nomina, di cui individuava sia gli organi competenti, sia i soggetti muniti del requisito proprio per aspirarvi, e cioè la qualità di Avvocati dello Stato in servizio, alla terza classe di stipendio, con cinque anni di anzianità di servizio nella stessa.

Il Tar ha poi irrobustito il proprio convincimento accoglitivo, facendo presente che solo attraverso un palese salto logico si poteva affermare che la previsione di tale requisito fondasse un “potere di chiamata”.

In sé considerata, infatti, la norma attribuiva (soltanto) una legittima aspettativa a tutti gli Avvocati con la predetta qualifica ed anzianità di essere scrutinati per l’incarico in questione,

mentre non escludeva affatto che, per poter essere nominato, il soggetto dovesse anche presentare una domanda, comunque qualificata.

Argomentare diversamente avrebbe comportato l'affermazione per cui - posto che tutti costoro erano nominabili a prescindere dall'aver dato la disponibilità - il C.A.P.S. avrebbe ogni volta dovuto considerare le posizioni di tutti i colleghi con tale requisito, o almeno dei più anziani tra essi, fino ad individuare il designabile, per poi richiederne il consenso (ciò in spregio ad elementari principi di economicità e di efficacia).

Al contrario, la scelta si doveva svolgere solo tra i soggetti che avevano dichiarato la loro disponibilità all'incarico; e ciò a propria volta - oltre al criterio di pubblicità - ex art. 1 della legge n. 241/1990 - avrebbe imposto che fosse stata preventivamente divulgata la vacanza, con modalità idonee ad informare tutti gli interessati, e con un ragionevole spatium deliberandi per la presentazione della dichiarazione di disponibilità.

D'altro canto, la procedura così delineata avrebbe dovuto altresì rispettare i criteri d'imparzialità e di trasparenza; e ciò poteva avvenire prefissando regole procedurali comuni per la presentazione e l'esame delle domande su cui il C.A.P.S. avrebbe dovuto esprimere il parere.

Inoltre, nel rispetto di detti criteri e dell'obbligo di motivazione (artt. 2 e 3), tutte le domande ammissibili avrebbero dovuto essere comparativamente valutate dal C.A.P.S., pervenendo alla motivata scelta dell'aspirante più idoneo da proporre.

Il Tar ha espresso il convincimento che dette regole, discendenti dalla disciplina positiva e dai principi ordinamentali, erano state disattese nel caso di specie.

L'odierno appellante M. non risultava essere stato prescelto a conclusione di una valutazione comparativa tra i tre aspiranti, o, almeno, ciò era quanto poteva desumersi dall'esposizione delle ragioni della proposta, che non sembravano contenere alcun elemento di raffronto.

Ad avviso del Tribunale amministrativo, quindi, né la valutazione espressa dall'Avvocato distrettuale uscente, né il giudizio consequenziale formato dal C.A.P.S. erano sufficienti, isolatamente considerati, a giustificare ed a rendere legittima la scelta compiuta.

Conclusivamente, tanto il parere dell'organo, quanto gli atti susseguenti, erano viziati per violazione della parità di trattamento e dei principi sul procedimento, nonché per violazione dell'art. 18, II comma, della l. 103/79 (il che rendeva sostanzialmente irrilevante l'esame delle censure riferite agli errori nella valutazione del M., dove venivano segnalate come straordinarie svariate attività rientranti, al più, nelle ordinarie funzioni vicarie dal medesimo esercitate).

Se pure si fosse voluto individuare nel parere C.A.P.S. - anche riferendosi al pur generico richiamo alle capacità di tutti gli aspiranti che esso conteneva - l'esito di un confronto, il detto parere sarebbe stato comunque viziato, in quanto ivi si era dato un rilievo preponderante ad una valutazione tecnica che non era richiesta agli altri aspiranti, alterando così irrimediabilmente la par condicio tra di essi.

Sotto altro profilo, inoltre, nessun elemento, sia pur sintetico, era contenuto nel parere per giustificare la circostanza che - in difformità da una prassi certo non univoca, ma comunque prevalente - la maggiore anzianità della originaria ricorrente B. non era stata presa in alcuna considerazione al momento in cui era stato individuato l'aspirante da proporre per l'incarico in questione.

Il Tar ha proseguito il proprio iter motivato, precisando che non si poteva ovviamente affermare che la B. fosse dei concorrenti il più adatto; ma che il vizio che si riscontrava nell'azione amministrativa riposava nella circostanza che non era stato accertato, o, quantomeno, che non si era chiarito, perché ella non lo fosse, pur dopo averle fornito le indicazioni su come dovesse dimostrarlo.

Questo in ultimo elencato, ad avviso del primo giudice, era l'effetto della mancanza di un sistema di regole prestabilite, pur elementari, che stabilisse come scegliere nella platea dei potenziali aspiranti - tutti gli avvocati con determinata anzianità e qualifica - il candidato più idoneo per meriti ed attitudini a dirigere un determinato Ufficio distrettuale nelle condizioni date, il che aveva condotto ad una scelta che appariva più arbitraria che discrezionale: alla stregua delle esposte considerazioni il Tar ha annullato il parere C.A.P.S. 24 aprile 2012, la proposta 30 aprile 2012, dell'Avvocato generale dello Stato, il d.P.R. 5 giugno 2012, di nomina di F.M. ad Avvocato distrettuale di (...).

Avverso tale sentenza sono stati proposti due ricorsi, l'uno dall'Amministrazione e l'altro dall'avv. M.

Ricorso n. 7808/2013;

La difesa erariale ha proposto un articolato appello, censurando integralmente l'approdo cui era giunta la gravata decisione.

In particolare ivi è stato sostenuto, in via principale, il malgoverno, da parte del Tar, dell'art. 18, II comma, della l. 103/79, sostenendosi la assoluta fiduciarietà (ex artt. 1,18, 23 della legge medesima) dell'incarico di Avvocato distrettuale da parte dell'Avvocato generale dello Stato: trattavasi, infatti, dell'attribuzione di un mero incarico, e non di una "qualifica".

Ed era del tutto irrilevante che la predetta legge non contenesse una previsione di c.d. "spoils system": la previsione nel sistema di simili disposizioni costituiva indizio certo della natura fiduciaria di un incarico; non era vero, però, il contrario, come arbitrariamente desunto dal Tar.

Il Tar inesattamente aveva poi affermato l'inesistenza di un rapporto di stretta fiduciarietà tra l'Avvocato generale dello Stato (anzitutto dimostrato dalla circostanza che nel procedimento di nomina quest'ultimo rivestiva un ruolo assolutamente centrale, mentre al Caps era attribuito un ruolo esclusivamente consultivo) e l'Avvocato distrettuale.

L'Avvocato distrettuale, ex art. 18 citato, doveva assicurare il coordinamento e l'unità di indirizzo: non era pensabile che ciò non dovesse avvenire in collaborazione sincronica con l'Avvocato Generale (che aveva il compito di vigilare sulle sedi periferiche, coordinarne l'attività e di ciò essere direttamente responsabile).

Il Tar aveva esattamente richiamato l'art. 15 del RD 30.10.1933, siccome sostituito dall'art. 15 della l. 103/79, e l'art. 18 della l. 103/79, ma ne aveva clamorosamente travisato il senso. È stato poi censurato il passaggio motivazionale che faceva riferimento alla natura concorsuale e comparativa della procedura di scelta dell'Avvocato distrettuale.

La legge individuava l'atto di impulso nella proposta dell'Avvocato generale; non certo nella domanda dell'interessato. Ne conseguiva che la scelta ineriva agli Avvocati che possedevano i requisiti, avessero essi - o meno - manifestato la disponibilità.

L'ordine del giorno, relativo alla vacanza del posto di Avvocato distrettuale nel distretto di (...), era stato diramato a tutti gli Avvocati e Procuratori dello Stato, e tanto valeva ad assicurare la "pubblicità" pretesa dal Tar, in quanto tutti erano stati messi in condizione di manifestare la propria disponibilità.

Ma quest'ultima non era affatto equipollente ad una domanda: ben la scelta avrebbe potuto ricadere su un soggetto che tale disponibilità non aveva manifestato.

Il Tar era stato fuorviato dal tentativo di assimilare la detta disciplina a quella prevista per il conferimento degli incarichi direttivi in Magistratura.

Nella procedura per cui è causa, invece, non v'era obbligo di fornire motivazione comparativa rispetto agli altri "aspiranti": la giurisprudenza amministrativa era giunta ad analogo divisa-

mento con riguardo alle alte cariche diplomatiche, dirigenziali, e non v'era motivo di discostarsi dai detti approdi.

La sentenza gravata (II censura) era addirittura affetta da straripamento, laddove, obliando che erano stati rispettati gli obblighi di trasparenza, imparzialità e motivazione, ipotizzava che avesse avuto rilievo alcuno, ai fini del conferimento, la missiva che l'Avvocato distrettuale uscente aveva indirizzato al M.

Il Tar, che già aveva errato facendo riferimento al concetto di "comparazione", aveva vieppiù insistito laddove non si era avveduto che la predetta lettera non aggiungeva alcun elemento a quanto già avrebbe potuto ricavarsi dal curriculum del M.

Non era chiaro da quale elemento potesse trarsi il convincimento che detta missiva avesse rivestito "portata determinante": quanto alla "prassi" relativa alla nomina dei dipendenti maggiormente "anziani" (e l'Avv. B. certamente lo era rispetto al prescelto), lo stesso Tar riconosceva che alla stessa non era stato attribuito, in passato, rilievo decisivo.

Nel merito, il primo giudice aveva disconosciuto che si era pervenuti alla scelta più ragionevole, avuto riguardo ai meriti del prescelto, alla funzione vicariale dallo stesso esercitata per quasi 18 anni, dalla circostanza che questi si era classificato al primo posto nel proprio concorso per Avvocato (a differenza della appellata controinteressata B., classificatasi ultima nella graduatoria degli idonei del concorso per Procuratore dello Stato e poi assunta a seguito di scorrimento della graduatoria ed ultima dei vincitori al concorso per Avvocato dello Stato). L'appellata ha depositato un'articolata memoria (proponendo riserva di appello con riguardo ai motivi proposti in primo grado e disattesi dal Tar) chiedendo la riezione del gravame perché infondato.

Il Tar non aveva mai affermato la natura "concorsuale" della procedura de qua: il Tar aveva affermato, invece, che - una volta che la scelta avvenga soltanto tra coloro i quali avevano manifestato la propria disponibilità (ed il dato non era né contestabile, né contestato) - doveva essere rispettato l'obbligo di imparzialità e trasparenza, destinato ad essere trasfuso in motivazione.

Ciò in quanto era innegabile che alla scelta si pervenisse a seguito di comparazione tra coloro che avevano manifestato la propria disponibilità.

Ed allora, affermare che non veniva attribuita una nuova "qualifica" appariva (oltre che discutibile, in quanto gli Avvocati distrettuali, ex art. 21 della l. 103/79 erano componenti di diritto del Caps) del tutto neutro, perché ciò che rilevava era il modo in cui il detto "incarico" veniva conferito.

Era ben vero che all'Avvocato generale era attribuito un ruolo centrale nella procedura di scelta: ma ciò non ostava a che quest'ultima rispettasse i canoni di imparzialità e trasparenza. Né all'Avvocato generale subentrante era attribuito un generalizzato potere di revoca degli Avvocati distrettuali nominati dal predecessore, a testimonianza del fatto che l'elemento della "fiduciarità" non rivestiva portata né esclusiva, né decisiva.

Quanto al secondo motivo di gravame, esso era infondato in quanto era palese che la scelta si era svolta all'interno di una terna; che ciò costituiva autolimitazione concreta rispetto al c.d. "potere di chiamata"; né il richiamo ad arresti relativi al conferimento di incarichi in altre Amministrazioni era condivisibile, posto che ivi, sempre, la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito l'obbligo di motivare in ordine alle ragioni della scelta (il che presupponeva una "comparatività" della procedura).

Nel merito, ogni sforzo di svalutare la portata rivestita dalla lettera dell'Avvocato distrettuale uscente era risultato vano: come vano era risultato il tentativo di sminuire l'assoluto spessore del curriculum dell'appellata B.

Ricorso n. 7910/2013.

Il controinteressato M., già resistente rimasto soccombente in primo grado, ha proposto un articolato appello, censurando integralmente l'approdo cui era giunta la gravata decisione, proponendo censure sostanzialmente identiche e sovrapponibili a quelle proposte dalla difesa erariale nell'ambito del ricorso n. 7808/2013 ed in precedenza illustrate.

L'appellata ha depositato memoria chiedendo la reiezione del gravami, perché infondato.

Alla adunanza camerale del 19 novembre del 2013 fissata per la delibazione delle domande di sospensione della esecutività della gravata decisione, le due controversie sono state rinviata al merito.

Tutte le parti processuali hanno depositato ulteriori scritti difensivi volti a ribadire e puntualizzare le rispettive prospettazioni.

Alla pubblica udienza del 18 febbraio 2014 le due cause sono state posta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1. I suindicati appelli devono essere riuniti, in quanto diretti a gravare la medesima sentenza. Essi sono infondati e vanno pertanto respinti, con conseguente improcedibilità delle censure, assorbite o disattese dal primo giudice, riproposte da parte appellata.

2. Ritiene utile il Collegio, in via assolutamente preliminare, richiamare il dato normativo essenziale ai fini della risoluzione delle problematiche devolute all'esame del Collegio.

2.1. Stabilisce l'art. 18 della legge 3 aprile 1979, n. 3 che:

“L'avvocato distrettuale dello Stato: vigila e soprintende, nell'ambito dell'avvocatura distrettuale, all'espletamento delle funzioni di istituto ed alla organizzazione e funzionamento degli uffici e dei servizi; assegna agli avvocati e procuratori in servizio presso l'avvocatura distrettuale gli affari contenziosi consultivi, in base ai criteri stabiliti dal comitato consultivo; assicura il coordinamento e l'unità di indirizzo dell'attività contenziosa e consultiva dell'avvocatura distrettuale, promuovendo l'esame e la decisione collegiale delle questioni giuridiche di maggiore rilievo, nonché l'informazione e collaborazione reciproca tra gli avvocati e procuratori; determina le direttive inerenti alla trattazione degli affari contenziosi; riferisce all'avvocato generale dello Stato sull'attività svolta dall'avvocatura distrettuale, segnalando le controversie più importanti nonché le eventuali carenze legislative ed i problemi interpretativi che emergono nel corso dell'attività di istituto; riferisce al presidente della giunta regionale per gli affari trattati nell'interesse della regione, anche presentando apposite relazioni e segnalando le controversie più importanti nonché le eventuali carenze legislative.

L'incarico di avvocato distrettuale dello Stato è conferito con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dell'avvocato generale dello Stato, sentito il consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato, ad avvocati dello Stato che abbiano almeno conseguito la terza classe di stipendio e maturati in essa cinque anni di servizio.

Con le stesse modalità è disposta la cessazione dall'incarico.

L'avvocato distrettuale che cessa dall'incarico può chiedere di essere associato all'Avvocatura generale dello Stato”.

L'art. 15 del R.D. 30-10-1933 n. 1611, recante “Approvazione del T.U. delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato”, nel testo sostituito dall'art. 15, L. 3 aprile 1979, n. 103, a propria volta, così dispone: “L'avvocato generale dello Stato:

determina le direttive inerenti alla trattazione degli affari contenziosi e consultivi;

presiede e convoca il consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato ed il comitato consultivo; vigila su tutti gli uffici, i servizi e il personale dell'Avvocatura dello Stato e soprintende alla loro organizzazione, dando le opportune disposizioni ed istruzioni generali; risolve, sentito il comitato consultivo, le divergenze di parere sia tra gli uffici distrettuali dell'Avvocatura dello Stato, sia tra questi e le singole amministrazioni; assegna agli avvocati e procuratori in servizio presso l'Avvocatura generale dello Stato gli affari contenziosi e consultivi, in base ai criteri stabiliti dal comitato consultivo; riferisce periodicamente al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta dall'Avvocatura dello Stato, presentando apposite relazioni, e segnala anche prontamente le eventuali carenze legislative ed i problemi interpretativi che emergono nel corso dell'attività di istituto; fa le proposte e adotta i provvedimenti espressamente attribuiti alla sua competenza, nonché ogni altro provvedimento riguardante gli uffici ed il personale dell'Avvocatura dello Stato che non sia attribuito ad altra autorità.

In caso di impedimento o di assenza l'avvocato generale è sostituito dal vice avvocato generale con maggiore anzianità nell'incarico”.

Sebbene soltanto menzionata (ma non utilizzata dal primo giudice per il vaglio sulle questioni devolute), appare altresì rilevante al Collegio menzionare il disposto di cui all'art. 21 della sopracitata legge 3 aprile 1979, n. 3, che così prevede:

“È istituito il consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato, che è composto:

- a) dall'avvocato generale dello Stato, che lo presiede;
- b) da due avvocati dello Stato, con incarico di vice avvocato generale, più anziani nell'incarico;
- c) da due avvocati dello Stato, con incarico di avvocato distrettuale, più anziani nell'incarico;
- d) da quattro componenti, di cui almeno un procuratore dello Stato, eletti da tutti gli avvocati e procuratori dello Stato riuniti in un unico collegio, secondo le norme dell'articolo 22 della presente legge.

In caso di impedimento o di assenza o quando il consiglio debba esprimere parere sui provvedimenti che li concernono, i componenti di cui alle lettere b) e c) sono sostituiti dagli avvocati che li seguono in ordine di anzianità nell'incarico, i componenti di cui alla lettera d) dai supplenti eletti contestualmente secondo l'ordine di elezione.

Il segretario generale dell'Avvocatura dello Stato interviene alle sedute del consiglio senza diritto di voto.

I componenti eletti durano in carica tre anni, non sono immediatamente rieleggibili né possono essere loro conferiti, finché sono in carica, incarichi direttivi.

Le funzioni di segretario del consiglio sono espletate dal più giovane dei componenti.

Le funzioni di relatore per ciascun affare in trattazione presso il consiglio sono esercitate da uno dei suoi componenti designato di volta in volta dall'avvocato generale.

Il consiglio non può validamente deliberare se non sono presenti sei dei nove membri che lo compongono; le deliberazioni del consiglio sono adottate col voto favorevole della maggioranza dei suoi componenti salvo i casi previsti nelle lettere c), d), e), g) e h), dell'articolo 23, per i quali è richiesto il voto favorevole di almeno sei componenti il consiglio.

Sono abrogati gli articoli 25 e 26 del testo unico approvato con regio decreto 10 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni”.

Detto Organismo, è in sostanza l'Organo di autogoverno dell'Avvocatura dello Stato, i cui compiti e funzioni sono scolpiti nel successivo art. 23 della citata legge.

Tale disposizione completa il quadro dei precetti ad avviso del Collegio rilevanti per la fattispecie per cui è causa, unitamente all'art. 19 della sopracitata legge, che pure di seguito si riporta:

“Gli avvocati e procuratori dello Stato:

trattano gli affari contenziosi e consultivi loro assegnati;

in caso di divergenza di opinioni nella trattazione di detti affari con l'avvocato generale, con i vice avvocati generali o con l'avvocato distrettuale, possono chiedere, presentando relazione scritta, la pronuncia del comitato consultivo e, se questa è contraria al loro avviso, di essere sostituiti nella trattazione dell'affare per cui è sorta la divergenza di opinioni;

possono essere sostituiti nella trattazione degli affari loro affidati in caso di assenza, impedimento o giustificata ragione; quando ricorrano gravi motivi possono essere sostituiti, con provvedimento motivato, dall'avvocato generale o dall'avvocato distrettuale dello Stato. Avverso tale provvedimento può essere proposto ricorso entro trenta giorni al consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato.

I procuratori dello Stato provvedono anche al servizio di procura per la cause trattate dagli avvocati e dagli altri procuratori dello Stato, secondo le disposizioni dei dirigenti degli uffici, cui sono addetti”.

2.2. Così ricostruito l'ordito normativo sotteso alla controversia, ritiene il Collegio di dovere immediatamente ribadire la propria convinta adesione al consolidato approdo della giurisprudenza amministrativa, secondo il quale (Consiglio di Stato Ad. Plen. 15/09/1999 n. 14) “il principio del giusto procedimento amministrativo - pur non essendo di rilievo costituzionale - costituisce comunque un criterio di orientamento sia per il legislatore sia per l'interprete”. (Arg ex Corte Costituzionale 19/03/1993 n. 103).

È noto, poi, che il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in proposito ha conosciuto una ulteriore evoluzione, tanto da indurre a più riprese all'affermazione per cui “l'applicazione dei principi desumibili dalla l. n. 241/1990 quale espressione del diritto al giusto procedimento, dovrebbe rientrare tra i livelli essenziali dei diritti civili da garantire a tutti i cittadini, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), o, qualificando le norme della l. n. 241 come "norme interposte", che integrano il sistema costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, della Carta fondamentale” (ex aliis si veda in tal senso Consiglio di Stato sez. V 28/02/2011 n. 1271; T.A.R. Molise 09/03/2006 n. 194).

Non essendo né utile, né rilevante ai fini della risoluzione della fattispecie per cui è causa, non ritiene il Collegio di immergere su tale ultimo tema di natura qualificatoria: è sufficiente, però, rilevare che i principi partecipativi, di trasparenza, di efficacia ed efficienza che permeano la nozione di giusto procedimento costituiscono adeguato canone interpretativo utilizzabile nella fattispecie per cui è causa.

Ciò nel forte convincimento per cui, tra due interpretazioni di un medesimo precetto, una delle quali collida con i detti principi generali, di cui alla legge n. 241/1990, ed un'altra appaia con gli stessi armonica, l'interprete debba certamente privilegiare la seconda (analogamente all'insegnamento reso a più riprese dalla Corte Costituzionale, secondo il quale - ex aliis sentenza n. 46/2013 sentenza n. 21 del 2013, ordinanze n. 255 del 2012, n. 287 del 2011 e n.110 del 2010 - “di una disposizione legislativa non si pronuncia l'illegittimità costituzionale quando se ne potrebbe dare un'interpretazione in violazione della Costituzione, ma quando non se ne può dare un'interpretazione conforme a Costituzione”).

2.3. Alla stregua di tale canone ermeneutico, il Collegio esaminerà la fattispecie per cui è causa, in ordine alla quale si può in prima battuta svolgere una considerazione (anch'essa assai agevole e quasi necessitata alla stregua della piana lettura delle disposizioni primarie summenzionate): può senz'altro concordarsi con due affermazioni contenute nella decisione impugnata.

La prima di esse riposa nella considerazione per cui può riscontrarsi “la mancanza di un sistema di regole prestabilite, pur elementari, che stabilisca come scegliere nella platea dei potenziali aspiranti - tutti gli avvocati con determinata anzianità e qualifica - il candidato più idoneo per meriti ed attitudini a dirigere un determinato Ufficio distrettuale nelle condizioni date”.

La seconda, complementare a quella appena esposta, è quella secondo la quale “l’art. 18, II comma succitato sebbene non contempra una procedura concorsuale, in realtà neppure la esclude, espressamente o implicitamente, limitandosi a fissare alcuni passaggi della procedura di nomina, di cui individua sia gli organi competenti, sia i soggetti muniti del requisito proprio per aspirarvi, e cioè la qualità di avvocati dello Stato in servizio, alla terza classe di stipendio, con cinque anni di anzianità di servizio nella stessa”.

Tali dati sono incontrovertibili e neppure sono stati seriamente contestati dalle parti appellanti, che, al contrario, agli stessi si rifanno esplicitamente, per sostenere:

che debba escludersi la natura concorsuale della procedura di conferimento dell’incarico di avvocato distrettuale;

che si tratterebbe di una chiamata “fiduciaria” da parte dell’Avvocato Generale;

che il sostrato di tale nomina riposerebbe in una valutazione di “merito assoluto” resa dall’Avvocato generale medesimo.

Sullo sfondo di tali argomentazioni aleggiano le considerazioni - di natura sostanziale - secondo cui gli atti “valutati” dal Caps (tra i quali la nota dell’Avvocato distrettuale uscente, encomiastica nei confronti del prescelto Avv. M., odierno appellante) ed il percorso di carriera degli aspiranti non farebbero che confermare come una serena valutazione del “merito assoluto” non avrebbe premiato altri che il soggetto effettivamente prescelto.

2.4. Premette in proposito il Collegio che esula certamente dai propri compiti quello di “criticare” disposizioni di legge vigenti, e men che meno “suggerire” eventuali iniziative legislative di riforma/ridefinizione della disciplina normativa in oggetto.

E ritiene, altresì, opportuno far presente che non si ritiene neppure di indugiare in ordine a valutazioni degli argomenti relativi alla prevalenza di uno od altro aspirante.

Ciò in quanto, da un lato, la pur scarna disciplina normativa succitata, ove interpretata armonicamente al principio di parità delle parti e di trasparenza, pare condurre a considerazioni contrarie a quelle esposte nei riuniti appelli; secondariamente, perché ritiene che, proprio alla stregua dei segnalati canoni ermeneutici (parità delle parti e trasparenza), il procedimento oggetto di scrutinio da quei canoni si sia discostato e pertanto meriti condivisione l’approdo demolitorio raggiunto dal primo giudice.

2.5. Quanto sopra, alla stregua delle seguenti considerazioni:

a) può concordarsi con la tesi secondo la quale la nomina dell’Avvocato distrettuale pertenga alla esclusiva responsabilità dell’Avvocato generale;

b) inteso in questo - limitato - senso, può ben parlarsi di “fiduciarità”; ma è ben ovvio che il criterio debba essere quello dell’adeguatezza a svolgere il detto incarico e che tale valutazione debba discendere da dati relativi al percorso professionale del prescelto e non certo da elementi di conoscenza personale dell’Avvocato generale o da dati e circostanze non ostese, né desumibili;

c) ciò appare dato incontrovertibile e si ricava (oltre che dalla logica), a tacer d’altro, dalla circostanza che debba essere “sentito il consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato”, il quale predispone un parere (parere che non avrebbe senso alcuno laddove fondato su dati parziali incompleti e quindi distonici rispetto al materiale cognitivo poi “utilizzato” dall’Avvocato Generale per rendere la propria scelta);

d) posto che l’Avvocato generale effettua tale scelta con propria esclusiva responsabilità, pure

in questo limitato senso può parlarsi di fiduciarità: il che certo non significa assoluto arbitrio; e) ostano, in nuce, alla possibilità di una considerazione del termine “fiduciarità” maggiormente estesa di quella sinora tratteggiata, due dirimenti circostanze:

e1) non è assolutamente previsto che il neonominato Avvocato generale possa ad nutum revocare le nomine già disposte dal predecessore (come dovrebbe avvenire laddove la nomina fosse legata non a parametri oggettivi, legati allo sviluppo di carriera dal prescelto, ma ad un rapporto “fiduciario” in senso stretto) e men che meno è previsto che, ogniqualvolta cessi dalla carica il soggetto “nominante”, la nomina del soggetto da questi prescelto decada e/o debba essere riconfermata;

e2) è previsto che, tra i membri di diritto del Caps (art. 21 lett. c della legge succitata) i “due avvocati dello Stato, con incarico di avvocato distrettuale”, siano i “più anziani nell’incarico”; il che confligge con un’impostazione fondata su una scelta assolutamente libera (resa “a prescindere” dallo sviluppo di carriera degli aspiranti all’incarico legittimati), in quanto, se così fosse, ne dovrebbe discendere che pure la composizione dell’Organo consultivo dovrebbe essere determinata secondo criteri “fiduciarî”, disconnessi da parametri obiettivi previamente vagliati; e ciò renderebbe perlomeno dubbia l’attitudine del predetto Organo a rendere i pareri richiesti ex lege in piena indipendenza dall’Organo (l’Avvocato Generale, appunto) deputato a ricevere i detti pareri.

2.5. Unitamente a tali - già dirimenti - considerazioni congiurano a far ritenere ben ristretto il concetto di “nomina fiduciaria”, predicabile in simili ipotesi, le modalità con le quali si è proceduto alla nomina dell’Avvocato distrettuale in passato e nell’ambito della stessa presente procedura.

2.5.1. Come acutamente osservatosi nella decisione di primo grado, infatti, la norma di cui all’art. 18 comma 2 prima citata attribuisce una legittima aspettativa a tutti gli avvocati con la predetta qualifica ed anzianità di essere scrutinati per l’incarico in questione.

Il primo giudice ha sostenuto anche che la norma stessa “non esclude affatto che, per poter essere nominato, il soggetto debba anche presentare una domanda, comunque qualificata”.

2.5.2. Il Collegio non concorda con detta ultima affermazione.

Si può invece concordare con le parti appellanti nel ritenere che, in via di principio, l’avvenuta presentazione di una “dichiarazione di disponibilità” ad assumere l’incarico non sia condizionante della possibilità di essere nominato, e che - sempre in via di principio - anche un soggetto che tale dichiarazione di disponibilità non ha mai presentato possa essere attributario del predetto incarico.

2.5.3. Senonché, tale constatazione in nulla sposta i termini della controversia, avuto riguardo al concreto meccanismo seguito dall’Amministrazione per pervenire alla nomina (nel caso di specie) ed al “meccanismo” (se non si vuole utilizzare il termine “procedura”, evocativo di una fase procedimentalizzata eterogovernata da una fonte normativa “superior”) tenuto presente in passato, per quel che qui risulta incontestato.

2.5.4. In ossequio alle esigenze di trasparenza (queste sì pienamente rispettate nella fase embrionale del procedimento) viene di regola data notizia della vacanza del posto e la platea degli aventi diritto presenta la dichiarazione di disponibilità (ciò è avvenuto in passato, e ciò è avvenuto nel caso di specie).

A questo punto, il giudizio sotteso alla nomina, postula una disamina delle posizioni (non già dell’intera ampia platea dei soggetti aventi diritto, ma soltanto) di quei soggetti che, in possesso dei requisiti di anzianità, hanno presentato la dichiarazione di disponibilità.

2.5.5. Non volendo ritenere (perché neppure parte appellante si spinge ad affermare tanto)

che il C.A.P.S. abbia (in passato e/o anche soltanto nel caso di specie) considerato le posizioni di tutti i Colleghi che possedevano i requisiti per la nomina (o anche, a tutto concedere, almeno dei più anziani tra essi) fino ad individuare il designabile, e non si sia limitato a vagliare le posizioni soltanto dei soggetti che avevano presentato dichiarazione di disponibilità, ne discende una conseguenza.

O tutte le procedure di nomina ad Avvocato distrettuale in passato adottate (ed anche quella oggetto di esame) sarebbero viziate da difetto di istruttoria, in quanto sarebbe stata omessa la disamina di tutti i soggetti potenzialmente nominabili, ovvero l'eventualità di nominare taluno che non avesse presentato la dichiarazione di disponibilità resta, in concreto, una evenienza teorica, alla quale potrebbe accedersi laddove nessuno dei latori della dichiarazione di disponibilità fosse stato nominabile e/o avesse posseduto i requisiti richiesti, e che, di converso, al di fuori di detta teorica evenienza, la avvenuta presentazione della dichiarazione di disponibilità, se non costituisce tecnicamente (e non può esserlo per legge) "requisito per la nomina", ha l'effetto di restringere - quantomeno in prima battuta, lo si ripete, e salva la teorica evenienza prima descritta - il novero dei soggetti valutabili.

E può essere sintomatico rilevare, a tale proposito, che nei remoti e sporadici precedenti giurisprudenziali resi su fattispecie assimilabile a quella per cui oggi è causa, la giurisprudenza (pur escludendo che si dia corso ad un vero e proprio procedimento comparativo) ha proprio riconosciuto un tale "effetto" di delimitazione del novero delle posizioni esaminabili alla avvenuta presentazione di dichiarazioni di disponibilità da parte di soggetti aspiranti legittimati (T.A.R. Sicilia Sez. I, 18-03-1991, n. 173: "nel sistema delineato dalla l. n. 103/1979, che ha modificato l'ordinamento dell'avvocatura dello stato, per la copertura dei maggiori uffici - avvocato generale e avvocato distrettuale - è esclusa qualsiasi previsione di procedura concorsuale o di predeterminazione di criteri selettivi; T.A.R. Puglia, 07-03-1987, n. 139: "nel sistema delineato dagli art. 16, 17 e 18 l. 3 aprile 1979 n. 103, il conferimento degli incarichi nell'ambito dell'avvocatura dello stato - ed in particolare quello di avvocato distrettuale - non richiede una tipica procedura concorsuale, bensì una scelta da operare fra soggetti che abbiano manifestato di aspirare all'incarico, in forza di una lata discrezionalità al cui esercizio è estraneo il modulo procedimentale della valutazione analitica dei requisiti e delle qualità di ciascuno dei sottoposti a vaglio, proprio degli scrutini").

2.5.6. E - se è consentita una considerazione di merito - non solo la sistematica selettiva sinora adottata appare logica, ma il Collegio neppure ha remore nell'affermare che la stessa sia positivamente apprezzabile ed idonea a garantire celerità ed efficienza della procedura di nomina: sarebbe un inutile spreco di tempo ed energia valutare la posizione di centinaia di soggetti in astratto nominabili (in quanto in possesso dei detti requisiti) e procedere successivamente a richiederne il consenso/disponibilità alla nomina (manifestazione privata, quest'ultima, che potrebbe anche mancare, con il rischio di dover ripetere la valutazione un numero incalcolabile di volte), piuttosto che, quantomeno in prima battuta, vagliare unicamente le posizioni di chi tale dichiarazione di disponibilità aveva prodotto (salva la possibilità di nominare eventualmente, nei casi prima soltanto esemplificativamente indicati, un soggetto che tale disponibilità non aveva esternato);

2.6. Se quindi, in via generale, la dichiarazione di disponibilità, pur non inibendo l'altra possibilità prima rappresentata, ha l'effetto di restringere, quantomeno in un primo approccio, il novero delle posizioni valutabili, da tale considerazione devono discendere alcune rilevanti conseguenze:

a) seppur non si possa parlare di "comparazione", nel senso canonico del termine (parte ap-

pellante si richiama, per assimilazione, al concetto di “merito assoluto”), la valutazione delle posizioni, almeno in prima battuta, lo si ripete, si svolge nell’ambito di una platea ristretta (e solo di quella); id est: unicamente con riguardo a coloro che hanno presentato la dichiarazione di disponibilità;

b) se così è, a costoro, in quanto potenziali destinatari del provvedimento di nomina, devono essere garantite le minimali garanzie procedurali: trasparenza e par condicio;

c) tali garanzie si strutturano, in primis, nella identità del materiale cognitivo esaminabile dal Caps con riferimento ad ognuno degli aspiranti; e, secondariamente, nella esternazione, anche embrionale, degli elementi “di preferenza” che hanno guidato la scelta verso l’uno ovvero verso l’altro.

3. Muovendo dai detti presupposti, può concordarsi con la tesi del primo giudice, secondo cui del rispetto di tali minimali presupposti non vi sia prova, con riguardo al procedimento di nomina sottoposto a scrutinio.

3.1. A guardare al materiale cognitivo, il Caps ha preso in esame, in chiave di comprova della sussistenza delle caratteristiche tese a comprovare il “merito assoluto” in capo al nominato, una nota teoricamente destinata ad altri fini e diretta a quest’ultimo.

Può concordarsi con la circostanza sottolineata da parte appellante, secondo cui detta nota nulla di “ulteriore” rispetto al patrimonio cognitivo valutabile abbia in realtà aggiunto.

Pur tuttavia, a tacer d’altro, non risulta dagli atti del procedimento che fosse stata chiarita agli altri latori della dichiarazione di disponibilità (tra cui l’appellata) la possibilità che simili atti venissero fatti oggetto di valutazione: a tacer d’altro, non è dato conoscere se simili “note” fossero state indirizzate ad altri aspiranti che avevano presentato la dichiarazione di disponibilità, quali espressioni contenessero, quali elementi professionali avessero esaltato, etc.

In teoria nulla vieta che ve ne fossero di altre, maggiormente apprezzabili, e l’incertezza in ordine alla producibilità e valutabilità delle medesime non ha giovato alla par condicio, quanto alla perimetrazione del materiale cognitivo valutabile.

3.2. Quanto al profilo relativo alla trasparenza, non si rinviene nessuna sia pur embrionale “motivazione” che chiarisca - se non la “prevalenza” del prescelto - quantomeno, seppur espressi in termini assoluti e non comparativi, i dati che si riteneva coincidessero con il criterio del “merito assoluto”, sicché, anche per sottrazione, quantomeno gli altri aspiranti (ma si ricorda che le esigenze di trasparenza soltanto immediatamente possono ricondursi alla posizione degli altri aspiranti, mentre mediamente ed in via più generale rispondono ad esigenze di più generale verifica della rispondenza ad interesse pubblico dell’attività pubblicistica posta in essere) fossero in grado di rendersi conto di quali fossero stati gli elementi del curriculum professionale del prescelto tali da farlo giudicare più idoneo e meritevole in assoluto.

4. Tali riscontrate lacune inducono il Collegio alla reiezione dei riuniti appelli, non prima, però di avere esternato un’ultima, assorbente, considerazione.

Nell’appello della difesa erariale si assimila la procedura per cui è causa ad altre - in passato oggetto di scrutinio da parte del Consiglio di Stato - caratterizzate dal criterio del merito assoluto, quale, ad esempio, quella per l’attribuzione delle più alte cariche diplomatiche.

Non ritiene il Collegio di doversi attardare in ordine alla correttezza - o meno - di tale processo di accostamento ed assimilazione (contestato da parte appellata) della procedura per cui è causa con quella suindicata (per il vero caratterizzata da decisi indici normativi che, ben più che nell’ipotesi oggetto dell’odierno scrutinio, fanno propendere per la qualificazione della medesima come procedura di “designazione”, sottratta ad ogni riferimento di natura comparativistica).

Ciò che giova precisare, però, è che anche nelle ipotesi segnalate dalla difesa erariale la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (ex aliis si veda la decisione n. 5050/2001) ha avuto modo di svolgere un condivisibile ragionamento (questo sì, plasticamente traslabile alla fattispecie per cui è causa) che vale la pena riportare di seguito.

Escluso che ci si trovi al cospetto di insindacabili “atti politici” e dovendosi qualificare l’atto di nomina, in quelle vicende, come atto di alta amministrazione, esso resta sindacabile “debolmente” dall’Autorità giudiziaria, in ossequio al canone costituzionale di cui all’art. 24 della Carta Fondamentale: ciò, sia pure nei limitati casi di abnormità ed irragionevolezza o per vizi relativi all’istruttoria: ma un sia pur ristretto sindacato, perché possa essere esplicito, necessita a monte che della scelta compiuta (anche di “merito assoluto”) sia stata data contezza, con motivazione, sia pur sintetica ed unitaria, non parcellizzata e non comparativa, e che la procedura valutativa sia stata svolta rispettando il canone della par condicio.

Se così, è, essendo mancata nella fattispecie per cui è causa quantomeno la sintetica esternazione di tali elementi, tanto che alcuno dei soggetti che diedero la disponibilità, né questo Collegio, è in grado di percepire le ragioni del “merito assoluto” riscontrato in capo al nominato, di necessità deve discendere la rieiezione dei riuniti appelli e la conferma, nei termini di cui alla motivazione che precede, della gravata decisione, salvi gli ulteriori provvedimenti dell’Amministrazione (con conseguente assorbimento nella detta statuizione delle ulteriori censure riproposte da parte appellata).

5. La complessità e parziale novità delle questioni esaminate, oltreché la peculiare natura della controversia, legittima l’integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui riuniti appelli, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente
Sandro Aureli, Consigliere
Raffaele Greco, Consigliere
Fabio Taormina, Consigliere, Estensore
Andrea Migliozi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETRIA

IL 17/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Corollari della società *in house*: esclusione dal fallimento ed applicazione della normativa organizzatoria relativa al socio pubblico. In specie, ove l'ente ausiliato sia una P.A., patrocinio dell'Avvocatura dello Stato

TRIBUNALE DI NAPOLI, VII SEZ. CIV., DECRETO 9 GENNAIO 2014, N.R.R.FALL. 1097/13

*Michele Gerardo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Esclusione dal fallimento delle società in house. - 3. Ulteriori corollari della qualificazione della società in house, quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico. - 4. (segue) In specie: rappresentanza e difesa in giudizio delle società in house aventi quale azionista un Amministrazione Statale.

1. Introduzione.

Il decreto motivato che si annota ha ad oggetto il problema dell'assoggettabilità al fallimento della società *in house*, nell'ambito del più ampio discorso del fallimento delle società pubbliche.

L'art. 1 comma 1 della Legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267) sancisce che “*Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*”.

Fin dall'entrata in vigore del codice civile - introducendo alcune disposizioni relative alle società commerciali partecipate dalla P.A. (artt. 2458-2460: “*Delle società con partecipazione dello Stato e degli enti pubblici*”; art. 2461: “*Delle società di interesse nazionale*”) - è stato posto il problema della rilevanza dell'interesse pubblico di cui è portatore l'ente azionista, anche ad altri fini, ed in particolare se esso, venendo a contrastare con l'interesse sociale, debba oppure no prevalere nei confronti di questo, con riferimento soprattutto all'ipotesi in cui l'ente pubblico sia socio di maggioranza, ciò con inevitabili ricadute sulla disciplina e finanche sulla qualificazione della società (1).

La società *in house* è una società commerciale - e quindi imprenditore commerciale per definizione - oppure è una articolazione nell'ambito di un ente pubblico (azionista di essa società) o è un ente pubblico distinto dall'azionista pubblico?

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Per una sintesi: A. GRAZIANI-G. MINERVINI-U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Morano editore, 1990, 208; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, UTET, V edizione, 2006, 75; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè ed., XII edizione, 2010, 100; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, 2009, 202; P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Maggioli editore, V ed., 2012, 414; F. FIMMANÒ, *Il fallimento delle “società pubbliche”*, in *Gazzetta Forense*, 2013, novembre-dicembre 2013, 13.

Allo stato vi è un vivace dibattito dottrinale - con orientamenti giurisprudenziali, specie di merito, contrastanti - sulla possibilità che le società di diritto privato aventi un azionista pubblico possano essere sottoposte a fallimento. Vuol farsi riferimento alle società di diritto privato "pure" - tra le quali le società *in house* - e non a quelle aventi una disciplina in deroga al diritto comune delle società.

A grandi tratti, un primo orientamento ritiene che la scelta della P.A. di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta; sicché la scelta di gestire un servizio pubblico essenziale, utilizzando il modello della società di capitali, anziché l'azienda speciale o la concessione a terzi, comporta l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale in pieno, qualsiasi sia l'attività economica svolta ed a prescindere dalla relativa collocazione in un mercato concorrenziale, e non solo i vantaggi derivanti dalla segregazione patrimoniale; l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale comporta, tra l'altro, per le società commerciali la sottoposizione al fallimento.

Altro orientamento, diversamente, esaltando gli aspetti sostanziali ed altresì l'attività di tali società ha escluso la sottoposizione delle società pubbliche al fallimento, riqualficando esse società come ente pubblico o qualificandole come mere articolazioni interne all'ente azionista, ossia mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico.

Data la rilevanza dei corollari è necessario, a colpi di sciabola, perimetrare i caratteri della società *in house*. Questa è una *species* del *genus* delle società "pubbliche", ossia aventi come azionista una P.A.

È *in house* la società che produce beni, servizi o lavori in favore del socio pubblico. Ricorre il fenomeno denominato *in house providing* con il quale la P.A. acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato.

La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 - *Teckal*, che ha esaminato il problema dell'applicabilità delle regole della gara in materia di appalti nella evenienza che la committente sia una P.A. e che aggiudicatario sia una società partecipata dalla prima. All'uopo la Corte ha affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "*controllo analogo*" a quello esercitato sui propri servizi ed il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "*controllo analogo*" e della "*destinazione prevalente dell'attività*", l'ente *in house* non può ritenersi "*terzo*" rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in

essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture. Ciò in quanto nel caso di specie ricorre un rapporto organico (o di delegazione interorganica), venendo a mancare la qualità di terzo in capo al soggetto affidatario. La delega interorganica e il conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice rendono allora lo svolgimento della prestazione una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione.

Il "*controllo analogo*", per la giurisprudenza comunitaria e nazionale, si caratterizza per i seguenti requisiti:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale. Le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante, atteso che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "*controllo analogo*" (2). L'ente pubblico partecipante deve avere, statutariamente, il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica;

- l'impresa non deve aver "*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*" da parte dell'ente pubblico (3);

- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati (4), sicché è necessario che lo statuto dell'ente inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari;

- il controllo analogo non è escluso dalla circostanza che il pacchetto azionario della società sia posseduto (anche in misura esigua per ciascuno) da una pluralità di enti pubblici (5). In tal caso, la verifica sul "*controllo analogo*" si sposta necessariamente nel rinvenimento di clausole o prerogative che conferiscono agli enti locali partecipanti a quote societarie anche se esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito in cui si esplica la attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione) da intendersi tale controllo esercitabile in chiave non soltanto propulsiva o propositiva di argomenti da portare all'ordine del giorno del consesso

(2) Consiglio di Stato, 8 gennaio 2007, n. 5.

(3) Tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero: sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - *Parking Brixen GmbH* e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - *Mödling o Commissione c/ Austria*.

(4) Consiglio di Stato, 30 agosto 2006, n. 5072.

(5) Corte di giustizia, sent. 10 settembre 2009, n. 573/07 e 13 novembre 2008, n. 324/07.

assembleare bensì, e principalmente, di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si esplica il servizio (6).

In senso particolarmente restrittivo è stato inteso anche il requisito dell'attività svolta prevalentemente a favore dell'ente affidante. Tale condizione è soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante (7).

I connotati ora decritti della società *in house* sono stati recepiti anche dal legislatore. All'uopo una definizione è rinvenibile nell'art. 19, comma 5 del D.L. 1 luglio 2009 n. 78, conv. L. 3 agosto 2009, n. 102, secondo cui: "*Le amministrazioni dello Stato, cui sono attribuiti per legge fondi o interventi pubblici, possono affidarne direttamente la gestione, nel rispetto dei principi comunitari e nazionali conferenti, a società a capitale interamente pubblico su cui le predette amministrazioni esercitano un controllo analogo a quello esercitato su propri servizi e che svolgono la propria attività quasi esclusivamente nei confronti dell'amministrazione dello Stato. Gli oneri di gestione e le spese di funzionamento degli interventi relativi ai fondi sono a carico delle risorse finanziarie dei fondi stessi*".

Sui requisiti della società *in house*, sulla necessità che essi requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che trovino tutti il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale, di recente si sono pronunciate le SS.UU. della Cassazione con la sentenza 25 novembre 2013 n. 26283, ampiamente citata nel provvedimento che si annota.

2. Esclusione dal fallimento delle società *in house*.

Il decreto che si annota esamina uno dei principali corollari della qualificazione della natura pubblica o privata della società *in house*, ossia quello della assoggettabilità al fallimento.

Il Tribunale di Napoli, anche sulla scorta di un recente arresto del giudice di legittimità, esclude il fallimento della società in esame con un interessante percorso motivazionale, imperniato, in sintesi, non sulla qualificazione di autonomo ente pubblico della società *in house*, bensì sulla immedesimazione, sulla non alterità della società rispetto all'ente per il quale svolge funzioni ancillari.

Il giudice partenopeo, sulla scorta delle citate SS.UU. della Cassazione, rileva che:

- la società *in house*, non è un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, atteso che quest'ultimo ne dispone come di una propria articolazione interna;

(6) Così T.a.r. Lazio, sentenza 16 ottobre 2007 n. 9988.

(7) C.G.A. per la Regione Sicilia, sentenza 4 settembre 2007 n. 719.

- la società non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo;

- l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa;

- l'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; tuttavia di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare;

- non risultando possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità.

Il giudicante evidenzia che viene meno anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società, argomento su cui, invece, si fondava la pregressa giurisprudenza, anche di legittimità, che ne riteneva la fallibilità, proprio in quanto soggetto giuridico distinto dal socio pubblico (da ultimo Cass. civ., n. 22209/2013; n. 21991/2012).

Il giudice conclude che - sul rilievo che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento - la società *in house* integralmente partecipata da un ente pubblico, non può essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto la stessa concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico (e non un distinto soggetto giuridico, un centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione); inoltre - statuisce il giudicante - l'ente pubblico esercita sulla società un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni.

All'evidenza, le conclusioni affermate nel provvedimento in esame circa la qualificazione della società *in house*, quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, sono persuasive e da condividere, basate su un giusto approccio sostanziale dei rapporti giuridici. Difatti, il dato insopprimibile nelle società *in house* è che queste curano interessi pubblici a mezzo di risorse della collettività. La forma societaria costituisce principalmente un mezzo per agire in modo snello, mezzo che deve essere, tuttavia, coerente con i dati sostanziali.

La personalità giuridica della società *in house* rileva ai fini della separazione patrimoniale, ai fini della reciproca insensibilità delle vicende patrimoniali interessanti la società ed il socio. Sicché nell'ipotesi del ricorso alla società per azioni "*per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*" (art. 2325, comma 1 c.c.); analoga regola vale per la società

a responsabilità limitata (art. 2462 comma 1 c.c.). Delle obbligazioni della società *in house* non risponde la pubblica amministrazione, socio di riferimento, bensì soltanto la società con il suo patrimonio.

Ciò in coerenza con il *proprium* dell'acquisto della personalità giuridica ed in coerenza, altresì, con la tendenza del sistema normativo contemporaneo il quale, per favorire l'iniziativa economica, mette a disposizione degli operatori variegati strumenti per limitare la responsabilità patrimoniale. Valga per tutti l'esempio del patrimonio destinato ad uno specifico affare (artt. 2447 *bis* e ss. c.c.). In tale evenienza i creditori della società per azioni - a date condizioni, anche pubblicitarie - non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato (art. 2447 *quinquies*, comma 1, c.c.); inoltre per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato (art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c.).

3. Ulteriori corollari della qualificazione della società *in house*, quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico.

La qualificazione della società *in house* quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico ha importanti ricadute sulla disciplina della stessa.

Nella evenienza che la società *in house* abbia come azionista una Amministrazione Statale saranno applicabili alla stessa - in coerenza con il presupposto - le norme caratterizzanti l'organizzazione dello Stato, a meno che non vi sia una espressa deroga legislativa; ciò in aggiunta alla disciplina codicistica del tipo di società prescelta, sul rilievo - operato nel provvedimento in esame - "*che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario*".

Vuol dirsi che il principio generale in materia è quello che, in via immediata e diretta, si applica alla società la normativa relativa alla organizzazione amministrativa dello Stato senza necessità di alcuna norma di richiamo; ove vi fosse una norma di richiamo o fosse presente una disposizione che dichiara applicabili alla società determinati istituti organizzativi dello Stato, saremmo in presenza di una norma ricognitiva, senza alcuna capacità di innovare l'ordinamento giuridico, introdotta solo al fine di specificazione, di chiarezza e di evitare equivoci. Viceversa per escludere l'applicazione alla società di un istituto o di una disposizione relativa alla detta organizzazione statale è necessaria una norma primaria di deroga.

In conseguenza di quanto detto, nella evenienza che la società *in house* abbia come azionista una Amministrazione Statale saranno applicabili le norme caratterizzanti l'organizzazione dello Stato. Tra queste, si richiama:

a) la normativa sulla contabilità di Stato.

Il bilancio avrà ad oggetto l'attività delle Amm.ni Statali, ivi comprese le società *in house*. In tal senso, ad esempio, l'art. 4 comma 14 D.L. 13 agosto 2011 n. 138, conv. L. 14 settembre 2011, n. 148 e succ. mod. - per il quale

“Le società cosiddette «in house» affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per gli Affari Regionali, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno” - costituisce precetto confermativo e specificativo del principio generale sopracitato. Analogo rilievo vale per l'art. 4 comma 15 D.L. n. 138 cit. secondo cui *“Le società cosiddette «in house» e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”* e per l'art. 3 comma 15 L. 24 dicembre n. 244 statuyente che le società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1, del c.c. adottano, per la fornitura di beni e servizi, parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli messi a disposizione delle PP.AA. dalla Consip Spa.;

b) la normativa sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio (R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611).

Anche per le società *in house* varrà quindi la regola fissata dall'art. 1 R.D. cit. relativa alla difesa in giudizio - in via organica ed esclusiva - dell'Avvocatura dello Stato;

c) la disciplina legislativa sul controllo e responsabilità attribuiti alla cognizione della Corte dei Conti (art. 103 Cost., comma 2; R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, art. 13; L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 4). All'uopo la normativa (8) che ha introdotto per gli amministratori di date società quotate una eccezione alla giurisdizione contabile costituisce deroga al principio generale della sottoposizione di questi al giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi al giudice contabile.

I rilievi ora fatti valgono, *mutatis mutandis*, anche nel caso che socio sia una pubblica amministrazione diversa dallo Stato. Molto rilevante è il settore delle società partecipate dalle regioni e dagli altri enti locali, a mezzo delle quali viene operata la gestione dei pubblici servizi locali. La fattispecie che ha occasionato il provvedimento in commento riguarda proprio una società che gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, integralmente partecipata

(8) Art. 16 bis D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. L. 28 febbraio 2008, n. 31, secondo cui: *“Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”*.

dalla Regione Campania, detentrica del 100% del capitale sociale.

Quanto ricostruito trova conferma nella evoluzione della normativa disciplinatrice delle società in esame.

Al fine di evitare equivoci o dubbi interpretativi - sul presupposto che le società *in house* gestiscono interessi pubblici con risorse della collettività - sono state introdotte varie disposizioni dirette ad estendere regole valevoli per la P.A. alle società da questa partecipate.

Oltre alle norme sopracitate alla lettera a) in tema di bilancio, particolarmente significativo è l'art. 18 D.L. 25 giugno 2008 n. 112, conv. L. 6 agosto 2008, n. 133, e succ. mod., secondo cui:

“1 [...], le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [...]

2-bis. Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Si applicano, altresì, le disposizioni che stabiliscono, a carico delle rispettive pubbliche amministrazioni locali, obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, attraverso misure di estensione al personale dei soggetti medesimi della vigente normativa in materia di vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria. [...]. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, comma 7, del presente decreto, le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica sono escluse dall'applicazione diretta dei vincoli previsti dal presente articolo. Per queste società, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, stabilisce modalità e applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate con propri provvedimenti. [...].

3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati”.

La ragione dei precetti è intuitiva. Circa il limite delle assunzioni, ad esem-

pio, questo potrebbe essere eluso dalla P.A. a mezzo di una società partecipata.

Ulteriore precetto emblematico del *trend* diretto a considerare le società in esame quali mere articolazioni dell'ente azionista è l'art. 76 comma 7 D.L. n. 112 cit. il quale - ai fini del calcolo della spesa del personale degli enti locali, determinante la possibilità di effettuare assunzioni di personale - prescrive che si calcolano le spese sostenute anche, tra l'altro, dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, nè commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, escluse le società quotate su mercati regolamentari.

4. (segue) *In specie: rappresentanza e difesa in giudizio delle società in house aventi quale azionista un Amministrazione Statale.*

Corollario di quanto detto è che per tutte le società *in house* aventi quale azionista una Amministrazione Statale vale la regola, a prescindere da una puntuale previsione normativa, della rappresentanza e difesa in giudizio - in via organica ed esclusiva - dell'Avvocatura dello Stato. Difatti, costituendo le società *in house* mere articolazioni interne dell'Amministrazione Statale azionista, mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico vale il precetto posto dall'art. 1 R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 per il quale "*La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato*".

È noto che negli ultimi anni rilevante è stato in numero delle società ancillari riconducibili all'Amm.ne statale e in specie al Ministero dell'Economia e delle Finanze (M.E.F.).

Tra queste possiamo citare:

- la SOGIN s.p.a. - Società Gestione Impianti Nucleari, partecipata al 100 % dal M.E.F., responsabile della bonifica ambientale dei siti nucleari italiani e della gestione e messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi prodotti dalle attività industriali, di ricerca e di medicina nucleare;

- la CONSIP - Concessionaria Servizi Informativi pubblici, società per azioni del M.E.F., che ne è l'azionista unico, la quale opera secondo gli indirizzi strategici di questi, lavorando al servizio esclusivo della Pubblica Amministrazione e svolge attività di consulenza, assistenza e supporto in favore delle amministrazioni pubbliche nell'ambito degli acquisti di beni e servizi;

- la SICOT - Sistemi di consulenza per il Tesoro s.r.l., quale struttura di supporto qualificata per fornire assistenza al Dipartimento del Tesoro nelle attività istituzionali relative alla gestione e valorizzazione delle partecipazioni azionarie detenute dalla Pubblica Amministrazione e per l'attuazione dei pro-

cessi di privatizzazione. L'attività della Società è svolta in via esclusiva per il Ministero dell'economia e delle finanze, unico socio, sulla base di una Convenzione quinquennale che ne fissa ambiti e criteri di intervento;

- la SOGEI - Società Generale d'Informatica S.p.A., partecipata al 100% dal M.E.F. preposta al settore *Information Technology* del Ministero medesimo; ha progettato e realizzato il Sistema informativo della fiscalità del quale segue costantemente la conduzione e l'evoluzione, operando sulla base del modello organizzativo dell' "*in house providing*".

Dagli esempi fatti appare evidente che le società *in house* gestiscono materie di interesse e competenza statali che solo per ragioni organizzatorie hanno assunto la forma giuridica di società commerciale e non quella di struttura interna (Dipartimento, Direzione, ecc.) di un dato Ministero.

La qualità degli interessi gestiti, all'evidenza conferma l'applicazione della normativa sulla organizzazione statale.

I dirigenti di tali società, gestendo risorse pubbliche, devono sottostare al giudizio di responsabilità della Corte dei Conti.

Le controversie coinvolgenti tale società debbono essere patrociniate dall'Avvocatura dello Stato, anche per la visione unitaria del contenzioso e del raccordo con le altre funzioni amministrative statali assicurate da questa, in disparte alle economie di spese conseguibili con la difesa erariale in luogo del ricorso alla difesa privata, specie in tempi di *spending review*.

Quanto detto per le società partecipate da Amm.ni statali, vale anche per quelle partecipate da enti ammessi al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato *ex art. 43 R.D. 30 ottobre 1933 n.1611 (9)*.

Sicché, ad esempio ove l'ANAS s.p.a. (ammessa al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato *ex art. 7 comma 11 D.L. 8 luglio 2002 n.138, conv. L. 8 agosto 2002 n. 178*) o l'ISTAT (ammessa al detto patrocinio *ex art. 15 comma 5 D. L.vo 6 settembre 1989 n. 322*) siano azionisti di una società commerciale anche per quest'ultima varrà il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

(9) Il quale nei primi tre commi così dispone:

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

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

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

Tribunale di Napoli, VII sez. civ., decreto 9 gennaio 2014 - N.R.R. Fall. 1097/13 - Pres. Di Nosse, Rel. Grimaldi.

(...)

Letto il ricorso presentato da N.E.S. S.r.l., tendente ad ottenere la dichiarazione di fallimento di E.A.V. S.r.l.;

udita la relazione del giudice delegato all'istruttoria;

letta la comparsa di costituzione della società resistente, nonché l'atto di intervento della Regione Campania e del Commissario *ad acta*;

OSSERVA

Preliminare è l'indagine sulla ricorrenza del presupposto di cui all'art. 1 L. Fall. per poter far luogo alla dichiarazione di fallimento, ossia che la società resistente sia un imprenditore commerciale privato.

Invero, l'art. 1 cit. esclude dall'area della fallibilità gli enti pubblici.

Nel caso che ci occupa, dubbi sull'assoggettabilità dell'E.A.V. alle disposizioni sul fallimento nascono dalla considerazione della circostanza che trattasi di società che gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, integralmente partecipata dalla Regione Campania, che detiene il 100% del capitale sociale.

Ebbene - pur nella consapevolezza dell'orientamento giurisprudenziale, seguito anche dalla Corte d'Appello napoletana ed avallato di recente dalla Suprema Corte, che ritiene decisivo, ai fini dell'individuazione dei soggetti fallibili, il rilievo del tipo sociale attraverso cui è esercitata l'attività, e dunque sicuramente fallibile una società, pur integralmente partecipata da ente pubblico e costituita per la prestazione esclusiva di un servizio pubblico, c.d. *in house providing*, che però rivesta le forme delle società regolate dal codice civile - questo Collegio ritiene di poter porre in discussione tale tesi prendendo le mosse dal recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che si è occupata del tema, pur se a diversi fini. Sono ormai ben delineati nell'ordinamento, come ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, del resto, autorevolmente dalle stesse SS.UU. (cfr. sent. n. 26283 del 25 novembre 2013), i connotati qualificanti della società *in house*, costituita per finalità di gestione di pubblici servizi, che si individuano nei seguenti requisiti: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività esclusivamente o quanto meno in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici, presupposti che, per poter parlare di società *in house*, è necessario sussistano tutti contemporaneamente e che trovino tutti il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale.

In ordine al primo requisito, la Suprema Corte ha avuto modo di ricordare come già la giurisprudenza europea abbia ammesso la possibilità che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purché si tratti pur sempre di enti pubblici (cfr. Corte di giustizia, sent. 10 settembre 2009, n. 573/07; 13 novembre 2008, n. 324/07), come del resto ritenuto anche dal Consiglio di Stato (cfr. sent. n. 7092/10; n. 8970/09), e che è necessario che lo statuto dell'ente inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari.

Il requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società postula che l'impresa sia preposta in via principale alla prestazione di un servizio d'interesse economico generale e che l'attività accessoria eventualmente esercitata non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi.

Infine, il requisito del c.d. controllo analogo, sussiste qualora l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica, e dunque la società sia soggetta ad un regime di gestione del tutto corrispondente a quello che l'ente partecipante esercita sulle proprie articolazioni interne. È chiaro, dunque, che non si allude all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria o totalitaria e di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società, e, di riflesso, sulle scelte degli organi sociali, sulla scorta dell'esercizio degli ordinari diritti e facoltà di socio, in base alle norme del codice civile, ma di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente, fino al punto che all'organo amministrativo della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale.

Partendo, dunque, da tale premesse, del tutto condivisibilmente le SS.UU. evidenziano la difficile conciliabilità del fenomeno delle società *in house providing* con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, per lo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, attesa la completa assenza da parte di tali società di un potere decisionale loro proprio, in conseguenza del totale assoggettamento degli organi sociali al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare delle partecipazioni sociali.

Pertanto, il Supremo Collegio ha concluso nel senso che "La società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talché <<l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa>> (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società e dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva. L'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare" (cfr. SS.UU. cit., in motivazione).

La conseguenza di tale impostazione è che se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità.

Ebbene, anche se le SS.UU. hanno effettuato tale ricostruzione del fenomeno dell'*in house providing* ai fini del riparto di giurisdizione in merito all'azione di responsabilità degli organi di gestione e controllo, ritiene questo Collegio che analoghe conclusioni siano da prendere anche relativamente alla questione dell'assoggettabilità della società *in house* alla disciplina del fallimento.

Infatti, se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuri-

dico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni.

Ebbene, è questa la conclusione cui si giunge nel caso di specie.

Invero, ai sensi dell'art. 6 dello Statuto della E.A.V. acquisito in atti, ricorre il primo requisito per la individuazione di una società *in house*, ossia l'integrale partecipazione pubblica al capitale, essendo statutariamente previsto che le quote della società possono essere trasferite solo a soggetti pubblici, su delibera della Giunta Regionale previo parere della commissione consiliare permanente, dunque con l'esclusione della possibilità di partecipazione di soci privati. Ricorre, inoltre, il c.d. controllo analogo da parte della Regione Campania, espressamente menzionato nell'art. 8 *bis*, il quale specificamente contempla l'esercizio da parte della regione di un controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, riservando espressamente - tra gli altri - all'assemblea dei soci l'approvazione, entro il 15 dicembre dell'anno precedente, di un Piano di Programma annuale, cui l'Organo amministrativo dovrà attenersi e dare esecuzione, che definisce le attività, gli obiettivi annuali, le eventuali modifiche dell'assetto organizzativo della società, i costi e ricavi dell'esercizio.

Pertanto, lo statuto pone l'organo amministrativo in una situazione di dipendenza assoluta dall'assemblea e, dunque, dal socio pubblico che la compone, il quale ne determina annualmente l'attività, gli obiettivi, i costi e ricavi della gestione, diretta all'esercizio del servizio pubblico. Infine, quanto all'attività esercitata, è incontrovertito che la E.A.V. gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, dunque chiaramente l'attività della stessa è prevalentemente destinata in favore dell'ente partecipante, titolare del pubblico servizio.

Pertanto, alla luce dei suesposti principi, la E.A.V. si configura come una società *in house* della Regione Campania, costituita per la gestione del pubblico servizio di trasporto locale, del tutto dipendente dall'ente regionale, titolare del 100% del capitale e che ne determina statutariamente gli obiettivi e l'attività.

Del resto, la stessa normativa di settore conferma l'identificazione della società resistente come un mero organismo regionale per la gestione del servizio pubblico.

Infatti, con il D.L. n. 83 del 22.6.2012, convertito il L. n. 134/2012, è stata prevista una particolare procedura per il rientro dal disavanzo delle società partecipate dalla regione Campania che gestiscono il trasporto regionale, con la nomina di un Commissario *ad acta*, cui è demandata una ricognizione dei debiti e dei crediti e l'elaborazione di un piano di rientro dal disavanzo accertato ed un piano dei pagamenti, alimentato da risorse regionali disponibili in bilancio e da altre entrate, da sottoporre all'approvazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 16, co. 5), a completamento di tale procedura e per assicurare lo svolgimento della stessa, nonché l'efficienza e continuità del servizio di trasporto, lo stesso decreto ha previsto il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive, anche concorsuali, nei confronti delle società a partecipazione regionale esercenti il trasporto ferroviario regionale, per un periodo di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto citato (co. 7), prorogato dapprima al 31.12.2013 dalla L. n. 228 del 24.3.2012, e poi al 31.12.2014, dal D.L. 30 dicembre 2013, n. 151.

Ebbene, tale normativa speciale conferma l'equiparazione della società *in house* all'ente pubblico partecipante, ai fini dell'esenzione dal fallimento, ai sensi dell'art. 1 se è vero - come chiarito dalle SS.UU. - che non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, per cui viene meno anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società, argomento su cui, invece, si fon-

dava la pregressa giurisprudenza, anche di legittimità, che, invece, ne riteneva la fallibilità, proprio in quanto soggetto giuridico distinto dal socio pubblico (cfr. da ultimo Cass. civ., n. 22209/2013; n. 21991/2012).

Ciò è confermato, nel caso che ci occupa, in particolar modo dalla previsione della destinazione di risorse regionali o comunque da determinare da parte dei Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Economia, al ripianamento del *deficit* accertato, dunque dell'obbligo, sancito da legge, del socio pubblico di provvedere al pagamento delle obbligazioni contratte dall'organismo per il tramite del quale ha gestito il servizio di interesse generale.

È questa, del resto, l'unica interpretazione possibile della normativa speciale richiamata, per la quale altrimenti si porrebbero chiari dubbi di legittimità costituzionale, specie nella parte in cui è stato disposto il perdurare della sottrazione dell'ente alle esecuzioni, anche concorsuali, che se può giustificarsi nell'ottica dell'urgenza e, dunque, per tempi limitati, si porrebbe in contrasto con gli interessi dei privati che hanno contratto con l'ente medesimo, parimenti meritevoli di tutela, anche costituzionalmente riconosciuta (cfr. Corte Cost. n. 186 del 12.7.2013). Pertanto, deve concludersi che la E.A.V., quale società *in house* della regione Campania, costituita per la gestione del pubblico servizio di trasporto locale e, dunque, quale mero organismo dell'ente pubblico, che ne determina attività ed obiettivi, escludendo la possibilità di partecipazione di soci privati, non è soggetta alle disposizioni sul fallimento, ai sensi dell'art. 1 L.Fall.

P. Q. M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso in Napoli, li 9.1.2014

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 11/2014

Oggetto: Patrocinio del Commissario straordinario del Governo per la ricognizione della situazione economico-finanziaria del Comune di Roma (ora Roma Capitale). Nuove istruzioni.

Con parere, reso dal Comitato Consultivo nel corso della seduta del 5 dicembre 2011, con nota n. 394854 del 7 dicembre 2011, era stato fornito riscontro al quesito formulato dalla Struttura commissariale in oggetto chiarendo che, *"pur con le doverose perplessità che l'assenza di una puntuale ed espressa disciplina sul tema fa sorgere, ... l'eccezionalità, del tutto particolare, della disciplina della Gestione prevista dall'art. 78 D.L. 112/2008 non autorizza detta gestione ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato e sembra imporre, invece, la prosecuzione del patrocinio della Avvocatura Comunale"* (*).

(*) Testo integrale del Parere 07/12/2011-394854: <<Con il foglio in riscontro codesta gestione commissariale del Comune di Roma, nel presupposto che la propria istituzione con l'art. 78 del D.L. 112/2008 (convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133) abbia posto capo ad una gestione distinta e separata dall'Amministrazione comunale di Roma per tutti i rapporti obbligatori attivi e passivi anteriori al 28 aprile 2008, chiede:

- a) se la istituzione della gestione commissariale abbia determinato la nascita di un nuovo soggetto succeduto a titolo particolare al Comune di Roma nei rapporti obbligatori a lei affidati;
- b) se tale successione possa inquadrarsi processualmente nella disciplina dell'art. 111 c.p.c., salva la possibilità per la gestione commissariale di intervenire nel giudizio (nella qualità, appunto, di successore a titolo particolare nella posizione del Comune);
- c) se la gestione commissariale (benché governativa) possa essere rappresentata dall'Avvocatura Comunale, attraverso uno specifico *mandato ad litem*;
- d) se, in quanto governativa, debba essere rappresentata dall'Avvocatura dello Stato.

Nella richiesta di parere codesta Gestione evidenzia il numero rilevante del contenzioso in atto relativo a rapporti obbligatori anteriori al 28 aprile 2008 (circa 48.000) e la opportunità che la propria rappresentanza e difesa nei giudizi tutti resti affidata all'Avvocatura Comunale, attese le difficoltà che insorgerebbero dalla necessaria interrelazione tra detta Avvocatura e l'Avvocatura dello Stato, ove quest'ultima venga ritenuta titolare dello *ius postulandi*.

Ritiene la Scrivente che, pur dopo la trasformazione del Comune di Roma in Roma Capitale (di cui al Decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri nel Novembre 2011) non sia intervenuta alcuna estinzione dell'ente territoriale Comune di Roma che "ancorché dissestato non può cessare di esistere, in quanto espressione di autonomia locale, che costituisce un valore costituzionalmente tutelato" (TAR Lazio Sez. II Roma 27 ottobre 2010 / 10 novembre 2010 n. 33345), e che la situazione non possa quindi farsi ricadere nella disciplina dell'art. 110 c.p.c.

La gestione Commissariale di cui all'art. 78, comma 3 D.L. 112/2008 sopra richiamato è stata voluta dal legislatore "nelle more dell'approvazione della legge di disciplina dell'ordinamento, anche contabile, di Roma Capitale ai sensi dell'art. 114, III comma, della Costituzione", al fine della "ricognizione della situazione economico-finanziaria del Comune e delle Società da esso partecipate ... e per la predisposizione e l'attuazione di un piano di rientro dall'indebitamento progressivo" come espressamente detta l'art. 78, I comma D.L. 112/2008.

Dalla lettura di tali disposizioni emerge, oltre alla già rilevata impossibilità di estinzione del Comune di Roma, la provvisorietà della istituzione del Commissario straordinario (nelle more di costituzione di Roma Capitale) e la perimetrazione della sua competenza (ricognizione situazione economico-finanziaria e predisposizione ed attuazione di piano di rientro dall'indebitamento). Tale configurazione esclude quindi che possa parlarsi di una successione a titolo particolare nei

Con Comunicazione di servizio n. 7/2012, erano state diramate le seguenti istruzioni volte a consentire un'uniforme trattazione delle fattispecie che avrebbero potuto presentarsi.

1. *Atteso il ritenuto difetto di ius postulandi, almeno fino al sopravvenire di consolidati contrari orientamenti giurisprudenziali, gli atti notificati nei confronti del Commissario straordinario presso la Avvocatura dello Stato dovranno essere trasmessi senza indugio all'Avvocatura comunale ai fini della tempestiva costituzione, che dovrà avvenire per Roma Capitale, che ha la titolarità dei rapporti fatti valere in giudizio essendo rimessa al Commissario la sola gestione contabile e liquidatoria degli stessi.*

2. *L'Avvocatura non provvederà comunque mai alla costituzione in giudizio per il Commissario.*

3. *Coerentemente, nemmeno si dovrà procedere alla instaurazione di giudizi di cognizione o esecutivi in nome e per conto del Commissario.*

Successivamente, il Decreto Legislativo 26 aprile 2013, n. 51, recante "Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 18 aprile 2012, n. 61, concernente ulteriori disposizioni di attuazione dell'articolo 24 della legge 5 maggio 2009, n. 42, in materia di ordinamento di Roma Capitale", ha previsto, all'art. 2, che:

"1. *La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio della gestione commissariale, di cui all'articolo 78 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono assicurati ai sensi del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611.*

2. *Prosegue, senza oneri per la gestione commissariale, il patrocinio dell'Avvocatura comunale nelle controversie aventi ad oggetto partite inserite nel documento di accertamento del debito pregresso di cui all'articolo 14, comma 13-bis, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni. Restano salvi gli effetti dell'attività processuale già svolta dall'Avvocatura dello Stato".*

La predetta disposizione normativa deve, peraltro, essere interpretata anche alla luce di quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 154/2013 ovvero che la situazione della gestione commissariale del Comune di Roma differisce da quelle verificatesi, in passato, in occasione della soppressione di enti pubblici; con la conseguenza, che "non vi è successione di soggetti giuridici, giacché il debitore rimane soltanto il Comune di Roma... Solo le azioni esecutive sono distinte in base alla data del 28 aprile 2008...".

rapporti obbligatori facenti capo al Comune di Roma e dei quali al Commissario è richiesto di operare la sola ricognizione predisponendone il piano di rientro. Ciò comporta che la disciplina dell'art. 111 c.p.c. non sia invocabile.

La previsione della gestione commissariale in parola, pur prendendo spunto da una riconosciuta e grave situazione di dissesto del Comune di Roma non mette capo alla integrale applicazione della procedura di dissesto di cui all'art. 246, comma 1, del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, dettato in via generale per tutte le ipotesi di situazioni di dissesto dei Comuni, e ciò in ragione della voluta esclusione della completa paralisi di attività che dalla applicazione della procedura di dissesto sarebbe derivata anche per il Comune di Roma e che però sarebbe stata incompatibile con la istituzione di Roma Capitale in prosecuzione del Comune di Roma.

La normativa di cui all'art. 78 D.L. 112/2008, peraltro, pur espressamente escludendo, per tutta la durata del regime commissariale, la adozione della deliberazione di dissesto di cui all'art. 246, comma 1, del D.Lgs. n. 267/2000 (art. 78, comma 5) fa frequente richiamo alla disciplina in tale D.Lgs. contenuta (art. 78, comma 6 e 7). Tale rilievo consente di ritenere che, ove non fosse stata

Alla luce di quanto sopra, si forniscono le seguenti istruzioni a parziale modifica di quelle impartite con la Comunicazione di Servizio n. 7/2012:

1. gli atti introduttivi di giudizi di cognizione, notificati nei confronti del Commissario straordinario presso l'Avvocatura dello Stato, dovranno essere trasmessi, senza indugio, all'Avvocatura comunale ai fini della tempestiva costituzione, che dovrà avvenire per Roma Capitale, la quale mantiene la titolarità dei rapporti fatti valere in giudizio essendo rimessa al Commissario la sola gestione contabile e liquidatoria degli stessi;

2. per eventuali controversie di cognizione già pendenti in cui sia costituita la sola Avvocatura dello Stato, occorrerà invitare l'Avvocatura comunale a costituirsi "in prosecuzione", lasciando alla stessa la difesa in giudizio;

3. con riferimento alle controversie, di natura esecutiva, aventi ad oggetto partite inserite nel documento di accertamento del debito pregresso di cui all'*articolo 14, comma 13-bis, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78*, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni, gli atti, notificati nei confronti del Commissario straordinario presso l'Avvocatura dello Stato, dovranno essere trasmessi senza indugio all'Avvocatura comunale ai fini della tempestiva costituzione ai sensi di quanto previsto dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 51/2013;

4. con riferimento alle controversie, di natura esecutiva, non aventi ad oggetto partite inserite nel documento di accertamento del debito pregresso di cui all'*articolo 14, comma 13-bis, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78*, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni, il patrocinio dovrà essere assicurato dalla Avvocatura dello Stato ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 51/2013.

Al fine di stabilire se una controversia rientri nell'ipotesi di cui al punto 3 ovvero in quella di cui al punto 4, ciascun incaricato avrà cura di richiedere all'Ufficio Commissariale se la relativa partita sia stata inserita nel documento di accertamento del debito pregresso di cui all'*articolo 14, comma 13-bis, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78*, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Michele Dipace

espressamente dettata l'esclusione della procedura di dissesto, di detta procedura si sarebbe dovuta fare applicazione, ritenendo coerentemente che come "la dichiarazione di dissesto di un ente territoriale non lo spoglia della sua capacità processuale" (Cass. Sez. I^o n. 15498/2011) così la istituzione della Gestione commissariale di cui all'art. 78 D.L. 112/2008 non spoglia il Comune di Roma della sua legittimazione processuale. Tale affermazione - nel caso dell'istituzione della Gestione commissariale in esame - è rafforzata dalla considerazione che detta Gestione è finalizzata al compimento di mera attività contabile volta a inventariare e superare la situazione economico-finanziaria del Comune di Roma anteriore al 28 aprile 2008 (con la predisposizione del piano di rientro relativo) da quella successiva a tale data, che farà capo a Roma Capitale. La gestione commissariale in questione, non serve a far posto alla procedura concorsuale di cui al D.Lgs. 267/2000 sul dissesto, che tra i poteri dell'organo straordinario di liquidazione lì previsto indica pure quello di alienare i beni appartenenti all'ente in dissesto (comma 9, art. 255 D.Lgs. citato) limitandosi i compiti della gestione di cui all'art. 78 D.L. 112/2008 a quelli meramente contabili ricognitori sopra ricordati.

Appare anche rilevante, ai fini della soluzione dello specifico quesito proposto in tema di capacità e rappresentanza processuale, la disposizione (art. 78, comma 6, II inciso) secondo la quale “tutte le entrate di competenza dell’anno 2008 e dei successivi anni sono attribuite alla gestione corrente, di competenza degli organi istituzionali dell’ente”. Tale disposizione conferma, da un lato, la già rilevata sopravvivenza dell’ente comunale e, dall’altro lato, che l’attività della gestione commissariale è svolta nell’interesse dell’ente stesso ai cui organi istituzionali devono affluire le entrate di sua competenza, per gli anni 2008 e seguenti; conforta tale ultima osservazione il disposto dell’ultimo comma dell’art. 2 del D.P.C.M. 5 dicembre 2008 secondo il quale “è restituita alla Gestione ordinaria del Comune la quota di risorse finanziarie esuberanti rispetto alle necessità della liquidazione o pagamento dei debiti del piano”.

Particolarmente significative sono anche: la disposizione (art. 78, comma 2, lett. b) che prevede che gli organi commissariali “si avvalgono delle strutture comunali”, e quella (art. 78, comma 2, lett. a) che rinvia al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (poi adottato in data 4 luglio 2008) la individuazione degli istituti e strumenti disciplinati dal titolo VIII del testo unico di cui al D.Lgs. 10 agosto 2000 n. 267 (sulla procedura di dissesto) di cui può avvalersi il Commissario straordinario “parificato a tal fine all’organo straordinario di liquidazione” e dunque non ad altri fini.

La limitazione dei compiti del commissario di governo per il Comune di Roma ad attività meramente contabili ricognitorie della situazione economico-finanziaria al 28 aprile 2008 ed al relativo piano di rientro è confermata dal DPCM 4 luglio 2008 che individua gli istituti e strumenti disciplinati dal D.Lgs. 267/2000 esclusivamente nel potere organizzatorio di cui all’art. 253 e nel potere transattivo di cui all’art. 254.

Del pari il DPCM 5 dicembre 2008 (che ha approvato il piano di rientro redatto dal Commissario di Governo), pur attribuendo al Commissario di Governo poteri di amministrazione attiva di gestione del piano di rientro (art. 2, comma 1, DPCM 5 dicembre 2008), non amplia i compiti del Commissario al di là della “liquidazione e al pagamento dei debiti anche, se possibile, mediante transazioni”, senza menzionare alcun ulteriore compito, di amministrazione attiva relativo alla promozione o prosecuzione di attività e competenze proprie del Comune, diverso dalla semplice liquidazione e pagamento (eventualmente ove possibile anche transattivamente) dei debiti relativi a rapporti anteriori al 28 aprile 2008.

Sembra potersi, perciò, affermare che al Commissario straordinario sia stata trasferita non già la titolarità di rapporti obbligatori anteriori al 28 aprile 2008 ma solo la gestione liquidatoria di detti rapporti. Né sembrano di ostacolo a tale conclusione le funzioni di cui all’art. 1, comma 26 D.L. 138/2011 convertito con L. n. 148/2011 che prevede la possibilità per il Commissario di affidamento *in house* a società statali di sue competenze, né quella di concludere transazioni, giacché tali possibilità, circoscritte pur sempre nell’ambito della funzione liquidatoria attribuita al Commissario, non sarebbero state espressamente previste se il Commissario fosse stato visto e voluto quale organo statale titolare dei rapporti e quindi dei relativi poteri di amministrazione attiva.

In particolare, con riguardo al contenzioso pendente (i cui dati, in termini quantitativi - certi o probabili -, sono stati forniti dalla Avvocatura Comunale: v. punto 5.2 del piano di rientro), nessuna attività appare demandata al Commissario straordinario.

Tutto quanto sopra osservato, pur con le doverose perplessità che l’assenza di una puntuale ed espressa disciplina sul tema fa sorgere, appare idoneo a consentirne di affermare che l’eccezionalità, del tutto particolare, della disciplina della Gestione prevista dall’art. 78 D.L. 112/2008 non autorizza detta gestione ad avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato e sembra imporre, invece, la prosecuzione del patrocinio della Avvocatura Comunale.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità il 5 dicembre 2011.

L’Avvocato Generale Aggiunto
Avv. Aldo Linguiti>>

CIRCOLARE N. 23/2014**Oggetto: Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali. Autorizzazione ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.**

Si segnala che, con D.P.C.M. del 28 febbraio 2014, che si unisce in copia, l'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali è stata autorizzata ad avvalersi della rappresentanza e difesa dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali.

L'AVVOCATO GENERALE
Michele Dipace

Al Presidente del Consiglio dei Ministri

VISTI l'articolo 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, l'articolo 1 della legge 16 novembre 1939, n. 1889, e l'articolo 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103;

VISTA la legge 12 gennaio 1991, n.13;

VISTA la richiesta di ammissione al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato avanzata **dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali;**

CONSIDERATA l'opportunità di autorizzare l'Avvocatura dello Stato ad assumere la rappresentanza e la difesa **dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali;**

ACQUISITO il parere favorevole dell'Avvocatura generale dello Stato;

DI CONCERTO con i Ministri della giustizia e dell'economia e delle finanze

DECRETA

1. L'Avvocatura dello Stato è autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa **dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali** nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali.

Il presente decreto sarà sottoposto alle procedure di controllo previste dalla normativa vigente e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Roma, 28 FEB. 2014

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
SEGRETARIATO GENERALE
UFFICIO DEL BILANCIO E PER IL RISCONTRO
DI REGOLARITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE
VISTO E ANNOTATO AL N. 522/2014
Roma, 5.3.2014

CIRCOLARE N. 26/2014

Oggetto: Modifiche al c.p.c. introdotte dall'art. 54 del D.L. n. 83/2012 (convertito nella legge n. 134/2012). Sentenza n. 8053/2014 delle Sezioni Unite. Modifiche alla circolare n. 56/2012.

Con la sentenza 7 aprile 2014 n. 8053, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, si è pronunciata in ordine alla interpretazione delle modifiche introdotte al c.p.c. dall'art. 54 del D.L. n. 83/2012 (convertito nella legge n. 134/2012), con particolare riferimento:

a) ai limiti di applicabilità della nuova normativa al processo tributario;
b) agli effetti delle nuove disposizioni in ordine alla possibilità di censurare mediante ricorso per cassazione la motivazione della sentenza.

1) L'applicabilità della nuova normativa anche al processo tributario.

La Suprema Corte, pur prendendo atto che il citato art. 54 al comma 3 *bis* dispone che *"Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano al processo tributario di cui al decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546"*, è pervenuta alla conclusione secondo cui al giudizio tributario risultano applicabili sia l'art. 360 comma 1 n. 5 nella nuova formulazione, sia le regole della c.d. *"doppia conforme"* prevista dal nuovo art. 348 *ter* commi 4 e 5 c.p.c.

In particolare la Corte ha affermato il seguente principio di diritto:

*«Le disposizioni di cui al D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, si applicano ai ricorsi per cassazione proposti avverso le sentenze pronunciate dalle Commissioni tributarie regionali e ciò sia per quanto riguarda la nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5), secondo la quale la sentenza d'appello è impugnabile "per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", sia per quanto riguarda l'ultimo comma dell'aggiunto art. 348 *ter* c.p.c., secondo il quale la proponibilità del ricorso per cassazione è ammessa esclusivamente per i motivi di cui all'art. 360, comma 1, nn. 1), 2), 3) e 4), qualora l'impugnazione sia proposta avverso una sentenza d'appello che confermi la decisione di primo grado per le stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione appellata».*

Conseguentemente devono ritenersi superate le istruzioni contenute al riguardo nella precedente Circolare n. 56/2012, in cui si prospettava l'opposta tesi.

Per completezza si precisa (come peraltro già evidenziato nella citata Circolare n. 56/2012):

a) che l'art. 360 n. 5 nella nuova formulazione è applicabile a tutti i ricorsi per cassazione proposti avverso decisioni depositate dall' 11 settembre 2012 (ormai, nella sostanza, a tutti i giudizi);

b) che la regola della *"doppia conforme"* è invece applicabile alle sole cause in cui l'atto di appello sia stato proposto dalla suddetta data;

c) che la regola della *"doppia conforme"* (che limita la proponibilità di un ricorso per cassazione ai soli motivi da 1) a 4) dell'art. 360 c.p.c.), è limitata ai soli casi in cui *"l'impugnazione sia proposta avverso una sentenza d'appello che confermi la decisione di primo grado per le stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione appellata"*.

Ciò significa che per aversi una ipotesi di *"doppia conforme"* non è sufficiente la mera identità del dispositivo tra le due sentenze, dovendosi invece avere riguardo alla motivazione *"inerente alle questioni difatto"*.

Ne consegue che la disposizione non risulterà applicabile in tutti i casi in cui la sentenza

di appello, pur confermativa quella di primo grado, si fondi su ragioni *"inerenti alle questioni di fatto"* che siano diverse.

2) Il vizio di motivazione come "violazione di legge".

La Corte ha precisato i casi in cui il vizio di motivazione della sentenza *"si converte in violazione di legge"*, richiamando la giurisprudenza delle stesse SS.UU. formatesi sul vizio di motivazione ex art. 111 Cost. (prima delle modifiche introdotte con il D.Lgs. n. 40/2006, che ha esteso a tali ricorsi l'applicazione dell'intero comma 1 dell'art. 360 c.p.c.).

In particolare la Corte ha affermato al riguardo il seguente principio di diritto.

«La riformulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5), disposta con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, secondo cui è deducibile esclusivamente l' "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 preleggi, come riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità, per cui l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sè, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile"».

La Corte non ha precisato se le suddette ipotesi configurino un *"error in procedendo"* (ex art. 360 n. 4 c.p.c.) ovvero un *"error in iudicando"* (ex art. 360 n. 3) limitandosi a qualificarle come casi di *"violazione di legge"*.

Al riguardo sembra preferibile la prima opzione (*error in procedendo*), trattandosi di censura con cui si lamenta la violazione di una regola processuale (in tal senso Cass. 27 settembre 2013 n. 22171).

In ogni caso una eventuale diversa qualificazione (come art. 360 n. 3 c.p.c.) non dovrebbe rendere il motivo inammissibile, alla luce dei principi di cui a Cass. SSUU. n. 17931/2013.

3) Il nuovo art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c.

La Corte ha poi chiarito l'esatta portata del nuovo art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c., in forza del quale la sentenza può essere impugnata per cassazione *"per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti"*, affermando il seguente principio di diritto:

«Il nuovo testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5), introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)».

Precisa ancora la Corte che

«La parte ricorrente dovrà indicare - nel rigoroso rispetto delle previsioni di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6), e art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4), - il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui ne risulti l'esistenza, il "come" e il "quando" (nel quadro processuale) tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti, e la "decisività" del fatto stesso».

Da ultimo la Corte precisa ancora che

«L'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sè vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benchè la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie» (anche se in concreto, può apparire non agevole distinguere tra "fatto storico decisivo" ed "elemento istruttorio").

4) Il problema della censurabilità delle presunzioni.

Al punto 14.8 della sentenza, la Corte si dà carico del problema (evidenziato nelle difese dell'Avvocatura) della censurabilità in sede di legittimità delle presunzioni, che in particolare nel processo tributario "hanno una loro specifica e particolare rilevanza", pervenendo alla conclusione che la riforma del 2012 «non ha sottratto al controllo di legittimità le questioni relative al "valore" e alla "operatività" delle stesse presunzioni».

In particolare la Corte ha ritenuto possibile dedurre la violazione dell'art. 2729 comma 1 c.c. (ex art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c.):

«non solo nell'ipotesi (davvero rara) in cui il giudice abbia direttamente violato la norma in questione deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione dell'art. 2729 c. c., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della "fattispecie astratta", ma erroneamente applicata alla "fattispecie concreta"».

5) Gestione dei ricorsi già proposti.

In relazione ai ricorsi già proposti nei quali siano stati formulati motivi in difformità dei principi enunciati dalla Corte, si potrà cercare di evitare pronunce di inammissibilità richiamando sia le citate SS.UU. n. 17931/2013 in tema di esatta rubricazione dei motivi, sia la giurisprudenza in tema di mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale (c.d. *overruling*) (Cass. SS.UU. n. 15144/2011) nonché l'esigenza di tutela dell'affidamento, derivante dall'incertezza in ordine alla portata della disposizione contenuta nell'art. 54 comma 3 *bis* del citato D.L. n. 85/2012.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Michele Dipace

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

National case study: Italian law on strategic assets; Golden Power

*Pierluigi Di Palma**

Come noto, con il termine **Golden Share** viene indicato l'istituto giuridico di origine anglosassone in forza del quale uno Stato sovrano, nell'ambito del processo di privatizzazione, anche parziale, di un'impresa pubblica di carattere strategico, si riserva poteri speciali che possono essere esercitati dai rappresentanti del Governo in ambito societario, seppure sulla base di una residuale partecipazione di minoranza.

Tra i poteri, da segnalare: la riserva di una certa quota azionaria a favore dello Stato; l'opposizione a partecipazioni rilevanti; la sospensione del diritto di voto per le quote azionarie superiori ad una certa soglia; la riserva di nomina di uno o più membri del consiglio di amministrazione; esercizio di poteri di *governance* strategica.

In estrema sintesi, tale istituto giuridico mira a tutelare l'interesse pubblico in quelle società, già di proprietà statale, che operano in settori produttivi ed economici di rilevante importanza come difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia ed in generale nel comparto delle *public utilities*.

La **Corte di Giustizia delle Comunità europee** ha, più volte, affermato che l'utilizzo della **Golden Share** nelle legislazioni dei Paesi membri può, in determinate circostanze, violare i precetti contenuti nel Trattato CE, perché l'esercizio di tale potere tende a consentire ad uno Stato, in contrasto con le regole del libero mercato, ad esercitare una capacità di controllo sproporzionato

(*) Avvocato dello Stato, Presidente del Centro Studi Demetra - Development of European Mediterranean Transportation.

Il presente scritto è l'intervento dell'Autore al Forum "Recenti sviluppi della normativa sul controllo all'esportazione Space Technology", tenutosi presso la sede ESA -European Space Agency, Salle A, Parigi, 14 marzo 2014.

rispetto alla propria partecipazione nel capitale sociale della società in questione.

Nei vari pronunciamenti il giudice europeo ha sottolineato come la **Golden Share** elaborata dalle varie legislazioni nazionali opera in violazione della libertà di stabilimento e dei principi di libera circolazione dei capitali, fondanti il trattato di Schengen.

Sulla base di tali premesse, la **Commissione Europea** ha avviato una serie di procedure di infrazione in materia di **Golden Share** nei confronti dell'Italia, del Portogallo, del Regno Unito, della Francia, del Belgio, della Spagna e della Germania.

In sostanza, secondo la Commissione Europea, la disciplina sulla **Golden Share**, introdotta in diversi ordinamenti giuridici europei, appare comprimere eccessivamente i principi della concorrenza e della contendibilità delle imprese in ragione del conferimento al Governo nazionale di un potere discrezionale di carattere generale che può impedire operazioni di acquisto di partecipazioni azionarie e di altre operazioni incidenti sulla *governance* di carattere strategico.

La definizione dei criteri di compatibilità comunitaria della disciplina della **Golden Share** è stata operata dalla stessa Commissione europea con una specifica comunicazione del 1997 dove è affermato che detti poteri speciali devono esercitarsi senza discriminazione, sulla base di “*criteri obiettivi, stabili e resi pubblici*” e solo se giustificati da “*motivi imperiosi di interesse generale*” correlati a motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

In ogni caso, le predette restrizioni devono rispettare il principio di proporzionalità, rappresentando un provvedimento necessario per garantire la protezione e la tutela di interessi generali incompressibili e, comunque, non devono esistere altri provvedimenti utili a raggiungere lo scopo, meno restrittivi delle libertà economiche su cui si fonda il Trattato CE.

Insomma, la **Golden Share**: *a)* deve applicarsi in modo non discriminatorio; *b)* essere giustificata da motivi imperiosi di interesse pubblico; *c)* essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; *d)* non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo.

In tale contesto, nonostante le modifiche apportate alla normativa vigente (decreto legge n. 332/94, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 474/94) all'esito della decisione della Corte di Giustizia del 26 marzo 2009, la Commissione europea, ritenendo tuttora, sulla base di un parere motivato, la normativa italiana incompatibile con la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei beni, ha, da tempo, avviato una procedura di infrazione.

Il legislatore italiano, con l'obiettivo di rendere compatibile con il diritto dell'Unione la disciplina nazionale dei poteri speciali, ha quindi emanato il decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 dell'11 maggio 2012.

Con l'entrata in vigore di tale legge, la Commissione ha sospeso la decisione di deferire l'Italia dinanzi la Corte di Giustizia, rinviando l'analisi della

compatibilità con il diritto dell'Unione della nuova legge italiana ad un momento successivo, cioè alla sua piena applicazione con l'adozione dei provvedimenti attuativi.

In ogni caso, la disciplina previgente (decreto legge n. 332/94) non cessa immediatamente di produrre effetti, in quanto la norma transitoria della nuova legge ne prevede l'abrogazione o la modifica, solo a decorrere dalla data di entrata in vigore di tutti i provvedimenti attuativi.

La nuova legge consta di pochi articoli (6), di cui solo i primi due di carattere sostanziale in materia di poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale (art. 1) e poteri speciali inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2).

Per quanto concerne l'esercizio dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale (art. 1), la legge affida a provvedimenti del Presidente del Consiglio, da adottarsi su proposta dei Ministri competenti e da comunicarsi al Parlamento, l'individuazione delle attività di rilevanza strategica.

Una volta individuate le attività, in caso di modifica di assetti societari, il Presidente del Consiglio, su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere al Parlamento può, in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, esercitare i seguenti poteri speciali:

- imposizioni di specifiche condizioni;
- veto all'adozione di delibere societarie o degli organi di amministrazione;
- opposizione all'acquisto di partecipazioni societarie rilevanti.

La disciplina non si applica per le operazioni di carattere societario che si svolgono all'interno di un medesimo gruppo e subordina l'esercizio dei poteri speciali alla sussistenza di una minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

Una volta reso opponibile ai terzi, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, l'elenco delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, tutte le imprese interessate, a pena di nullità, al fine di consentire il tempestivo esercizio dei poteri speciali da parte del Governo, hanno un onere di notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di una informativa che descriva la delibera o l'atto da adottare ovvero il progetto di acquisizione anche di carattere azionario, se rilevante.

Il potere speciale, veto ovvero opposizione all'acquisto, deve essere esercitato da parte del Governo entro quindici giorni dalla notifica.

Qualora si renda necessario richiedere informazioni all'operatore economico che ha provveduto alla notifica il termine di quindici giorni entro cui il Governo può esercitare i poteri speciali è sospeso, per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste, che sono rese entro il termine di dieci giorni.

Eventuali richieste di informazioni successive alla prima non sospendono i termini, decorsi i quali l'operazione può essere effettuata.

Secondo la normativa, il potere speciale è esercitato nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualvolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

In caso di inadempimento o violazione delle condizioni imposte, per tutto il periodo in cui perdura l'inadempimento o la violazione, i diritti, connessi alle azioni o alle quote partecipative, di contenuto diverso da quello patrimoniale sono sospesi e le delibere adottate con il voto di tali azioni o quote sono nulli.

Inoltre, l'operatore economico che non osservi le condizioni imposte è soggetto ad una sanzione pecuniaria pari al doppio del valore dell'attività posta in essere in contrasto con le prescrizioni governative e comunque non inferiore all'1% del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio.

I decreti di individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale sono aggiornati almeno ogni tre anni.

Sino all'adozione di uno specifico regolamento con il quale sono emanate le disposizioni di attuazione dei poteri speciali, le competenze inerenti alle proposte per l'esercizio dei poteri speciali sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze per le società da esso partecipate ovvero, per le altre società, al Ministero della difesa o al Ministero dell'interno, secondo i rispettivi ambiti di competenza.

L'art. 2 della legge disciplina i poteri speciali nei comparti dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

Tale norma detta disposizioni analoghe a quelle previste dall'art. 1 riguardanti il comparto difesa e sicurezza e affida ad uno o più regolamenti l'individuazione degli *asset* strategici di rilevanza strategica che possono essere tutelati con l'esercizio dei poteri speciali.

Nel settore energia, trasporti e comunicazioni è possibile da parte del Governo esprimere il veto alle delibere, atti e operazioni delle società di settore che diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti.

Nelle more dell'emanazione del regolamento di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 1 in materia di poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 novembre 2012, n. 253, si è provveduto, secondo le previsioni della norma transitoria (art. 1, comma 8) ad individuare le attività di carattere strategico sottoposte ad eventuale esercizio dei poteri speciali.

Quanto al merito dell'elenco esso appare orientato a salvaguardare l'integrità e la proprietà nazionale dei sistemi tecnologici essenziali alla difesa e alla sicurezza nazionale sotto il profilo militare, sulla base di esigenze direttamente

correlate alle competenze del Ministero della difesa, ricomprendendo lo studio, la ricerca, la progettazione, lo sviluppo, la produzione, l'integrazione e il sostegno al ciclo vita, ivi compresa la catena logistica, dei sistemi di interesse.

Le tipologie individuate risultano raggruppate per classi che consentono, in conformità alla normativa comunitaria, di ben delimitare i settori e ricomprendere la totalità dei sistemi e dei materiali tecnologici essenziali per la difesa.

Da sottolineare la tutela che viene data ai sistemi satellitari militari ad elevate prestazioni e protezione, sia nella componente terrestre sia in quella spaziale (inclusa l'attività gestionale dei relativi servizi), per l'osservazione terrestre (ottica e radar) e per le comunicazioni.

Per far fronte all'ipotesi di vendita di Telecom Italia, in mancanza dei provvedimenti attuativi dell'art. 2 che avrebbero permesso al Governo italiano di esercitare i poteri speciali nello specifico settore delle comunicazioni, il DPCM n. 253/2012, unico strumento posto in essere per la tutela degli *asset* strategici, è stato modificato dal DPCM 2 ottobre 2013, n. 129, il quale ha aggiornato il novero delle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, aggiungendo, nel *corpus* normativo del primo, il comma 2 *bis*, che include negli attivi di rilevanza strategica nel settore delle comunicazioni le reti e gli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultralarga.

Su tale DPCM, il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza del 26 settembre 2013, ha espresso parere favorevole ritenendo corretto estendere la tutela nel settore delle comunicazioni, per reti ed impianti, la cui rilevanza per la difesa e sicurezza nazionale è inevitabilmente destinata ad accrescersi costantemente.

Il 25 novembre 2013, la Commissione europea ha trasmesso all'Italia una nota in cui chiede chiarimenti sul DPCM n. 129/2013, ritenuto potenzialmente lesivo della libertà di circolazione dei capitali, in quanto *"contiene una definizione molto ampia degli attivi strategici che copre potenzialmente la gestione e il funzionamento di quasi tutti gli impianti di comunicazione"*.

La Commissione s'interroga sulle ragioni per cui le attività aggiunte dal DPCM n. 129 *"sono considerate strategiche per la difesa e la sicurezza nazionale e richiedono la previsione di poteri speciali dello Stato quali quelli applicabili nel settore della difesa"*.

Inoltre, in considerazione del fatto che i decreti attuativi di cui all'art. 2, d.l. n. 21 (che disciplina anche il comparto comunicazioni) non sono stati ancora emanati, la Commissione si chiede quale sia *"il collegamento tra le attività nel settore delle comunicazioni incluse nel nuovo decreto e gli interessi essenziali di sicurezza che potrebbero essere seriamente pregiudicati"*.

Il 4 dicembre 2013, il Governo italiano ha risposto alla Commissione, rappresentando che è stato predisposto il nuovo regolamento recante *"individuazione"*

delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale”.

Tale provvedimento abroga espressamente il DPCM n. 253 del 2012, ed è finalizzato a riunire in un unico regolamento, per esigenze di semplificazione, le norme che individuano le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale di competenza del Ministero dell'interno e di quelle di competenza del Ministero della difesa.

Pertanto, il DPCM n. 129 del 2013, oggetto di censura (peraltro mai applicato), deve ritenersi definitivamente superato dal nuovo testo anche se è stato funzionale allo scopo di introdurre una tutela giuridica per la vendita di Telecom Italia in attesa della predisposizione dello specifico regolamento per l'esercizio dei poteri speciali in materia di energia, trasporti e comunicazioni.

Lo schema dei regolamenti per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e quello per l'individuazione degli attivi strategici nel settore dell'energia, trasporti e comunicazioni sono stati approvati, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri del 9 ottobre 2013 ed inviati al Consiglio di Stato che, nel mese di novembre, ha espresso parere sostanzialmente favorevole, salvo marginali modifiche di carattere puramente formale.

In seguito, sono stati trasmessi al Parlamento per il prescritto parere ed approvati, in via definitiva, dal Governo nella seduta del Consiglio dei Ministri del 14 febbraio 2014, per la successiva pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale una volta sottoscritti dal Presidente della Repubblica.

Completa il quadro dei provvedimenti sub-primari necessari a dare compiuta attuazione alla legge sulla **Golden Power** il regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, adottato, sempre nel corso del Consiglio dei Ministri del 14 febbraio 2014, in attuazione dell'art. 2, c. 9, del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21.

All'esito di questa complessa attività burocratica che permette di superare il vecchio e contestato assetto normativo della **Golden Share**, il Governo italiano viene a disporre di una lista ricomprendente le attività strategiche nei settori della difesa e sicurezza nonché dei trasporti, energia e comunicazioni, per effetto della quale lo Stato può esercitare penetranti poteri speciali, tenendo conto comunque che tali poteri costituiscono una restrizione alla libera circolazione dei capitali e devono pertanto essere giustificati sulla base di una delle deroghe previste nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Elemento fondamentale da sottolineare è che il passaggio da un potere regolamentare - **Golden Share** - ad una potestà regolatoria - **Golden Power** - determina un importante passaggio di competenze dal Ministero dell'economia e finanze alla Presidenza del Consiglio.

Infatti, i regolamenti di cui si discute prevedono che il coordinamento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali sia attribuito al Pre-

sidente del Consiglio dei Ministri secondo modalità da stabilirsi con apposito provvedimento, che dovrà:

individuare l'ufficio della Presidenza del Consiglio dei Ministri responsabile del coordinamento;

istituire un gruppo di lavoro composto dal responsabile del coordinamento della Presidenza del Consiglio e dai responsabili di settore dei Ministeri interessati, integrati, ove occorra potenziare le capacità di analisi, da rappresentanti di altre strutture;

stabilire le procedure telematiche ed elettroniche per consentire tempestivamente e in sicurezza la trasmissione delle informazioni su operazioni di rilevanza strategica e l'eventuale esercizio dei poteri speciali;

fissare i tempi e le modalità di raccordo tra i Ministeri coinvolti, nonché i termini per la presentazione, da parte degli stessi, in relazione alle competenze, del parere motivato per l'esercizio o meno dei poteri speciali.

Vi è da dire che la regolamentazione della *Golden Power* trae spunto dall'esperienza maturata dall'amministrazione italiana nella gestione di un importante caso concreto relativo all'acquisto, per oltre 3 miliardi di euro, del settore dei sistemi di propulsione aerospaziali e navali del Gruppo AVIO da parte della società *General Electric*.

In questo caso la *General Electric*, sulla base della regolamentazione provvisoria determinata dall'adozione del provvedimento (DPCM 30 novembre 2012, n. 253) ha accettato l'imposizione di specifiche prescrizioni che secondo i rappresentanti del Governo italiano sono risultate sufficienti ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

Detti impegni, contenuti in uno specifico provvedimento del Presidente del Consiglio del 6 giugno 2013, adottato previa delibera del Consiglio dei Ministri su congiunta proposta dei Ministri della difesa e dell'economia e delle finanze, tende a garantire il mantenimento dei livelli occupazionali nel nostro Paese e la tutela del *Know-how* aziendale.

Per tali finalità, oltre ad essere garantiti presidi fiduciari del Governo italiano all'interno dell'azienda, il nuovo proprietario si è impegnato a fornire al Ministero della difesa un rapporto annuale di *compliance* sul rispetto delle condizioni all'acquisto.

Per garantire la verifica delle condizioni ed eventuali proposte di modifica è stato costituito tra le parti un comitato paritetico presieduto da un rappresentante del Ministero della difesa che ha titolo ad informare dell'andamento dell'accordo il Presidente del Consiglio dei Ministri per le conseguenti decisioni.

Tale soluzione ha portato la GE ad esprimere formale soddisfazione rispetto ad una capacità della burocrazia italiana che, nel caso di specie, ha saputo svolgere, con disponibilità e competenza, tutte le procedure senza ostacoli, tanto da raggiungere un risultato di grande importanza per il sistema industriale del Paese.

Pertanto, con assoluta serenità il Governo italiano attende le valutazioni della Commissione europea sul nuovo assetto normativo della **Golden Power**, nella consapevolezza di aver superato i limiti della vecchia disciplina della **Golden Share** per la quale la Commissione ha sospeso la sua decisione di deferire l'Italia dinanzi la Corte di Giustizia.

LE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

**La Corte di Giustizia Europea censura l'Adunanza Plenaria
Note a margine della Sentenza 4 luglio 2013 C-100/12**

*Sergio Massimiliano Sambri e Amalia Muollo**

Lo scorso 4 luglio 2013 la Corte di Giustizia Europea, nella causa C-100/12, ha completamente capovolto l'orientamento della giurisprudenza amministrativa nazionale circa la "pregiudizialità" (e conseguente effetto preclusivo ad essa collegato) del ricorso incidentale nei contenziosi in materia di appalti pubblici.

Con una pronuncia sintetica ma chiara nella sua semplicità la Corte di Giustizia ha censurato il modo in cui il Consiglio di Stato, con la decisione resa in Adunanza Plenaria il 7 Aprile 2011 (1), ha inteso applicare il diritto comunitario sostanziale e processuale degli appalti pubblici.

Sebbene ad una prima lettura la sentenza possa apparire scarsamente motivata (2), invero la pronuncia si presenta essenziale nel suo contenuto così come lo è la normativa comunitaria.

Muovendo dall'art. 1 della Direttiva 89/665 così come modificata dalla Direttiva 2007/66, ovvero dalla situazione giuridica soggettiva lesa e dalla relativa condizione dell'azione (c.d. legittimazione a ricorrere), la Corte di Giustizia ha osservato che in presenza di reciproche contestazioni sulla legittimità dell'offerta "*ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare*".

Senza voler qui ripercorrere i passaggi svolti dalla Corte, ormai ampiamente noti, appare evidente che la questione sostanziale che viene in rilievo, soprattutto in termini di applicabilità nell'ordinamento italiano, sia proprio il concetto di situazione giuridica soggettiva lesa e le garanzie che devono essere

(*) Avvocati del libero Foro.

V., *contra*, ad annotazione della stessa sentenza *Rass.* 2013, II, 37 ss., STEFANO VARONE, ... *Note minime sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale "escludente"*. Per comodità del Lettore si ripropone, come d'uso, il testo integrale della sentenza in calce all'articolo.

(1) Cons. St. Ad. Plen., 7 Aprile 2011, n. 4.

(2) Così A. CACCIARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale: una questione davvero risolta dalla Corte di Giustizia?*, su www.giustizia-amministrativa.it, n. 7-2013.

riconosciute in capo al soggetto ricorrente e al proprio diritto ad avere giustizia.

La conclusione a cui giunge il giudice comunitario appare perfettamente corrispondente alla motivazione contenuta nel paragrafo 17 del preambolo della direttiva che consente di ricostruire anche la *voluntas legislatoris*: “Una procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”.

Non si tratta solo di parità di trattamento tra le imprese concorrenti (che è già garantita dall’art. 47 della Carta dei Diritti dell’Unione Europea e dall’art. 111 della Costituzione sul giusto processo) bensì di effettività (perché è così che va intesa la parola “accessibilità” della rubrica dell’art. 1 Dir. 89/665) a qualsiasi operatore abbia o perfino abbia avuto interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

E il principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia, così incisivo e puntuale nel ribadire proprio l’effettività della tutela e del giusto processo, sembra voler ricordare ai giudici nazionali che proprio perché la procedura di attribuzione del contratto è strumentale all’attribuzione del contratto stesso, il rapporto tra le parti, ivi compresa l’amministrazione aggiudicatrice, deve essere garantito in modo paritario, al di là dei formalismi inerenti al tipo di impugnazione. Anche per evitare che, utilizzando strumentalmente i famosi “cavilli” processuali, il contratto venga aggiudicato ad un soggetto che non ne avrebbe titolo, così violando il principio ordinatore dell’intero sistema delle gare ad evidenza pubblica basato su concorrenza, parità di trattamento e merito.

Nulla di più vero, se non fosse che applicando la Direttiva 89/665 con gli schemi nazionali dell’interesse legittimo e dell’interesse a ricorrere si finisce inevitabilmente col disapplicare la Direttiva stessa nella sua “effettività”, così come è stato - a parere della Corte - per il Consiglio di Stato nel 2011 che ha negato il fatto essenziale che l’oggetto del processo amministrativo - in particolare in materia di giurisdizione esclusiva - deve essere l’accertamento del rapporto giuridico controverso.

Del resto l’art. 1, par. 3, della Dir. 89/665 (non recepito con il D.Lgs. 53/2010 e pertanto direttamente applicabile) non sembra operare questa classificazione tra posizioni soggettive ma anzi assicura a chiunque abbia o abbia avuto interesse alla aggiudicazione di una gara pubblica un “diritto soggettivo” alla libera partecipazione agli appalti pubblici (3) con la conseguenza che la

(3) In questo senso, in particolare, S. D’ANCONA, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della Direttiva ricorsi*, in *Riv. It.Dir.Publ.Comun.*, 1/2013, pp. 33-59, dove l’autore osservava che “l’art. 1 osta a ogni tipo di classificazione e gerarchizzazione da parte del Giudice degli interessi avanzati in giudizio (interesse a mantenere l’aggiudicazione illegittima, interesse all’annullamento della procedura illegittima) e riconduce in capo ad ogni concorrente una posizione giuridica soggettiva rilevante”.

situazione giuridica soggettiva di diritto comunitario dei soggetti, persone fisiche o giuridiche che operano nel settore degli appalti pubblici, non essendo di interesse legittimo, non pone limiti alla ricorribilità in giudizio a prescindere dall'utilità a cui si aspira.

Certo, potrebbe obiettarsi, anche in forza di giurisprudenza assolutamente conforme della CGE (4), che non spetta agli organi dell'Unione Europea qualificare la situazione giuridica stessa nel diritto nazionale; ma ciò a condizione che la tutela sia efficace, effettiva, completa e non esistano ostacoli che rendono più difficile ovvero onerosa la tutela della medesima situazione; tanto è vero che gli Stati membri sono obbligati ad armonizzare proprio a tale scopo le norme sostanziali e processuali nazionali.

E difatti, già con l'emanazione del Codice del Processo Amministrativo ed in particolare dell'art. 7 che in tema di giurisdizione ammette la tutela dei diritti soggettivi anche separatamente da quella degli interessi legittimi, così di fatto non richiedendo più "l'intreccio di situazioni qualificabili come interessi legittimi e diritti soggettivi", pare potersi affermare che la configurazione dell'interesse legittimo pretensivo non può avere minore estensione del corrispettivo diritto soggettivo, e quindi ben può (e deve) il giudice amministrativo giudicare nel merito della lesione di diritti soggettivi, ancorché essa sia stata compiuta da una pubblica amministrazione (5).

In linea con le garanzie riconosciute dalla Direttiva 89/665, infatti, le componenti di tale situazione sono quindi rispettivamente dal punto di vista sostanziale e processuale: la dimostrazione dell'interesse a ottenere l'aggiudicazione e la dimostrazione non solo della lesione effettivamente subita ma anche del mero rischio di lesione. Non sono richieste altre condizioni affinché sia tutelato il diritto soggettivo alla libera partecipazione ad appalti pubblici, che è una delle principali applicazioni del diritto alla libera prestazione dei servizi.

Quanto poi all'interesse a ricorrere, esso consiste nel semplice "rischio" di lesione (e non nell'interesse specifico, attuale e concreto richiesto dalla giurisprudenza amministrativa nazionale), ovvero nella attualità o perfino trascorsa lesione.

Ed è quindi in tale ambito che dovrebbe essere rettammente inquadrato il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale senza che sia reso possibile in alcun modo al secondo di:

- paralizzare l'azione a tutela del diritto comunitario degli appalti attraverso la eccezione della mancata dichiarazione del possesso dei requisiti;
- evitare, in subordine, le conseguenze del proprio illegittimo operato (cioè la mancanza di proprie valide dichiarazioni inerenti al possesso dei requisiti stessi) e cioè l'annullamento della gara e la sua ripetizione ai sensi dell'articolo 121 e 122 del Codice del Processo Amministrativo.

(4) Vedi per tutti CGE, Sentenza *Dorsch Consult*, 17 settembre 1997, su causa 54/1996.

(5) Cfr. Corte Cost., Sent. 27 aprile 2007, n. 140, 19 ottobre 2009 n. 259 e 5 febbraio 2010, n. 35.

Del resto per l'Unione Europea la procedura degli appalti pubblici deve servire a garantire il gioco del mercato non il trionfo di formalismi a scapito della qualità stessa del prodotto, servizio o opera pubblica che viene fornita all'amministrazione. Di conseguenza il limite comunitario delle censure eventualmente contenute sia nel ricorso principale che in quello incidentale e che riguardano la reciproca contestazione del possesso dei requisiti di partecipazione ad un determinato appalto pubblico è costituito dalla dimostrazione che il possesso non c'era effettivamente, al di là delle dichiarazioni formali incomplete o irregolari, e ciò è possibile solo attraverso la loro disamina ed accertamento.

Invero, come si accennava, con l'emanazione del Codice del Processo Amministrativo pare si fosse già fatto un passo avanti in tal senso: anche a mente del combinato disposto degli articoli 7, 119, 120 e 133 la giurisdizione sugli appalti pubblici configura una giurisdizione amministrativa esclusiva comprensiva della tutela sia degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi, esaminati congiuntamente o anche separatamente.

E tale tutela deve in ogni caso comprendere la verifica dell'intero esercizio del potere della pubblica amministrazione o del soggetto ad essa equiparato senza che sia possibile con artifici di carattere rituale e procedurale limitare la pienezza di tale tutela, pena la violazione del principio di effettività e del giusto processo. Solo quando l'oggetto del processo amministrativo in materia di appalti sia limitato alla censura del difetto (reciproco) del possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare pubbliche si pone il problema della eventuale inammissibilità di entrambi i ricorsi principale e incidentale.

Ebbene in tali casi la censura contenuta nel c.d. ricorso incidentale e relativa al preteso difetto del possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara pubblica in capo al ricorrente principale non si configura come "domanda" il cui interesse sorge in dipendenza della domanda posta in via principale, ma come semplice eccezione - non rilevabile d'ufficio - tesa a paralizzare in rito l'esame della domanda principale (ma nei soli limiti in cui la medesima non abbia altri oggetti oltre l'accertamento della mancanza del possesso dei requisiti per partecipare alle gare pubbliche in capo al soggetto contro interessato).

Essendo un'eccezione che non riguarda e non può obiettivamente riguardare l'intero ricorso, essa potrà dunque paralizzare l'esame dei soli motivi di ricorso che riguardano la legittima gestione della procedura di gara in senso stretto a partire cioè dalla fase (successiva alla domanda di partecipazione) di verifica del possesso dei requisiti, ma non i motivi che attengono alla regolarità della formazione delle leggi di gara o ad eventi che hanno inciso sulla legittimità e liceità della gara stessa; con la conseguenza che si dovrà pur sempre valutarne la fondatezza.

Viceversa, la gravità della soluzione che esclude la legittimazione al ricorso qualunque sia il vizio denunciato per il solo fatto della mancata dichia-

razione delle potenziali cause di esclusione (si badi bene non l'accertamento del difetto di possesso dei requisiti richiesti dalla direttiva e dalle norme nazionali di trasposizione per poter validamente ed efficacemente partecipare alle gare pubbliche) è facilmente dimostrabile: garantisce l'impunità al soggetto aggiudicatario anche quando sia incontestabile che egli non ha il possesso dei requisiti prescritti dalla legge e dal diritto comunitario.

In sostanza, si vuol dire che nel nostro processo amministrativo ci sono, e da tempo, i presupposti per una corretta applicazione del diritto comunitario e in particolare dell'assoluta equiordinazione delle domande proposte dai ricorrenti nel pieno rispetto della parità delle parti (6).

In tal quadro, appare di tutta evidenza che le conclusioni a cui è giunta la Corte di Giustizia potrebbero esporre concretamente lo Stato italiano alla azione di inadempimento agli obblighi derivanti dalla appartenenza all'Unione Europea proprio a causa del comportamento della istituzione che per prima è chiamata a garantire l'effettività dell'ordinamento comunitario stesso, cioè il giudice ed in particolare il giudice cui spetta costituzionalmente sindacare la legittimità del potere in concreto esercitato dalla amministrazione aggiudicatrice.

Infatti, non diversamente dai casi di omessa disapplicazione o omesso rinvio pregiudiziale, attraverso l'operato del giudice amministrativo che dichiara inammissibile il ricorso principale in accoglimento di quello incidentale addirittura motivato in rito (ad es. mancanza della legittimazione a ricorrere per mancata dichiarazione del possesso dei requisiti non per dimostrata mancanza del possesso dei requisiti effettivi) si compiono due violazioni chiare e manifeste del diritto comunitario e dello stesso diritto nazionale che ne costituisce puntuale trasposizione e recezione:

- in primo luogo, si impedisce la effettività della tutela giurisdizionale della impresa ricorrente per quanto attiene non già la completezza e pienezza della tutela, ma lo stesso minimo denominatore comune cioè la possibilità di esame nel merito del ricorso ai fini dell'accertamento della sua fondatezza o infondatezza;

- in secondo luogo, si aggira lo spirito e la lettera del diritto comunitario sostanziale (direttive 17 e 18/2004 e codice dei contratti) per il quale la concorrenza aperta ed effettiva vuole l'accertamento del possesso o meno dei requisiti non la regolarità formale delle dichiarazioni.

In tal quadro se da un lato, come già alcune voci in dottrina hanno anticipato (7), occorrerà effettuare un'attenta riflessione sull'incidenza che l'interpretazione applicativa della statuizione della Corte di Giustizia avrà rispetto

(6) In questi termini, G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, in www.giustizia-amministrativa.it, Aprile 2012.

(7) Cfr. P. QUINTO, *La Corte di Giustizia anticipa l'Adunanza Plenaria*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2013.

a quelle decisioni del Giudice Amministrativo che hanno dichiarato inammissibili i ricorsi proposti dai partecipanti ad una gara d'appalto, dall'altro lato paiono sussistere tutte le condizioni per iniziare un giudizio di inadempimento contro lo Stato italiano da parte di quegli operatori che si sono visti negare, in sede di appello, sia la richiesta di disapplicazione della normativa sostanziale e processuale italiana incompatibile con il diritto comunitario degli appalti, sia soprattutto la richiesta di interpretazione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE.

Ciò in quanto, lasciando in disparte la questione dell'obbligo o meno della c.d. disapplicazione degli atti nazionali per incompatibilità comunitaria, comunque il Consiglio di Stato - in quanto organo giurisdizionale di ultima istanza - era obbligato e non facoltizzato a sospendere i relativi giudizi e a inviare gli atti alla Corte di Giustizia della Unione Europea perché si pronunciasse sulla questione pregiudiziale (8).

E ciò per l'evidente influenza di diritto comunitario nel processo amministrativo attraverso l'affermazione di "principi sostanziali e processuali, configurati come principi generali comuni" che autorevole dottrina definisce in termini di "co-giurisdizione" (9).

Di diverso avviso la giurisprudenza nazionale che, evidentemente dubbia circa la prevalenza del ruolo nomofilattico della Corte di Giustizia ha recentemente posto due questioni pregiudiziali alla Corte stessa riguardanti, da un lato, il perimetro di applicabilità dei principi dichiarati dalla stessa Corte con la sentenza in commento e dall'altro proprio la vincolatività delle *regulae juris* comunitarie sull'attività delle sezioni del Consiglio di Stato le quali, ai sensi dell'art. 99, comma 3 del C.p.A., sono vincolate ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria (10).

La pronuncia del Consiglio di Giustizia amministrativa della regione Sicilia sembra avvitarci su se stessa, poiché con ogni probabilità l'invocato intervento della Corte di Giustizia potrà giungere a dirimere i dubbi interpretativi solo dopo che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si sarà nuovamente pronunciata, sulla base delle ordinanze di rimessione emesse dalla V e VI della sezione del Consiglio di Stato (peraltro antecedenti all'intervento della Corte di Giustizia europea (11)), sulla priorità dell'esame del ricorso principale o di quello incidentale.

(8) In giurisprudenza è sufficiente ricordare i casi *Kobler/2003* e *Traghetti del Mediterraneo s.p.a./2006* nei quali la Corte di Giustizia ha ribadito che ben può essere azionata la responsabilità civile per inadempimento di uno Stato membro a causa di un mancato rinvio pregiudiziale da parte di un organo giurisdizionale di ultima istanza che abbia creato un danno al ricorrente.

(9) E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004; F. SORRENTINO, *La giustizia amministrativa*, Torino 2002, 37.

(10) Ci si riferisce all'Ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848 resa dalla CGA sezione Giurisdizionale in relazione all'appello proposto avverso la Sentenza del TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 351/2013.

Ove l'Adunanza Plenaria dovesse confermare il suo precedente orientamento enunciato nella sentenza n. 4/11, anche in relazione al caso di due sole imprese ammesse alla procedura, potrebbero determinarsi insanabili contrasti tra gli orientamenti interpretativi dei due plessi giurisdizionali, l'uno del Giudice nazionale e l'altro espresso dalla Corte di Giustizia, eventualmente superabili, questa volta, solo attraverso una nuova rimessione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia europea.

Non resta che augurarsi dunque che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato riesamini la questione in termini (solleciti e) tali da non provocare l'ennesima censura della Corte di Giustizia Europea.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Decima Sezione, sentenza 4 luglio 2013 nella causa C-100/12 - Pres. A. Rosas, Rel. D. Šváby, Avv. Gen. J. Kokott - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte - Fastweb SpA contro Azienda Sanitaria Locale di Alessandria.

«Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Ricorso in materia di appalti pubblici – Ricorso proposto contro la decisione di aggiudicazione di un appalto da un offerente escluso – Ricorso fondato sulla motivazione che l'offerta prescelta non sarebbe conforme alle specifiche tecniche dell'appalto – Ricorso incidentale dell'aggiudicatario fondato sull'inosservanza di alcune specifiche tecniche dell'appalto nell'offerta presentata dall'offerente che ha proposto il ricorso principale – Offerte entrambe non conformi alle specifiche tecniche dell'appalto – Giurisprudenza nazionale che impone di esaminare in via preliminare il ricorso incidentale e, in caso di fondatezza di quest'ultimo, di dichiarare inammissibile il ricorso principale senza esaminarlo nel merito – Compatibilità con il diritto dell'Unione»

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra Fastweb SpA (in prosieguo: «Fastweb»), da una parte, e l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, nonché Telecom Italia SpA (in prosieguo: «Telecom Italia») ed una controllata di quest'ultima, Path-Net SpA (in prosieguo: «Path-Net»), dall'altra, a proposito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico a tale controllata.

Contesto normativo

3 Il secondo ed il terzo considerando della direttiva 89/665 sono formulati come segue:

«[C]onsiderando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire [l']applicazione [effettiva delle direttive in materia di

(11) Consiglio di Stato, Sezione V, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2059; Consiglio di Stato, Sezione VI, ordinanza 30 luglio 2013 n. 4023; Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681; Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 15 aprile 2013, n. 5104.

appalti pubblici] non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette; considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».

4)II considerando 3 della direttiva 2007/66 così recita:

«[...] le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo [in particolare della direttiva 89/665] dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate [in particolare dalla direttiva 2004/18/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GUL 134, pag. 114)] (...)».

5)Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 89/665, rubricato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso»:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva [2004/18], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 *septies* della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.
(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, [per lo meno] a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.
(...)».

6) L'articolo 2, paragrafo 1, della citata direttiva stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (...);

(...)».

7) Il considerando 2 della direttiva 2004/18 è formulato come segue:

«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 [FUE] 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 ed ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

8 Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

9 L'articolo 32 della direttiva in questione così dispone:

«(...)

2. Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguono le regole di procedura previste dalla presente direttiva in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. (...)

Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai paragrafi 3 e 4. (...)

(...)

4. (...)

Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici possono essere aggiudicati:

(...)

– qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni, dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti in base alle medesime condizioni, se necessario precisandole, e, se del caso, ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onori dell'accordo quadro, secondo la seguente procedura:

a) per ogni appalto da aggiudicare le amministrazioni aggiudicatrici consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;

(...)

d) le amministrazioni aggiudicatrici aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onori dell'accordo quadro».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 10 Conformemente al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, «Codice dell'amministrazione digitale» (supplemento ordinario alla GURI n. 112 del 16 maggio 2005), il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) è abilitato a concludere contratti quadro con operatori economici da esso individuati. Le amministrazioni non statali hanno facoltà di attribuire appalti fondati su tali contratti quadro, sulla base delle proprie esigenze di servizio.
- 11 Il CNIPA ha concluso un contratto quadro di questo tipo, in particolare, con Fastweb e Telecom Italia. Il 18 giugno 2010, l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria ha indirizzato a tali società una richiesta di progetto riguardante «linee dati/fonia» sulla base di un «piano di fabbisogni». Con delibera del 15 settembre 2010, essa ha scelto il progetto presentato da Telecom Italia, concludendo un contratto con una controllata di quest'ultima, Path-Net, il 27 dello stesso mese.
- 12 Fastweb ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte. Telecom Italia e Path-Net sono

- intervenute nel procedimento, proponendo ricorso incidentale. La legittimità dell'offerta di ciascuno degli operatori viene contestata dal suo unico concorrente a causa del mancato rispetto di alcune specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni.
- 13 In esito alla verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società rispetto al piano di fabbisogni, disposta dal giudice del rinvio, è stato constatato che nessuna delle due offerte risultava conforme all'insieme delle specifiche tecniche imposte dal piano. Secondo tale giudice, una simile constatazione dovrebbe logicamente condurre all'accoglimento dei due ricorsi e, di conseguenza, ad annullare la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, dal momento che nessun offerente ha presentato un'offerta idonea a dar luogo ad aggiudicazione. Tale soluzione soddisferebbe l'interesse del ricorrente principale, in quanto la rinnovazione della procedura di aggiudicazione gli procurerebbe una nuova chance di ottenere l'appalto.
 - 14 Il giudice del rinvio rileva tuttavia che, con decisione del 7 aprile 2011, resa in adunanza plenaria, il Consiglio di Stato, a proposito dei ricorsi in materia di appalti pubblici, ha enunciato un principio di diritto secondo il quale l'esame di un ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, in quanto illegittimamente ammesso a partecipare alla procedura di aggiudicazione controversa, deve precedere l'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura di aggiudicazione e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale, sia infine dalle richieste dell'amministrazione interessata.
 - 15 Il Consiglio di Stato ritiene infatti che la legittimazione a ricorrere contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico spetti soltanto al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura di aggiudicazione. Secondo tale giudice, l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura avrebbe una portata retroattiva e l'esclusione definitiva di quest'ultimo dalla suddetta procedura comporterebbe che esso si trovi in una situazione che non gli permette di contestare l'esito della procedura stessa.
 - 16 Secondo questa giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'interesse pratico alla rinnovazione della procedura di aggiudicazione invocato dalla parte che abbia proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico non attribuisce a quest'ultima una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale interesse non si distinguerebbe infatti da quello di qualsiasi altro operatore economico del settore che aspiri a partecipare ad una futura procedura di aggiudicazione. Pertanto, il ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale dovrebbe essere sempre esaminato per primo, anche quando gli offerenti siano solo due, ossia il ricorrente principale, cioè l'offerente escluso e il ricorrente incidentale, cioè l'aggiudicatario.
 - 17 Il giudice del rinvio esprime dubbi sulla compatibilità di tale giurisprudenza, in particolare nella misura in cui essa afferma incondizionatamente la prevalenza del ricorso incidentale su quello principale, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, libera concorrenza e tutela giurisdizionale effettiva, quali recepiti negli articoli 1, paragrafo 1, e 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665. Secondo tale giudice, infatti, l'esame in via preliminare – ed eventualmente assorbente – del ricorso incidentale attribuisce all'aggiudicatario un vantaggio ingiustificato rispetto a tutti gli altri operatori economici che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione, qualora risulti che l'appalto gli è stato aggiudicato illegittimamente.

- 18 Alla luce di quanto sopra, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva [89/665], ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario-ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 19 Telecom Italia, Path-Net e il governo italiano contestano la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale per diversi motivi. Tuttavia, le quattro eccezioni di irricevibilità sollevate al riguardo non possono essere accolte.
- 20 In primo luogo, infatti, il presente rinvio pregiudiziale è avvenuto in un caso che rientra perfettamente nella previsione dell'articolo 267 TFUE. Ai sensi del primo e del secondo comma di tale articolo, un giudice di uno Stato membro può domandare alla Corte di pronunciarsi su qualsiasi questione relativa all'interpretazione dei trattati e degli atti di diritto derivato, qualora reputi una decisione su questo punto necessaria per emanare la sua sentenza nella controversia di cui è investito. Orbene, nel caso di specie, dalla decisione di rinvio emerge che il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte esprime dei dubbi in merito alle implicazioni della direttiva 89/665 nel contesto fattuale e processuale della controversia di cui al procedimento principale, prospettando due possibili risposte dalle quali discenderebbero soluzioni diverse di tale controversia.
- 21 In secondo luogo, la decisione del giudice del rinvio contiene una descrizione sufficientemente chiara del contesto giuridico nazionale, in quanto essa descrive e chiarisce la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale è fondata sull'interpretazione, fornita da quest'ultimo, dell'insieme delle norme e dei principi processuali di diritto nazionale rilevanti in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nonché delle conseguenze che ne derivano, secondo tale giudice, in merito all'ammissibilità del ricorso principale dell'offerente escluso.
- 22 In terzo luogo, nonostante il giudice del rinvio non indichi la specifica disposizione di diritto dell'Unione della quale aspira ad ottenere l'interpretazione, esso si riferisce esplicitamente, già nella stessa questione pregiudiziale, alla direttiva 89/665, e la decisione di rinvio contiene un insieme di informazioni sufficientemente completo per permettere alla Corte di individuare gli elementi di tale diritto che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto del procedimento principale (v., per analogia, sentenza del 9 novembre 2006, Chateignier, C-346/05, Racc. pag. I-10951, punto 19 e giurisprudenza citata).
- 23 Infine, in quarto luogo, non risulta che tale controversia riguardi un appalto pubblico rientrante in una delle eccezioni di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665. Pertanto, nella misura in cui l'importo di tale appalto raggiunga la soglia per l'applica-

zione della direttiva 2004/18 fissata all'articolo 7 di quest'ultima, cosa che spetta al giudice del rinvio accertare, ma di cui nulla al momento induce a dubitare, le due citate direttive sono applicabili ad un appalto come quello di cui al procedimento principale. Va ricordato, in proposito, che il fatto che una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico riguardi soltanto imprese nazionali è irrilevante ai fini dell'applicazione della direttiva 2004/18 (v., in tal senso, sentenza del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, Racc. pag. I-9999, punto 29 e giurisprudenza citata).

Sulla questione pregiudiziale

- 24 Con la sua questione, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2, debbano essere interpretate nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, il suddetto articolo 1, paragrafo 3, osta al fatto che tale ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità, quando il ricorrente contesta a sua volta la legittimità dell'offerta dell'aggiudicatario con identica motivazione e soltanto questi due operatori economici hanno presentato un'offerta.
- 25 Va rilevato che dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione. Secondo il paragrafo 3 del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.
- 26A questo proposito, una decisione con cui l'autorità aggiudicatrice esclude un'offerta prima ancora di procedere alla selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e non prevedendo essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni (v., in particolare, sentenza del 19 giugno 2003, Hackermüller, C-249/01, Racc. pag. I-6319, punto 24, e giurisprudenza citata).
- 27 In tal senso, al punto 26 della citata sentenza Hackermüller, la Corte ha affermato che il fatto che l'autorità dinanzi alla quale si svolge il procedimento di ricorso neghi la partecipazione a tale procedimento, per mancanza della legittimazione a ricorrere, ad un offerente escluso prima ancora di procedere a una selezione, avrebbe l'effetto di privare tale offerente non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità.
- 28 Certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito del procedimento instaurato a seguito di un ricorso avviato da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta

- come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedimento, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata (v. sentenza Hackermüller, cit., punto 27).
- 29 In una situazione del genere, all'offerente che ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico deve essere riconosciuto il diritto di contestare dinanzi a tale autorità, nell'ambito di tale procedimento, la fondatezza delle ragioni in base alle quali la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa (v., in tal senso, sentenza Hackermüller, cit., punti 28 e 29).
- 30 Tale insegnamento è applicabile, in linea di principio, anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita del ricorso, ma in un ricorso incidentale proposto da una parte nel procedimento di ricorso, come l'aggiudicatario regolarmente intervenuto nello stesso.
- 31 Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.
- 32 Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.
- 33 Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.
- 34 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.
- Sulle spese**
- 35 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa 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 (decima sezione) dichiara:

L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

CONTENZIOSO NAZIONALE

I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di qualità della regolazione

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZE 23 GENNAIO 2013 N. 8 E 16 APRILE 2013 N. 70

Federico Basilica*

Valeria Romano**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La qualità della regolazione come autonomo parametro di costituzionalità: il caso campano - 3. Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della regolazione: una ricognizione in chiave storica - 4. L'elevato standard qualitativo della legislazione come leva per lo sviluppo economico nella giurisprudenza costituzionale più recente.

1. Introduzione.

Con le sentenze 23 gennaio 2013, n. 8 e 16 aprile 2013, n. 70 la Corte Costituzionale è intervenuta sul tema della qualità della regolazione. Le citate pronunzie destano interesse perché affrontano due rilevanti profili connessi al tema della semplificazione normativa. Nella sentenza del 23 gennaio 2013, in particolare, il Giudice delle Leggi delinea il rapporto di derivazione diretta tra qualità della regolazione e crescita economica in forza del quale una coerente ed intellegibile produzione delle regole si configura come un efficace fattore di sviluppo economico ed imprenditoriale. La sentenza 16 aprile 2013, n. 70, d'altro canto, offre un prezioso spunto di riflessione per interrogarsi sulla giustiziabilità, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, della cattiva qualità della legislazione.

La giurisprudenza costituzionale dell'ultimo anno sembra, dunque, aver riconosciuto un duplice ruolo alla qualità della regolazione intesa sia come

(*) Avvocato dello Stato.

(**) Dottoranda di ricerca in "diritto e impresa" - LUISS Guido Carli, già praticante forense presso l'Avvocatura dello Stato.

fattore incidente sullo sviluppo economico che come autonomo parametro di legittimità costituzionale (1).

2. La qualità della regolazione come autonomo parametro di costituzionalità: il caso campano.

La sentenza 16 aprile 2013, n. 70 affronta la questione della sindacabilità in sede costituzionale della qualità dei testi normativi indagando, in particolare, i margini di censurabilità costituzionale dei provvedimenti legislativi lacunosi, contraddittori o eccessivamente complessi.

La vicenda dalla quale trae origine la sentenza n. 70 del 2013 muove dalla caotica produzione legislativa della Regione Campania sul tema della definizione della distanza massima tra gli aerogeneratori deputati alla produzione dell'energia eolica (2). Prima di analizzare le conclusioni cui giunge la Corte costituzionale, appare essenziale, onde poter più agevolmente comprendere i termini del problema, ripercorrere le fasi che hanno segnato la vicenda venuta al vaglio del Legislatore negativo.

Con l'art. 1 co. 2 della legge regionale dell'1 luglio 2011, n. 11 (3), il legislatore regionale disponeva che "la costruzione di nuovi aerogeneratori è autorizzata esclusivamente nel rispetto di una distanza pari o superiore a 800 metri dall'aerogeneratore più vicino preesistente o già autorizzato".

A fronte dell'emanazione di tale normativa regionale, il Governo si determinava all'impugnazione della riportata norma di fronte alla Corte costituzionale per contrasto con gli artt. 117, commi 1, 2 e 3 e 97 Cost. Nelle more del giudizio di legittimità costituzionale, tuttavia, la Regione Campania, con un secondo intervento normativo (legge regionale 27 gennaio 2012, n. 1) (4), prevedeva l'abrogazione della disposizione impugnata dal Governo a decorrere dal 29 febbraio 2012. L'Ente territoriale chiedeva, dunque, la dichiara-

(1) Sul tema della valenza costituzionale della qualità della regolazione, R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa: un giudizio senza parametro?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1771; A. VEDASCHI, *Le tecniche legislative e la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Iter legis*, 1999, 415 ss.; V. PAMIO, *Corte costituzionale e tecniche legislative. Il triennio 2002-2004*, in *Dir. soc.*, 2005, 75 ss.; E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione*, Torino, 2009, 51 ss.; G.M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. parl.*, 1997, 1041; V.P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 183.

(2) Gli interventi del legislatore campano oggetto del vaglio della Corte Costituzionale vengono di seguito, per chiarezza espositiva, riportati in ordine cronologico: a) Legge regionale 1 luglio 2011, n. 11; b) Legge regionale 27 gennaio 2012, n. 1; c) Legge regionale 21 maggio 2012, n. 13; d) Legge regionale 9 agosto 2012, n. 2613.

(3) Legge Regione Campania 1 luglio 2011, n. 11 (Disposizioni urgenti in materia di impianti eolici).

(4) Legge della Regione Campania 27 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012).

zione della cessazione della materia del contendere di fronte al Giudice delle Leggi. Ottenuta l'estinzione del processo (5), il Consiglio Regionale della Campania approva un terzo intervento legislativo (legge 21 maggio 2012, n. 13) (6) nel cui eterogeneo *corpus* veniva disposto il differimento della prevista abrogazione dal 29 febbraio al 30 giugno 2012.

Dal quadro normativo tracciato poteva, non senza qualche difficoltà, desumersi che il divieto di installazione di nuovi impianti a una distanza inferiore a 800 metri da quelli preesistenti era operante dal 1° luglio 2011 al 28 febbraio 2012, veniva meno dal 29 febbraio al 28 maggio 2012, operava nuovamente con efficacia retroattiva dal 29 maggio fino 29 giugno ed, infine, cadeva definitivamente dal 30 giugno (7).

A fronte dal varo della legge regionale del 21 maggio 2012, n. 13, il Consiglio dei Ministri ne deliberava l'impugnazione limitatamente alla disposizione che differiva l'abrogazione ripristinando di fatto il divieto di cui alla legge n. 11/2001. Stante la nuova impugnativa promossa della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Regione Campania abrogava la norma impugnata con l'art. 42, comma 4, della legge regionale 9 agosto 2012, n. 2613 verosimilmente con lo scopo di ottenere nuovamente l'estinzione del giudizio di fronte alla Consulta.

Il Giudice delle Leggi, tuttavia, ben lungi dal ritenere cessata la materia del contendere si è pronunciato, con la sentenza in commento, nel merito della vicenda dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 2, della legge della Regione Campania 21 maggio 2012, n. 13 per violazione dell'art. 97 Cost. così riconoscendo nel cattivo uso della potestà legislativa e nella scarsa intellegibilità degli interventi regolatori della Regione Campania un diretto *vulnus* ai canoni di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

La declaratoria di illegittimità costituzionale della norma impugnata dal Governo per violazione del principio della buona amministrazione appare esemplificativa di un evidente cambio di passo della giurisprudenza della Corte costituzionale con riguardo alla questione della giustiziabilità della cattiva qualità della legislazione. La posizione assunta dai Giudici costituzionali rispetto al tema della qualità della regolazione è, infatti, stata tradizionalmente connotata da un certo *self-restraint* nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme per il mancato raggiungimento di un adeguato *standard* qualitativo dei testi legislativi.

(5) La Corte costituzionale ha dichiarato estinto il processo con ordinanza n. 89/2012 depositata il 12 aprile 2012, pubblicata in GU. 18 aprile 2012.

(6) Legge della Regione Campania 21 maggio 2012, n. 13, recante «Interventi per il sostegno e la promozione della castanicoltura e modifiche alla legge regionale 27 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012)».

(7) Per una completa ricostruzione della vicenda in esame, D. PARIS *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale* in www.forumcostituzionale.it.

La sentenza presenta, pertanto, profili di accentuata innovatività rispetto al pregresso panorama giurisprudenziale perché, per la prima volta, la Corte costituzionale afferma che l'assoluta oscurità della legge, ponendosi in contrasto con il canone costituzionale di cui all'art. 97, è causa di illegittimità costituzionale della disposizione che, in ragione della sua complessità, deve essere espunta dall'ordinamento. La sentenza in esame si presta, quindi, ad essere letta come una chiara presa di posizione della Corte costituzionale nel segno di una rinnovata centralità del principio della «certezza del diritto» e della «chiarezza normativa».

La Corte, in definitiva, sembra avallare la posizione dell'autorevole dottrina (8) che già da tempo aveva riconosciuto la valenza costituzionale del principio della qualità della regolazione e della semplificazione normativa per aggredire grovigli normativi ed interventi legislativi caotici e disorganici.

L'innovatività della pronuncia in esame si apprezza a pieno solo si indaga, in chiave storica, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema della sindacabilità del tasso di qualità della regolazione.

3. Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della regolazione: una ricognizione in chiave storica.

Il tema della sindacabilità costituzionale delle norme mal formulate dal Legislatore è stato differentemente affrontato dalla Corte Costituzionale a seconda della natura penale ovvero extra-penale della disposizione sottoposta al vaglio di legittimità.

Nel primo caso, infatti, la sindacabilità della tecnica redazionale degli atti normativi in sede costituzionale non è mai stata posta in discussione trovando un saldo addentellato normativo all'art. 25 Cost. e nel principio, dalla norma ricavabile, di tassatività delle fattispecie penali.

È ben noto come in forza del menzionato principio il Legislatore che qualifica un certo fatto come reato deve indicare con sufficiente determinazione la condotta incriminata e le sanzioni penali ricondotte alla sua commissione al fine di consentire ai consociati di orientare consapevolmente le proprie condotte e di calcolarne in anticipo le conseguenze sulla base di un quadro normativo certo e ben definito.

Secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, dunque, il principio di tassatività è, prima di tutto, rivolto al Legislatore in capo al quale deve essere riconosciuto l'onere “di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati” evitando il ricorso a vocaboli polisensibili, clausole generali e concetti elastici il cui impiego “sovvertirebbe i più ovvi principi che sovrintendono razionalmente ad ogni sistema legislativo nonché le più elementari nozioni ed insegnamenti

(8) M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 2010, 117 ss.

intorno alla creazione e alla formazione delle norme giuridiche” (9).

Una proiezione sovranazionale delle affermazioni della Corte costituzionale in ordine alle tecniche di formulazione delle fattispecie penali è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. L’elaborazione giurisprudenziale della Corte Edu ha, infatti, conferito rilievo alla dimensione “qualitativa” del principio di legalità sancito all’art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali. La norma impone, secondo l’interpretazione fornita dai Giudici di Strasburgo, non solo la preesistenza della norma incriminatrice al fatto, ma anche la sua accessibilità e comprensibilità (10).

Sulla scorta delle considerazioni che precedono appare evidente la censurabilità costituzionale *ex art. 25 Cost.* delle norme penali imprecise e contraddittorie nonché la sindacabilità *ex art. 117 Cost. e 7 Cedu* del grado di determinatezza e precisione delle norme c.d. “intrinsecamente penali” ovvero delle disposizioni che, sebbene non qualificate come penali dal Legislatore nazionale, abbiano una natura afflittiva e sanzionatoria di stampo penalistico.

Ciò posto, residua la centrale questione, affrontata dalla sentenza 16 aprile 2013, n. 70, relativa alla sindacabilità di tutte le altre norme extra-penali formulate da Legislatore in modo oscuro, ambiguo o vago.

La questione sopra delineata è apparsa, sin dalle più risalenti pronunzie della Corte costituzionale, particolarmente problematica per due essenziali ragioni. In primo luogo la Costituzione italiana non contiene disposizioni che si occupano esplicitamente della qualità della regolamentazione nel settore extra-penale. In aggiunta alla carenza di un espresso parametro di censurabilità del cattivo esercizio del potere legislativo, l’ammissibilità del sindacato sulla qualità della normazione è apparsa ostica stante il fondamentale principio per cui il controllo di legittimità costituzionale “*esclude ogni valutazione sull’uso del potere discrezionale del Parlamento*” (11).

I margini di sindacabilità della qualità delle leggi sono, pertanto, apparsi da subito angusti stante soprattutto l’assenza di un espresso parametro cui ancorare il giudizio. In questo senso l’assenza di un preciso parametro cui saldare il sindacato di costituzionalità è stata dalla dottrina qualificata come un “paradosso” ed un concreto ostacolo alla censurabilità in sede costituzionale di una legge “oscura” (12).

(9) Così Corte Cost. sentenza 8 giugno 1981, n. 96. Sul tema della tassatività delle norme penali appaiono in particolar modo rilevanti le note pronunzie del 30 luglio 2008 n. 327 in G.U. 6 agosto 2008 e n. 5 del 2004 sulla legittimità costituzionale dell’art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

(10) Corte 26 aprile 1979, *The Sunday Times v. United Kingdom* (Series A No 30).

(11) Cfr., art. 28 della Legge L. 11 marzo 1953, n. 87 recante “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”, pubblicata in G.U. 14 marzo 1953, n. 62.

(12) M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari, 1997, p. 113 e ss.

La Corte costituzionale si è, pertanto, per lungo tempo limitata ad indirizzare al Legislatore inviti e moniti al miglioramento degli *standards* qualitativi dei testi legislativi astenendosi dalla realizzazione di dirette censure anche a fronte di casi di spiccata imprecisione, contraddittorietà, irrazionalità e lacunosità dei testi legislativi sottoposti al suo vaglio.

A fronte di tale quadro la dottrina ha pervicacemente teso ad isolare, in via ermeneutica, dal testo costituzionale un generale principio di qualità della regolazione e semplificazione normativa per aggredire i grovigli normativi e gli interventi legislativi caotici e disorganici. L'elaborazione dottrinale consta di numerosi contributi indirizzati a superare il problema dell'apparente carenza di un parametro di sindacabilità della qualità delle regole da parte del Giudice delle Leggi.

In tale ottica, la dottrina ha individuato un ampio ordito normativo composto da una pluralità di norme costituzionali alle quali collegare il sindacato sul rispetto dei livelli qualitativi minimi nella regolazione extra-penale. Si è fatto riferimento, in particolare, all'art. 72 Cost. (sistema di votazione della legge), all'art. 71 Cost. (redazione di progetti di legge in articoli, in caso di iniziativa legislativa popolare), nonché all'art. 54 Cost. (dovere di osservare la legge, che presuppone la sua conoscibilità ed intellegibilità) ed all'art. 97 Cost. (buon andamento e imparzialità dell'amministrazione), oltre che all'art. 3 Cost. (canone di ragionevolezza).

Si è dunque opinato nel senso di ritenere che dalla combinazione delle norme citate sia dato desumere la sussistenza, nel nostro ordinamento, di un generale principio di qualità della regolazione alla stregua del quale sindacare testi legislativi non comprensibili e disorganici (13).

Altra parte della dottrina si è, invece, mostrata propensa ad ancorare il sindacato sulla qualità della regolazione al principio di leale collaborazione interpretando la cattiva qualità della legislazione come il risultato di uno scarso coordinamento tra i soggetti (Parlamento, Governo, Regioni) coinvolti nel processo legislativo.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha gradualmente mutuato le elaborazioni dottrinali di cui si è dato succintamente conto giungendo a ritenere sindacabile la scarsa qualità della regolazione sulla base, di volta in volta, di parametri diversi.

Un primo tentativo è stato esperito evocando un'applicazione sul terreno della qualità della regolazione del principio di *ragionevolezza* inteso come criterio di razionalità e coerenza delle scelte operate dal Legislatore nell'ambito del libero esercizio della potestà normativa. Sul punto merita richiamare la

(13) V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. Scienza Amm.*, 1999, n. 1, 15 s.; M. CARLI, *Come garantire il rispetto delle regole sulla "buona" qualità delle leggi dello stato*, in *Osservatorio sulle fonti* 2007, Giappichelli, Torino, 2009, p. 3 e ss.

sentenza n. 52/1996 con la quale è stato dichiarato «*illegittimo per contrasto con i principi di ragionevolezza, e di razionalità della legislazione, desumibili dall'art. 3 della Costituzione*» l'articolo 15, comma 17, della legge 10 dicembre 1993, n. 515 (Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica).

In altre pronunzie il controllo giurisdizionale della qualità della legislazione è stato condotto valorizzando il generale principio di certezza del diritto. In talune sentenza, tra le quali merita menzione la n. 376/2002, traspare l'idea per cui la chiarezza e l'intelligibilità della regolazione scongiura il rischio di incertezza del diritto che alligna nell'eccesso di norme, soprattutto se confuse e contraddittorie, la quale può condurre alla negazione del diritto stesso e a porre le premesse per comportamenti illegali.

Alla luce della breve analisi sin ora tracciata con riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di giustiziabilità della cattiva regolazione dovrebbe apprezzarsi pienamente il carattere innovativo della sentenza 16 aprile 2013, n. 70.

La sentenza, come detto, ha collegato il sindacato sulla qualità delle norme all'art. 97 Cost. ed ha individuato nell'oscurità della disposizione un elemento decisivo ai fini della relativa dichiarazione di incostituzionalità ponendo l'accento sull'onere, in capo tanto al Legislatore regionale quanto del Legislatore nazionale, di formulare i testi legislativi in maniera chiara e comprensibile.

La pronunzia si apprezza anche perché la Corte costituzionale è sembrata animata dalla preoccupazione di farsi carico delle conseguenze del grave disordine normativo ingenerato dal cattivo uso della potestà legislativa regionale sugli attori economici operanti nel mercato campano dell'energia eolica, nonché sui cittadini e sui fruitori dei servizi. La dottrina ha, infatti, evidenziato come la pronunzia si ponga come una presa di posizione di fondamentale rilievo soprattutto in ordine all'attenzione mostrata dai Giudici costituzionali rispetto al tema dei costi economici della cattiva qualità della legislazione (14).

Tali ultime considerazioni consentono di rintracciare il *trait d'union* tra la pronunzia sin ora esaminata e la sentenza 23 gennaio 2013 n. 8 sulla quale appare opportuno spendere alcune considerazioni.

4. L'elevato standard qualitativo della legislazione come leva per lo sviluppo economico nella giurisprudenza costituzionale più recente.

Nella sentenza 23 gennaio 2013, n. 8 la Corte Costituzionale è stata chiara nell'affermare che una legislazione composta da norme sovrapposte, stratificate e poco chiare in uno a procedimenti amministrativi lenti e farraginosi ingenera negli operatori economici difficoltà sia di accesso sia di permanenza

(14) P. MAZZINA, *Qualità della legislazione e competitività: alcune riflessioni intorno ad una recente esperienza campana*, in www.rivistaaic.it, Osservatorio costituzionale, ottobre 2013, 4 s.

sul mercato rappresentando un “collo di bottiglia” rispetto all’obiettivo della crescita economica.

Nel vagliare la legittimità costituzionale degli articoli 1, comma 4, e 35, comma 7, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), la Corte ha invocato, infatti, politiche “*volte ad alleggerire la regolazione, liberandola dagli oneri inutili e sproporzionati e che perseguano lo scopo di sostenere lo sviluppo dell’economia nazionale*”.

Sul punto i Giudici costituzionali hanno rilevato come non sia difficile cogliere l’intimo legame “*fra le politiche economiche di liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, e le implicazioni finanziarie delle stesse*”. La Corte ha ben sintetizzato, nella pronuncia in esame, il circolo virtuoso innescabile con la messa in campo di politiche di riduzione della pressione regolatoria. Nell’ottica adottata dal Legislatore negativo, infatti, un contesto normativo agevole ed intellegibile realizza una maggiore libertà di accesso al mercato ed incentiva l’intrapresa economica privata. L’ingresso di nuovi operatori sul mercato incrementa, a sua volta, l’efficienza e la competitività del sistema produttivo che, per l’effetto, è in grado di generare crescita economica favorendo l’aumento del gettito tributario che concorre alla riduzione del disavanzo della finanza pubblica funzionale al rispetto degli indici del Patto europeo di stabilità.

La necessità, così espressa dalla Corte costituzionale, di puntare ad una stagione di politiche di semplificazione normativa come leva per il rilancio del Paese appare largamente condivisa dagli analisti internazionali e nazionali. L’assunto trova conforto, in particolare, nell’edizione del 2014 del Rapporto *Doing Business* predisposto dalla Banca Mondiale sulla “*facilità di fare impresa*”. Il rapporto ha comparato i sistemi di *business regulation* di 189 Paesi misurando le ripercussioni degli oneri normativi, in ciascun contesto nazionale, sullo svolgimento di attività come avviare un’impresa, ottenere un licenza, registrare una proprietà, impiegare lavoratori, importare ed esportare beni. Lo studio si è tradotto in una graduatoria che vede l’Italia collocata al 65° posto, dopo Rwanda e Ghana, per qualità della regolazione e celerità dei procedimenti amministrativi (15).

Il negativo effetto della pressione regolatoria ed amministrativa sulle attività produttive è stato denunciato anche dalla Commissione Europea che, da ultimo nella comunicazione del 7 marzo 2013, COM(2013) 122 *Smart Regulation: Responding to the needs of small and medium-sized enterprises*, ha riaffermato la necessità di far leva sul miglioramento della regolazione come

(15) I dati raccolti dalla Banca Mondiale nel rapporto 2014 sono reperibili al seguente indirizzo web: <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB14-Full-Report.pdf>.

strumento di competitività e di sviluppo economico. Sulla stessa linea anche *BusinessEurope*, la Confindustria europea, che ha chiarito: “*the current crisis has brought smart regulation as a tool for encouraging growth and competitiveness to the top of the EU political agenda*”.

Come dimostrato dalla posizione assunta dagli organismi internazionali, delle Istituzioni europee e della recente giurisprudenza costituzionale di cui si è dato conto, il collegamento tra la qualità della regolazione e la crescita economica è ormai dato inconfutabile. La cattiva qualità della regolazione rappresenta, dunque, un diretto *vulnus* rispetto ai principi costituzionali di imparzialità, ragionevolezza e certezza del diritto che, come è stato efficacemente messo a fuoco dalla Corte costituzionale nell’ultimo anno con le sentenze 23 gennaio 2013, n. 8 e 16 aprile 2013, n. 70, si riverbera immediatamente sul piano economico essendo a tutti chiaro che “*se non c’è la certezza del diritto non è assicurata né la crescita né la competitività*” (16).

Di qui, allora, bisogna ripartire: ricostruire una *governance* di sistema che, presa piena consapevolezza del rapporto di derivazione diretta tra la qualità della legislazione e la promozione della crescita, intraprenda iniziative di riduzione dello *stock* normativo e favorisca il passaggio ad una amministrazione *performance-oriented* la cui azione si inserisca in un quadro di complessiva stabilità legislativa ed istituzionale.

Concludendo, in un periodo di crisi la scarsità di mezzi finanziari deve tradursi in stimolo verso ad maggiore efficienza nel loro impiego. All’interno di una agenda di organiche e sistematiche politiche di *regulatory reform* sarà, quindi, prioritario contemperare modifiche normative e di procedura dirette a promuovere la competitività del sistema-Paese in vista di un ritorno alla fiducia nel breve periodo ed alla crescita nel lungo periodo.

Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2013 n. 8 - Pres. Quaranta, Red. Cartabia - avv.ti M. Bertolissi e L. Manzi per la Regione Veneto, M. Cecchetti per la Regione Toscana e avv. Stato P. Gentili per il Presidente del Consiglio dei ministri.

(...)

Considerato in diritto

1.— Con i due ricorsi indicati in epigrafe, la Regione Toscana (reg. ric. n. 82 del 2012) e la Regione Veneto (reg. ric. n. 83 del 2012) hanno proposto in via principale varie questioni di legittimità costituzionale relative al decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27, tra cui alcune aventi ad oggetto l’articolo 1, comma 4, e, per quanto riguarda la sola Regione Toscana, l’art. 35, comma 7, del decreto-legge indicato così come convertito.

(16) R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, www.giustamm.it, n. 6/2012.

In particolare, in ordine all'art. 1, comma 4, la Regione Toscana lamenta la violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 119 della Costituzione; mentre la Regione Veneto ritiene che siano stati violati gli artt. 3, 5, 97, 114, 117, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma, 118, 119 della Costituzione, nonché l'art. 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), il principio di leale collaborazione e i principi di cui agli artt. 1, comma 1, e 2, comma 2, lettere z) e ll), della legge 5 maggio 2009, n. 42 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione).

Per quanto riguarda l'art. 35, comma 7, poi, la sola Regione Toscana lamenta la violazione degli artt. 77, secondo comma, 117, terzo comma, 118, primo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione, nonché del principio di leale collaborazione.

2.— Stante la connessione esistente tra i predetti ricorsi, i relativi giudizi possono essere riuniti e decisi con un'unica pronuncia, la quale avrà ad oggetto esclusivamente le questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative sopra indicate - art. 1, comma 4, e art. 35, comma 7 - essendo riservata ad altre decisioni la valutazione delle restanti questioni, promosse con i medesimi ricorsi dalle Regioni Toscana e Veneto.

3.— Riguardo all'art. 1, comma 4, del decreto-legge impugnato, devono preliminarmente dichiararsi inammissibili le censure prospettate dalla Regione Veneto con riferimento agli artt. 3, 5, 97, 114 e 119 Cost., nonché quelle che lamentano la violazione dell'art. 9, comma 2, della legge costituzionale n. 3 del 2001, e degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 2, lettere z) e ll), della legge n. 42 del 2009.

3.1.— Le censure relative agli artt. 3 e 97 Cost. sono inammissibili, in quanto non sufficientemente motivate.

La Regione ricorrente si limita a lamentare la genericità e l'indeterminatezza della disposizione impugnata, omettendo di mostrare le ragioni per cui tali caratteristiche della normativa in esame determinino una lesione dei principi di ragionevolezza e buon andamento della pubblica amministrazione, invocati a parametro di giudizio, e trascurando del tutto di indicare come l'asserita violazione di tali principi ridondi sul riparto di competenze sancito dal Titolo V della Parte seconda della Costituzione.

3.2.— Ugualmente inammissibili sono le questioni prospettate in riferimento agli artt. 5 e 114 Cost., e al principio di cui all'art. 9, comma 2, della legge costituzionale n. 3 del 2001. Su tali punti il ricorso risulta carente di motivazione e financo inconferente. Dette censure sono esclusivamente volte a rivendicare la posizione equiordinata di cui godrebbero le Regioni rispetto allo Stato, che renderebbe illegittima l'introduzione di qualsiasi strumento di controllo statale sulle Regioni, senza che siano addotte specifiche argomentazioni in ordine alla asserita illegittimità costituzionale della disposizione impugnata. La motivazione, oltre che insufficiente, appare anche inconferente, in quanto la norma censurata non ripristina alcun controllo sugli atti legislativi o amministrativi delle Regioni, in contrasto con la legge costituzionale n. 3 del 2001, invocata a parametro del presente giudizio.

3.3.— Infine, è inammissibile, per carenza assoluta di motivazione, il ricorso della Regione Veneto nella parte in cui ritiene violati l'art. 119 Cost. e gli artt. 1, comma 1, e 2, comma 2, lettere z) e ll), del legge n. 42 del 2009. Sul punto, il ricorso è privo di qualunque svolgimento argomentativo, limitandosi a richiamare le suddette norme, senza mostrare in quale senso esse risultino incise dalle disposizioni impugnite e senza neppure offrire ragioni a sostegno della possibilità di far valere l'evocata legge n. 42 del 2009 come parametro nei giudizi davanti a questa Corte.

4.— Nel merito, le rimanenti questioni aventi ad oggetto l'art. 1, comma 4, non sono fondate.

4.1.— Occorre, anzitutto, chiarire il significato della disposizione impugnata, alla luce del contesto normativo in cui s'inscrive.

Il contenuto del censurato art. 1, comma 4, infatti, può essere compreso solo in relazione ai commi che lo precedono, dal momento che esso prevede che le Regioni e gli altri enti territoriali si adeguino ai principi desumibili dai primi tre commi del medesimo art. 1 e, al fine di incentivare gli enti territoriali ad operare nel senso indicato dal legislatore statale, il comma 4 afferma che «il predetto adeguamento costituisce elemento di valutazione della virtuosità», alla quale si connettono conseguenze di ordine finanziario, secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 2011, n. 111.

I principi contenuti nei commi 1, 2 e 3 dell'art. 1 - la cui attuazione da parte di tutti gli enti territoriali il legislatore intende incentivare con il dispositivo contenuto nel comma 4, oggetto del presente giudizio - riguardano la liberalizzazione delle attività economiche e si pongono in linea di continuità, anche attraverso richiami testuali espliciti, con l'art. 3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148, su cui questa Corte si è pronunciata con sentenza n. 200 del 2012.

In vista di una progressiva e ordinata liberalizzazione delle attività economiche, l'art. 1 del decreto-legge n. 1 del 2012 prevede un procedimento di ri-regolazione delle attività economiche a livello statale, da realizzarsi attraverso strumenti di delegificazione, che mira all'abrogazione delle norme che, a vario titolo e in diverso modo, prevedono limitazioni o pongono condizioni o divieti che ostacolano l'iniziativa economica o frenano l'ingresso nei mercati di nuovi operatori, fatte salve le regolamentazioni giustificate da «un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario» (art. 1, comma 1, lettera a), e che siano adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite (art. 1, comma 1, lettera b). Allo stesso scopo, l'art. 1, comma 2, prevede che «[l]e disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche» siano «interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale» e indica una serie d'interessi pubblici, anche di rango costituzionale, che possono giustificare limiti e controlli, vòlta, ad esempio, «ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica». Segue, all'art. 1, comma 3, la previsione che il Governo individui con regolamenti di delegificazione, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), le attività per le quali permangono limiti, regolamentazioni e controlli e identifichi, altresì, le disposizioni legislative e regolamentari che, invece, risultano abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi.

Vista nel suo insieme, la disciplina contenuta nell'art. 1 del decreto-legge n. 1 del 2012 si colloca nel solco di un'evoluzione normativa diretta ad attuare «il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale» (sentenza n. 200 del 2012). Tale intervento normativo, conformemente ai prin-

cipi espressi dalla giurisprudenza di questa Corte, «prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale» e con gli altri principi costituzionali (sentenza n. 200 del 2012).

4.2.— In questo quadro, l'art. 1, comma 4, estende all'intero sistema delle autonomie il compito di attuare i principi di liberalizzazione, come sopra delineati. Del resto, affinché l'obiettivo perseguito dal legislatore possa ottenere gli effetti sperati, in termini di snellimento degli oneri gravanti sull'esercizio dell'iniziativa economica, occorre che l'azione di tutte le pubbliche amministrazioni - centrali, regionali e locali - sia improntata ai medesimi principi, per evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento dell'uno o dell'altro degli ulteriori enti che compongono l'articolato sistema delle autonomie. Quest'ultimo, infatti, risponde ad una logica che esige il concorso di tutti gli enti territoriali all'attuazione dei principi di simili riforme. A titolo esemplificativo, si può rammentare che persino gli statuti di autonomia speciale prevedono che le norme fondamentali delle riforme economico-sociali costituiscono vincoli ai rispettivi legislatori regionali e provinciali, che sono tenuti ad osservarle nell'esercizio di ogni tipo di competenza ad essi attribuita. Per queste ragioni, il principio di liberalizzazione delle attività economiche - adeguatamente temperato dalle esigenze di tutela di altri beni di valore costituzionale - si rivolge tanto al governo centrale (art. 1, commi 1, 2 e 3), quanto a Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni (art. 1, comma 4), perché solo con la convergenza dell'azione di tutti i soggetti pubblici esso può conseguire risultati apprezzabili.

4.3.— L'ampiezza dei principi di razionalizzazione della regolazione delle attività economiche non comporta, nel caso in esame, l'assorbimento delle competenze legislative regionali in quella spettante allo Stato nell'ambito della tutela della concorrenza, ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che pure costituisce il titolo competenziale sulla base del quale l'atto normativo statale impugnato è stato adottato. Al contrario: grazie alla tecnica normativa prescelta, i principi di liberalizzazione presuppongono che le Regioni seguitino ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche, essendo anzi richiesto che tutti gli enti territoriali diano attuazione ai principi dettati dal legislatore statale. Le Regioni, dunque, non risultano menomate nelle, né tanto meno private delle, competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientate ad esercitarle in base ai principi indicati dal legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza.

4.4.— Ciò determina l'infondatezza delle censure relative all'art. 117, secondo, terzo, quarto e sesto comma, e 118 Cost., dato che con la disposizione impugnata il «legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo invece che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale» (sentenza n. 200 del 2012).

4.5.— Neppure sono fondate le censure, prospettate dalla Regione Veneto, in riferimento all'art. 117, primo e quinto comma, Cost., considerato che non emerge alcun profilo di contrasto con il diritto dell'Unione europea, mentre, sotto il profilo del riparto di competenze, la disposizione impugnata si qualifica in termini di «tutela della concorrenza» (ex plurimis, sentenze n. 299 e n. 200 del 2012), rientrando dunque pienamente all'interno delle competenze di pertinenza esclusiva statale, ex art. 117, secondo comma, Cost., senza nulla togliere alle Regioni in materia di attuazione del diritto europeo.

4.6.— Quanto alla violazione del principio di leale collaborazione, lamentata dalla Regione Veneto, la relativa questione è parimenti infondata.

A prescindere da ogni considerazione sulla formulazione, in vero poco perspicua, della censura, occorre ribadire che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'invocato principio non trova applicazione in riferimento al procedimento legislativo ed, inoltre, «esso non opera allorché lo Stato eserciti la propria competenza legislativa esclusiva in materia di “tutela della concorrenza”» (così la sentenza n. 299 del 2012 e similmente le sentenze n. 234 del 2012, n. 88 del 2009 e n. 219 del 2005).

5.— Il principale elemento di novità della disposizione impugnata, rispetto all'evoluzione normativa sopra richiamata (punto 4.1.), è costituito dal raccordo tra attuazione dei principi di razionalizzazione delle attività economiche e implicazioni di natura finanziaria a carico delle autonomie territoriali. Proprio in ordine a tale correlazione è stato formulato il più nutrito gruppo di censure, per violazione dell'art. 117, terzo comma, e 119 Cost., rispettivamente in materia di coordinamento della finanza pubblica e autonomia finanziaria regionale.

5.1.— Le questioni non sono fondate.

L'art. 1, comma 4, censurato, prevede che la Presidenza del Consiglio comunichi al Ministero dell'economia «gli enti che hanno proceduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo», volte all'attuazione del principio di liberalizzazione. Tale adeguamento viene considerato tra i parametri di “virtuosità”, sulla base dei quali, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del decreto-legge n. 98 del 2011, gli enti territoriali vengono suddivisi in due classi, ai fini del rispetto del patto di stabilità interno. Gli enti stimati complessivamente virtuosi sono chiamati a rispettare vincoli di finanza pubblica meno stringenti rispetto agli enti meno virtuosi, come ad esempio quelli relativi al contenimento delle spese correnti, ai sensi dell'art. 77-ter, comma 3, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133. Al contrario, gli enti collocati nella classe meno virtuosa subiscono una riduzione dei trasferimenti e concorrono alla realizzazione di obiettivi di finanza pubblica maggiormente onerosi, ai sensi dell'art. 14, commi 1 e 2, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, nella legge 30 giugno 2010, n. 122.

La valutazione della “virtuosità” degli enti si basa su un complesso di parametri assai articolato (ex art. 20, comma 2, lettere da a a l, e comma 2-bis, del decreto-legge n. 98 del 2011), tra i quali la disposizione impugnata introduce anche l'adeguamento ai principi della razionalizzazione della regolazione economica, quale elemento aggiuntivo rispetto agli altri fattori già previsti dal legislatore.

5.2.— Non è difficile cogliere la ratio del legame tracciato dal legislatore fra le politiche economiche di liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, e le implicazioni finanziarie delle stesse. Secondo l'impostazione di fondo della normativa - ispirata a quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, su cui poggiano anche molti interventi delle istituzioni europee - è ragionevole ritenere che le politiche economiche volte ad alleggerire la regolazione, liberandola dagli oneri inutili e sproporzionati, perseguano lo scopo di sostenere lo sviluppo dell'economia nazionale. Questa relazione tra liberalizzazione e crescita economica appare ulteriormente rilevante in quanto, da un lato, la crescita economica è uno dei fattori che può contribuire all'aumento del gettito tributario, che, a sua volta, concorre alla riduzione del disa-

vanzo della finanza pubblica; dall'altro, non si può trascurare il fatto che il Patto europeo di stabilità e crescita - che è alla base del Patto di stabilità interno - esige il rispetto di alcuni indici che mettono in relazione il prodotto interno lordo, solitamente preso a riferimento quale misura della crescita economica di un Paese, con il debito delle amministrazioni pubbliche e con il deficit pubblico. Il rispetto di tali indici può essere raggiunto, sia attraverso la crescita del prodotto interno lordo, sia attraverso il contenimento e la riduzione del debito delle amministrazioni pubbliche e del deficit pubblico. In questa prospettiva, è ragionevole che la norma impugnata consenta di valutare l'adeguamento di ciascun ente territoriale ai principi della razionalizzazione della regolazione, anche al fine di stabilire le modalità con cui questo debba partecipare al risanamento della finanza pubblica. L'attuazione di politiche economiche locali e regionali volte alla liberalizzazione ordinata e ragionevole e allo sviluppo dei mercati, infatti, produce dei riflessi sul piano nazionale, sia quanto alla crescita, sia quanto alle entrate tributarie, sia, infine, quanto al rispetto delle condizioni dettate dal Patto europeo di stabilità e crescita.

5.3.— Complessivamente, dunque, non è irragionevole che il legislatore abbia previsto un trattamento differenziato fra enti che decidono di perseguire un maggiore sviluppo economico attraverso politiche di ri-regolazione dei mercati ed enti che, al contrario, non lo fanno, purché, naturalmente, lo Stato operi tale valutazione attraverso strumenti dotati di un certo grado di oggettività e comparabilità, che precisino ex ante i criteri per apprezzare il grado di adeguamento raggiunto da ciascun ente nell'ambito del processo complessivo di razionalizzazione della regolazione, all'interno dei diversi mercati singolarmente individuati.

Introdurre un regime finanziario più favorevole per le Regioni che sviluppano adeguate politiche di crescita economica costituisce, dunque, una misura premiale non incoerente rispetto alle politiche economiche che si intendono, in tal modo, incentivare.

Non sussiste pertanto alcuna violazione sotto l'invocato profilo dell'art. 119 Cost., né dell'art. 117, terzo comma, Cost., in materia di coordinamento della finanza pubblica.

6.— La Regione Toscana ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'art. 35, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012 convertito, con modificazioni, nella legge n. 27 del 2012 - che ha soppresso l'intesa introdotta con l'art. 10, comma 1, del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario), nell'ambito del procedimento volto all'adozione dell'atto di indirizzo di cui all'art. 59 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 (Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59), adottato dal Ministero dell'economia e delle finanze - per violazione degli artt. 77, secondo comma, 117, terzo comma (in materia di coordinamento del sistema tributario), 118, primo comma, e 119, secondo comma, Cost., nonché del principio di leale collaborazione.

6.1.— In riferimento alle censure mosse nei confronti dell'art. 35, comma 7, è necessario, in primo luogo, indagare il significato sia del cosiddetto "atto di indirizzo" del Ministro dell'economia e delle finanze, che costituisce il presupposto per il rinnovo della Convenzione tra il Ministero e l'Agenzia delle entrate, prevista dall'art. 59 del d.lgs. n. 300 del 1999, sia di tale Convenzione.

Quest'ultima, in particolare, disciplina i rapporti tra Ministero dell'economia e delle finanze e Agenzia delle entrate, in relazione alle funzioni amministrative di riscossione alla stessa rimesse. In merito alla suddetta Convenzione, la Corte costituzionale ha già avuto modo di precisare che: «la citata Convenzione [...] non è idonea a produrre lesione della sfera di competenza costituzionale della ricorrente [Regione Siciliana], in quanto essa disciplina i rap-

porti tra il Ministero e l'Agazia, senza alcun riferimento alle competenze regionali, né contiene alcun profilo che in qualche modo possa dar luogo ad una compressione dei poteri regionali in materia di riscossione dei tributi» (sentenza n. 288 del 2004). Di conseguenza, come pure precisato nella predetta sentenza, la possibilità di pervenire a una intesa tra Regione e Agazia delle entrate per la riscossione dei tributi di spettanza regionale non risulta in alcun modo pregiudicata dalla Convenzione stipulata a livello centrale, per ambiti diversi ed estranei alle competenze regionali, tra Ministero e Agazia.

Il d.lgs. n. 68 del 2011 segue proprio questa impostazione, prevedendo specifiche Convenzioni tra Regioni e Agazia delle entrate, distinte da quella tra Ministero e Agazia. Infatti, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 68 del 2011 «le Regioni possono definire con specifico atto convenzionale, sottoscritto con il Ministero dell'economia e delle finanze e con l'Agazia delle entrate, le modalità gestionali e operative dei tributi regionali, nonché di ripartizione degli introiti derivanti dall'attività di recupero dell'evasione», nel rispetto della autonomia organizzativa delle stesse e nella scelta delle forme di organizzazione delle attività di gestione e di riscossione. La disposizione prosegue, specificando che «[l']atto convenzionale, sottoscritto a livello nazionale, riguarda altresì la compartecipazione al gettito dei tributi erariali». E ancora, l'art. 10, comma 4, del medesimo decreto legislativo specifica che le modalità di gestione dell'IRAP e dell'addizionale regionale all'IRPEF, nonché il relativo rimborso spese, sono disciplinate sulla base di convenzioni da definire tra l'Agazia delle entrate e le Regioni.

6.2.— Stante l'estraneità della disposizione impugnata agli ambiti di competenza regionale, la questione sollevata relativamente alla violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., è inammissibile.

Questa Corte, con giurisprudenza costante, ha ritenuto, infatti, ammissibili le questioni di legittimità costituzionale proposte da una Regione, nell'ambito di un giudizio in via principale, in riferimento a parametri diversi da quelli contenuti nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione, solo quando sia possibile rilevare la ridondanza delle asserite violazioni sul riparto di competenze tra Stato e Regioni e la ricorrente abbia indicato le specifiche competenze ritenute lese indirettamente dalla violazione di parametri diversi da quelli contenuti nel Titolo V, nonché le ragioni della lamentata lesione (ex plurimis, sentenze n. 22 del 2012, n. 128 del 2011, n. 326 del 2010, n. 116 del 2006, n. 280 del 2004). In particolare, con riferimento all'art. 77 Cost., questa Corte ha ribadito in parte qua la giurisprudenza sopra ricordata, riconoscendo che le Regioni possono impugnare un decreto-legge per motivi attinenti alla pretesa violazione del medesimo art. 77, ove adducano che da tale violazione derivi una compressione delle loro competenze costituzionali (ex plurimis, sentenza n. 6 del 2004). Tale circostanza non ricorre nel caso di specie, in quanto, come eccepito dall'Avvocatura generale dello Stato, non si vede come l'asserita mancanza di ragioni di straordinaria necessità e urgenza, richieste dall'art. 77 Cost., si ripercuota sul riparto delle competenze legislative.

6.3.— Nel merito, alla luce del quadro normativo poco sopra illustrato, le questioni sollevate in riferimento agli artt. 117, terzo comma, 118, primo comma, 119, secondo comma, Cost. e al principio di leale collaborazione non sono fondate.

È, infatti, in sede di Convenzione tra Regioni e Agazia delle entrate, e non nell'ambito della formazione del cosiddetto atto di indirizzo ministeriale, che possono trovare spazio le indicazioni regionali - spazio di cui la ricorrente ritiene essere stata privata con l'eliminazione dell'intesa ad opera della disposizione impugnata - ed è, di nuovo, in tale sede che deve e può trovare possibilità di esprimersi la leale collaborazione tra Stato e Regioni, come previsto, del resto, dai commi 5, 6, e 7 dell'art. 10 del d.lgs. n. 68 del 2011, secondo cui «Al fine di as-

sicurare a livello territoriale il conseguimento degli obiettivi di politica fiscale di cui al comma 1, la convenzione di cui al comma 2 può prevedere la possibilità per le regioni di definire, di concerto con la Direzione dell'Agenzia delle entrate, le direttive generali sui criteri della gestione e sull'impiego delle risorse disponibili. Previo accordo sancito in sede di Conferenza Stato-Regioni, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono definite le modalità attuative delle disposizioni di cui al comma 5. Per la gestione dei tributi il cui gettito sia ripartito tra gli enti di diverso livello di governo la convenzione di cui al comma 2 prevede l'istituzione presso ciascuna sede regionale dell'Agenzia delle Entrate di un Comitato regionale di indirizzo, di cui stabilisce la composizione con rappresentanti designati dal direttore dell'Agenzia delle entrate, dalla regione e dagli enti locali. La citata gestione dei tributi è svolta sulla base di linee guida concordate nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni, con l'Agenzia delle entrate».

Alla luce di detto contesto normativo, la soppressione dell'intesa - che non era prevista nell'originaria formulazione dell'art. 59 del d.lgs. n. 300 del 1999, ma è stata introdotta con l'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 68 del 2011, e subito eliminata con l'art. 35, comma 7, del decreto-legge n. 1 del 2012, in questa sede impugnato - non determina alcuna lesione delle competenze regionali in tema di coordinamento del sistema tributario di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., né viola in alcun modo il principio di leale collaborazione. Per le medesime ragioni non sono neppure fondate le censure basate sulla violazione dell'art. 118, primo comma, Cost., e dell'art. 119, secondo comma, Cost.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riservata a separate pronunce la decisione delle questioni di legittimità costituzionale riguardanti le altre disposizioni contenute nel decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27,

riuniti i giudizi,

1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge n. 1 del 2012, come convertito nella legge n. 27 del 2012, promosse dalla Regione Veneto con riferimento agli articoli 3, 5, 97, 114 e 119 della Costituzione; 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione); 1, comma 1, e 2, comma 2, lettere z) e ll), della legge 5 maggio 2009, n. 42 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione), con il ricorso indicato in epigrafe;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 35, comma 7, del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, nella legge n. 27 del 2012, promossa, in riferimento all'articolo 77, secondo comma, della Costituzione dalla Regione Toscana con il ricorso indicato in epigrafe;

3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge n. 1 del 2012, come convertito nella legge n. 27 del 2012, promosse dalla Regione Toscana e dalla Regione Veneto, con riferimento agli articoli 117, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma, 118, 119 della Costituzione e al principio di leale collaborazione, con i ricorsi indicati in epigrafe;

4) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 35, comma 7, del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, nella legge n. 27 del 2012, promosse, in riferimento agli articoli 117, terzo comma, 118, primo comma, 119, secondo

comma, della Costituzione e al principio di leale collaborazione, dalla Regione Toscana con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 16 gennaio 2013.

Corte costituzionale, sentenza 16 aprile 2013 n. 70 - Pres. Mazzella, Rel. Lattanzi - avv. Stato A. Venturini per il Presidente del Consiglio dei ministri e avv. A. Bove per la Regione Campania.

(...)

Considerato in diritto

1.– Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 2, della legge della Regione Campania 21 maggio 2012, n. 13, recante «Interventi per il sostegno e la promozione della castanicoltura e modifiche alla legge regionale 27 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012)», in riferimento agli articoli 117 e 118, nonché 117, secondo comma, lettera l), e 97 della Costituzione.

La questione si collega a un ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri avverso la legge della Regione Campania 1° luglio 2011, n. 11 (Disposizioni urgenti in materia di impianti eolici), che è stato deciso da questa Corte con l'ordinanza n. 89 del 2012, di estinzione del processo a seguito di rinuncia.

La rinuncia è avvenuta dopo l'abrogazione, a far data dal 29 febbraio 2012, della norma allora impugnata, con la quale si prevedeva che la costruzione di nuovi aereogeneratori fosse autorizzabile solo nel rispetto di una distanza pari o superiore a 800 metri dall'aereogeneratore più vicino.

La disposizione oggi censurata interviene sul testo della norma abrogatrice, ovvero sull'art. 52, comma 15, della legge della Regione Campania 27 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni per la formazione del Bilancio Annuale 2012 e Pluriennale 2012-2014 della Regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012), per stabilire che il termine del 29 febbraio 2012 è differito al 30 giugno 2012.

Il ricorrente afferma che il legislatore regionale avrebbe indotto lo Stato a rinunciare al ricorso, definito con l'ordinanza n. 89 del 2012, per poi reintrodurre la norma che ne era oggetto, così violando il principio di leale collaborazione.

In secondo luogo, gli effetti retroattivi della norma impugnata, in deroga agli artt. 11 e 15 delle disposizioni sulla legge in generale, sarebbero preclusi dalla competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile.

Infine, la tecnica legislativa seguita nel caso di specie avrebbe ingenerato forti difficoltà applicative, in contrasto con l'art. 97 Cost.

2.– In via preliminare, la Corte prende atto che la norma impugnata è stata abrogata dall'art. 42, comma 4, della legge della Regione Campania 9 agosto 2012, n. 26 (Norme per la protezione della fauna selvatica e disciplina dell'attività venatoria in Campania), «dalla data di entrata in vigore della presente legge», ovvero dal 14 agosto 2012; tuttavia, contrariamente a quanto eccepito dalla difesa regionale in punto di «inammissibilità del ricorso», con ciò non si è determinata la cessazione della materia del contendere, perché non si può escludere che la norma abbia trovato medio tempore applicazione (ex plurimis, sentenze n. 243 del 2012 e n. 158 del 2012).

Per smentire questa ipotesi, la Regione Campania ha prodotto in giudizio una nota del-

l'amministrazione regionale, con la quale si certifica che nel periodo compreso tra il 29 maggio 2012 ed il 30 giugno 2012 «alcun procedimento ha avuto esito negativo in ragione della riviviscenza» della legge reg. Campania n. 11 del 2011. Ma la data iniziale così individuata, con riferimento all'entrata in vigore della legge regionale oggi impugnata, non garantisce che il divieto da essa reintrodotta non abbia avuto concreta applicazione dal 29 febbraio fino al 28 maggio seguente. Ciò sarebbe in linea astratta possibile, posto che, differendo il termine abrogativo recato dall'art. 52, comma 15, della legge reg. Campania n. 1 del 2012, l'ordinamento regionale ha inteso escludere che l'abrogazione potesse avere efficacia da quando era stata inizialmente disposta, e dunque dal 29 febbraio, fino al 30 giugno.

In ogni caso, con riguardo all'intero arco temporale compreso tra il 29 febbraio e il 30 giugno, in presenza di una norma di divieto, neppure vi è la certezza che essa non sia stata presa in considerazione nel corso della fase istruttoria di procedimenti amministrativi, che avrebbero avuto esito favorevole proprio perché la parte istante si era uniformata a tale divieto.

3.- L'eccezione di inammissibilità del ricorso, avanzata dalla Regione Campania per il fatto che il ricorrente non ha riproposto le censure che lo avevano indotto ad impugnare la precedente legge regionale n. 11 del 2011, non è fondata. Si tratta di una decisione dipendente dalla libera scelta della parte del giudizio in via principale, che non ha alcun nesso, neppure sul piano logico, con l'iniziativa di contestare per altri profili l'esercizio della potestà legislativa regionale su vicende analoghe.

4.- La questione di legittimità costituzionale della norma impugnata è fondata con riferimento all'art. 97 Cost., che viene posto a base del ricorso con adeguata motivazione.

Questa Corte ha già affermato che non è conforme a tale disposizione costituzionale l'adozione, per regolare l'azione amministrativa, di una disciplina normativa «foriera di incertezza», posto che essa «può tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione» (sentenza n. 364 del 2010).

Il fenomeno della riviviscenza di norme abrogate, quand'anche si manifesti nell'ambito delle «ipotesi tipiche e molto limitate» che l'ordinamento costituzionale tollera, rientra in linea generale in questa fattispecie, perché può generare «conseguenze imprevedibili» (sentenza n. 13 del 2012), valutabili anche con riguardo all'obbligo del legislatore di assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie, il legislatore regionale, dopo avere dettato una regola di azione per l'amministrazione regionale, l'ha prima abrogata; poi l'ha fatta rivivere, ma solo per un periodo di tempo limitato e attraverso la tecnica, di per sé dagli esiti incerti, del differimento di un termine abrogativo già interamente maturato; infine l'ha nuovamente abrogata.

Questa Corte è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale proprio della fase più critica di tale manifestamente irrazionale esercizio della discrezionalità legislativa, segnata dalla presunta riviviscenza del divieto recato dalla legge reg. Campania n. 11 del 2011. I procedimenti amministrativi che si sono svolti in questo periodo di tempo sono stati assoggettati ad una normativa difficilmente ricostruibile da parte dell'amministrazione, continuamente mutevole, e, soprattutto, non sorretta da alcun interesse di rilievo regionale degno di giustificare una legislazione così ondivaga.

Se, infatti, il legislatore campano avesse ritenuto prioritario imporre il divieto in questione, non si vede perché avrebbe deciso di farlo rivivere solo fino al 30 giugno 2012, né si capisce che cosa ne avrebbe determinato la successiva, nuova abrogazione da parte della legge regionale n. 26 del 2012, peraltro posteriore all'esaurimento dell'efficacia di tale divieto.

La frammentarietà del quadro normativo in tal modo originato non è perciò giustificabile

alla luce di alcun interesse, desumibile dalla legislazione regionale, ad orientare in modo non univoco l'esercizio della discrezionalità legislativa, così da accordarla a necessità imposte dallo scorrere del tempo.

Ne consegue l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione dell'art. 97 Cost.

5.- Sono assorbite le questioni relative agli artt. 117 e 118, nonché 117, secondo comma, lettera l), Cost.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 2, della legge della Regione Campania 21 maggio 2012, n. 13, recante «Interventi per il sostegno e la promozione della castanicoltura e modifiche alla legge regionale 27 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012)».

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 aprile 2013.

La rilevanza dell'interesse legittimo nell'esercizio della protezione diplomatica

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 19 OTTOBRE 2011 N. 21581

*Benedetta Barmann**

Con la sentenza n. 21581/2011 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno accolto il ricorso proposto da una società privata, che svolgeva attività di collegamento marittimo tra Italia e Marocco, riconoscendo la sussistenza in capo alla stessa di un interesse legittimo a contestare la condotta adottata dal Governo italiano a seguito del diniego di autorizzazione da parte del Marocco all'esercizio dell'attività di collegamento. Come è stato osservato (1), tale pronuncia costituisce *"uno sviluppo di un certo rilievo in tema di protezione diplomatica, con particolare riferimento alla possibilità dell'individuo di contestare l'eventuale inerzia dello stato nazionale a tutelare le situazioni giuridiche individuali lese all'estero"*.

Per meglio inquadrare la decisione delle Sezioni Unite ed analizzarne il contenuto innovativo, è bene, tuttavia, ricostruire brevemente la vicenda processuale che ha portato alla cassazione della sentenza del Consiglio di Stato impugnata dalla società ricorrente. Quest'ultima, difatti, si è rivolta alla Suprema Corte dopo essersi vista rigettare, sia in primo che in secondo grado, la richiesta di risarcimento del danno, attribuito ad una condotta omissiva del Governo italiano (in particolare, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero degli Affari Esteri e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti). Nello specifico, i giudici del TAR per il Lazio, con la sentenza n. 7278/2007, hanno negato la sussistenza del nesso di causalità tra il danno lamentato (ovvero, l'interruzione del collegamento marittimo) e l'illegittimità imputata allo Stato italiano (consistente nell'aver omesso di intervenire in protezione diplomatica nei confronti dello Stato marocchino). Tale pronuncia è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, richiedendone la riforma nel senso del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno. Ha osservato l'Alto Consesso come la ricorrente, pur riconoscendo che la mancata autorizzazione all'esercizio dell'attività di collegamento marittimo sia imputabile allo Stato marocchino, sostenga la concorrente responsabilità dello Stato italiano per non aver posto in essere le azioni sufficienti per dare effettiva attuazione alla L. n. 433/1985 (2)

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

(1) P. PUSTORINO, *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, volume XCV 1/2012, pp. 156-159.

(2) Ratifica ed esecuzione dell'accordo in materia di marina mercantile tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo del Regno del Marocco.

e per non aver adottato le misure previste dalla L. n. 69/1987 (3), la quale prevede che in caso di manifesta attività di boicottaggio da parte di uno Stato straniero, lo Stato italiano debba intervenire con apposite misure anti-discriminatorie (4). Sulla base di tali allegazioni, il Consiglio di Stato ha correttamente inquadrato la questione nell'ambito dell'istituto della protezione diplomatica e, basandosi sull'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi in proposito, ha affermato che il Governo non è obbligato, nei confronti del cittadino che la invoca, ad esercitare la protezione diplomatica contro lo Stato straniero; più specificatamente, si legge nel dispositivo che: *"gli atti compiuti da uno Stato nel regolamento delle relazioni internazionali sono infatti atti politici e, come tali, sottratti al sindacato giurisdizionale, sia ordinario che amministrativo. Deve quindi escludersi che il cittadino possa pretendere il risarcimento del danno per il mancato esercizio della c.d. protezione diplomatica"* (Consiglio di Stato, Sezione VI, sent. n. 8719/2009).

Dunque, il Consiglio nega la fondatezza del ricorso ritenendo, in via pregiudiziale, che gli atti del Governo, espressione dell'esercizio della protezione diplomatica, essendo atti politici *stricto sensu*, siano sottratti al sindacato dell'autorità giudiziaria e che, conseguentemente, attesa la non obbligatorietà del loro esercizio, la mancata attivazione del Governo attraverso tali provvedimenti non possa costituire fonte di danno.

A questo proposito, è necessario evidenziare che l'orientamento seguito dal Consiglio di Stato risulta essere perfettamente in linea con quella che è stata l'impostazione seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza fino ad oggi (*rectius*, fino alla pronuncia della Cassazione). Secondo la concezione tradizionale, difatti, la protezione diplomatica costituisce un istituto del diritto internazionale volto alla protezione di un interesse diretto o di un diritto dello Stato che sia stato leso da un altro Stato attraverso un comportamento illecito tenuto nei confronti di un suo cittadino (5). Tale assunto è diretta conseguenza della concezione classica che nega rilevanza sul piano internazionale all'individuo ed ai suoi diritti; come è stato osservato (6), *"lo Stato che agisce in protezione di-*

(3) Disposizioni per la difesa della Marina mercantile italiana.

(4) A titolo esemplificativo, l'art. 1 stabilisce che lo Stato italiano ha facoltà di *"limitare o vietare la partecipazione al trasporto marittimo originato dal sistema economico nazionale in entrata ed uscita dai porti italiani alle compagnie di navigazione di quei Paesi che limitano la libertà di concorrenza nei traffici marittimi internazionali con misure quali riserve di traffico, concorrenza non commerciale, regolamentazioni portuali e fiscali preferenziali, regimi di controllo o doganali ed altre misure comunque idonee ad influire sulla scelta della bandiera e a determinare, direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, una ripartizione o un controllo unilaterale dei trasporti marittimi. Analoghi provvedimenti possono essere adottati nei confronti delle compagnie di navigazione che, pur non appartenendo ai predetti Paesi, effettuano tuttavia il trasporto in virtù delle misure da questi adottate"*.

(5) così A. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'esercizio della protezione diplomatica*, Giuffrè, 2008.

(6) B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, volume VIII, Editoriale scientifica.

plomatica esercita un diritto di cui esso e non il suo suddito, è, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, titolare. Lo Stato non agisce come rappresentante o mandatario dell'individuo". Da ciò discende la conseguenza per cui l'esercizio della protezione diplomatica da parte di uno Stato è assolutamente discrezionale; dunque, non esisterebbe un dovere internazionale di protezione da parte degli Stati né la legittimazione ad agire degli stessi può essere in alcun modo influenzata. Questa prevalenza dell'interesse statale su quello individuale priva i cittadini di avere giustizia anche sul piano interno, lasciando ai governi la piena libertà nel condurre le trattative sul piano internazionale.

Questa è stata anche l'impostazione seguita dalla giurisprudenza interna; a titolo esemplificativo, si menziona la sentenza delle Sezioni Unite della Casazione, la n. 2452 del 12 luglio 1969, in cui si legge che: *"la preminenza assoluta degli interessi della collettività organizzata a Stato, che con tali atti vengono tutelati, vieta che nel compimento degli atti medesimi sia imposto il minimo limite alla discrezionalità degli organi che li pongono in essere ... l'interesse del singolo rimane pienamente sacrificato di fronte all'interesse dello Stato inteso come collettività"* (7).

Non sono mancate, tuttavia, già in passato, opinioni isolate secondo le quali agli individui spetterebbe il diritto di ottenere l'esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato; già autorevole dottrina (Conforti) si è posta il problema se, dal punto di vista del diritto interno, il Governo non sia obbligato nei confronti dei suoi cittadini ad esercitare la protezione diplomatica. Se in passato le risposte a tali interrogativi sono state sempre negative, con la sentenza delle Sezioni Unite presa in esame si è verificata una vera e propria inversione di tendenza. Queste ultime, infatti, accogliendo il ricorso proposto dalla società privata, annullano la decisione del Consiglio di Stato e rinviando nuovamente gli atti al Giudice Amministrativo per un nuovo giudizio. Dopo aver osservato che *"l'esclusione della giurisdizione in ordine all'adozione o meno degli atti prospettati quale fonte di danno sia ricondotta in via consequenziale all'interpretazione dell'istituto della c.d. protezione diplomatica in termini di atto politico, come tale sottratto tout court a qualsivoglia sindacato giurisdizionale"* conclude la Corte che *"il rigetto della domanda risarcitoria motivato dal difetto di giurisdizione per la pretesa natura politica dell'attività lesiva - al cospetto di una espressa previsione costituzionale (art. 113) che non consente tale declinatoria tout court - si risolve, nella sostanza, nel diniego, in astratto, di qualsivoglia posizione giuridica azionabile dal privato, id est nel sostanziale rifiuto da parte del GA di esercitare, secondo il dettato costituzionale, la propria giurisdizione. (...) Il diniego assoluto di giurisdizione in subiecta materia si risolve nell'illegittimo diniego della sussistenza tout*

(7) Si può vedere anche la sentenza della Corte internazionale di Giustizia sul caso *Barcelona Traction*.

court di qualsivoglia posizione soggettiva giuridicamente tutelata rispetto al mancato esercizio dei poteri attribuiti alle Amministrazioni dello Stato (...). In ordine all'illegittimo esercizio sussistono, pertanto, inalienabili posizioni soggettive di interesse legittimo (assimilabili alle legitimate expectations previste e tutelate in Common law in ordine all'esercizio di poteri derivanti, come nella specie, dal diritto internazionale consuetudinario), rispetto alle quali si pone al di fuori dei limiti della potestas iudicandi dell'organo di giustizia amministrativa il diniego assoluto di tutela giurisdizionale che, viceversa, attesa la già rilevata consistenza giuridica delle predette posizioni, deve ritenersi devoluta a quell'autorità giudiziaria".

Il riconoscimento da parte della Corte di una posizione giuridica soggettiva rispetto all'esercizio della protezione diplomatica costituisce, come ricordato, una novità particolarmente rilevante nel nostro ordinamento; allo stesso tempo, tuttavia, si presentano all'interprete una serie di interrogativi. Difatti, non entrando le S.U. nel merito della risarcibilità di detto interesse nel caso concreto (8), ma rimandando gli atti al Giudice amministrativo, viene spontaneo chiedersi quali siano i limiti entro i quali l'autorità giudiziaria possa accordare il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse dell'individuo rispetto all'esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato: o ancora meglio, quand'è che detto interesse possa dirsi leso? Solo in caso di mancato esercizio della protezione diplomatica o anche nell'ipotesi in cui le misure adottate dal Governo vengano giudicate inadeguate al caso di specie? Una risposta affermativa a quest'ultimo interrogativo introdurrebbe la possibilità di entrare nel merito dell'attività di Governo sul piano internazionale.

Bisogna riconoscere, tuttavia, come è stato autorevolmente osservato (9), che con questa pronuncia la Cassazione mostra di conoscere bene gli sviluppi della giurisprudenza internazionale sul tema; in particolare, nell'ambito di alcuni sistemi giuridici nazionali si è registrata una nuova tendenza che sembrerebbe orientarsi verso il riconoscimento di un diritto individuale di promuovere un ricorso interno, mirante al controllo giurisdizionale della decisione da parte di uno stato di agire o meno in protezione diplomatica (10). Difatti, l'analisi comparativa della giurisprudenza degli Stati europei più recente (11) conduce ad alcuni importanti sviluppi in tema di protezione diplomatica, nella misura in cui alcune Corti interne rilevano l'operatività di alcuni

(8) Senza contare che la sentenza non ha affrontato neanche la questione, pure importante, del previo esaurimento dei ricorsi interni prevista dal diritto internazionale come presupposto necessario affinché uno Stato possa agire in protezione diplomatica.

(9) P. PUSTORINO, *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, volume XCV 1/2012, pp. 156-159.

(10) così, L. PANELLA, *La protezione diplomatica, sviluppi e prospettive*, Giappichelli.

(11) Ad es. Corte Costituzionale tedesca, caso *Hess* del 16 dicembre 1980 in cui si afferma che "gli organi della Repubblica Federale hanno il dovere (compito) costituzionale di fornire protezione ai cittadini tedeschi e ai loro interessi negli stati stranieri".

limiti al potere discrezionale dello Stato, che si manifestano in primo luogo nel diritto dell'individuo di attivare un ricorso interno mirante al controllo giurisdizionale della decisione statale; il fondamento di tale controllo viene spesso rinvenuto nell'esistenza di norme costituzionali o legislative che consentono un esame giurisdizionale delle decisioni assunte a livello governativo. In secondo luogo, sono stati enucleati alcuni indici, quali l'adeguatezza e la proporzionalità rispetto al caso di specie (o, ancora, la ragionevolezza e la non arbitrarietà che devono essere rispettati dagli organi governativi sia in riferimento alla decisione di intervenire sia in relazione all'entità dell'intervento (12)), sulla base dei quali è possibile valutare il contenuto dell'azione statale in protezione diplomatica, con riferimento all'importanza degli interessi individuali violati; tale giurisprudenza ha tuttavia specificato che tali interessi possono subire un contemperamento in virtù di superiori esigenze di politica estera ed è dato, comunque, rilevare il perdurare di un atteggiamento di deferenza degli organi giurisdizionali nei confronti dell'esecutivo; anche quelle corti che hanno dedotto l'esistenza di un obbligo costituzionale di protezione dei cittadini all'estero, hanno tuttavia ammesso che non si può imporre al Governo l'adozione di misure specifiche nella condotta delle relazioni internazionali, se non al rischio di ledere il principio della separazione dei poteri (13).

Inoltre, è necessario sottolineare che, nei casi citati, il riconoscimento di un diritto dell'individuo affinché lo Stato agisca in protezione diplomatica avviene, per lo più, quando si tratti di violazioni compiute dallo Stato straniero incidenti sui **diritti umani**; ci si domanda, dunque, se l'intervento del Governo in protezione diplomatica sia necessario e possa essere sottoposto ad un sindacato giurisdizionale anche nel caso in cui il privato, anziché un diritto umano, faccia valere un interesse di tipo economico, come nel caso portato all'attenzione della Suprema Corte.

In definitiva, dal momento che parametri di riferimento per l'indagine sul contenuto dell'azione statale non sono stati individuati dalla Suprema Corte, si resta in attesa di conoscere l'esito del giudizio riassunto dinanzi al Consiglio di Stato.

(12) Per citarne alcuni: Corte d'appello dell'Aja sentenza 22 novembre 1984; Court of Appeal britannica nel caso *Abbasi*.

(13) L. PANELLA, *op. cit.*

Cassazione civile, Sez. Un., sentenza 19 ottobre 2011 n. 21581 - Primo Pres. ff. Vittoria, Rel. Travaglino, P.M. Iannelli (difforme) - "Il tuo viaggio" S.r.l. (avv.ti Aloisio e Gallo) c. Presidenza Consiglio dei Ministri, Ministero infrastrutture e trasporti, Ministero affari esteri (avv. gen. Stato).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La s.r.l. "Il Tuo Viaggio" contesta alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed al Ministero degli affari esteri la mancata attivazione dell'istituto della protezione diplomatica volta a sostenere le richieste dell'istante, che svolgeva attività di collegamento marittimo tra l'Italia e il Marocco, all'esito del rigetto dell'autorizzazione all'esercizio (o al suo mantenimento) della linea gestita ai sensi della L. n. 433 del 1985.

1.1. L'odierna ricorrente espone che, adito il Tar Lazio per ottenere la convocazione della commissione italo-marocchina e il risarcimento dei danni per l'inerzia dello Stato italiano nel non attivare i principi di reciprocità e difesa della marina mercantile nazionale, si vide rigettare il ricorso per mancanza di nesso eziologico tra la condotta omissiva italiana e il danno lamentato, con sentenza confermata dal Consiglio di Stato che, nel dicembre 2009, ritenne, in via pregiudiziale, che il mancato esercizio della protezione diplomatica non potesse costituire, *ipso facto*, fonte di danno, attesa la non obbligatorietà *ex lege* del suo esercizio (attingendo il suo più intimo contenuto ai rapporti tra Stati in guisa di incensurabile atto politico), confermando poi, nel merito, la già riconosciuta (*in prime cure*) imprevedibilità di un nesso di causalità giuridicamente rilevante tra condotta omissiva ed evento di danno.

2. La sentenza del Consiglio di Stato è stata impugnata dalla società di navigazione con ricorso per cassazione sorretto da un unico, complesso motivo di gravame illustrato da memoria.

2.1. Resistono con controricorso la PdCdM, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e quello degli affari esteri.

3. Lamenta la ricorrente la violazione, per falsa e mancata applicazione, degli artt. 24, 111, 113 Cost.; della L. 25 luglio 1985, n. 433; della L. 3 marzo 1987, n. 69, recante disposizioni per la difesa della marina mercantile italiana, in relazione al Decreto 3.9.1999 dell'allora ministero dei trasporti e della navigazione, ora ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

3.1. Il motivo è fondato.

3.1.1. La fondatezza della censura emerge dal sinergico esame del motivo di ricorso e delle ragioni addotte dalla difesa erariale per contrastarlo.

3.2. *In limine*, va osservato come, sia dalla motivazione della decisione oggi impugnata sia dalle obiezioni mosse a ricorso dall'Avvocatura oggi resistente, emerga che l'esclusione della giurisdizione in ordine all'adozione o meno degli atti prospettati quale fonte di danno sia ricondotta in via consequenziale alla interpretazione dell'istituto della c.d. "protezione diplomatica" in termini di atto politico, come tale sottratto *tout court* a qualsivoglia sindacato giurisdizionale, sia ordinario che amministrativo - salvo poi l'adozione, da parte del giudice amministrativo, di un *decisum* (anche) di merito sotto il profilo della causalità (ritenuta nella specie insussistente) tra condotta ed evento di danno.

4. L'accertamento compiuto in via pregiudiziale da parte del C.d.S. è avvenuto, peraltro, non in via incidentale ma principale, non avendo gli atti oggetto del presente giudizio valenza autoritativa *stricto sensu* (onde, di essi, non sarebbe risultato legittimo l'annullamento, se richiesto), mentre il rigetto della domanda risarcitoria motivato dal difetto di giurisdizione per la pretesa natura politica dell'attività lesiva - a cospetto di una espressa previsione costituzionale (art. 113 Cost.) che non consente tale declinatoria *tout court* - si risolve, nella sostanza, nel di-

niego, in astratto, di qualsivoglia posizione giuridica azionabile dal privato, *id est* nel sostanziale rifiuto da parte del GA di esercitare, secondo dettato costituzionale, la propria giurisdizione.

4.1. Correttamente e condivisibilmente evidenzia, pertanto, il ricorrente come il diniego assoluto di giurisdizione *in subiecta materia* si risolva nell'illegittimo diniego della sussistenza *tout court* di qualsivoglia posizione soggettiva giuridicamente tutelata rispetto al mancato esercizio dei poteri attribuiti alle Amministrazioni dello Stato dalla L. n. 433 del 1985 e dalla L. n. 69 del 1987: onde la irredimibile violazione degli artt. 24 e 113 della Carta fondamentale.

4.2. Censurabile risulta dunque la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto di qualificare la posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente con riferimento all'istituto della protezione diplomatica - che, secondo la definizione contenuta nell'art. 1 del relativo progetto adottato dalla Commissione del diritto internazionale (e fatta propria dalla Corte Internazionale di Giustizia con la sentenza 24.5.2007, *Sadio Diallo*), consiste nella contestazione da parte di uno Stato (attraverso un'attività diplomatica o altri mezzi di risoluzione delle controversie) della responsabilità di altro Stato per un danno causato da un fatto illecito (sul piano internazionale) ad una persona fisica o giuridica che abbia la nazionalità del primo Stato al fine di attivare consequenzialmente tale responsabilità - opinando che l'esercizio dei poteri di cui alla L. n. 69 del 1987, art. 1 potesse ascrivere ad una incensurabile attività di politica estera sottratta integralmente al vaglio della giurisdizione: così omettendo del tutto di considerare che i poteri in discorso (dapprima attribuiti al Ministero della marina mercantile, poi trasferiti a quello delle infrastrutture e dei trasporti) sono esercitati, su proposta (non di un organo politico, bensì) di una commissione tecnica al fine di difendere la marina mercantile nazionale e di disciplinare i traffici commerciali marittimi per la tutela dell'interesse nazionale, poteri il cui contenuto esula del tutto dal novero degli atti politici *stricto sensu*, trattandosi viceversa di atti di (alta) amministrazione rientranti nell'esercizio di una più specifica politica marittimo-mercantile nazionale.

5. In ordine all'illegittimo esercizio - ovvero, come nella specie, al mancato esercizio di tali poteri - sussistono, pertanto, inalienabili posizioni soggettive di interesse legittimo (assimilabili alle *legittimate expectations* previste e tutelate in Common law in ordine all'esercizio di poteri derivanti, come nella specie, dal diritto internazionale consuetudinario), rispetto alle quali si pone al di fuori dei limiti (negativi) della *potestas iudicandi* dell'organo di giustizia amministrativa il diniego assoluto di tutela giurisdizionale che, viceversa, attesa la già rilevata consistenza giuridica delle predette posizioni, deve ritenersi devoluta a quell'autorità giudiziaria.

6. Gli ulteriori argomenti spesi in sentenza (in ordine alla causalità e al danno) non possono costituirne, nel caso di specie, idonea e autosufficiente *ratio decidendi*, degradando piuttosto, *ipso facto*, a rango di meri *obiter dicta*, attesa la pregiudiziale declinatoria assoluta di *potestas iudicandi* da parte del giudice adito.

Il ricorso è pertanto accolto, con conseguente cassazione della sentenza oggi impugnata.

Va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

La causa deve, pertanto, essere rinviata dinanzi al Consiglio di Stato.

Alla disciplina delle spese del giudizio di cassazione provvederà il giudice dinanzi al quale il processo è rinviato.

P.Q.M.

La corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, al Consiglio di Stato.

La dialettica dei distinti: il diritto di recesso nell'offerta fuori sede

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 3 GIUGNO 2013 N. 13905

*Francesco Maria Ciaralli**

SOMMARIO: 1. Il caso concreto. - 2. Lo jus poenitendi nell'offerta fuori sede: genesi e successivi sviluppi. - 3. Dal contrasto giurisprudenziale alla pronuncia delle Sezioni Unite. - 4. La ermeneutica rilevanza della littera legis. - 5. Tutela del risparmiatore "sorpreso" quale ratio della disciplina. - 6. Il principio di eguaglianza e il diritto di recesso secondo le Sezioni Unite. - 7. La recente novella: adesione o limite alla giurisprudenza di legittimità? - 8. Rilievi conclusivi.

Nelle pagine che seguono si affronta il tema dell'estensione del perimetro applicativo dello *jus poenitendi* nelle ipotesi di offerta fuori sede di strumenti finanziari, che ha di recente formato oggetto di una rilevante decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (1).

La rilevanza della decisione è altresì acuita dal fatto che il Governo della Repubblica, pochi giorni dopo il deposito della sentenza, è intervenuto in via d'urgenza a disciplinare la medesima materia in senso solo parzialmente conforme a quanto statuito dalle Sezioni Unite (2).

La sentenza in commento costituisce il punto di emersione degli orientamenti della Suprema Corte in tema di interpretazione teleologica e costituzionalmente orientata, rivestendo dunque una portata generale al di là della specifica materia incisa dalla pronuncia (3).

1. Il caso concreto.

La controversia, da cui scaturisce la pronuncia delle Sezioni Unite, ha per oggetto la sottoscrizione di obbligazioni da parte di un risparmiatore, avvenuta a seguito dell'attività sollecitatoria svolta fuori sede da un promotore finanziario della Banca Mediolanum s.p.a.

Rivelatesi inesigibili le obbligazioni a causa del sopravvenuto fallimento dell'emittente, il cliente al dettaglio ha convenuto la Banca dinanzi al Tribunale di Palermo domandando la restituzione delle somme investite. L'attore

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

(1) Cass. civ. SS.UU. 3 giugno 2013, n. 13905, in *Il Caso.it*, I, 9083.

(2) L'art. 56 *quater* del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, cosiddetto decreto "del fare", convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98, disciplina lo *jus poenitendi* nell'offerta fuori sede. Per la trattazione del rapporto tra la novella legislativa e la sentenza delle Sezioni Unite si rinvia al paragrafo 7 di questa nota.

(3) Nella sentenza *de qua* le Sezioni Unite fanno diretta applicazione, nei rapporti interpretati, dell'art. 3 Cost. La relazione intercorrente tra il diritto al ripensamento ed il principio di eguaglianza è oggetto di trattazione nel par. 6 del presente scritto, cui si rimanda.

ha dedotto la nullità dell'acquisto per diverse ragioni, *inter alia* per l'omessa previsione nel contratto del diritto di recesso che l'art. 30, sesto comma, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nel prosieguo Tuf, attribuisce all'investitore in strumenti finanziari collocati fuori sede dall'intermediario.

La domanda dell'attore è stata accolta in primo grado (Trib. Palermo, 18 luglio 2007, in *www.ilcaso.it*) con sentenza confermata in appello (C. App. Palermo, 6 luglio 2010, in *www.ilcaso.it*), in virtù della considerazione secondo cui il lemma "collocamento" non ha, per quanto concerne il diritto di recesso, un'accezione tecnica tale da determinarne la sicura identificazione con il servizio di collocamento in senso proprio, come individuato dall'art.1, quinto comma, lett. c), Tuf.

A seguito del ricorso del soccombente, la prima sezione civile della Corte di Cassazione, rilevata la sussistenza in dottrina e giurisprudenza di opinioni diverse circa il perimetro applicativo delle disposizioni suindicate, ha sollecitato la rimessione della questione alle Sezioni Unite, le quali hanno respinto il ricorso pronunciando la sentenza qui in commento (4).

2. *Lo jus poenitendi nell'offerta fuori sede: genesi e successivi sviluppi.*

La vigente disciplina concernente il diritto di recesso costituisce l'esito di un processo di stratificazione normativa, la cui ricognizione si rende necessaria al fine di determinare l'ambito applicativo dello *jus poenitendi* nell'offerta fuori sede. L'art. 30, comma sesto, Tuf, è infatti il risultato di due autonome disposizioni che per esigenze strutturali sono confluite nella medesima norma.

La prima disposizione si rinviene nell'art. 18 *ter*, comma 2, l. 7 giugno 1974, n. 216, in virtù del quale l'efficacia dei contratti stipulati mediante vendita a domicilio ed aventi per oggetto valori mobiliari era sospesa per la durata di cinque giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione.

Entro il termine suindicato l'acquirente aveva facoltà di comunicare al venditore o al suo agente il proprio recesso senza corrispettivo (5); inoltre, tale facoltà doveva essere riprodotta nei contratti stessi i quali, se stipulati in violazione di quanto stabilito nell'art. 18 *ter*, erano nulli (6).

La *ratio* della norma era pianamente e diffusamente rinvenuta nell'esigenza di differenziare il regime protettivo dell'investitore che *motu proprio* si fosse

(4) Per ulteriore approfondimento del caso, si rinvia a CIVALE, *Diritto di ripensamento nell'offerta fuori sede di prodotti finanziari: dalle questioni semantiche all'eterogenesi dei fini*, in *dirittobancario.it*, 2013 e NIGRO, *Le Sezioni Unite e la vis expansiva della disciplina dello jus poenitendi*, in corso di pubblicazione in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, fasc. n. 12.

(5) Autorevole dottrina riteneva che il diritto di ripensamento inserisse a tutti i contratti conclusi porta a porta, prescindendo da ogni indagine concernete il servizio di investimento eventualmente prestato. Si veda, *ex multis*, ALPA, *Lo «jus poenitendi»*, in BESSONE-BUSNELLI (a cura di), *La vendita "porta a porta"*, Milano, 1992, p. 143 ss.

recato presso la sede della controparte, al fine di stipulare il contratto, da quello dell'investitore che, fatto oggetto di attività sollecitatoria, fosse stato indotto a contrarre in conseguenza di un'iniziativa proveniente dal venditore stesso.

In tale ultima ipotesi, infatti, l'investitore era esposto al rischio di essere "colto di sorpresa" dalla proposta della controparte, sicché nella valutazione del legislatore si rendeva necessario accordare un ulteriore *spatium deliberandi* onde consentire all'investitore di ponderare la propria decisione.

L'attribuzione del diritto di recesso si configurava quindi come misura idonea a riequilibrare le posizioni contrattuali delle parti contraenti, al fine di neutralizzare lo squilibrio cagionato dalla peculiare intrusività che connotava la vendita a domicilio.

In seguito, si è proceduto all'introduzione, senza alcun coordinamento con la disposizione suindicata, dell'art. 8, comma 1, lett. c), l. 2 gennaio 1991, n. 1, che ha sancito il diritto di recesso per il cliente in relazione al contratto di gestione di patrimoni concluso sia in sede sia fuori sede. Tale disposizione è poi confluita nell'art. 20, d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, il quale, con riferimento ai contratti di gestione di portafogli, ha accordato al cliente il diritto di ripensamento per sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione in caso di offerta fuori sede.

I due filoni citati sono stati poi riuniti nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il cui art. 30 unitariamente disciplina sia l'offerta fuori sede che il diritto di recesso.

La *confusio* delle due disposizioni nell'art. 30 Tuf implica la necessità di ricostruire gli elementi costitutivi della fattispecie di offerta fuori sede e del diritto di recesso, al fine di appurare se tra le due previsioni normative vi sia identità di perimetro applicativo ovvero un rapporto di *genus ad speciem*.

Secondo l'opzione ricostruttiva unanimemente accolta in dottrina (7), l'offerta fuori sede di strumenti finanziari costituisce fattispecie complessa al cui perfezionamento concorrono, alla stregua dell'art. 30, comma primo, Tuf, gli

(6) La sospensione dell'efficacia dei contratti stipulati a seguito di vendita a domicilio è a sua volta il portato di un complesso processo evolutivo. Esso trae origine dalla prassi, posta in essere dalle reti di vendita a partire dalla metà degli anni '70 del secolo scorso, di offrire prodotti finanziari alternativi ai titoli azionari ed obbligazionari, quali quote di fondi comuni immobiliari e certificati di partecipazione. Tale prassi si connotava dunque per una duplice atipicità, relativa sia al canale distributivo (diverso dallo sportello bancario) sia al titolo distribuito, sicché emerse nell'ordinamento mobiliare la lacuna consistente nella circostanza che l'offerta al pubblico dei titoli atipici esulava dalle competenze della Consob nonché, per quanto riguarda il canale distributivo, dalle attribuzioni di controllo delle Autorità creditizie. Il legislatore intervenne sulla materia attraverso la l. 23 marzo 1983, n. 77, modificativa della l. 7 giugno 1974, n. 216, con cui, da un lato, venivano estese le competenze di controllo delle Autorità di settore e, dall'altro, si disciplinava il collocamento porta a porta dei valori mobiliari, con conseguente previsione del diritto di recesso onde riequilibrare le posizioni contrattuali di acquirente e venditore. Per un'analisi disamina di tale processo normativo si veda CARBONETTI, *Lo jus poenitendi nell'offerta fuori sede di prodotti finanziari*, in *Banca bor. tit. cr.*, 2001, p. 770 ss.

(7) *Ex multis*, PARRELLA, *Offerta fuori sede*, in FRATINI, GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, I, p. 489 ss. e CARBONETTI, *op. cit.*, p. 775.

elementi costitutivi di seguito individuati. In primo luogo si richiede che venga posta in essere, presso il pubblico, un'attività di promozione e collocamento, avente per oggetto strumenti finanziari ovvero servizi e attività di investimento. Tale attività deve essere svolta, al fine dell'integrazione della fattispecie, in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione o del collocamento.

Inoltre, onde distinguere l'offerta fuori sede dalla diversa ipotesi di promozione e collocamento a distanza di servizi e attività d'investimento e strumenti finanziari, è altresì necessario che l'offerta sia svolta mediante tecniche di contatto che implicano la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o di un suo incaricato, secondo il combinato disposto dell'art. 30, primo comma, e dell'art. 32, primo comma, Tuf (8).

Costituisce elemento negativo della fattispecie la qualifica dell'investitore come cliente professionale, difettando in tal caso l'esigenza di garanzia che presiede alla disciplina sull'offerta fuori sede (9).

Non è qui d'uopo esaminare partitamente gli elementi costitutivi menzionati, basti solo porre in evidenza che la locuzione "promozione e collocamento", come impiegata nel comma primo dell'art. 30 Tuf per definire l'offerta fuori sede, non costituisce un'endiadi, con la conseguenza che anche la sola promozione, qualora concorra con gli ulteriori elementi qualificativi indicati, integra un'ipotesi di offerta fuori sede (10). Tale circostanza è rilevante ai fini della distinzione tra la fattispecie generale di offerta fuori sede, definita nel primo comma, e la previsione avente per oggetto specifico il diritto di recesso accordato al risparmiatore dal sesto comma del medesimo art. 30 Tuf.

Il legislatore, infatti, nel conferire lo *jus poenitendi*, non menziona disgiuntivamente la promozione e il collocamento di strumenti finanziari, bensì fa esclusivo riferimento ai contratti conclusi fuori sede, a differenza di quanto rilevato *supra* circa la nozione generale di offerta fuori sede.

Inoltre il sesto comma dell'art. 30, anziché riferirsi come il primo comma a servizi e attività di investimento *tout court* promossi o collocati in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'intermediario, individua due fattispecie cui accede lo *jus poenitendi*: il collocamento di strumenti finanziari nonché la gestione di portafogli individuali.

(8) L'art. 32 Tuf si limita a commettere alla Consob l'onere, sentita la Banca d'Italia, di disciplinare con regolamento la promozione e il collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari.

(9) PARRELLA, *op. cit.*, p. 492 s.

(10) In tal senso, PARRELLA, *op. cit.*, p. 489 s. nonché CARBONETTI, *loc. ult. cit.* Per quanto concerne la distinzione tra promozione e pubblicità, si rinvia a RABITTI BEDOGNI, *Le offerte fuori sede e a distanza di strumenti finanziari dopo il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415*, in *Il diritto del mercato mobiliare*, a cura di RABITTI BEDOGNI, Milano, 1997, p. 210, ivi si qualifica come promozione l'attività prodromica alla stipula del contratto, la quale implica che siano individuati i contenuti del negozio e le modalità della sua conclusione.

Sicché parte della giurisprudenza di merito e la dottrina maggioritaria hanno ravvisato una discrasia tra l'ambito applicativo del diritto di recesso e quello più ampio della disciplina concernente l'offerta fuori sede (11).

La distonia tra primo e sesto comma dell'art. 30 Tuf si fonda, secondo autorevole dottrina, proprio sul processo di stratificazione normativa in esito al quale sono state congiunte in un medesimo articolo due disposizioni diverse per genesi ed effetti (12). La formulazione della norma di risulta ha dato adito ad un contrasto giurisprudenziale circa la delimitazione del perimetro applicativo dello *jus poenitendi*, oggetto del paragrafo che segue.

3. Dal contrasto giurisprudenziale alla pronuncia delle Sezioni Unite.

L'orientamento prevalente accolto dalla giurisprudenza di merito valorizza l'esigenza di tutelare il risparmiatore dall'"effetto sorpresa" potenzialmente scaturente dall'offerta fuori sede di strumenti finanziari. Tale esigenza non emerge

(11) *Ex multis*, SANTOSUOSSO, *Jus poenitendi e servizi di investimento: la tutela dell'investitore dall'"effetto sorpresa"*, in *Banca bor. tit. cr.*, 2008, II, p. 776 s.; CHIEPPA MAGGI, *sub art. 30*, in CAMPOBASSO (diretto da), *Testo unico della finanza, Commentario*, Torino, 2002, p. 271; CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2004, p. 60.

Contra, GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 1990, p. 166 ss., ancorché con riferimento alla disciplina di cui all'art. 18 *ter*, comma 2, l. 7 giugno 1974, n. 216.

Per quanto concerne la giurisprudenza di merito, l'interpretazione restrittiva del diritto di recesso rispetto alla fattispecie di offerta fuori sede è fatta propria da Trib. Parma 14 maggio 2007 e App. Brescia 27 settembre 2007, entrambe in *www.ilcaso.it*.

Contra, l'orientamento estensivo è stato seguito nelle seguenti pronunce: Trib. Parma 20 dicembre 2011, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Bologna 15 aprile 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Modena 6 marzo 2009, *ivi*; Trib. Forlì 13 gennaio 2009, in *Contratti*, 2009, 401; Trib. Milano 17 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2815; Trib. Bologna 17 aprile 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Benevento 26 ottobre 2005, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, 753; Trib. Rimini 28 aprile 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma 20 luglio 2006 e 14 settembre 2006, *ivi*; Trib. Pescara 9 maggio 2006, in *Giur. Mer.*, 2007, 1276; Trib. Parma 17 gennaio 2006, in *www.giuemilia.it*; Trib. Mantova 10 dicembre 2004, in *Contratti*, 2005, 604; App. Palermo 2 luglio 2010, in *Giur. it.*, 2010, 868.

(12) CIVALE, *Diritto di ripensamento nell'offerta fuori sede di prodotti finanziari: dalle questioni semantiche all'eterogenesi dei fini*, in *dirittobancario.it*, 2013, p. 5 s.

Un'altra opinione contesta che la diversità genetica delle disposizioni sia tale da impedire un'estensione del diritto di recesso oltre i contratti espressamente menzionati dal legislatore, in virtù della considerazione secondo cui il sostantivo "collocamento" è impiegato nella norma come sinonimo di "decisione d'investimento", sicché nulla osta alla sua applicazione anche con riferimento ai servizi d'investimento diversi da quelli indicati. La ragione di tale opinione sta in ciò: che il servizio di collocamento, inteso in senso proprio, postula un contratto tra emittente ed intermediario e non tra intermediario ed investitore, come invece richiesto dal sesto comma dell'art. 30 Tuf, per cui il lemma collocamento, agli effetti della disciplina sull'offerta fuori sede, deve necessariamente interpretarsi in senso atecnico, come mera decisione di investimento (LA ROCCA, L'"offerta fuori sede di strumenti finanziari" in cassazione e l'art. 56 *quater* del d.l. "del fare", in *Il Caso.it*, 2013).

Tale indirizzo non è accolto da chi ritiene che la norma sul diritto di recesso scaturisca autonomamente dalla tutela approntata sin dal 1991 per i contratti di gestione di portafogli, e che il riferimento al collocamento di strumenti finanziari si motivi in forza della standardizzazione delle condizioni contrattuali che connota le operazioni di collocamento (CIVALE, *op. cit.*, p. 7 ss.).

solo con riferimento alle fattispecie di collocamento e gestione di portafogli individuali, bensì ogniqualvolta un investitore non professionale venga indotto a contrarre fuori dei locali deputati allo svolgimento dell'attività negoziale.

Riveste valore paradigmatico di tale indirizzo giurisprudenziale la sentenza pronunciata dal Tribunale di Bologna il 17 aprile 2007, avente per oggetto un contratto di negoziazione di strumenti finanziari tramite promotori finanziari (13). Secondo tale decisione il "collocamento", ai sensi dell'art. 30 Tuf, è divisato come offerta ad un destinatario collettivo più o meno ampio, configurandosi di conseguenza come mero prodromo del negozio specifico di acquisto integrato dal contratto di negoziazione. Corollario di tale ricostruzione è che i moduli relativi al contratto di negoziazione devono recare menzione del diritto di recesso riservato al risparmiatore, sotto comminatoria di nullità ex art. 30, comma settimo, Tuf.

Il Tribunale di Genova, invece, con sentenza pronunciata il 16 gennaio 2007, nonostante rilevi che "la formulazione del testo non è ottimale", ha escluso l'applicabilità dello *jus poenitendi* oltre le fattispecie espressamente individuate dal legislatore, in virtù del principio di tassatività che connota le ipotesi di nullità cui la mancata indicazione del diritto di recesso nel contratto concluso fuori sede dà origine. Si evidenzia inoltre come vi sia una "incompatibilità oggettiva" tra la sospensione di efficacia del negozio e le esigenze connesse all'immediata esecuzione degli ordini di acquisto e vendita di strumenti finanziari (14).

A conferma dell'orientamento da ultimo menzionato, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente statuito la non coincidenza tra il perimetro applicativo della fattispecie generale di offerta fuori sede e quello specificamente relativo al diritto di recesso (15).

In particolare, la Corte di Cassazione ha rilevato che lo *jus poenitendi* «è stato stabilito per i contratti di collocamento di strumenti finanziari conclusi fuori sede (con esclusione pertanto di quelli soltanto promossi fuori sede, che viceversa rientrano nella previsione di cui al comma 1, lett. a), nonché limitatamente a quella parte dei servizi di investimento che riguarda la gestione di portafogli individuali e quindi, conclusivamente, in termini più contenuti e circoscritti rispetto alla fattispecie dell'offerta fuori sede delineata nel primo comma dell'art. 30» (16).

(13) Trib. Bologna 17 aprile 2007, in *Banca bor. tit. cr.*, 2008, II, p. 776 ss. con nota di SANTOSUOSSO.

(14) Trib. Genova 16 gennaio 2007, in *Banca bor. tit. cr., loc. ult. cit.*

(15) Si fa riferimento alle seguenti sentenze: Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2012, n. 2065, in *Società*, 2012, p. 779 ss., con nota di GUFFANTI, *Il diritto di ripensamento nell'offerta fuori sede*; nonché Cass. civ., sez. I, 22 marzo 2012, n. 4564, in *www.ilprocessocivile.com*.

(16) Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2012, n. 2065, cit.; *contra* Cass. civ. SS.UU., 3 giugno 2013, n. 13905, cit., ove si solleva «il dubbio che nell'intero art. 30 l'espressione "collocamento" sia stata adoperata dal legislatore con un significato più ampio e generico, quasi come sinonimo di qualsiasi operazione volta ad immettere sul mercato prodotti finanziari o servizi d'investimento».

Le Sezioni Unite hanno recentemente modificato l'indirizzo in precedenza seguito dalla giurisprudenza di legittimità (17); i motivi adottati per argomentare l'estensione del diritto di recesso oltre le ipotesi espressamente prese in considerazione dal legislatore si sostanziano in due considerazioni convergenti. Da un lato, si ritiene che il sostantivo "collocamento" ed il verbo "collocare" siano impiegati in modo promiscuo nell'art. 30 Tuf, sì da non inibire un'interpretazione che estenda il diritto di recesso ad ogni ipotesi di compravendita e sottoscrizione fuori sede. Dall'altro lato, la *ratio* della disposizione è rinvenuta dalla Corte nella posizione di vulnerabilità in cui si trova il cliente al dettaglio qualora l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori della sede dell'intermediario, indipendentemente dal servizio di collocamento prestato.

Le menzionate *rationes decidendi* concernenti la delimitazione del diritto di ripensamento nell'offerta fuori sede sollevano rilevanti perplessità, partitamente oggetto dei paragrafi che seguono.

4. La rilevanza ermeneutica della *littera legis*.

Il processo ermeneutico in esito al quale le Sezioni Unite sono pervenute alla conclusione che l'art. 30 Tuf contiene un'unica nozione, peraltro atecnica, di collocamento, non coincidente con il servizio di collocamento propriamente inteso, è articolabile in due fasi.

Anzitutto il primo comma dell'articolo 30 menziona, onde definire la nozione di offerta fuori sede rilevante agli effetti della norma, *inter alia* la promozione ed il collocamento presso il pubblico di servizi e attività d'investimento, beninteso in luogo diverso dalla sede o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio o l'attività. La Corte osserva che il servizio di collocamento in senso proprio «sembra concepibile solo se avente ad oggetto dei prodotti finanziari da altri emessi o offerti in vendita, non invece se ad esser *collocati* siano a loro volta altri servizi d'investimento di vario genere». Di conseguenza si inferisce che il lemma collocamento sia stato impiegato dal legislatore in un'accezione atecnica, al fine di ricomprendere ogni forma di sollecitazione che l'intermediario rivolga ai propri clienti affinché questi si avvalgano del servizio d'investimento loro proposto.

Il secondo, e decisivo, passaggio consiste nell'identificare *tout court*, stante la medesima esigenza di protezione sottesa ad entrambe le disposizioni, il perimetro applicativo del primo con quello del sesto (e settimo) comma dell'art. 30 Tuf. Esito di tale processo è l'estensione del diritto di recesso, nonché della comminatoria di nullità nell'ipotesi in cui tale diritto non sia previsto, a tutti i contratti concernenti servizi d'investimento promossi o conclusi fuori sede. Ma proprio qui emergono talune criticità della ricostruzione proposta.

(17) Cass. civ. SS.UU., 3 giugno 2013, n. 13905, cit.

In primo luogo, il sesto comma dell'art. 30 fa riferimento ai soli contratti conclusi fuori sede, con ciò espressamente restringendo il campo applicativo di tale disposizione rispetto al primo comma (18). Inoltre, come osserva la Cassazione 22 marzo 2012, n. 4564, la menzione dei contratti di gestione di portafogli individuali, accanto a quelli di collocamento, rende palese che il legislatore non abbia voluto utilizzare un'espressione residuale e generica, bensì abbia analiticamente determinato il novero delle ipotesi cui è connesso il diritto di recesso (19). Strumento ermeneutico per interpretare la disposizione in parola è dunque l'argomento *a contrario*, in virtù del quale il sesto comma enumera solo alcuni dei servizi d'investimento cui invece fa riferimento il primo comma proprio al fine di escludere gli altri.

Tuttavia, anche a prescindere dai rilievi *supra* formulati, l'interpretazione di una proposizione normativa non può prescindere dall'applicazione dell'art. 12 prel., il cui primo comma preclude l'attribuzione ad una disposizione di "altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse".

Non è dunque agevole inferire che il legislatore - attraverso la locuzione "contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede" - abbia inteso far riferimento a tutte le decisioni di investimento sollecitate da un intermediario che agisce fuori sede. Non si spiegherebbe, in tal caso, la ragione per la quale il legislatore avrebbe associato alla menzione di uno specifico servizio d'investimento, quale la gestione di portafogli individuali, un'espressione così lata da ricomprendere tutti i servizi d'investimento, ivi incluso quello espressamente nominato. L'indicazione della gestione di portafogli dovrebbe dunque essere considerata come il mero portato di un processo di stratificazione normativa, ormai riassorbito nella residuale nozione di collocamento inteso come sinonimo di "atto negoziale mediante il quale uno strumento finanziario viene fatto acquisire dal cliente" (20).

Acquista a tal proposito rilievo l'obiezione di chi, favorevole all'estensione del diritto di recesso, invita ad essere consequenziali nell'interpretazione

(18) Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2012, n. 2065, con nota di GUFFANTI, cit.

(19) Alle medesime conclusioni pervengono SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 776 e CARBONETTI, *op. cit.*, p. 779; *contra* LA ROCCA, *op. cit.*, p. 5 ss.

(20) Occorre rilevare che autorevole dottrina (LA ROCCA, *loc. ult. cit.*) sostiene la portata espansiva del diritto di recesso proprio in considerazione del dato storico. Secondo tale indirizzo, infatti, la locuzione "promozione e collocamento" è promiscuamente utilizzata dal legislatore per intendere qualsiasi decisione di investimento sollecitata fuori sede, ciò dovendosi alla prassi di denominare proprio "promozione e collocamento" l'attività fuori sede svolta dalla banca.

Contra CIVALE, *loc. ult. cit.*, ove si mette in luce che l'interpretazione estensiva non tiene conto del processo di stratificazione normativa di cui l'art. 30 Tuf è il risultato, al quale hanno contribuito come affluenti sia il filone normativo disciplinante la vendita a domicilio sia quello disciplinante la gestione di patrimoni, cui era in origine riconnesso il diritto di recesso indifferentemente nell'ipotesi in cui il relativo contratto fosse concluso in sede o fuori.

della *littera legis*, sicché il lemma “collocamento” non potrebbe farsi coincidere con il servizio di collocamento, in quanto nell’art. 30 il legislatore si riferisce al contratto concluso tra intermediario e risparmiatore anziché a quello intercorrente tra emittente ed intermediario, connotante il collocamento inteso quale servizio d’investimento (21).

Tale opinione non priva comunque di valore la considerazione secondo cui - attraverso la locuzione “contratti di collocamento di strumenti finanziari” - il legislatore ha inteso far riferimento a quei contratti conclusi tra intermediario e risparmiatore, a condizioni standardizzate, in conseguenza del servizio di collocamento che lega l’intermediario e l’emittente gli strumenti finanziari collocati (22). L’osservazione da ultimo indicata sarà meglio chiarita alla luce della *ratio legis*, di cui la successivo paragrafo.

5. Tutela del risparmiatore “sorpreso” quale *ratio della disciplina*.

Qualora non si ritenesse l’interpretazione letterale idonea a fugare i dubbi, sollevati da parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, sulla portata applicativa dell’art. 30, comma 6, Tuf, un argomento ancora più pregnante può trarsi dall’interpretazione teleologica della disposizione in commento (23).

Punto di partenza può essere la considerazione, svolta dalle Sezioni Unite, secondo cui «neanche la normale fissità del prezzo di collocamento di stru-

(21) LA ROCCA, *op. cit.*, p. 6.

(22) È interessante notare come la citata dottrina, dopo aver considerato equivoco e promiscuo il dato letterale emergente dall’art. 30 Tuf, proponga, quale replica all’indirizzo attento alla *littera legis*, un’interpretazione letterale - sia consentita l’espressione - *più realista del re*, in virtù della quale il fenomeno collocamento è come dimidiato, considerandosi solo l’aspetto che lega l’intermediario all’emittente e non quello che lega il medesimo intermediario al risparmiatore. È palese, stante l’intera impostazione dell’art. 30 ed *a fortiori* quella del sesto comma, che il legislatore intenda riferirsi a quei rapporti negoziali che coinvolgono il cliente al dettaglio, nella norma in oggetto conseguenti ad una operazione di collocamento di strumenti finanziari. Tale ultima conclusione è stata da tempo fatta propria dalla migliore dottrina, *ex multis*, PARRELLA, *op. cit.*, p. 494 ss. nonché SANTOSUOSSO, *loc. ult. cit.*.

È altresì degna di nota l’osservazione secondo cui la disposizione che accorda il diritto di recesso non può considerarsi come avente *effetti eccezionali*, in quanto i contratti coinvolgenti il consumatore trovano la loro regola generale nel codice del consumo anziché nel codice civile. Conseguenza di tale opinione è che il diritto di recesso stabilito a tutela del consumatore è suscettibile di applicazione analogica, ai sensi dell’art. 12 prel., secondo comma (LA ROCCA, *op. cit.*, p. 11 s.).

A prescindere dalla condivisione di tale posizione, resta impregiudicato il fatto che le Sezioni Unite non hanno applicato analogicamente lo *jus poenitendi*, bensì hanno senz’altro sostenuto che la locuzione “contratti di collocamento di strumenti finanziari” comprende qualsiasi atto negoziale mediante il quale uno strumento finanziario viene fatto acquisire dal cliente.

Accede ad una diversa ricostruzione la Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2012, n. 2065, cit., la quale valorizza «l’esigenza di privilegiare una interpretazione che tenga conto degli effetti eccezionali della disposizione».

(23) L’analisi della *ratio legis* è considerata prevalente nella pronuncia delle Sezioni Unite rispetto all’interpretazione letterale, stante la conclusione per cui il sostantivo “collocamento” è impiegato in senso atecnico e promiscuo nell’art. 30 Tuf.

Contra Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2012, n. 2065, cit. e Cass. civ., sez. I, 22 marzo 2012, n. 4564, cit. le quali fanno prevalente affidamento sulla *littera legis* al fine di ricostruire la norma in commento.

menti finanziari in pendenza dell'offerta al pubblico basta del tutto ad escludere la possibilità che nel medesimo lasso di tempo (...) si determinino oscillazioni di valore in grado d'influenzare la decisione dell'investitore di recedere dall'acquisto». Di conseguenza, si conclude che - potendo ricorrere oscillazioni di valore anche con riferimento alle condizioni standardizzate proprie del servizio di collocamento - viene a cadere l'interpretazione che vorrebbe il diritto di recesso limitato a tale servizio proprio in ragione della normale fissità del prezzo di collocamento.

Tale ricostruzione si rivela invero ellittica, poiché non priva di valore l'opinione secondo cui il diritto di recesso è riconosciuto per i soli contratti di collocamento - oltretutto di gestione di portafogli individuali - specificamente in virtù della "normale fissità" delle condizioni contrattuali, tale da minimizzare il rischio di comportamenti opportunistici nelle more del termine riservato al ripensamento (24). Il rischio suddetto è preso in considerazione dalle Sezioni Unite, le quali ritengono che esso possa comunque «essere neutralizzato invocando il principio generale di buona fede, che deve presidiare qualsiasi rapporto contrattuale, ma non vale certo a negare il fondamento stesso sul quale il riconoscimento di quel diritto riposa».

Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina (25), il principio di buona fede oggettiva non vale a paralizzare, nel caso di specie, la fruizione del diritto di recesso sulla base di un giudizio di convenienza economica. Dovendosi, infatti, declinare la buona fede oggettiva anzitutto come osservanza di un comportamento ragionevole, non infrange detto principio generale chi esercita lo *jus poenitendi* in ipotesi di riduzione del margine di convenienza economica della propria operazione di investimento (26). Del pari è chiaro che, in tale fattispecie, il diritto di recesso non garantisce il ripensamento del risparmiatore "colto di sorpresa", bensì consente una seconda valutazione, successiva alla conclusione del contratto, circa la profittabilità dell'investimento, peraltro riservata dalla legge ad una sola delle parti contraenti.

Le Sezioni Unite affrontano, sia pure incidentalmente, l'argomento suindicato, allorché presentano come conseguenza inevitabile dell'accresciuta tutela del cliente al dettaglio un *sacrificio* per l'intermediario, comunque compensato dai vantaggi che questi si ripromette di ottenere attraverso un sistema di com-

(24) Per quanto concerne la "gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede", l'attribuzione del diritto di recesso è frutto di un separato filone normativo, "confuso" con le norme sull'offerta fuori sede a cagione di esigenze sistematiche. Per la ricostruzione storica del diritto di ripensamento nell'offerta fuori sede si veda CIVALE, *op. cit.*, p. 2.

(25) DOLMETTA, MINNECI, MALVAGNA, *Il «ius poenitendi» tra sorpresa e buona fede: a proposito di Cass. SS.UU. N. 13905/2013*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 16, p. 5.

(26) Eloquentemente MAFFEIS, *Investimenti fuori sede e difetto di indicazione della facoltà di recesso*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 15, 2013, p. 3, si riferisce alla buona fede oggettiva come ad un "grande principio, dunque, ma che, forse, *desinit in piscem*".

mercualizzazione capillare “più aggressivo” qual è l’offerta fuori sede.

Tuttavia la variabilità cui sono esposti i prezzi degli strumenti finanziari, unitamente alle difficoltà d’utilizzare il principio di buona fede come argine ad un uso opportunistico del diritto di recesso, fa emergere il bilanciamento - al di là del mero dato letterale, comunque assai eloquente - in virtù del quale il legislatore ha circoscritto il diritto di recesso alle sole fattispecie analiticamente enumerate (27).

Inoltre, nelle ipotesi di collocamento in senso proprio nonché di gestione di portafogli individuali, il risparmiatore compie l’investimento contestualmente alla sottoscrizione del contratto, risultando di conseguenza esposto all’“effetto sorpresa” nel caso in cui il negozio sia concluso fuori sede. Al contrario, i contratti di negoziazione e trasmissione di ordini, ancorché stipulati fuori sede, implicano, posteriormente alla loro conclusione, autonome manifestazioni di volontà del risparmiatore il quale è dunque sottratto al rischio di non poter maturare adeguatamente la decisione di investimento (28).

La valutazione costi-benefici del diritto di ripensamento induce, altresì, a stigmatizzarne l’estensione a tutti i servizi d’investimento. La sospensione di efficacia del contratto per un periodo di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione postula, infatti, un ritardo nell’esecuzione dell’investimento programmato difficilmente compensato dal vantaggio in termini di maggiore tutela del risparmiatore. Autorevole dottrina arguisce che il regime di responsabilità gravante sugli intermediari per l’attività posta in essere dai promotori finanziari, di cui all’art. 31, comma terzo, Tuf, unitamente alle regole di vigilanza cui sono soggetti gli stessi promotori, costituisce strumento idoneo a proteggere il risparmiatore dall’aggressività della vendita “porta a porta”, senza incorrere nei ritardi cagionati dai sette giorni del periodo di moratoria (29).

6. *Il principio di eguaglianza e il diritto di recesso secondo le Sezioni Unite.*

Gli argomenti svolti dalle Sezioni Unite nella pronuncia sullo *jus poenitendi* non si limitano a contestare l’univocità del dato letterale né la ricostruzione teleologica in precedenza elaborata dalla stessa Corte, ma si spingono ad affermare l’estensione del diritto di recesso a tutte le decisioni d’investimento, beninteso sollecitate fuori sede, sulla base del dettato costituzionale.

(27) Autorevole dottrina evidenzia come l’estensione del diritto di recesso oltre il perimetro espressamente delineato dal legislatore sia suscettibile di provocare una vera e propria *eterogenesi dei fini* della norma sullo *jus poenitendi* (CIVALE, *op. cit.*, p. 7 ss.).

(28) SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 776 s., ove si nota altresì che, qualora l’interpretazione estensiva venisse accolta, il periodo di moratoria potrebbe essere abbreviato solo da un’esplicita manifestazione di volontà del risparmiatore nel cui interesse è stabilito. Tale manifestazione di volontà si renderebbe necessaria onde evitare i ritardi connessi alla sospensione di efficacia del contratto, con ciò comportando un aggravio degli oneri per l’investitore.

(29) CARBONETTI, *op. cit.*, p. 785 s.

Affermata l'equivocità della proposizione normativa formulata nel sesto comma, il Giudice di legittimità sostiene che il medesimo "effetto sorpresa" presente nel caso di collocamento fuori sede si ripresenta anche per tutti gli altri servizi d'investimento, sicché agli investitori esposti allo stesso rischio deve essere garantita la stessa tutela. Nello specifico, «milita in tal senso la difficoltà di giustificare, anche sul piano costituzionale, una disparità di trattamento tra l'ipotesi di offerta fuori sede di strumenti finanziari che sia fondata sulla diversa tipologia di servizio d'investimento reso dall'intermediario, quando (...) del tutto analoga è la situazione di maggiore vulnerabilità in cui viene comunque a trovarsi il cliente per il fatto stesso che l'offerta lo raggiunge fuori dalla sede dell'intermediario o degli altri soggetti indicati dal primo comma del citato art. 30»(30).

Tale ancoraggio costituzionale suscita invero numerosi e gravi dubbi. È lecito anzitutto obiettare che sovente si è fatto uso in giurisprudenza del principio di eguaglianza come argomento retorico, volto a "corroborare" l'opera ricostruttiva. D'altro canto, vi è chi ritiene che la decisione in commento costituisca applicazione necessaria dell'art. 3 Cost., allorché attribuisce il medesimo trattamento giuridico a decisioni di investimento aventi le medesime caratteristiche indipendentemente dal servizio di investimento in esito al quale sono assunte (31).

Invero, la modalità con cui la Corte di Cassazione ha fatto riferimento, in conclusione delle motivazioni, al piano costituzionale, quale parametro che "milita a favore" dell'ipotesi ricostruttiva accolta, induce a ritenere che il principio di eguaglianza sia impiegato come argomento *ad adiuvandum*, al fine di confermare la posizione assunta.

Inoltre, ancorché si considerasse l'art. 3 della Costituzione quale parametro decisivo del giudizio, permarrebbero comunque rilievi di carattere sostanziale. In primo luogo può affermarsi che - proprio in virtù della normale fissità delle condizioni di offerta nell'ipotesi di collocamento - vi sia una cesura di carattere qualitativo tra il servizio di collocamento e gli altri servizi di investimento, posto che per il primo può essere attribuito il diritto di recesso in favore della controparte non professionale e più debole proprio perché ricorre un contenuto rischio di comportamenti opportunistici, tali altrimenti da snaturare la finalità per cui lo *jus poenitendi* è stato accordato.

La valorizzazione dell'art. 3 Cost. apre altresì un profilo più generale di compatibilità tra l'interpretazione costituzionalmente orientata della legge, co-

(30) La Corte di Cassazione fa riferimento al principio di eguaglianza in senso formale, cioè alla parità di trattamento a fronte di posizioni analoghe. Per l'esame della valenza di tale principio, si rinvia a BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, Cap. I, ove viene messa in luce la preminenza che, nella gerarchia dei valori elaborata dalla Corte costituzionale, è stata costantemente annessa agli interessi sottesi all'art. 3 Cost., considerato quale norma di chiusura dell'ordinamento costituzionale.

(31) LA ROCCA, *op. cit.*, p. 7.

gente negli Stati aventi costituzione rigida, ed il rispetto delle scelte operate dal legislatore. Nel caso di specie, benché il sesto comma dell'art. 30 Tuf espressamente circoscriva il diritto di recesso solo ad alcuni servizi d'investimento, le Sezioni Unite - privando di valore il dato letterale per privilegiare un'autonoma ricostruzione della *ratio* conforme a Costituzione - hanno esteso lo *jus poenitendi* a tutti i servizi d'investimento, ciò che equivale alla creazione in via pretoria di una norma nuova. La decisione in commento induce a domandarsi quale sia il confine tra l'attività ermeneutica, ancorché espansiva, e la spendita di poteri additivi, nel nostro ordinamento riservati alla Corte Costituzionale.

7. La recente novella: adesione o limite alla giurisprudenza di legittimità?

La decisione delle Sezioni Unite non ha lasciato inerte il Governo che, pochi giorni dopo il deposito della sentenza, ha varato il decreto legge cosiddetto "del fare" attraverso il quale è stata modificata la disciplina del recesso nell'offerta fuori sede. In particolare, l'art. 56 *quater* del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98, ha disposto quanto segue: "All'articolo 30, comma 6, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dopo il secondo periodo è aggiunto il seguente: «Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)»".

In questa sede si tralasciano le considerazioni concernenti l'impiego della decretazione d'urgenza oltre i limiti sanciti dal Costituente (art. 77 Cost.) (32), volendosi invece evidenziare le implicazioni della *reazione legislativa* scaturita dall'intervento nomofilattico.

Il legislatore, accordando il diritto di recesso anche nell'ipotesi di negoziazione per conto proprio, ha *prima facie* accolto le motivazioni in base alle quali la Corte di Cassazione ha da ultimo superato il tenore letterale dell'art. 30, sesto comma, Tuf. Tuttavia, ad un più attento esame, emerge che il Giudice di legittimità ha enucleato nella sentenza *de qua* un ben più vasto principio di diritto, in virtù del quale le decisioni di investimento conseguenti a sollecitazione svolta fuori sede sono assistite dal diritto di recesso a prescindere dal servizio d'investimento in esito al quale sono assunte.

Posta in tali termini la questione, si fa palese come il legislatore abbia inteso circoscrivere gli effetti della pronuncia delle Sezioni Unite solo all'immediato oggetto di essa, con la conseguenza che è inibita in via normativa la potenziale estensione del *dictum* giurisprudenziale a tutti i servizi d'investimento (33).

(32) Su tali aspetti si veda, ancorché incidentalmente, LA ROCCA, *op. cit.*, p. 9 s..

(33) È agevole fare uso dell'argomento *a contrario*, in virtù del quale l'analitica enumerazione di taluni servizi d'investimento esclude gli altri.

In tale contesto non è fuori luogo sostenere che il legislatore sia “corso ai ripari”, ponendo tuttavia in essere un intervento che solleva notevoli problemi di coordinamento. Infatti, la statuizione per cui la novella si applica solo ai contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 rende arduo attribuire natura interpretativa alla norma in esame, stante la retroattività che ordinariamente connota le disposizioni a contenuto interpretativo.

Di conseguenza, si configurano due regimi giuridici distinti aventi per oggetto il diritto di recesso nell’offerta fuori sede, il cui spartiacque è costituito dalla data 1° settembre 2013. I contratti sottoscritti anteriormente a tale data soggiacciono alla disciplina enucleata dalle Sezioni Unite, sicché in tali ipotesi il diritto di recesso assiste ogni atto negoziale mediante il quale uno strumento finanziario viene fatto acquisire dal cliente. I contratti conclusi posteriormente alla data spartiacque sono invece soggetti alla nuova disciplina legislativa, per cui il diritto di recesso si applica esclusivamente a taluni servizi d’investimento, nella specie: *i)* negoziazione per conto proprio; *ii)* sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente; *iii)* collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente; *iv)* gestione di portafogli.

È lecito il dubbio che la novella, per le modalità di formulazione, anziché contribuire alla certezza del diritto abbia incrementato, almeno per il periodo di sopravvivenza della previgente disciplina, le difficoltà applicative. Risulta infatti eloquente l’opinione di chi già propone, in alternativa alla questione di legittimità costituzionale, l’interpretazione analogica della novella medesima proprio sulla base del principio di eguaglianza onde conseguire comunque, anche per il periodo successivo al 1° settembre 2013, gli effetti estensivi assicurati dalla pronuncia delle Sezioni Unite (34).

8. Rilevi conclusivi.

La sentenza in commento può essere a ragione considerata il punto di emersione della scelta legislativa di far convivere nella medesima disposizione due norme distinte per genesi ed effetti. Tale è il caso della disciplina sull’offerta fuori sede e di quella sullo *jus poenitendi*, riunite per esigenze sistematiche nell’art. 30 Tuf ancorché siano scaturite da due vicende storiche diverse (35).

La conseguenza di tale riunione è il contrasto dottrinale e giurisprudenziale che ha indotto la pronuncia delle Sezioni Unite, comunque rivelatasi non risolutiva al punto da determinare il Governo ad intervenire con decreto legge pochi giorni dopo il deposito della sentenza.

Il recente intervento normativo conferma l’interpretazione tendente a re-

(34) Così LA ROCCA, *op. cit.*, p. 15.

(35) Per la ricostruzione storica del diritto di recesso nell’offerta fuori sede si veda CARBONETTI, *op. cit.*, p. 770 ss. nonché CIVALE, *op. cit.*, p. 2 s.

stringere il diritto di recesso alle sole ipotesi tassativamente enunciate: il legislatore, infatti, statuendo che “resta ferma” l’applicazione del diritto di ripensamento al servizio di collocamento ed a quello di gestione di portafogli, rende palese che proprio a tali servizi d’investimento si riferisce l’art. 30 Tuf con l’espressione “contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestioni di portafogli individuali”. Sicché per estendere l’applicazione di tale disposizione anche al servizio di negoziazione per conto proprio è necessario un apposito intervento legislativo, in quanto tale servizio non è evidentemente già compreso nella locuzione sopra riportata.

A conferma di tale conclusione il legislatore stabilisce che l’applicazione dello *jus poenitendi* al servizio di negoziazione per conto proprio non è retroattiva, bensì ha come *dies a quo* il 1° settembre 2013; corollario di tale disposizione è che l’intervento normativo in commento - anche a prescindere dal dibattito sulla natura innovativa ovvero interpretativa della novella - esclude che in precedenza tale servizio d’investimento fosse incluso nell’art. 30, sesto comma, Tuf.

L’art. 56 *quater*, d.l. “del fare”, quindi, se da un lato recepisce il dispositivo delle Sezioni Unite con riferimento al suo oggetto specifico (la negoziazione per conto proprio), dall’altro lato priva di valore il principio di diritto enunciato nelle motivazioni, con la conseguenza di restringere il diritto di recesso alle sole fattispecie analiticamente enumerate.

Si spera, di conseguenza, che il recente intervento sia idoneo a sopire, almeno per il futuro, il contrasto di opinioni che ha diviso dottrina e giurisprudenza sul diritto di ripensamento nell’offerta fuori sede.

Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 3 giugno 2013 n. 13905 - Primo Pres. ff. Luccioli, Est. Rordorf, P.M. Apice (difforme) - Banca Mediolanum S.p.a. (avv.ti Siggia e Danisi) c. B.S. (avv. Todaro).

Il diritto di recesso accordato all’investitore dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo comma 7, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell’intermediario sia intervenuta nell’ambito di un servizio di collocamento prestato dall’intermediario medesimo in favore dell’emittente o dell’offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d’investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela.

[Massima ufficiale]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 26 maggio 2005 il sig. B.S. citò in giudizio dinanzi al Tribunale di Palermo la Banca Mediolanum s.p.a. (in prosieguo indicata come Mediolanum) riferendo di aver sottoscritto, a seguito delle sollecitazioni di un promotore di detta banca, obbligazioni emesse dalla società G.S.F. per il prezzo complessivo di Euro 49.560,00. Ciò premesso, e premesso altresì che le obbligazioni erano poi risultate di fatto inesigibili a causa del sopravvenuto

fallimento dell'emittente, l'attore dedusse la nullità dell'acquisto per diverse ragioni, tra cui la mancata previsione nel contratto del diritto di recesso che il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, (conosciuto come testo unico della finanza ed in prosieguo indicato con la sigla tuf) attribuisce all'investitore in strumenti finanziari collocati dall'intermediario al di fuori della propria sede. Chiese, pertanto, che la banca convenuta fosse condannata a restituirgli le somme investite.

La domanda fu accolta in primo grado e la pronuncia del tribunale venne poi confermata in secondo grado dalla Corte d'appello di Palermo con sentenza resa pubblica il 6 luglio 2010. La corte palermitana, infatti, ritenne che lo *jus poenitendi* previsto dalla citata disposizione dell'art. 30, comma 6, del tuf e la nullità dei contratti che non contemplino la clausola di recesso, sancita dal successivo settimo comma dello stesso articolo, trovino applicazione non solo nel caso di offerta pubblica di strumenti finanziari dei quali l'intermediario abbia curato il collocamento per esserne stato incaricato dall'emittente o dall'offerente, ma anche in ogni altro caso di negoziazione di tali strumenti al di fuori dalla sede dell'intermediario: ragione per la quale il contratto di cui si discute in causa, per essere valido, avrebbe dovuto prevedere la facoltà di recesso dell'acquirente nei sette giorni successivi alla stipulazione.

Avverso tale sentenza la Mediolanum ha proposto ricorso per cassazione dolendosi, sotto diversi profili, della ritenuta applicabilità al caso di specie delle citate disposizioni dell'art. 30 del tuf che, a suo giudizio, nel menzionare i "contratti di collocamento" (oltre alla gestione di portafogli), farebbe riferimento alle sole operazioni ricollegabili all'espletamento del servizio di collocamento, quale definito dal precedente art. 1, comma 5, lett. c), ossia all'offerta al pubblico di strumenti finanziari effettuata dall'intermediario in esecuzione di un contratto da esso stipulato con l'emittente o con l'offerente, su incarico e per conto di quest'ultimo ed alle condizioni da lui indicate.

L'intimato si è difeso con controricorso.

La prima sezione civile, con ordinanza n. 10376 del 2012, avendo rilevato l'esistenza in dottrina ed in giurisprudenza di opinioni diverse sulla portata delle disposizioni normative sopra menzionate ed avendo stimato comunque che la questione sia di massima di particolare importanza, ne ha sollecitato la rimessione alle sezioni unite.

Il ricorso è stato perciò assegnato alle sezioni unite e discusso all'odierna udienza.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La questione sulla quale le sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi investe, come già accennato, l'interpretazione da dare all'art. 30 del tuf, il cui sesto comma prevede che l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi al di fuori della sede dell'intermediario autorizzato sia sospesa per la durata di sette giorni, decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore, e che entro il medesimo termine l'investitore possa comunicare il proprio recesso, senza spese nè corrispettivo, al promotore finanziario o all'intermediario. Occorre inoltre che tale facoltà di recesso sia espressamente indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore e nelle proposte contrattuali effettuate fuori sede, ed il successivo settimo comma commina la sanzione della nullità, deducibile solo da parte del cliente, per i contratti che questa indicazione non rechino.

L'interrogativo che la presente causa pone è se la nozione di "contratti di collocamento", cui la citata disposizione si riferisce ed ai quali quindi si applica la prescrizione concernente l'inscrimento a pena di nullità della clausola di recesso in favore del cliente, sia da intendere come circoscritta ai contratti strettamente connessi e conseguenti alla prestazione del "servizio

di collocamento", menzionato dall'art. 1, comma 5, lett. c) (ed ora anche lett. c bis), del tuf, o se invece comprenda qualsiasi operazione in virtù della quale l'intermediario offra in vendita a clienti non professionali strumenti finanziari al di fuori della propria sede, anche nell'espletamento di servizi d'investimento diversi, quali ad esempio quelli di negoziazione o di esecuzione di ordini enunciati all'art. 1, stesso comma 5, lett. a) e b).

In argomento la giurisprudenza di merito si è in passato divisa, ma in due precedenti occasioni, nelle quali si discuteva della validità dell'acquisto di strumenti finanziari operato a seguito di ordini impartiti da clienti nel quadro di contratti d'intermediazione finanziaria in precedenza stipulati con l'intermediario, questa corte ha affermato che il diritto di recesso previsto a favore dell'investitore per i contratti conclusi fuori sede e la connessa sanzione della nullità in caso di mancata comunicazione all'investitore del suindicato diritto di recesso sono circoscritti ai soli contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali, trattandosi di una disciplina peculiare che, come tale, non potrebbe essere applicata alla diversa ipotesi di contratti concernenti la prestazione del servizio di negoziazione di strumenti finanziari oppure di raccolta e trasmissione di ordini (Cass. n. 2065 del 2012 e n. 4564 del 2012). Rispetto a tale orientamento può sembrare per certi versi distonica un'ulteriore decisione, assunta nello stesso torno di tempo in una particolare fattispecie (Cass. n. 1584 del 2012), che, tuttavia, non ha affrontato in modo esplicito la questione ora in esame.

Tali pronunce non hanno sopito il dibattito in dottrina, ed anche questo ha indotto ad investire le sezioni unite della questione.

2. Per dare una risposta corretta al quesito è indispensabile una breve premessa ed una sintetica ricognizione delle norme che rilevano ai fini della risoluzione del problema.

2.1. I servizi d'investimento finanziario, com'è noto, sono alquanto minuziosamente elencati nell'art. 1, comma 5, del tuf, dalla lett. a) sino alla g). Al tempo dei fatti di causa, prima delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 164 del 2007, l'elenco si arrestava alla lett. c), e non comprendeva la lett. c bis), ma tali innovazioni normative non sono particolarmente interessanti ai fini della risoluzione della presente vertenza. Di maggiore interesse è osservare come, tra detti servizi, quello di collocamento figura indicato distintamente (lett. c, ed ora anche lett. c bis), sia rispetto alla negoziazione per conto proprio ed all'esecuzione di ordini per conto dei clienti (prima denominata negoziazione per conto terzi: lett. a e b) sia rispetto alla ricezione e trasmissione di ordini (lett. e).

Mentre, nel caso della negoziazione per conto proprio, l'intermediario si pone come controparte diretta del cliente nell'acquisto o nella vendita di strumenti finanziari, normalmente destinata ad aver luogo sul mercato secondario, nel caso dell'esecuzione di ordini d'acquisto o vendita impartitigli dal cliente egli opera sul medesimo mercato in veste di mandatario, oppure, nel caso della ricezione e trasmissione di ordini, quale mero tramite delle disposizioni del cliente in rapporti di compravendita destinati ad intercorrere tra quest'ultimo e soggetti terzi. Tutte queste situazioni, peraltro, implicano l'instaurazione di rapporti individuali tra intermediario e cliente, nell'interesse del quale l'intermediario stesso è tenuto ad operare.

Il servizio di collocamento si caratterizza invece per essere prestato dall'intermediario in favore del soggetto che emette gli strumenti finanziari, o che comunque li offre in vendita al pubblico, di regola sul mercato primario, onde è con quest'ultimo soggetto che l'intermediario medesimo anzitutto instaura un rapporto contrattuale e nell'interesse del quale presta il servizio (che assumo o meno egli stesso un impegno diretto di acquisto o una qualche forma di garanzia), addossandosi il compito di promuovere l'acquisto da parte dei terzi investitori degli strumenti finanziari offerti in vendita o in sottoscrizione. Naturalmente, perchè il collocamento abbia

poi effettivamente luogo, occorrerà pur sempre che esso metta capo alla stipulazione di ulteriori atti negoziali, mediante i quali gli strumenti finanziari da collocare sono acquistati o sottoscritti dagli investitori; ma in questo caso la vendita avviene all'esito di un'offerta al pubblico e, quindi, in base a condizioni predeterminate, senza di regola alcuno spazio di negoziazione individuale tra il collocatore e colui che aderisce all'offerta.

2.2. L'art. 30 del tuf (anch'esso oggetto di successive modifiche ad opera del citato D.Lgs. n. 164 del 2007, che qui non sono tuttavia rilevanti) disciplina la "offerta fuori sede", che storicamente deriva dalla figura della sollecitazione al pubblico risparmio c.d. a domicilio (o "porta a porta"), considerata dalla L. n. 1 del 1991, art. 1, lett. f), come un'autonoma attività d'intermediazione mobiliare (accanto alla negoziazione ed al collocamento di valori mobiliari, alla raccolta d'ordini, alla gestione di patrimoni ed alla consulenza), ed in seguito disciplinata, invece, già dal D.Lgs. n. 415 del 1996, art. 22, alla stregua di una particolare modalità di svolgimento di servizi d'investimento diversi.

Il citato art. 30, comma 1, definisce "offerta fuori sede" la promozione ed il collocamento presso il pubblico: a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione o del collocamento; b) di servizi ed attività di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio.

2.3. L'esame del citato art. 30 evidenzia subito come il sostantivo "collocamento" ed il verbo "collocare" sembrano adoperati nel primo comma in un'accezione non perfettamente coincidente con quella suggerita dalla nozione di "servizio di collocamento", cui sopra s'è fatto cenno. Se, infatti, può essere coerente con quella definizione il parlare, nell'ipotesi considerata sub a), di collocamento di strumenti finanziari presso il pubblico, intendendosi con tale espressione l'attività di distribuzione al pubblico degli strumenti finanziari in base all'impegno in questo senso assunto dall'intermediario collocatore nei confronti dell'emittente o dell'offerente per il quale egli presta l'anzidetto servizio, meno agevole è ricondurre nel medesimo alveo il collocamento di servizi ed attività d'investimento di cui fa menzione la lett. b). Il servizio di collocamento in senso proprio, svolto dal collocatore in favore di un emittente o di un offerente, sembra concepibile solo se avente ad oggetto dei prodotti finanziari da altri emessi o offerti in vendita, non se invece ad esser "collocati" siano a loro volta altri servizi d'investimento di vario genere. Con riferimento a questi ultimi il collocamento fuori sede di cui parla il citato art. 30, comma 1, lett. b), sta quindi presumibilmente ad indicare ogni forma di sollecitazione che l'intermediario rivolga a propri clienti affinché questi si avvalgano del servizio d'investimento loro proposto, senza che tra l'offerente ed il collocatore del servizio vi sia un pregresso rapporto riconducibile alla figura giuridica del "servizio di collocamento" definito dalla precedenti già citate disposizioni dell'art. 1, comma 5.

Nasce da ciò il dubbio che nell'intero art. 30 l'espressione "collocamento" sia stata adoperata dal legislatore con un significato più ampio e generico, quasi come sinonimo di qualsiasi operazione volta ad immettere sul mercato prodotti finanziari o servizi d'investimento.

L'accennata ambiguità terminologica è accresciuta dalle disposizioni dettate dal sesto e settimo comma del medesimo art. 30, che contemplano il già ricordato jus poenitendi in favore dell'investitore e la nullità dei contratti di collocamento fuori sede che non prevedano il recesso. Anche a tal riguardo non può non rilevarsi come la menzione dei "contratti di collocamento" sia, se non imprecisa, quanto meno non del tutto univoca. Il servizio di collocamento, come si è appena ricordato, è infatti scomponibile in due fasi diverse, che entrambe danno vita a rapporti contrattuali: il primo che s'instaura tra l'emittente o l'offerente degli strumenti finan-

ziari da collocare, da un lato, e l'intermediario collocatore dall'altro; il secondo che si realizza in un momento successivo ed intercorre tra l'intermediario collocatore ed i singoli investitori disposti ad aderire all'offerta.

In dottrina v'è perciò chi ha distinto tra il "contratto per il servizio di collocamento", stipulato dall'emittente o offerente dei medesimi prodotti finanziari con l'intermediario che s'incarica della loro distribuzione sul mercato, ed il "contratto di collocamento", che è invece quello volto a disciplinare il rapporto tra l'intermediario distributore dei prodotti finanziari ed il cliente che li sottoscrive.

È certo da escludere che lo *jus poenitendi* menzionato dal sesto comma del citato art. 30 riguardi la prima delle due figure contrattuali sopra accennate; appare viceversa evidente che esso si riferisce ai rapporti contrattuali intrecciati dall'intermediario collocatore, al di fuori della propria sede o dalle dipendenze dell'emittente o dell'offerente, con i destinatari dell'offerta, come dimostra il fatto che il diritto di recesso è espressamente previsto in favore dello "investitore", sicchè anche il "cliente" legittimato a far valere la nullità del contratto che non rechi la clausola di recesso altri non può essere se non il sottoscrittore o l'acquirente degli strumenti finanziari collocati (cioè pubblicamente offerti in sottoscrizione o in vendita) fuori sede dall'intermediario.

Resta però da chiedersi se la portata delle disposizioni in tema di recesso e di eventuale nullità sia circoscritta ai soli contratti stipulati fuori sede a mezzo di promotori da intermediari impegnati nella prestazione di veri e propri servizi di collocamento, quali sopra definiti (oltre che nel servizio di gestione di portafogli), oppure se anche qui, come già s'è visto a proposito della definizione dell'offerta fuori sede contenuta nel primo comma, la parola "collocamento" sia da intendere in un'accezione più ampia ed in qualche misura atecnica, cioè come sinonimo di qualsiasi operazione implicante la vendita all'investitore di strumenti finanziari, anche nell'espletamento di servizi d'investimento diversi (negoziiazione, esecuzione, ricezione o trasmissione di ordini), se effettuata dall'intermediario al di fuori della propria sede.

3. Una risposta soddisfacente non sembra ricavabile dal mero dato letterale.

Se è vero, infatti, che l'espressione "contratti di collocamento", figurante nel sesto comma del citato art. 30, può indurre intuitivamente a ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi a contratti la cui stipulazione sia legata alla prestazione del servizio di collocamento (e non ad altri, salvo la gestione di portafogli), è altresì vero che, come si è già dianzi osservato, nel medesimo articolo - o quanto meno nel suo primo comma - la parola "collocamento" ha anche sicuramente un'accezione che va al di là della prestazione di quello specifico servizio. Il solo criterio d'interpretazione letterale non si rivela perciò decisivo.

Neppure sembra dirimente il dato storico - che potrebbe far propendere per un'interpretazione restrittiva, derivando l'attuale normativa da esigenze di tutela manifestatesi originariamente nel campo della sollecitazione al pubblico risparmio, di cui il collocamento è un momento attuativo -, perchè la disciplina ha conosciuto nel tempo un'evidente evoluzione, ed il primo comma dell'articolo in esame, benchè rechi traccia di quell'origine (in particolare laddove fa menzione di "collocamento presso il pubblico") palesemente ne ha travalicato i limiti, com'è agevole dedurre dal fatto che l'offerta fuori sede può oggi avere ad oggetto non solo prodotti finanziari, ma qualsiasi servizio d'investimento (art. cit. comma 1, lett. b).

Difficile è anche trarre argomento dalla direttiva Europea n. 85/577, in tema di tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il cui art. 3 prevede sì il diritto di recesso del consumatore, ma lo esclude per quelli aventi ad oggetto valori mobiliari (comma 2, lett. e). Tale direttiva cesserà comunque di essere in vigore a partire dal 13

giugno 2014, in forza di quanto disposto dall'art. 31 della successiva direttiva n. 2011/83, che all'art. 16, lett. b), espressamente esclude il diritto di recesso del consumatore per i contratti stipulati fuori dai locali commerciali aventi ad oggetto la fornitura di beni o servizi il cui prezzo sia legato a fluttuazioni nel mercato finanziario, quando siffatte fluttuazioni non siano controllabili da parte del professionista e possano verificarsi durante il periodo di recesso (analoga disposizione è contenuta nell'art. 6 della direttiva n. 65/2002, in tema di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, che ha trovato attuazione nell'art. 67 duodecies del codice del consumo).

4. È allora soprattutto alla ratio legis che conviene guardare, per intendere meglio il senso della norma e poterne definire, di conseguenza, la portata applicativa.

Sulla ragion d'essere dello jus poenitendi di cui si discute le opinioni degli interpreti e degli studiosi sono sufficientemente univoche: è la circostanza che l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori dalle sede dell'intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l'investitore al dettaglio (la normativa non si applica agli investitori professionali, come chiarisce il secondo comma del citato art. 30), perchè ciò significa che, di regola, l'iniziativa non proviene da lui. È logico cioè presumere che, in simili casi, l'investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell'intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da promotori della cui opera l'intermediario si avvale; sollecitazione che, perciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata.

Il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale appunto a ripristinare, a posteriori, quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato.

Se questa, come pare difficilmente contestabile, è l'esigenza di tutela in vista della quale il legislatore ha introdotto la disciplina del recesso nei contratti di collocamento di strumenti finanziari stipulati fuori sede dall'intermediario, è arduo negare che la medesima esigenza si ponga non soltanto per le operazioni compiute nell'ambito della prestazione di un servizio di collocamento in senso proprio, nell'accezione già prima richiamata, ma anche per qualsiasi altra ipotesi in cui l'intermediario venda fuori sede strumenti finanziari ad investitori al dettaglio, sia pure nell'espletamento di un servizio d'investimento diverso. La differenza tra le due descritte situazioni, in questa ottica, appare davvero poco significativa, specie ove si consideri che nel servizio di collocamento "con assunzione a fermo" l'intermediario piazza sul mercato prodotti finanziari rispetto ai quali la sua posizione ed il suo interesse alla vendita sono del tutto analoghi a quelli di una vendita in proprio. Il che avvalorava l'opinione secondo cui la parola "collocamento", nel testo dell'articolo in esame, è da intendere in senso ampio, come sinonimo di atto negoziale mediante il quale lo strumento finanziario vien fatto acquisire al cliente e quindi inserito nel suo patrimonio (o, come nel linguaggio del mercato finanziario si usa dire, nel suo portafoglio), a prescindere dalla tipologia del servizio d'investimento che abbia dato luogo a tale operazione.

5. Nessuna delle obiezioni che potrebbero essere mosse - e che sono state mosse - a questa conclusione sembra davvero dirimente.

Non lo è quella che fa leva sul fatto che nel vero e proprio collocamento l'offerta in vendita degli strumenti finanziari agli investitori ha luogo a condizioni uniformi e predeterminate, dovendo l'intermediario attenersi in proposito alle condizioni dettate dall'offerente, onde non v'è di regola alcuno spazio per forme di negoziazione individuale che potrebbero invece essere

presenti quando l'acquisto dei medesimi strumenti finanziari avvenga nell'ambito della prestazione di un servizio d'investimento diverso; nè lo è la circostanza che, in questa seconda evenienza, l'acquisto normalmente si realizza in base alle previsioni di un c.d. contratto-quadro, in precedenza stipulato tra l'intermediario e l'investitore.

Il fatto che il prezzo e le altre condizioni di vendita siano più o meno predefiniti non toglie che si è comunque in presenza, di volta in volta, di una decisione d'investimento, di modo che solo quando l'investitore abbia assunto egli stesso l'iniziativa di recarsi presso la sede dell'intermediario, o in un luogo di pertinenza del proponente, è lecito presumere che la sua scelta sia stata preceduta da una matura riflessione; e quando invece così non sia, sussiste in ogni caso - indipendentemente dalla fissità delle condizioni di vendita - il rischio che il medesimo investitore si sia trovato ad essere destinatario di una proposta che potrebbe averlo colto di sorpresa. S'intende, poi, che la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del c.d. contratto-quadro, che di per sè non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di "collocamento", sia pur latamente intesa.

Nemmeno la circostanza che l'ordine di acquisto possa essere riconducibile ad un siffatto contratto-quadro, cioè ad un pregresso impianto contrattuale volto a disciplinare in via generale le modalità della prestazione del servizio, fa venir meno il rischio che il cliente venga colto di sorpresa, quando il singolo ordine sia frutto di una sollecitazione posta in essere dall'intermediario fuori dalla propria sede; ed è quel rischio che giustifica la già ricordata esigenza della tutela supplementare apprestata dal citato art. 30, commi 6 e 7, del tuf. D'altronde, non va trascurato che parte della dottrina e la stessa autorità di vigilanza (si veda la comunicazione della Consob n. DIN/12030993 del 19 aprile 2012, che pure si pronuncia in favore di un'interpretazione restrittiva della citata disposizione dell'art. 30) sono propense ad ammettere la possibilità che anche nell'espletamento del servizio di collocamento si realizzi talvolta un rapporto di durata tra il prestatore del servizio ed il cliente, nel cui ambito le singole operazioni siano perciò disciplinate da un contratto-quadro; il che difficilmente però basterebbe, stante il testo della norma, ad escludere in siffatti casi l'applicazione dello *ius poenitendi* agli specifici atti negoziali mediante i quali il collocamento fuori sede in concreto sia realizzato.

Neppure il rilievo per cui durante il periodo di sospensione degli effetti del contratto le condizioni di mercato potrebbero mutare, prestandosi così a comportamenti opportunistici da parte dell'investitore, sembra rivestire carattere decisivo ai fini della questione di cui si sta qui discutendo. Si consideri che neanche la normale fissità del prezzo di collocamento di strumenti finanziari in pendenza dell'offerta al pubblico basta del tutto ad escludere la possibilità che nel medesimo lasso di tempo (vuoi per fatti influenti in generale sull'andamento del mercato, vuoi per eventi riferibili alla situazione particolare dell'emittente) si determinino oscillazioni di valore in grado d'influenzare la decisione dell'investitore di recedere dall'acquisto. Ma, anche a prescindere da tale rilievo, va osservato che il rischio di un utilizzo non corretto del diritto di recesso potrà eventualmente, ove si dia il caso, essere neutralizzato invocando il principio generale di buona fede, che deve presidiare qualsiasi rapporto contrattuale, ma non vale certo a negare il fondamento stesso sul quale il riconoscimento di quel diritto riposa. D'altronde, è inevitabile che il riconoscimento di una maggior tutela in favore dell'investitore che acquista si traduca in una posizione meno vantaggiosa per l'intermediario che vende, ma questa è la naturale contropartita dei vantaggi che, su più larga scala, lo stesso intermediario si ripromette di conseguire utilizzando per la vendita dei prodotti finanziari un sistema di

commercializzazione capillare esterna, per certi versi più aggressivo ("porta a porta"), anziché attendere che i clienti vengano ad acquistare quei medesimi prodotti in sede.

6. A favore di un'interpretazione estensiva della citata disposizione dell'art. 30 del tuf, che sia in grado di meglio assicurare la tutela del consumatore, militano d'altro canto i principi generali desumibili dallo stesso testo unico, sicuramente ispirati all'esigenza di effettività dell'indicata tutela, cui da ulteriore rinforzo la previsione dell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, nel garantire "un livello elevato di protezione dei consumatori", per ciò stesso impone d'interpretare le norme ambigue nel senso più favorevole a questi ultimi. Ma, soprattutto, milita in tal senso la difficoltà di giustificare, anche sul piano costituzionale, una disparità di trattamento tra l'ipotesi di offerta fuori sede di strumenti finanziari che sia fondata sulla diversa tipologia di servizio d'investimento reso dall'intermediario, quando, per le ragioni già sopra indicate, del tutto analoga è la situazione di maggiore vulnerabilità in cui viene comunque a trovarsi il cliente per il fatto stesso che l'offerta lo raggiunge fuori dalla sede dell'intermediario o degli altri soggetti indicati dal primo comma del citato art. 30.

7. L'orientamento in precedenza espresso da questa corte sulla questione in esame non può essere dunque ulteriormente seguito ed occorre invece enunciare il principio secondo cui il diritto di recesso accordato all'investitore dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo comma 7, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela.

8. Alla stregua di tale principio il ricorso non appare meritevole di accoglimento.

9. Essendo stato il ricorso deciso sulla base di un orientamento diverso da quello in precedenza assunto da questa corte, appare equo compensare le spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio.

Così deciso in Roma, il 14 maggio 2013.

Indennizzabilità dei danni da emotrasfusione a seguito di prestazione eseguita all'estero

CASSAZIONE, SEZ. LAVORO, SENTENZA 19 DICEMBRE 2013 N. 28435

La Corte di cassazione affronta per la prima volta ex professo la questione della indennizzabilità, ai sensi della l. 210/92, dei danni da emotrasfusione eseguita all'estero in base ad autorizzazione della competente ASL ex art. 3, comma 5 l. 595/1985.

Ad avviso della Corte, tali danni - ancorché cagionati dall'operato di strutture sanitarie estere, per definizione sottratte al controllo delle autorità italiane - sono comunque suscettibili di indennizzo; ciò in considerazione della natura solidaristica del beneficio, da accordarsi a prescindere dalla sussistenza, o meno, di responsabilità delle strutture sanitarie nazionali.

Cassazione, Sez. lavoro, sentenza 19 dicembre 2013 n. 28435 - Pres. Lamorgese, Rel. Arienzo, P.M. Celentano (difforme) - Ministero Salute (avv. Stato Marina Russo) c. M.S. (avv. Brizzi).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 10.11.2009, la Corte di Appello di Napoli rigettava il gravame proposto dal Ministero della Salute avverso la decisione di prime cure con la quale, in accoglimento del ricorso proposto da M.C., era stata disposta la condanna del Ministero al pagamento, in favore del ricorrente, dell'indennizzo L. n. 210 del 1992, ex art. 2 in conseguenza di malattia contratta a seguito di trasfusioni e somministrazione di emoderivati effettuati nell'ambito di struttura sanitaria estera nel corso di ricoveri per interventi cardiocirurgici. La Corte del merito osservava che, sebbene il riferimento esplicito all'autorità sanitaria riguardasse il solo caso delle vaccinazioni obbligatorie, l'interpretazione sistematica della norma consentiva di ritenerlo esteso anche alle ipotesi di contagio da HIV o di epatiti HCV contratte a seguito di trasfusioni o somministrazioni di emoderivati praticate all'estero. Secondo il giudice del gravame, deponevano in senso contrario all'estensione della tutela il riconoscimento dell'indennizzo anche agli operatori sanitari che avessero riportato danni per trasfusioni in occasione e durante il servizio nonchè la previsione dell'obbligo per i medici di compilare una scheda informativa dei dati relativi alla trasfusione praticata, certamente incompatibile, ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità, con i ricoveri presso strutture sanitarie di stati esteri, accertamento affidato ad organi sanitari italiani (Cass. 753/2005) e non erano ravvisabili profili di incostituzionalità, in quanto la collettività assumeva su di sé le conseguenze dannose unicamente di trasfusioni e somministrazione di emoderivati praticate nelle strutture sanitarie dello Stato, posto che l'evento dannoso era comunque indipendente da decisioni assunte dalla collettività nel proprio interesse come nelle vaccinazioni obbligatorie e che, pertanto, dovesse valere una limitazione di carattere territoriale. Osservava che, tuttavia, il principio non poteva trovare applicazione nel caso di specie, in cui si verteva in materia di assistenza sanitaria indiretta, autorizzata dal S.S.N., ed in cui la prestazione sanitaria all'estero era equivalente a quella eseguita in Italia, stante l'espressa previsione legislativa di tale opzione. La L. n. 833 del 1978, art. 3 imponeva alla USL di attuare le misure idonee a garantire che le prestazioni urgenti fossero erogate con priorità nell'ambito delle loro strutture, introducendo il principio della libera

scelta del ricovero presso ospedali pubblici e convenzionati ad alta specializzazione delegando alla legge regionale il compito di individuare i casi in cui erano ammesse forme straordinarie di assistenza indiretta. La Corte territoriale richiamava varie norme (L. n. 595 del 1985, art. 3, comma 5, e successivi DD. MM. di attuazione) che sancivano che le prestazioni sanitarie all'estero gravavano sul sistema sanitario nazionale se autorizzate o, in casi di eccezionale urgenza, specificamente individuati, anche in difetto di autorizzazione e quindi che esse erano del tutto equivalenti alle prestazioni sanitarie in Italia ed in quanto tali garantite. Ritenendosi diversamente, il diritto alla salute costituzionalmente garantito non avrebbe avuto piena tutela nel caso di cittadino italiano che ricorresse a cure all'estero per carenze strutturali del SSN. Quanto al nesso causale tra patologia e trasfusioni praticate, aderiva alle conclusioni del C.t.u. officiato, che ne aveva accertato la sussistenza, in base a criteri probabilistici, avallati dalla giurisprudenza in materia, la quale aveva indicato la possibilità del ricorso a presunzioni idonee a fondare un giudizio di elevata probabilità.

Per la cassazione di tale decisione ricorre il Ministero con unico motivo, illustrato con memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Resiste, con controricorso, il M..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Ministero si duole della violazione di legge, in relazione al combinato disposto dalla L. n. 210 del 1992, art. 1, commi 1 e 3 ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, richiamando, per la somiglianza del caso esaminato, sentenza della Corte di Cassazione n. 753/2005 per inferirne che non possa essere oggetto di copertura assistenziale, ai sensi della L. n. 210 del 1992, il danno da emotrasfusione derivante da intervento chirurgico praticato all'estero, al pari di quello conseguente ad un trapianto effettuato all'estero preso in considerazione nel menzionato precedente giurisprudenziale, in quanto, seppure la Corte di Appello ne aveva tratto argomenti in senso contrario, ritenendo che la pronunzia di legittimità fosse essenzialmente fondata sul rilievo della mancanza di prova dell'esistenza di convenzioni in materia di cooperazione sanitaria tra la Regione di provenienza ed il luogo posto al di fuori del territorio nazionale ove era stato praticato l'intervento, l'argomento utilizzato portava ad una violazione del combinato disposto della L. n. 210 del 1992, art. 1, commi 1 e art. 3 che ha previsto una limitazione di carattere territoriale, come ritenuto dalla stessa Corte del merito. Quest'ultima - secondo il ricorrente - aveva valorizzato in senso favorevole alla tesi sostenuta dall'assistito elementi che deponevano, invece, in senso contrario, come la compilazione della scheda da parte del medico che somministri gli emoderivati, nonché la estensione dei benefici agli operatori sanitari, norme palesemente rivolte a chi abbia contratto l'infezione lavorando nelle strutture sanitarie nazionali. Se l'intenzione del legislatore era quella di circoscrivere la tutela ai soli trattamenti eseguiti nel territorio nazionale, la circostanza che lo stesso fosse stato eseguito all'estero, sebbene previa autorizzazione, non mutava tale *voluntas legis*. Nè l'organo sanitario italiano poteva avere titolo per sindacare, valutando il nesso causale tra trattamento sanitario e contagio, l'operato di organi sanitari esteri, non potendo neanche ritenersi operante l'obbligo della compilazione di scheda informativa in capo a sanitari di stati esteri. Argomenta ulteriormente in ricorso rilevando che la circostanza che non esistessero convenzioni tra la Regione e lo stato estero ove era stato praticato l'intervento non aveva costituito un profilo meritevole di rilevanza nel contesto della decisione della Corte di legittimità richiamata.

Il ricorso è infondato.

Con sentenza della Corte Costituzionale del 18.4.1996 n. 118 è stata evidenziata la necessità del collegamento, come condizione di legittimità costituzionale, tra la previsione legislativa

dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione e l'indennizzabilità del pregiudizio da essa derivante, che rende palese la differenza tra l'ipotesi considerata e tutte le altre evenienze in cui, in nome della solidarietà, la collettività assume su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse. È stato chiarito che nella prima ipotesi la solidarietà non implica soltanto, come invece nella seconda, un dovere al quale il legislatore possa dare seguito secondo quei criteri di discrezionalità e quella necessaria ragionevole ponderazione con altri interessi e beni di pari rilievo costituzionale che valgono per i diritti previsti da norme costituzionali a efficacia condizionata all'intervento del legislatore, ma comporta un vero e proprio obbligo, cui corrisponde una pretesa protetta direttamente dalla Costituzione. La specialità dell'obbligo deriva dal fatto che per la collettività è in questione l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività, sicché sarebbe contrario al principio di giustizia, come risultante dall'art. 32 Cost., alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall'art. 2, che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento impreveduto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui, comportamento che potrebbe mancare (cfr. C. Cost. 118/96 cit). In termini riassuntivi nella suddetta decisione del Giudice delle leggi sono evidenziate tre distinte conseguenze della menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari: a) il diritto al risarcimento pieno del danno, riconosciuto dall'art. 2043 c.c., in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 Cost. in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, a norma degli artt. 38 e 2 Cost., a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi (cfr., in motivazione, C. Cost. 118/96 cit., nonché C. Cost. 22.6.2000 n. 226). Nel caso oggetto della presente controversia ricorre proprio la terza delle ipotesi considerate, essendo invocato un intervento indennitario di tipo esclusivamente assistenziale per il quale si pone il problema della possibilità della sua estensione anche a casi di trattamenti sanitari eseguiti in strutture sanitarie di stato estero allorché il ricovero risulti autorizzato dal Servizio Sanitario Nazionale.

A tal proposito è stato evidenziato come la L. n. 210 del 1992, art. 3, comma 6, - che in parallelo con quanto stabilito dal comma precedente per il caso di vaccinazione obbligatoria, impone al medico che effettua trasfusioni o somministra emoderivati di compilare una scheda informativa dei dati relativi alla trasfusione o alla somministrazione - imponga adempimenti non compatibili con l'applicazione della norma a casi diversi da quelli di infezioni contratte a seguito di trasfusioni o somministrazione di emoderivati effettuate nell'ambito delle strutture sanitarie italiane. In particolare, è stata considerata l'incompatibilità concreta fra gli obblighi di valutazione del nesso causale stabiliti dall'art. 4 della legge a carico della Commissione ivi richiamata (organo sanitario italiano) e la effettuazione di trasfusioni o la somministrazione di emoderivati all'estero ed, infine, sono state richiamate le previsioni dell'art. 1, comma 2, riguardanti l'estensione dei benefici agli operatori sanitari per i danni da essi riportati in occasione e durante il servizio, per inferire che le stesse sono palesemente rivolte a chi abbia contratto l'infezione lavorando nelle strutture sanitarie nazionali. È, poi, stato aggiunto che neppure può indurre ad una diversa conclusione il criterio della interpretazione costituzionalmente orientata e che pertanto l'indennizzo non sia riconoscibile ove richiesto per patologie

contratte a seguito di trasfusioni o somministrazioni di emoderivati effettuate all'estero, in quanto, secondo le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, l'indennizzo in parola si configura, a norma degli artt. 38 e 2 Cost., quale misura di sostegno assistenziale disposta dal legislatore nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali. A tale qualificazione doveva conseguire che la determinazione dei casi nei quali la misura fosse accordata non potesse prescindere anche dalla considerazione delle risorse finanziarie disponibili, spettando "al legislatore nell'equilibrato esercizio della sua discrezionalità e tenendo conto anche delle esigenze fondamentali di politica economica bilanciare tutti i fattori giuridicamente rilevanti, tra cui gli andamenti della finanza pubblica" (cfr. in tali termini, Cass., 17/01/2005, n. 753, che richiama Corte Cost. maggio 1995, n. 99).

Nel caso considerato nella pronuncia, è stata esclusa, altresì, la decisività della circostanza che la somministrazione di sangue infetto fosse avvenuta in occasione di un trapianto praticato nel Land del Tirolo, in forza di apposite convenzioni con le province di Trento e Bolzano, fondate sugli accordi di cooperazione transfrontaliera tra Italia e Austria, perchè gli stessi erano successivi all'esecuzione dell'intervento chirurgico praticato. In tal modo riassunti i termini in cui questa Corte ha nella menzionata decisione affrontato lo specifico tema, deve rilevarsi che la questione dell'assimilabilità dei due trattamenti (danno da vaccinazione obbligatoria e danno post trasfusionale) è stata presa in esame dal Giudice delle Leggi sotto vari aspetti, tra i quali quello della decorrenza dell'indennizzo, a carico dello Stato in conseguenza di un danno irrimediabile alla salute, ritenendosi che non possa essere confrontata la disciplina apprestata in caso di danno da vaccinazione obbligatoria con quella del danno da trasfusione, ancorchè quest'ultimo trattamento, pur non essendo imposto per legge, sia comunque necessitato, pena il rischio della vita, instaurandosi, a tal fine, il rapporto tra "cogenza" dell'obbligo legale e "necessità" della misura terapeutica.

La ragione determinante del diritto all'indennizzo è stata individuata nell'interesse pubblico di promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario ed è stato osservato che lo stesso interesse - una volta che sia assunto a ragione dell'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio o di una politica incentivante - è fondamento dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengono a soffrire di un pregiudizio alla salute. La Corte Costituzionale ha anche sottolineato come il diritto a misure di sostegno quali l'equo indennizzo a carico dello Stato per i danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali - per il periodo compreso tra il manifestarsi dell'evento dannoso e l'ottenimento dell'indennizzo già stabilito dalla L. n. 210 del 1992, art. 1, comma 3, - non è indipendente dal necessario intervento del legislatore nell'esercizio dei suoi poteri di apprezzamento della qualità, della misura e delle modalità di erogazione delle provvidenze da adottarsi, nonchè della loro gradualità, in relazione a tutti gli elementi di natura costituzionale in gioco, compresi quelli finanziari, la cui ponderazione rientra nell'ambito della sua discrezionalità. Con analoghe argomentazioni, la Corte costituzionale (sentenza n. 423 del 2000) ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità relativa alla mancata previsione da parte della L. n. 210 del 1992, a favore dei soggetti danneggiati irreversibilmente da epatiti post-trasfusionali, del diritto all'assegno "una tantum", previsto, invece, per quanti abbiano subito una menomazione permanente alla salute da vaccinazione obbligatoria: anche tale pronuncia ha dunque presupposto l'interpretazione della normativa di riferimento nel senso che l'assegno "una tantum" non è concedibile ai poli-trasfusi. In conseguenza di tale declaratoria, con successiva ordinanza n. 522/2000, la Corte costituzionale ha, poi, dichiarato manifestamente infondata analoga questione di legittimità nella quale il giudice rimettente aveva richiesto una pronuncia che esten-

desse il diritto all'assegno previsto per il caso di menomazione permanente della salute da vaccinazione obbligatoria (o promossa e incentivata nell'ambito di una politica sanitaria pubblica) alla diversa ipotesi di chi abbia subito un danno irreversibile da infezione HIV o da epatite post-trasfusionale (cfr. Cass. 11.8.2014 n. 15614).

I profili da ultimo evidenziati, quali la decorrenza del beneficio ovvero il diritto all'assegno una tantum prescindono, tuttavia, dalla problematica, affrontata nella presente controversia, della possibilità di conseguire il beneficio di cui alla L. n. 210 del 1992, art. 1, comma 3 nell'ipotesi di pregiudizio conseguito a prestazioni sanitarie erogate all'estero ed autorizzate dal Servizio Sanitario Nazionale.

Occorre considerare, per una corretta valutazione dei profili giuridici rilevanti ai fini della decisione, che, nel caso di epatite post-trasfusionale, il beneficio economico previsto dalla L. n. 210 del 1992 prescinde dai presupposti della responsabilità civile ed ha, invece, natura assistenziale, collegata alla situazione obiettiva di menomazione dello stato di salute in cui si trova il beneficiario e che, pertanto, la limitazione del beneficio in funzione del luogo di intervento creerebbe una violazione nella sfera di protezione della salute del cittadino.

In tale direzione si è posta la giurisprudenza di merito e quella amministrativa che ha ritenuto illegittimo il provvedimento ministeriale di rigetto dell'istanza di indennizzo proposta da un ricorrente ai sensi della L. 25 febbraio 1992, n. 210, dopo aver contratto un'epatite a seguito di due trasfusioni postoperatorie, pur se effettuate fuori dal territorio italiano, osservando che i benefici della citata legge possono applicarsi legittimamente nei confronti dei cittadini italiani che abbiano riportato danni a seguito di trasfusioni effettuate in Stati esteri, ove il ricorso alla struttura estera sia stato necessitato per sopperire a deficienze del Servizio Sanitario Nazionale e da questo riconosciute nel momento in cui, verificata la sussistenza dei presupposti di legge, ha autorizzato preventivamente - come nel caso esaminato - il ricorso alle prestazioni estere. Da un'opposta interpretazione deriverebbe, invero, un *vulnus* agli artt. 32 e 3 Cost., ossia una violazione dei diritti fondamentali alla tutela della salute e dell'uguaglianza dei cittadini, (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. 1, 29/03/2002, n. 1724, nonchè Trib. Ravenna 24.3.2004).

La L. n. 210 del 1992, art. 1 nel prevedere il diritto a un indennizzo da parte dello Stato in favore di soggetti che risultino contagiati da infezioni da HIV a seguito di somministrazione di sangue e suoi derivati, non richiede in alcun modo che il contagio debba avvenire per effetto di interventi effettuati all'interno di strutture sanitarie italiane, pubbliche o private. Escluso, dunque, che la legge contenga limitazioni nel riconoscimento del beneficio in relazione al fatto che la trasfusione sia stata effettuata o meno in uno stato estero ed escluso che le stesse limitazioni possano trarsi dalla disciplina dettata per le vaccinazioni - trattamenti effettuati entro periodi di tempo predeterminati che consentono perciò la normale programmazione della somministrazione della terapia all'interno delle strutture mediche italiane - occorre rilevare, in base ad una corretta applicazione dei criteri interpretativi della legge, che la norma guarda letteralmente alla condizione obiettiva del cittadino e non detta alcuna limitazione con riferimento al luogo dove sia eseguita la prestazione.

Oltre al dato letterale, anche l'interpretazione logica, sistematica e costituzionale inducono a conclusioni diverse da quelle prospettate del Ministero ricorrente.

Sotto il profilo logico è pacifico che l'indennizzo in questione abbia natura assistenziale, configurandosi come misura economica di sostegno collegata ad una situazione di menomazione obiettiva della salute derivante da una prestazione ospedaliera.

Non si tratta, perciò, come già sopra evidenziato, di un emolumento collegato ad una qualche ipotesi di responsabilità (oggettiva e soggettiva) di strutture sanitarie. Il dato della territorialità

e la sua valorizzazione è, invece, a ben vedere, funzionale all'accertamento di responsabilità in capo al soggetto che ha praticato la trasfusione ed all'ascrivibilità allo stesso di condotte tendenzialmente omissive connesse all'osservanza dei dovuti controlli per l'accertamento del livello di sicurezza del sangue. Su un piano diverso si pone, per quanto già considerato, l'indennizzo in oggetto, collegato dalla L. n. 210 del 1992, al verificarsi di un danno di tipo irreversibile a causa di trasfusioni praticate in relazione al quale rileva unicamente il nesso eziologico tra somministrazione di sangue ed emoderivato ed il pregiudizio alla salute, prescindendosi dall'imputazione di responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti allo stesso trattamento, che assume rilievo su un piano diverso da quello del profilo strettamente indennitario che caratterizza il beneficio economico in questione (cfr. Cass. 28.2.2012, n. 3039).

La limitazione del beneficio agli eventi derivanti da cure effettuate nell'ambito di strutture italiane, per quanto detto, presupporrebbe un approccio teso a valutare aspetti di natura risarcitoria, che, invece, non rilevano nella presente sede, pure essendo consentito al beneficiario dell'indennizzo di far valere le proprie pretese risarcitorie nei confronti di eventuali responsabili civili.

Ciò che rileva ai fini considerati è, dunque, unicamente, la situazione patologica del beneficiario, rispetto alla quale la circostanza che il contagio sia avvenuto per trasfusione effettuata nel corso di intervento chirurgico effettuato in struttura sanitaria estera non assume significato scriminante rispetto al riconoscimento del beneficio, quando l'intervento sanitario all'estero è considerato dalla legge come necessario per tutelare al meglio il diritto alla salute del cittadino italiano, ovvero nei casi in cui le stesse prestazioni effettuate all'estero sono ricondotte dalla legge all'interno del sistema di assistenza pubblica sanitaria garantita ai cittadini, essendo indifferente il luogo di effettuazione della prestazione.

In tali casi - in cui la legge italiana autorizza i cittadini a curarsi all'estero (anche in relazione all'interesse collettivo che è sempre correlato alla più efficace tutela della salute dei singoli) - le limitazioni alla concessione del beneficio in funzione del luogo dell'intervento configurerebbero un *vulnus* nella sfera di protezione della salute del cittadino, provocando la meno-mazione di un diritto costituzionalmente protetto anche nell'interesse della collettività e la diminuzione delle tutele che la legge appresta, limitandosi in tal modo la protezione legale della salute all'estero alla copertura dei costi della prestazione, senza ricomprendervi tutte le altre conseguenze derivanti dagli stessi interventi quando vengano praticati all'interno dello Stato.

L'interpretazione indicata dal Ministero anche sotto altro profilo confliggerebbe con i principi costituzionali perchè, oltre a ledere l'effettività della protezione del bene salute tutelato dall'art. 32 Cost., determinerebbe l'introduzione di una irragionevole disparità di trattamento tra cittadini, non giustificata alla luce della natura assistenziale del beneficio.

Nè la considerazione che la misura di sostegno assistenziale sia, nell'ipotesi diversa da quella delle vaccinazioni obbligatorie, disposta dal legislatore nell'ambito dell'esercizio - costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, può indurre a conclusioni diverse da quelle finora illustrate, non potendo, sotto altro versante, le ragioni interpretative connesse alla impraticabilità da parte della commissione medica del controllo delle norme tecniche in uso in ambito intracomunitario rilevare ai fini prospettati. Ed invero, tutte le risoluzioni sulla sicurezza e l'autosufficienza del sangue, per finire alla direttiva 12202/98/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 2003, stabiliscono norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione e conservazione e distribuzione del sangue umano e dei

suoi componenti e la compilazione della scheda informativa dei dati relativi alla trasfusione o alla somministrazione da parte del medico che effettui le stesse (L. 210 del 1992, art. 3, comma 6) è funzionale all'accertamento del nesso causale tra infermità o lesioni e la trasfusione o somministrazione di emoderivati, attraverso un parere espresso dalla Commissione medica, avverso il quale è previsto il ricorso in sede amministrativa, secondo un iter procedimentale che deve precedere il ricorso in sede giudiziaria. Ciò, tuttavia, non è ostativo all'estensibilità del beneficio in relazione a conseguenze dannose verificatesi per effetto di trasfusioni e somministrazione di sangue ed emoderivati praticate in strutture sanitarie estere quando l'intervento sia legalmente autorizzato, non potendo ritenersi che l'omissione od impraticabilità degli accertamenti in sede amministrativa possa, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, essere di impedimento alla azionabilità della pretesa in sede giudiziaria.

Nella specie, peraltro, il parere espresso dal CTU officiato in ordine al nesso causale tra intervento e danno post trasfusionale non è stato oggetto di contestazione e di contraddittorio tra le parti, costituendo dato pacifico tra le stesse, al pari di quello relativo alla esistenza di preventiva autorizzazione a ricorrere alla prestazione sanitaria in stato estero.

Conclusivamente, l'intervento terapeutico all'estero necessitato dall'esigenza di sopperire a deficienze del Servizio Sanitario Nazionale e da questo preventivamente autorizzato nella verificata sussistenza dei presupposti di legge deve essere fondatamente ricondotto nell'ambito della protezione predisposta dalla legge per la tutela della salute del cittadino italiano, sicchè appare del tutto ingiustificata l'introduzione di limiti territoriali nell'erogazione dell'indennizzo per cui è causa.

Il ricorso va, pertanto, respinto.

Quanto alle spese di lite, la complessità e le difficoltà interpretative che caratterizzano la questione esaminata giustificano la integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, il 23 ottobre 2013.

La specialità della disciplina del rapporto di lavoro presso gli enti lirico-sinfonici

TRIBUNALE DI ROMA, SEZ. 3 LAV., ORDINANZA 20 FEBBRAIO 2014, R.G. 43146/13

*Alessandra Bruni**
*Matteo Bertuccioli***

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La natura giuridica degli enti lirico-sinfonici di interesse nazionale e della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma: enti pubblici economici di interesse nazionale. - 3. La specialità della disciplina del rapporto di lavoro presso gli enti lirico-sinfonici. 4 - La non applicabilità della riforma Fornero al rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti lirico-sinfonici.

1. Premessa.

L'ordinanza del Tribunale di Roma, sezione lavoro, del 20 febbraio 2014, che ha deciso per la non applicabilità alle Pubbliche Amministrazioni del rito accelerato introdotto dalla riforma Fornero (l. 92/2012), ha fornito lo spunto per svolgere alcune riflessioni in merito all'attualissima problematica dell'applicabilità o meno della riforma Fornero alle Pubbliche Amministrazione ed agli enti lirico-sinfonici, riflessione inevitabilmente collegata al tema della natura giuridica e della specialità della disciplina del rapporto di lavoro presso questi soggetti. Temi che ancora vedono incertezze giurisprudenziali nonostante i numerosi recenti interventi chiarificatori del Legislatore.

Per ragioni di ordine logico e sistematico si procederà partendo dalla questione, necessariamente preliminare, relativa alla natura giuridica degli enti lirico-sinfonici e nello specifico della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, inserendola nel più ampio contesto delle privatizzazioni e giungendo alle conclusioni accolte dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 153 del 2011.

Poste le basi, si analizzerà quindi la speciale disciplina del rapporto di lavoro che da sempre ha caratterizzato, e continua a caratterizzare, questi soggetti per affrontare infine, nel contesto dell'ultimo quadro normativo costituito dalla legge Bray (d.l. n. 91/2013, convertito con modifiche in legge n. 112/2013), la recentissima questione, tutt'altro che pacifica in dottrina ed in giurisprudenza, relativa all'applicabilità o meno della riforma Fornero (legge n. 92/2012).

(*) Avvocato dello Stato.

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

2. La natura giuridica degli enti lirico-sinfonici di interesse nazionale e della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma: enti pubblici economici di interesse nazionale.

In primo luogo è necessario affrontare e chiarire la questione relativa alla natura giuridica degli enti lirico-sinfonici, nello specifico della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, problematica sorta in seguito alla trasformazione dell'Ente autonomo Teatro dell'Opera di Roma, soggetto di diritto pubblico, in Fondazione Teatro dell'Opera di Roma. La questione non costituisce un mero esercizio teorico - dottrinario, ma presenta importanti risvolti pratico-applicativi, anche con riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro.

La trasformazione dell'ente pubblico in fondazione è avvenuta per la prima volta con il d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, che obbligava gli enti lirici di rilievo nazionale previsti dalla legge n. 800/67 a trasformarsi in fondazioni di diritto privato. Di fronte all'inerzia degli enti, due anni più tardi interveniva nuovamente il d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134, imponendo la trasformazione *ex lege*. Decreto che è stato dichiarato illegittimo per eccesso di delega dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 503 del 2000, ma il cui contenuto è stato sostanzialmente reiterato con il d.l. 24 novembre 2000, n. 345, convertito in legge 26 gennaio 2001, n. 6 (1), che costituisce l'attuale disciplina della trasformazione.

Il fenomeno va necessariamente inquadrato nell'ambito del processo delle privatizzazioni iniziato nei primi anni Novanta con cui, in nome di una dichiarata maggiore efficienza del privato, nel contesto della prima grande crisi della finanza pubblica e del debito, si sono utilizzati modelli organizzativi privatistici per lo svolgimento di funzioni ed attività precedentemente esercitate secondo modelli e formule organizzative di diritto pubblico. È accaduto così che nell'organizzazione pubblica siano entrate figure organizzative formalmente di diritto comune: ciò ha riguardato i modelli della società per azioni e delle fondazioni e associazioni (2). Nel nostro ordinamento sono così presenti nell'ambito dell'organizzazione pubblica persone giuridiche formalmente private che tuttavia *“data la loro sostanza, sono sottoposte a vincoli di diritto pubblico imposti dall'esigenza del rispetto dei principi costituzionali di cui allo stesso*

(1) Una ricostruzione puntuale del processo di trasformazione, partendo dalla disciplina della cd. legge Corona (l. n. 800/67) per arrivare agli ultimi interventi del d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito in legge 31 marzo 2005, n. 43 è presente in MANGANARO F., *Pubblico e privato nella disciplina giuridica delle fondazioni liriche e teatrali*, in *Nuove autonomie* 2005 n. 4-5, 523 e ss.

(2) Sul tema si è soffermata ampiamente la dottrina, che ha individuato sostanzialmente tre differenti processi evolutivi che hanno portato alla presenza di tre specie di organizzazioni formalmente private nell'organizzazione pubblica: le imprese pubbliche in forma di società per azioni, le fondazioni e le associazioni, e le società per azioni non deputate all'esercizio di attività d'impresa costituite per il perseguimento di interessi pubblici. Riguardo alle fondazioni si è parlato di utilizzo del modello *“in modo descrittivo e non tecnico”* dal momento che è *“difficile rintracciare in tutte queste figure il carattere proprio delle fondazioni private intese in senso tecnico come patrimoni destinati ad uno scopo”*. Il tema è affrontato da CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell'Amministrazione pubblica*, Torino, 2008.

art. 97” (3), con la sola eccezione delle organizzazioni che svolgono attività d’impresa, tra le quali non rientrano le fondazioni lirico-sinfoniche.

Le fondazioni risultanti da questo processo, tra le quali rientra il Teatro dell’Opera di Roma, che svolgono attività culturali liriche e teatrali di primario interesse nazionale, costituiscono entità profondamente differenziate rispetto alle fondazioni delineate dal modello del Codice civile, con una disciplina giuridica difforme che ha portato ad utilizzare l’espressione “*Fondazioni di diritto amministrativo*” (4). Il modello fondazione, la formula organizzativa, viene utilizzata in maniera neutra, indifferente rispetto alle regole specifiche poste per le attività istituzionali affidate all’ente, con l’imposizione di vincoli pubblicistici al fine di garantire la tutela di interessi pubblici ritenuti rilevanti dalla legge. La differenza principale rispetto al modello privatistico disciplinato dal Codice civile negli artt. 14 e ss., che comporta una rilevante modifica del regime giuridico e della natura dell’ente, è da rinvenirsi nella sua costituzione *ex lege*. Le fondazioni lirico-sinfoniche non sono costituite né per un atto di autonomia privata, né per un negozio di fondazione. Lo Statuto della Fondazione Teatro dell’Opera individua i soci fondatori negli enti pubblici territoriali: lo Stato, il Comune di Roma e la Regione Lazio (il che richiama in maniera non celata la caratteristica principale degli enti pubblici non economici, ovvero il loro legame con gli enti territoriali di riferimento), e detta una specifica disciplina in caso di estinzione dell’ente (che richiama il connotato essenziale degli enti pubblici non territoriali, ovvero l’indisponibilità della propria esistenza). La legge stabilisce poi il contenuto dello Statuto, il numero degli organi e dei loro componenti e i loro compiti (5). Tutte prerogative che

(3) CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 32 e ss. Queste considerazioni sono avvalorate nella prosecuzione dello studio in cui si dimostra come non sia più possibile ragionare in termini di rigida e netta separazione tra pubblico e privato. L’attività giuridica delle organizzazioni pubbliche oggi si esercita normalmente anche secondo moduli di diritto privato e le stesse funzioni di amministrazione in senso sostanziale possono essere conferite a soggetti formalmente privati. Tuttavia “*lo spazio del diritto privato nell’amministrazione pubblica resta uno spazio stretto (...) per i suoi limiti interni (ciò che, una volta privatizzato, può svolgersi immune da condizionamenti pubblicistici, dal subire l’ingresso di istituti pubblicistici)*”. Vi sono pertanto tre specie di organizzazione formalmente private presenti nell’ambito dell’organizzazione pubblica che traggono origine da tre differenti processi evolutivi: trasformazione di enti pubblici economici in società per azioni. Trasformazione di enti pubblici non economici in persone giuridiche di diritto privato disciplinate dal libro I del Codice civile. Trasformazione di enti pubblici non economici in società per azioni.

(4) ROMANO TASSONE, *Le Fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, Relazione al Convegno di Palermo “Fondazioni e attività amministrativa”, 13 maggio 2005; MANGANARO F., *Pubblico e privato nella disciplina giuridica delle fondazioni liriche e teatrali*, in *Nuove autonomie* 2005 n. 4-5, 523 e ss., che analizza dettagliatamente le difformità dal modello del Codice civile. In generale la Dottrina si è ampiamente occupata del fenomeno delle Fondazioni come soggetti giuridici creati *ex lege* per cui l’eccessiva difformità normativa rispetto al modello del Codice civile porta a ritenere necessario parlare di Fondazioni di diritto pubblico, BARDUSCO, *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1991, 390 e ss.

(5) Si può consultare lo Statuto della Fondazione Teatro dell’Opera di Roma sulla pagina web <http://www.operaroma.it/ita/fondazione-statuto.php>.

sono sottratte all'autonomia privata ed elementi che vedono una disciplina di chiaro stampo pubblicistico, svuotandosi di fatto in questo modo di contenuto sostanziale il richiamo al modello civilistico ed alla personalità giuridica di diritto privato. La *ratio* di quest'assetto peculiare è senza dubbio giustificato dall'interesse pubblico perseguito dall'attività di questi enti.

Va tenuta presente un'altra peculiarità propria degli enti lirico-sinfonici: la forte funzionalizzazione dell'attività svolta ai compiti istituzionali di interesse pubblico ad essi affidati. Se in generale è vero che la questione della natura giuridica non sia il fattore determinante per comprendere la disciplina specifica di un'attività (6), tuttavia una maggiore funzionalizzazione delle attività svolte da soggetti formalmente privati costituisce un indizio rilevante e decisivo nei casi di incertezza delle soluzioni, e rende più forte il vincolo pubblicistico ed il limite che incontrano l'interprete ed il legislatore.

Insomma, ci troviamo di fronte ad un caso, comune nel nostro ordinamento e nella storia della trasformazione degli enti pubblici, di trasformazione al livello di privatizzazione meramente formale del modello organizzativo, e non invece di privatizzazione sostanziale.

In questo senso, nonostante la veste formalmente privatistica, la Corte Costituzionale ha riconosciuto con la sentenza n. 153 del 2011 [A. BRUNI, N. GUASCONI, *Sulla natura giuridica degli enti lirico sinfonici* in *Rass. Avv. Stato* 2011, IV, 85 ss.- ndr] in maniera inequivoca la natura sostanzialmente pubblica delle fondazioni lirico-sinfoniche di interesse nazionale, e quindi della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma. La pronuncia della Consulta, chiamata ad esprimersi su un ricorso in via principale con cui venivano impugnate alcune disposizioni del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali), ha ricondotto la normativa avente ad oggetto gli enti lirici nel solco della competenza statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. g) della Costituzione, «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», risolvendo in maniera chiara ed organica la questione della natura giuridica degli enti lirico-sinfonici.

In tale sede la Consulta, dopo aver ripercorso il complesso *iter* normativo di privatizzazione formale (7), ha avuto modo di specificare che “sulla qua-

(6) Si è parlato di dottrina di discrasia tra soggettività ed attività, in quanto un soggetto può essere sottoposto a differenti discipline in relazione alle diverse attività (FALZEA).

(7) Scrive la Consulta: “Una breve premessa sulla storia della disciplina degli enti autonomi lirici (e istituzioni concertistiche assimilate) è indispensabile. Tali enti hanno ricevuto una prima regolazione dalla legge 14 agosto 1967, n. 800 (Nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali), che ha attribuito agli stessi, nominativamente individuati sub art. 6, la personalità giuridica di diritto pubblico e li ha sottoposti alla vigilanza dell'autorità di Governo competente (all'epoca, il Ministro del turismo e dello spettacolo). Ha dichiarato, inoltre, «di rilevante interesse generale» l'attività lirica e concertistica, «in quanto intesa a favorire la formazione musicale, culturale e sociale della collettività nazionale» (art. 1). Il conferimento della personalità giuridica di diritto pubblico e la sottoposizione alla vigilanza ministeriale sono stati ritenuti dalla legge istitutiva i

lificazione in senso pubblicistico degli enti lirici, ancorché privatizzati, si registra anche una sostanziale convergenza delle parti, nel solco peraltro di una giurisprudenza prevalente (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2637 del 2006; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza n. 230 del 2009; T.A.R. Sardegna, sez. II, sentenza n. 1051 del 2008). Si ritiene, infatti, concordemente che, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di «fondazioni di diritto privato», tali soggetti conservino, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica” (8). Tale affermazione trova peraltro ampio riscontro nei molteplici ed univoci indici della connotazione pubblica che la stessa Corte costituzionale identifica “nei finanziamenti, nel conseguente assoggettamento al controllo della Corte dei conti” (9); e ancora “nel patrocinio dell'Avvocatura dello Stato” (10), nell'inclusione nel novero degli organismi

necessari presupposti, non solo per la realizzazione di spettacoli di alto livello, ma anche per la diffusione dell'arte musicale, per la cura della formazione professionale degli artisti e per lo sviluppo dell'educazione musicale della collettività (art. 5).(...)

Il decreto legislativo n. 367 del 1996 ha previsto la trasformazione dei medesimi enti, qualificati «di prioritario interesse nazionale [...] nel settore musicale» (art. 2), in fondazioni di diritto privato. E ciò al fine dichiarato di eliminare rigidità organizzative e di attrarre conseguentemente finanziamenti privati. Nel testo risultante dalle numerose novelle via via intervenute, il d.lgs. n. 367 del 1996: a) individua le finalità delle fondazioni nel perseguimento senza scopo di lucro della diffusione dell'arte musicale, della formazione professionale dei quadri artistici e dell'educazione musicale della collettività (art. 3); b) stabilisce che le fondazioni hanno personalità giuridica di diritto privato e sono disciplinate, per quanto non espressamente previsto dallo stesso d.lgs., dal codice civile e dalle relative norme di attuazione (art. 4); c) detta norme generali sul contenuto indispensabile degli statuti, prevedendo in una percentuale minoritaria l'apporto complessivo dei privati al patrimonio e subordinando la possibilità di nomina dei consiglieri di amministrazione, da parte dei privati, all'erogazione di un apporto annuo non inferiore all'8% del totale dei finanziamenti statali (art. 10); d) disciplina gli organi di gestione e le loro funzioni: il presidente-sindaco, il consiglio di amministrazione, il sovrintendente ed il collegio dei revisori, dettando la composizione numerica degli organi collegiali ed imponendo la presenza di membri in rappresentanza dell'autorità di Governo e della Regione interessata, i primi in maggioranza nel collegio dei revisori (artt. 11-14); e) mantiene la sottoposizione delle fondazioni lirico-sinfoniche al controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria ed alla vigilanza dell'autorità di Governo competente in materia di spettacolo; f) demanda i criteri di riparto della quota del Fondo unico per lo spettacolo da destinare alle medesime fondazioni ad un decreto del Ministro per i beni e le attività culturali in relazione alla quantità e qualità della produzione offerta ed agli interventi posti in essere per la riduzione della spesa (art. 24).

Il procedimento di trasformazione, che era stato soltanto delineato dagli artt. 5 ss. del d.lgs. n. 367 del 1996, è stato realizzato successivamente con il d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134 (Trasformazione in fondazione degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, a norma dell'art. 11, comma 1, lettera b, della legge 15 marzo 1997, n. 59). Con esso il Governo ha abrogato, sul punto, il precedente provvedimento legislativo e ha disposto direttamente per legge la trasformazione in oggetto, ritenendo che la veste giuridica privata consentisse ai suddetti enti di svolgere più proficuamente la propria attività. La Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato l'illegittimità del d.lgs. da ultimo citato per eccesso di delega (sentenza n. 503 del 2008). In seguito, però, l'art. 1 del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 345 (Disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 26 gennaio 2001, n. 6, ha nuovamente disposto la trasformazione in fondazioni di diritto privato degli enti lirici, con decorrenza dal 23 maggio 1998. E ciò al fine di salvaguardare con effetto ex tunc l'uniformità e la continuità degli assetti istituzionali già riformati dal d.lgs. n. 134 del 1998”.

di diritto pubblico sottoposti alla disciplina del Codice degli appalti (11).

Riassumendo può dirsi che gli elementi qualificativi della natura giuridica pubblica della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, e degli enti lirico-sinfonici, oltre alle finalità culturali di rilievo pubblico ed istituzionale e di interesse nazionale perseguite con la sua attività, sono la sussistenza del prevalente finanziamento pubblico, la soggezione al controllo della Corte dei Conti, il potere di vigilanza del Ministero dei beni e delle attività culturali, la composizione e le procedure di nomina degli organi costitutivi, la struttura della fondazione, la sottoposizione alla disciplina dell'evidenza pubblica negli appalti di servizi e forniture ed il patrocinio dell'Avvocatura Generale dello Stato, nell'assenza di autonomia contabile e finanziaria, tale da inserirla nel comparto della finanza pubblica con l'effetto di perpetuare in capo ad essa la copertura vincolistica preposta al contenimento della spesa dello Stato.

Alla luce di quanto rappresentato dalla Consulta, che conclude rilevando la *“natura pubblica di tali enti - non controversa”*, la casella nella quale va ricompreso un soggetto come la Fondazione Teatro dell'Opera è quella dell'ente pubblico non economico di prioritario interesse nazionale (12), con personalità di diritto privato.

(8) Corte Costituzionale, sentenza n. 153/2011, punto 5.2 in diritto, che prosegue *“Anche questa Corte, in un altro caso in cui, analogamente, le attività dell'ente eccedevano la dimensione regionale o locale, ha rilevato - sia pure sotto la vigenza del precedente art. 117 Cost. - che la “Società di cultura La Biennale di Venezia”, dopo la privatizzazione, aveva mantenuto «la funzione di promuovere attività permanenti e di organizzare manifestazioni internazionali inerenti la documentazione nel campo delle arti» e continuava ad assolvere, pur nella nuova forma privata assunta, compiti di interesse nazionale (sentenza n. 59 del 2000)”*.

(9) Ai sensi dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 367 del 1996.

(10) Ai sensi dell'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 345 del 2000.

(11) *“In particolare, il tenore della citata disciplina sugli appalti pubblici, di derivazione comunitaria, appare molto eloquente, perché riconosce a livello legislativo la compatibilità della nozione di organismo di diritto pubblico con la forma giuridica privata dell'ente («anche in forma societaria»), purché l'ente stesso risulti, come nella specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006)”*. La direttiva appalti 18/2004/CE del 31 marzo 2004 nell'allegato III, in cui ai sensi dell'art. 1, comma 9, sono elencati in via esemplificativa gli organismi di diritto pubblico, indica *“gli enti pubblici preposti ad attività di spettacolo”* e gli *“enti culturali di promozione artistica”*.

(12) È evidente la dimensione nazionale di questi enti lirici per *“la rilevanza generale delle finalità perseguite e l'ampiezza delle attività svolte”* e conseguentemente *“interventi di riassetto ordinamentale ed organizzativo (...) incidendo profondamente in un settore dominato da soggetti che realizzano finalità dello Stato - devono essere ascritti alla materia «ordinamento e organizzazione amministrativa [...] degli enti pubblici nazionali», di competenza esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera g), Cost.”*. Trattandosi di un giudizio in via principale la Consulta si sofferma abbondantemente sulla rilevanza nazionale di questi enti rilevando come *“Alla natura pubblica di tali enti - non controversa - la Corte ritiene che si accompagni il carattere nazionale dei medesimi. E ciò non tanto perché suggerito dall'indicazione del loro rilievo nazionale, costantemente presente in tutta la normativa di riferimento come attributo qualificante di essi, ma soprattutto perché le finalità delle anzidette fondazioni, ossia la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale*

Il Teatro, infatti, è un ente culturale che non esercita attività produttiva di ricchezza, attività di impresa, ma svolge funzioni inequivocabilmente di interesse pubblico: custodisce lo storico patrimonio italiano nel settore di riferimento, svolge primarie finalità culturali di conservazione, educazione, diffusione, anche con lo scopo, individuato dalla legge, di trasmettere i valori civili fondamentali tradizionalmente coltivati dalle più nobili istituzioni teatrali e culturali della Nazione, per la realizzazione delle quali i costi superano sempre i guadagni. Ciò costituisce “*esplicazione dei principi fondamentali dello sviluppo della cultura e della tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, di cui all’art. 9, primo e secondo comma, Cost.*” (13).

È pertanto seguendo il percorso logico tracciato dalla Consulta, data per assodata la natura pubblica di questi soggetti, che bisogna muoversi per risolvere le successive questioni.

3. La specialità della disciplina del rapporto di lavoro presso gli enti lirico-sinfonici.

La natura sostanziale di enti pubblici non economici delle fondazioni lirico-sinfoniche, e quindi del Teatro dell’Opera, produce delle conseguenze rilevanti in materia di disciplina del rapporto di lavoro.

L’art. 22 del D.lgs. n. 367/1996 ha previsto che “*i rapporti di lavoro dei dipendenti delle fondazioni sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa e sono costituiti e regolati contrattualmente*”. Si è passati così ad un regime di privatizzazione, con una norma generale di tenore e contenuto simile a quella contenuta nell’art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. Tuttavia pur non applicandosi al personale delle fondazioni lirico-sinfoniche il Decreto sul pubblico impiego (14), non si può giungere alla conclusione che la disciplina del rapporto di lavoro presso gli enti lirico-sinfonici sia *de plano* quella del lavoro privato per una serie di considerazioni e di dati normativi, anche costituzionali, su cui si cercherà di fare chiarezza.

della collettività (...), travalicano largamente i confini regionali e si proiettano in una dimensione estesa a tutto il territorio nazionale. Sono significativi, d'altronde, del fatto che non si tratta di attività di spettacolo di interesse locale gli ingenti flussi di denaro con cui lo Stato ha sovvenzionato e continua a sovvenzionare tali soggetti.

Anche il confronto con i teatri di tradizione e le altre istituzioni concertistico-orchestrali, protagonisti - essi si - della programmazione di attività musicali in ambito ben circoscritto (art. 28 della legge n. 800 del 1967), evidenzia chiaramente la vocazione, per contro, spiccatamente nazionale di quel gruppo di enti lirici di eccellenza (che, non a caso, si è ritenuto di ampliare con legge dello Stato, includendovi la «Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari» costituita ex art. 1 della legge n. 310 del 2003), la rilevanza generale delle finalità perseguite e l'ampiezza delle attività svolte.(...)”.

(13) Punto 5.3 del considerando in diritto.

(14) Poiché, come si è illustrato nel primo paragrafo, le fondazioni lirico-sinfoniche non rientrano nella nozione di *pubblica amministrazione in senso stretto* rinvenibile nell’art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, che rappresenta anche la disposizione che individua i soggetti a cui si deve applicare la disciplina del Decreto sul pubblico impiego.

Le fondazioni lirico-sinfoniche svolgono attività ibride, non sono titolari di poteri autoritativi e agiscono principalmente con strumenti di diritto privato. Le loro caratteristiche però, come individuate dalla Corte Costituzionale, fanno sì che siano sottoposte ad un diritto del tutto speciale (15), con ampi settori in cui si applica una disciplina che deve essere definita perciò quanto meno speciale, se non ci si vuole spingere a chiamarla di diritto pubblico. Alla luce dell'impostazione ormai largamente dominante della giurisprudenza e della dottrina che ha rilevato come nel nostro ordinamento non vi sia una definizione statica di pubblica amministrazione quanto piuttosto una nozione di *pubblica amministrazione a geometria variabile*, si deve ritenere che le organizzazioni sostanzialmente pubbliche in forma privatistica, come gli enti lirico-sinfonici, rientrino in una nozione di *pubblica amministrazione in senso lato*, nozione ricostruibile alla luce di una serie di disposizioni di diritto positivo quali, oltre all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, l'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo, l'art. 3, comma 26, del d.lgs. 163/2006, l'art. 1, comma 1 *ter*, della l. 241/90 e l'art. 29, comma 1, della l. 241/90.

Occupandoci della disciplina del rapporto di lavoro la questione cardine, che si differenzia dal regime nel settore privato e che presenta profili pubblicistici di rilievo costituzionale, riguarda il regime delle assunzioni (16) con tutto ciò che ne consegue (il riferimento è al tema della conversione dei contratti a tempo determinato). Il profilo dell'accesso al rapporto di lavoro negli enti pubblici in seguito alle privatizzazioni formali, proprio per la natura sostanzialmente pubblica degli enti, continua necessariamente ad essere disciplinato da norme pubblicistiche, sia relativamente alla capacità di assumere nuovo personale, che incontra un limite nelle dotazioni organiche e quindi nel profilo della macro-organizzazione, sia relativamente alle modalità di assunzione, che deve avvenire per pubblico concorso (17), sia relativamente alle speciali disposizioni di legge che prevedono oggi esplicitamente il divieto di conversione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato.

Il generale regime di diritto privato che regola il rapporto di lavoro e la sua gestione non è sufficiente a far venire meno la natura sostanzialmente pubblica dell'ente e non può costituire una via di fuga dalla norma costituzionale che rappresenta il principio cardine dell'attività di questi soggetti, ov-

(15) Giova richiamare ancora una volta i poteri ministeriali di vigilanza, il regime dei controlli, la responsabilità degli amministratori, la particolare struttura istituzionale, i fini da perseguire individuati dalla legge, il prevalente finanziamento pubblico ed il controllo pubblico, l'obbligo di rispettare la disciplina dell'evidenza pubblica negli appalti.

(16) CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 59 e ss.

(17) Il principio generale del pubblico concorso può trovare delle eccezioni solo laddove la legge prevede esplicitamente delle deroghe. La giurisprudenza della Corte Costituzionale è particolarmente rigida e consente deroghe solo in relazione al principio del buon andamento dell'ente (Corte cost. n. 225/2010; Cass. SS.UU. 15 ottobre 2003, n. 15403, Consiglio di Stato n. 7107/2007).

vero l'art. 97 della Costituzione ed il principio fondamentale delle assunzioni per concorso (18). Tutte le società a partecipazione pubblica di controllo e tutti i soggetti riconducibili al libro I del Codice civile sono obbligati a selezionare il personale secondo la regola del pubblico concorso. La regola, come si vedrà a breve, è stata recepita in maniera espressa dal legislatore a fronte di esitazioni giurisprudenziali, ma costituisce comunque, a prescindere dalla traduzione in esplicite disposizioni, un principio immanente del processo di privatizzazione formale.

Nel momento in cui si privatizzano enti pubblici si opta per un modello di organizzazione e gestione dell'attività (anche del rapporto di lavoro) ma non si cancella la natura dell'ente ed i vincoli che essa comporta. Due punti, così, rimangono insuperabili: la gestione del denaro pubblico non è mai libera (19) ed il regime delle assunzioni deve avvenire tramite concorso (20). Tenuti fermi questi paletti si possono scegliere modelli più elastici (21) e privatizzare, senza tuttavia che ciò sia da solo sufficiente a far venire meno la natura sostanziale pubblica e la specialità della disciplina, imposta dalla costituzione e dal diritto dell'Unione europea (22), per gli aspetti che si sono individuati.

La disciplina del rapporto di lavoro applicabile agli enti lirico-sinfonici è pertanto una disciplina speciale rispetto a quella generale del lavoro privato e presenta peculiarità sue proprie. Tenendo ben fermi i principi che si sono illustrati, si procederà ad analizzare il dato normativo per dimostrare come via sia una sostanziale linea di continuità mai venuta meno, neppure a seguito della privatizzazione formale, oltre che dal punto di vista della natura giuridica sostanzialmente pubblica, anche dal punto di vista della disciplina del rapporto di lavoro quantomeno per gli aspetti connessi alla natura pubblica dell'ente (23).

(18) Le uniche organizzazioni formalmente private ma sostanzialmente pubbliche che sono esonerate dall'applicazione della generale regola concorsuale sono le società per azioni che svolgano attività d'impresa.

(19) Secondo il principio del divieto di sperpero del denaro pubblico (GIANNINI). Da qui le speciali disposizioni sulla vigilanza, il controllo e la responsabilità degli enti lirico sinfonici.

(20) Tutti i cittadini, in virtù del principio di uguaglianza, hanno diritto di accedere in condizioni di parità, secondo la lettura prevalente della *ratio* del principio concorsuale collegato ai principi di imparzialità e buon andamento.

(21) Basti considerare come con la privatizzazione venga meno il vincolo di bilancio preventivo.

(22) Per il diritto europeo non rilevano le distinzioni formali pubblico / privato secondo le discipline di diritto comune dei singoli Stati. Testimonianza è la creazione dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico: un soggetto non esercente attività d'impresa con controllo pubblico che operi secondo fini di interesse generale. Questi soggetti, tra cui rientrano le fondazioni lirico-sinfoniche, sono pienamente equiparati dal diritto europeo alle pubbliche amministrazioni intese in senso tradizionale.

(23) Anche se la norma dell'art. 22 del d.lgs. 367/1996 contenendo una formula analoga a quella dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. 165/2001 non ne riproduce la seconda parte "*fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo*", si deve ritenere che le numerose disposizioni speciali di legge costituiscano un *corpus* tale da far parlare di disciplina speciale.

Era evidente, sin dall'origine nella vigenza dell'ordinamento pubblicistico introdotto dalla legge n. 800/1967, la specialità della disciplina propria, pubblicistica, degli enti lirici rispetto a quella della legge n. 230/1962 relativa al lavoro a tempo determinato. Si delineava fin d'allora un doppio livello di regolamentazione: da un lato, quello generale, dettato dalla legge n. 230/1962, che in certe condizioni ammetteva che l'abusivo ricorso alla contrattazione a termine potesse portare alla stabilizzazione dei rapporti, dall'altro, quello settoriale proprio degli enti lirici, connotato da una forte ingerenza pubblicistica, funzionale ad uno scopo di contenimento della spesa pubblica in un settore soggetto a flussi occupazionali di carattere stagionale (24).

Prima dei recenti interventi chiarificatori del legislatore nel 2013, parte della giurisprudenza aveva ritenuto che con la privatizzazione formale fosse venuta meno la tradizionale specialità della disciplina del rapporto di lavoro negli enti lirico-sinfonici, optando per una piena e facile, ma erronea, parificazione al lavoro privato (25). La privatizzazione formale veniva interpretata in termini di ontologica incompatibilità con la sopravvivenza del disposto di

(24) Eloquente relativamente alla volontà del legislatore di creare un *corpus*, soggetto a regole sue proprie, separato dalla disciplina generale sui contratti a termine, era la normativa successivamente varata (legge 14 novembre 1979 n. 589; art. 2, penultimo comma, della legge 6 marzo 1980 n. 54; art. 1 comma 2, della legge 10 aprile 1981 n. 146; art. 2, comma 2, della legge 17 febbraio 1982 n. 43 e art. 3, comma 3, legge 10 maggio 1983 n. 182) che reiterava le finalità di contenimento degli organici degli enti lirici, ribadendo l'operatività del divieto di conversione.

(25) Gli interventi normativi di cui si dirà *infra* pongono fine alla diatriba insorta negli ultimi anni, oggi non più attuale alla luce degli interventi del 2013, ma di cui se ne dà conto, condizionata in parte da una errata lettura del pronunciamento in materia ad opera della Suprema Corte (ultima in ordine di tempo la sentenza n. 11573/2011). La controversia sottoposta alla disamina della Corte di Cassazione riguardava i contratti stipulati nella vigenza della precedente disciplina sui contratti a termine (ovvero la l. n. 230/62), ove nessuna previsione speciale era riservata alle fondazioni liriche, soprattutto con riguardo alla disciplina delle proroghe e della successione dei contratti. In questo contesto, il termine "rinnovi", poteva ingannare l'interprete, suggerendo una qualificazione in senso tecnico dello stesso, e conducendo alla erronea conclusione secondo la quale il divieto di conversione doveva ritenersi limitato alle sole ipotesi di violazione delle norme sulle proroghe o sulla successione dei contratti. Tuttavia, con la vigente disciplina ciò non accade, proprio perché tale effetto è oggi prodotto dall'art. 11 del d.lgs. n. 368/01, che esclude l'applicabilità agli enti lirici delle disposizioni di cui ai precedenti artt. 4 e 5 in materia di proroghe e successione di contratti a termine. In senso contrario cfr. sentenza n. 2124/2010 della Corte d'Appello di Palermo. Il termine "rinnovi" infatti, poteva ingannare l'interprete, suggerendo una qualificazione in senso tecnico dello stesso, e conducendo alla erronea conclusione secondo la quale il divieto di conversione doveva ritenersi limitato alle sole ipotesi di violazione delle norme sulle proroghe o sulla successione dei contratti. Tuttavia, con la vigente disciplina ciò non accade, proprio perché tale effetto è oggi prodotto dall'art. 11 del d.lgs. n. 368/01, che esclude l'applicabilità agli enti lirici delle disposizioni di cui ai precedenti artt. 4 e 5 in materia di proroghe e successione di contratti a termine. Pertanto non può che rafforzarsi la tesi secondo cui il termine rinnovi vada inteso in senso "atecnico" (cfr. Corte di Appello di Palermo n. 2124/2010) e dunque escludere la conversione anche del "nuovo" contratto a termine anche se geneticamente viziato. In caso contrario si avrebbe un'inutile duplicazione della medesima disciplina, posto che, aderendo alle tesi della controparte, l'art. 3 della l. 426/77, fatto rivivere dal decreto legge n. 64 del 2010, e l'art. 11 del d.lgs. 368/2001 avrebbero in sostanza la stessa funzione. Ma ciò non è, proprio per l'intrinseca natura pubblicistica degli enti lirici che il decreto Bondi, ha inteso ribadire attraverso il permanere del divieto di conversione.

cui all'art. 3 della legge n. 426/1977 (26), fulcro della specialità, che disponeva il divieto di conversione dei contratti, disciplinava ipotesi di divieto di assunzione e dettava una disciplina specifica per il rapporto di lavoro.

Altro indirizzo giurisprudenziale, tuttavia, muoveva dalla conservazione in capo agli enti lirici di forti connotati pubblicistici. Ciò in coerenza con la *ratio* della disposizione di cui all'art. 22, comma 2, del D.lgs. n. 367/96 che, nell'escludere espressamente l'applicazione dell'art. 2 della legge n. 230/62, dettava una disciplina speciale del lavoro a tempo determinato senza smantellare l'antecedente sistema imperniato sulla operatività del generale divieto di assunzione di personale a fronte di qualsivoglia ipotesi di nullità del rapporto anche di natura genetica o funzionale. In tale solco ermeneutico si collocava la prevalente giurisprudenza risalente, orientata a riconoscere alla legge n. 426/77 l'effetto di derogare alla previsione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 230/62, con l'obiettivo, confermato dalle leggi successive, di evitare l'incremento del contingente numerico del personale degli enti musicali e di escludere che la rinnovazione dei contratti di lavoro a termine potesse implicare la stabilizzazione dei rapporti (27).

Con la trasformazione non vi è stata una soluzione di continuità rispetto alla specialità della disciplina del rapporto di lavoro, sia per le riflessioni svolte sulla natura pubblica dell'ente, che rimaneva sostanzialmente pubblica, sia per la *ratio* dell'operazione di privatizzazione, sia per dati normativi. Il quadro non è stato poi modificato dall'entrata in vigore del testo di riforma dei contratti a termine (d.lgs. n. 368/2001) il quale, nell'art. 11, dopo avere disposto l'abrogazione della legge n. 230/62, al comma 4 ripropone il dettato di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 367/96, prevedendo che al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale previste dal d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367, non si applichino le norme di cui agli art. 4 e 5, concernenti il meccanismo della conversione in caso di proroghe e di successioni di contratti a termine (28).

A fronte di una perdurante incertezza giurisprudenziale il legislatore è in-

(26) “Sono, altresì, vietati i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, comporterebbero la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato (comma 4°)”. Le assunzioni attuate in violazione del divieto di cui al precedente comma sono nulle di diritto, ferma la responsabilità personale di chi le ha disposte (5° comma)”. Dette disposizioni erano inoltre precedute dal comma secondo che disponeva il divieto di assunzioni di personale amministrativo, artistico e tecnico, anche in adempimento di obblighi di legge, che avessero comportato aumenti del contingente numerico del personale a qualunque titolo in servizio presso i predetti enti ed istituzioni alla data del 31 ottobre 1973.

(27) Consiglio di Stato, 29 maggio 1987 n. 331; Consiglio di Stato n. 352 del 23 marzo 1998; Consiglio di Stato n. 571 del 28 aprile 1998.

(28) Disposizioni speciali sono dettate anche nell'art. 10, comma 7, lett. b) e d), per cui ai contratti stagionali o relativi a specifici spettacoli non si applicano i limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a tempo determinato.

tervenuto con l'art. 3, comma 6, del d.l. n. 64/2010 (29), convertito in legge n. 100/2010, al fine di fare chiarezza con una norma interpretativa sulla sopravvivenza, anche per il periodo successivo alla trasformazione in senso formalmente privatistico degli enti lirici, della specialità della disciplina e del divieto di conversione. Il decreto si colloca in una situazione di emergenza economico-finanziaria delle fondazioni lirico-sinfoniche (30). Si coglie nella disposizione una continuità ideale tra la sopravvenuta disposizione ed il sistema precedente (31): si conferma, con una disposizione interpretativa di portata retroattiva, la perdurante applicazione del divieto di conversione sin dalla trasformazione.

Letture questa che oggi si presenta come l'unica possibile ai sensi della norma di interpretazione contenuta nel d.l. n. 69/2013 recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*", convertito in legge n. 98/2013, che nell'art. 40, comma 1 *bis*, ha stabilito che "*L'articolo 3, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 100, si interpreta nel senso che alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti*". Non vi sono dubbi che la specialità della disciplina dichiaratamente

(29) L'art. 3, comma 6, del decreto citato: "*Alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, continua a applicarsi l'articolo 3, quarto e quinto comma, della legge 22 febbraio 1977 n. 426 e successive modificazioni, (testo riportato sopra) anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la loro trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368. Sono altresì inefficaci i contratti di scrittura artistica non concretamente riferiti a specifiche attività artistiche espressamente programmate. Non si applicano, in ogni caso, alle fondazioni lirico-sinfoniche le disposizioni dell'art. 1, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368 (omissis)*". Il D.L. 64/2010, al pari della legislazione precedente, si innesta a pieno titolo nel solco del sistema di controllo della finanza pubblica, prevedendo un invalicabile limite alle assunzioni a tempo indeterminato ed alle assunzioni a tempo determinato, che dal 2013 non potranno eccedere precisi contingenti numerici (cfr. comma 5° della disposizione in commento).

Per un'analisi delle diverse interpretazioni presenti in giurisprudenza si confronti la sentenza del Tribunale di Firenze, 11 marzo 2011, in *D e L, Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2011, 337 e ss.

(30) Per un'analisi completa del D.lgs. n. 64/2010 ed il suo intervento nell'ambito degli enti lirici si confronti LEON A.F., *Enti lirici tra fini pubblici, irresponsabilità d'impresa e autonomia territoriale, in Economia della cultura*, 2010, 75 e ss., in cui si analizza come la riduzione del Fondo unico allo spettacolo, le deboli politiche di promozione della cultura lirica, un sostanziale fallimento della trasformazione abbiano contribuito a peggiorare progressivamente la situazione.

(31) Il tenore letterale della norma ("*continua ad applicarsi l'art. 3 commi quarto e quinto della legge 22 luglio 1977 n. 426*") suggerisce l'opzione esegetica favorevole alla sopravvivenza del divieto di conversione anche per il periodo susseguente alla trasformazione degli enti lirici. Con i periodi successivi poi si introducono disposizioni tese ad impedire ("*in ogni caso*") il funzionamento dell'istituto della conversione estendendone l'efficacia anche ai rapporti in essere.

retroattiva equivalga ad una sostanziale continuità con il regime precedente.

A breve distanza temporale poi l'art. 11, comma 19, del d.l. n. 91/2013 recante "*Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo*", come convertito con modifiche dalla legge n. 112/2013 ha ancora espressamente previsto che "*il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso le fondazioni lirico-sinfoniche è instaurato esclusivamente a mezzo di apposite procedure selettive pubbliche*" (32). L'intervento si colloca all'interno della legge Bray, che prevede una disciplina di risanamento per gli enti lirico-sinfonici in stato di dissesto economico - finanziario attraverso un restringimento di tutti gli ambiti e le possibilità di assunzione. Oltre al divieto assoluto di conversione con portata retroattiva ed oltre al principio dell'accesso esclusivamente tramite concorso è previsto in via generale nei piani di risanamento un restringimento della pianta organica del personale (33). La *ratio* di tutto l'intervento del le-

(32) "*Per la certificazione, le conseguenti verifiche e le relative riduzioni del trattamento economico delle assenze per malattia o per infortunio non sul lavoro, si applicano le disposizioni vigenti per il pubblico impiego. (...) La Sezione Regionale di controllo della Corte dei conti competente certifica l'attendibilità dei costi quantificati e la loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e bilancio, deliberando entro trenta giorni dalla ricezione, decorsi i quali la certificazione si intende effettuata positivamente. L'esito della certificazione è comunicato alla fondazione, al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e al Ministero dell'economia e delle finanze. Se la certificazione è positiva, la fondazione è autorizzata a sottoscrivere definitivamente l'accordo. (...) Le fondazioni, con apposita delibera dell'organo di indirizzo, procedono a rideterminare l'organico necessario all'attività effettivamente realizzata, previa verifica dell'organo di controllo. La delibera deve garantire l'equilibrio economico-finanziario e la copertura degli oneri della dotazione organica con risorse aventi carattere di certezza e stabilità*".

(33) Art. 11, comma 1, lettera c) "*la riduzione della dotazione organica del personale tecnico e amministrativo fino al cinquanta per cento di quella in essere al 31 dicembre 2012 e una razionalizzazione del personale artistico*", che verrà perseguito tramite un sistema di pensionamenti e accordi sindacali. Con la legge Bray (D.l. n. 91/2013, convertito in legge n. 112/2013) è stata prevista dall'art. 11 recante "*Disposizioni urgenti per il risanamento delle fondazioni lirico-sinfoniche e il rilancio del sistema nazionale musicale di eccellenza*" una corposa e complessa disciplina di risanamento degli enti lirico/sinfonici. Ai sensi del comma 1 del citato articolo la Fondazione Teatro dell'Opera di Roma rientra nell'ambito di applicazione della disciplina. Ai sensi del comma 1 del citato articolo la Fondazione, atteso lo stato di dissesto economico - finanziario (perdite per circa 10 milioni di euro nel 2013 che si aggiungono ad un ingente debito pregresso), è rientrata obbligatoriamente nell'ambito di applicazione della disciplina e del piano di risanamento previsto dalla legge, con una conseguente riduzione della pianta organica. Accedere al programma di risanamento previsto dalla legge non costituisce infatti una scelta gestionale della Fondazione ma una conseguenza prevista dalla legge a causa dello stato di dissesto economico - finanziario.

La legge Bray, cd. Provvedimento salva fondazioni liriche, ha previsto che tutti gli enti lirico - sinfonici in stato di sofferenza economico - finanziaria, debbano presentare un piano di ristrutturazione che vede, tra i punti qualificanti, il ripensamento delle piante organiche, con una diminuzione dell'organico fino al 50% ed il decadimento del contratto integrativo esistente. A suddetti piani di riduzione e riorganizzazione della pianta organica sono subordinati i fondi messi a disposizione dalla legge per ripianare il deficit e consentire la sopravvivenza dell'ente.

Ai sensi dell'ultima parte dell'art. 11, comma 19, "*Le fondazioni, con apposita delibera dell'organo di indirizzo, da adottare entro il 30 settembre 2014, procedono a rideterminare l'organico necessario all'attività*

gislatore è chiara, si inserisce nel contesto costituzionale, e specifica ancora una volta ciò che già era implicito nel sistema alla luce delle considerazioni svolte, ovvero che l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso gli enti lirici può avvenire esclusivamente e necessariamente tramite concorso pubblico.

Quanto si è verificato con il decreto Bondi ed il decreto Bray nel settore speciale del lavoro presso gli enti lirico-sinfonici si pone in perfetto parallelismo con quanto è accaduto nel pubblico impiego a seguito della riforma cd. Brunetta (d.lgs. n. 150/2009): un aumento del tasso di specialità della disciplina che si allontana sempre di più dal modello del lavoro privato (34). In questa congiuntura storico-economica anche la disciplina del lavoro negli enti lirici segue le linee di tendenza del pubblico impiego e presenta caratteristiche sue proprie peculiari. Proprio perché la natura pubblica degli enti e le peculiarità che da ciò derivano nella disciplina del rapporto di lavoro sono dati di fondo del sistema, non alterabili e che riemergono, indipendentemente dalla scelta sul modello: è impossibile considerare il rapporto di lavoro di diritto comune pieno.

Non importa più di tanto a questo punto rilevare ancora come gli enti lirico-sinfonici non rientrino nella nozione di pubblica amministrazione in senso stretto delineata dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 e siano pertanto fuori dal suo ambito di applicazione. Gli enti lirico-sinfonici, enti pubblici ricompresi senza dubbio in una nozione di pubblica amministrazione in senso lato, hanno una propria disciplina speciale e peculiare del rapporto di lavoro che va ricostruita alla luce dei principi costituzionali e delle specifiche disposizioni di legge che si sono analizzate, rinviando alla disciplina del codice ci-

da realizzare nel triennio successivo. La delibera deve garantire l'equilibrio economico-finanziario e la copertura degli oneri della dotazione organica con risorse aventi carattere di certezza e stabilità".

L'art. 11, comma 13, prevede che *"Per il personale eventualmente risultante in eccedenza all'esito della rideterminazione delle dotazioni organiche di cui al comma 1, le fondazioni di cui al medesimo comma, fermo restando per la durata del soprannumero il divieto di assunzioni di personale, applicano l'articolo 72, comma 11, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. In caso di ulteriori eccedenze, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa informativa alle organizzazioni sindacali, sono disposti apposita procedura selettiva di idoneità e il successivo trasferimento del personale amministrativo e tecnico dipendente a tempo indeterminato alla data di entrata in vigore del presente decreto nella società Ales S.p.A., nell'ambito delle vacanze di organico e nei limiti delle facoltà assunzionali di tale società e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".*

È evidente come siano stati oggettivamente ristretti tutti gli ambiti di una possibile assunzione. I finanziamenti, destinati principalmente al rientro del debito, vengono inoltre agganciati e subordinati ai piani di risanamento e ad una gestione in termini di economicità ed efficienza degli enti (art. 11, comma 7 e art. 11, comma 9 lett. a).

(34) D'ALESSIO G., *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 1 e ss.

vile e delle leggi sul lavoro nelle imprese private solamente in quei settori ove sia costituzionalmente consentito oppure ove non sia diversamente stabilito da norme di legge speciali.

Ciò detto e tenuto ben presente, si può passare ad analizzare l'ultima problematica relativa all'applicabilità della riforma Fornero.

4. La non applicabilità della riforma Fornero al rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti lirico-sinfonici.

Abbiamo visto come gli enti lirico sinfonici siano enti pubblici non economici sottoposti ad una disciplina speciale relativamente ai rapporti di lavoro. Si pone a questo punto la necessità di analizzare il problema relativo all'applicabilità della riforma Fornero (legge n. 92/2012) alle pubbliche amministrazioni ed agli enti lirico-sinfonici, con particolare attenzione per il nuovo rito accelerato in materia di licenziamento introdotto dall'art. 1, commi da 47 a 68.

Per risolvere la questione è necessario partire dal dato normativo. Analizzando le disposizioni della legge troviamo nell'art. 1, comma 7, che *“Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (...)”*. Il successivo comma 8 prevede che *“ai fini dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione (...) individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità ed i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni”*. Non vi è dubbio che il legislatore si sarebbe potuto esprimere in modo meno criptico, risparmiando agli interpreti numerose fatiche.

Le norme non prevedono un'applicazione automatica delle disposizioni della legge n. 92/2012 (e quindi anche del rito accelerato in materia di licenziamento) ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni. Al contrario la legge, in maniera chiara, prevede che le disposizioni in essa contenute costituiscano solamente principi e criteri (il che è ben differente da una diretta applicabilità) e che in ogni caso vi debba essere un intervento o una iniziativa del Ministro della funzione pubblica per una definizione degli ambiti, modalità e tempi di applicazione ai dipendenti pubblici della riforma, al fine di un'armonizzazione con le peculiarità della disciplina del rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, o presso altri enti pubblici. Se dal comma 7 potrebbe ricavarsi, con una forzatura, un'apertura ad una possibile estensione, il successivo comma 8 dichiara in modo inequivoco il valore meramente programmatico della riforma per le Pubbliche Amministrazioni (tanto che si è parlato di barriera imprescindibile ed invalicabile (35)) e rinvia ad altra futura ed eventuale sede l'estensione della riforma al settore del lavoro “privatizzato” presso soggetti pubblici (36).

La legge, quindi, subordina l'applicabilità delle sue previsioni al settore

pubblico ad un futuro intervento di armonizzazione delle discipline. *In claris non fit interpretatio*, la diretta applicabilità è apertamente esclusa. La soluzione da prediligere deve essere per forza nel senso della non estensione della riforma Fornero e del rito speciale alle Pubbliche Amministrazioni, con la conseguente sopravvivenza del vecchio testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e con la necessità di ricorrere al rito ordinario. L'interprete è obbligato a ricavare l'unica interpretazione possibile dal dato letterale.

Si deve escludere anche la possibilità di accedere ad interpretazioni che forzino la distinzione tra aspetti processuali ed aspetti sostanziali (37).

Il dato normativo e la *ratio* della riforma, che si rivolge al mondo del lavoro privato, non possono consentire interpretazioni *contra legem*, nonostante una parte della giurisprudenza abbia seguito questa impostazione (38).

(35) ROMEO C., *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 718. Il comma 8 si oppone a qualsiasi tentativo che possa portare ad interpretazioni estensive della disciplina al fine di un'omogeneità maggiore della regolazione del lavoro pubblico e privato. Nello stesso senso CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 13 e ss. Un'ampia analisi la svolge anche n. CAVALLARO L., *L'art. 18 St. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, n. 6.

(36) CARINCI F., *Commentario alla legge Fornero*, in *Diritto e pratica del lavoro*, IPSOA, 2012, 3, secondo il quale "il co. 8 fa capire che quel che si ha in mente non è un'estensione della riforma ma una sua riformulazione ad hoc, secondo l'ormai prevalente tendenza a dividere" quanto si era cercato di unire con la privatizzazione del pubblico impiego culminata nel T.U. del 2001.

(37) Nulla si prevede in tal senso, anzi, la legge depone proprio in senso contrario: il silenzio del Legislatore è stato a volte erroneamente interpretato dalla giurisprudenza (ordinanza 7 marzo 2014 del Tribunale di Roma, ma anche Tribunale di Roma, 23 gennaio 2013 secondo cui "Ai rapporti di impiego pubblico privatizzato si applica il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti previsto dalla l. n. 92 del 2012 (c.d. «riforma Fornero»), ma non anche il nuovo testo dell'art. 18 st. lav. introdotto dalla medesima legge", Tribunale di Catanzaro, 28 febbraio /2013 e Tribunale di Trento, 13 marzo 2013, secondo cui vi sarebbe uno spazio per l'armonizzazione delle norme sostanziali ma non per le norme processuali che quindi sarebbero le uniche direttamente applicabili alle Pubbliche Amministrazioni) come una tacita differenziazione tra aspetti processuali e sostanziali. Una simile soluzione avrebbe però necessitato di espressi appigli normativi o indizi a favore. Nel totale silenzio sul punto, tra le due interpretazioni, si deve ritenere che nulla abbia inteso differenziare il Legislatore, il quale ha invece optato per un'uniformità tra aspetti processuali e sostanziali. Sulla inscindibilità dell'aspetto sostanziale da quello processuale ROMEO C., *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 715.

(38) Una parte della giurisprudenza ha ritenuto che il "rinvio mobile" operato dall'art. 51 T.U. n. 165/2001 allo Statuto dei lavoratori faccia sì che non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della riforma Fornero. Per negare tale conseguenza, bisognerebbe, secondo questo orientamento, supporre che l'art. 51 comma 2 T.U. n. 165/2001 sia stato abrogato nella parte in cui rende immediatamente applicabili al pubblico impiego le modifiche concernenti l'art. 18 St. lav., ma una simile abrogazione non avrebbe appigli testuali, ed i commi 7 e 8 vengono a volte ignorati ed altre considerate norme di fatto superabili. Così Trib. Perugia, ord. 9 novembre 2012 e 15 gennaio 2013, Trib. Ancona, ord. 31 gennaio 2013 e Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 2 aprile 2013. L'impostazione non regge per una serie di considerazioni: una parte della dottrina ha ritenuto che il rinvio allo Statuto dei lavoratori "e sue successive modificazioni" contenuto nella norma del T.U. fosse limitato alle modifiche intervenute fino alla data di entrata in vigore del T.U. e non si riferisse alle modifiche successive a tale data. In ogni caso non si può ritenere che tale rinvio possa riguardare le recenti e radicali modi-

Si rifletta, nello specifico, sul nuovo rito speciale accelerato in tema di licenziamento introdotto dall'art. 1, commi da 47 a 68. Già il solo fatto che si caratterizzi come rito speciale, utilizzando più volte il legislatore la definizione "*rito specifico*", dovrebbe portare a ritenere che la sua applicabilità debba essere intesa in senso restrittivo, non si possa estendere al di là dei casi espressamente previsti dalla legge. Per quanto riguarda le controversie in materia di licenziamento con le Pubbliche Amministrazioni bisognerà continuare ad utilizzare il rito ordinario del lavoro senza poter ricorrere al nuovo rito speciale accelerato.

A prescindere dall'imprecisione ed approssimazione della lettera della legge, un ulteriore dato andrebbe considerato: l'art. 1, comma 42 (39), recita "*All'articolo 18 della legge (...) sono apportate le seguenti modificazioni (...)*". Non si parla di sostituzione del vecchio testo dell'articolo con il nuovo, ma solo di modificazioni. Modificazioni appunto nell'ambito di operatività della riforma, con il precedente impianto che non viene toccato e rimane applicabile al lavoro pubblico: se modificata la disposizione non è pienamente abrogata e sostituita, ma diversificata nella sua sfera di applicazione (40): si riprende autorevole dottrina secondo cui la "*terminologia nuova, centrata sull'applicazione di una norma, che, a prescindere dall'imprecisione ed ap-*

fiche introdotte dalla riforma Fornero, per l'impossibilità della valenza *ex post* di una norma in vigore nel lontano 2001 che disporrebbe un rinvio ultrattivo in grado di prevalere rispetto a successive disposizioni contrarie di legge che prevedano l'inapplicabilità e rinviino espressamente ad una successiva opera di armonizzazione. Il quadro non è più quello del 2001, momento culmine del tentativo di avvicinamento tra lavoro pubblico e privato. Il quadro è quello dei successivi interventi del 2003, del 2009 e del 2012 che hanno scavato un solco profondo tra lavoro privato e pubblico impiego. Risponde a questa tesi in maniera convincente CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercai disperatamente*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 13 e ss., secondo cui "*non sembra affatto da escludere che una volta interpretata l'arruffata lettera dell'art. 1, commi 7 e 8 l. n. 92/2012 nel senso di escluderne l'applicabilità alle pubbliche amministrazioni, la disposizione dell'art. 51 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 vada intesa come riferita al vecchio testo dell'art. 18 St. Lav. a tutt'oggi vigente, ma con un ambito applicativo ridotto, cioè confinato all'impiego pubblico. Mentre, a sua volta, il nuovo testo dello stesso articolo sostituisce sì il vecchio, ma anch'esso con un ambito applicativo ristretto, cioè limitato al lavoro privato*".

Con un'altra obiezione mossa a questa impostazione si rileva come muovendo dai commi 7-8 non si può che escludere l'estensione proprio per scelta del Legislatore. Non vi è infatti silenzio sul punto ma una chiara presa di posizione. Se infatti è vero che tali prescrizioni rivelano l'intenzione di varare un *corpus* normativo speciale per il pubblico impiego c.d. privatizzato non è possibile che nelle more della sua elaborazione la riforma Fornero si applichi ai lavoratori pubblici: la modifica del regime normativo vigente per il pubblico impiego non è ricompresa tra gli obiettivi della riforma Fornero in sintonia con il precedente costituito dal d.lgs. n. 276/2003 (che non si applica per espressa previsione al pubblico impiego) con cui vi è una forte linea di continuità. Ulteriore obiezione si ha considerando come il regime dei licenziamenti per il pubblico impiego da sempre è stato differente rispetto a quello nel privato, dal momento che lo Statuto si applica a prescindere dal numero dei dipendenti: non si vede come non possa cogliersi nella riforma Fornero un'ulteriore, consueta, esplicita differenziazione tra i due regimi.

(39) Cioè il comma che riscrive non solo la rubrica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ma integralmente il suo contenuto nei commi da 1 a 6.

prossimazione della lettera della legge, se modificata non è novellata, e se cancellata non è abrogata, ma diversificata nella sua sfera di applicazione” (41). Cioè disapplicata solo per alcuni o che sopravvive solo per altri, con una conversione della terminologia da abrogazione a disapplicazione.

Fermo il dato letterale, anche considerazioni di tipo sistematico ci mostrano come negli ultimi interventi in materia di lavoro pubblico (d.lgs. n. 150/2009) si sia preso atto del fallimento del modello del pubblico impiego “privatizzato” e si sia segnata una forte divaricazione con il settore del lavoro privato, che ha portato numerosi commentatori a parlare di nuova pubblicizzazione del pubblico impiego. La soluzione della non applicabilità della legge Fornero alle Pubbliche Amministrazioni deve essere preferita anche per tali motivi e per il progressivo e ormai costante allontanamento tra le due discipline, distacco che trova una testimonianza aggiuntiva nella riforma del d.lgs. n. 276/2003 che esplicitamente prevede la sua non applicabilità al pubblico impiego (42). Vi è una linea di continuità. La riforma Fornero si inserisce a pieno titolo in questo percorso inverso, che dura ormai da una decina d’anni, rispetto all’avvicinamento tra pubblico e privato iniziato con la privatizzazione del 1993 e proseguito con le riforme del 1998. La sua *ratio* e le sue finalità di intervento trovano ragion d’essere solo nel settore privato (43), è questa la volontà del legislatore, e costituiscono una ulteriore prova della divaricazione in atto tra le due discipline.

All’interno di questo quadro si collocano anche gli enti lirico sinfonici. L’analisi compiuta nei paragrafi precedenti ci ha mostrato come la loro natura di enti pubblici non economici li inserisca a pieno titolo nella nozione di pubblica amministrazione in senso lato e di come la loro disciplina del rapporto di lavoro sia del tutto speciale e si muova anch’essa verso un accentuazione, o un recupero, del tasso di specialità e di come vi sia una centralità delle politiche di risanamento e di riduzione delle piante organiche (decreto Bray) in perfetto parallelismo con quanto è avvenuto nel settore pubblico con la riforma Brunetta e con le recenti misure introdotte dal d.l. n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012 (cd. Decreto *spending review*) in materia di riduzione delle dotazioni organiche e gestione delle eccedenze del personale.

(40) Non sarebbe peraltro la prima volta che il nostro ordinamento ci presenterebbe soluzioni differenti tra impiego pubblico e lavoro privato. Proprio in relazione all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori è sufficiente richiamare l’art. 51, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. La soluzione pertanto rispetta il canone di ragionevolezza.

(41) CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 13.

(42) Art. 1, comma 2, del d.lgs. 276/2003. In base alla riforma del 2003 coesistevano, relativamente al trasferimento d’azienda ed al tempo parziale, due testi differenti: uno per il settore privato, e l’altro, il vecchio, per il pubblico.

(43) Per un ampio commento in questo senso si rinvia a CARINCI F., *Commentario alla legge Fornero*, in *Diritto e pratica del lavoro*, IPSOA, 2012.

Di fronte ad un consistente divaricamento, o allontanamento (44), dalla regolamentazione privatistica sia per il pubblico impiego che per la disciplina speciale degli enti pubblici lirico-sinfonici, si deve concludere rilevando l'inapplicabilità agli enti pubblici che non svolgano attività d'impresa della legge Fornero, pensata per il settore privato e ad esso esclusivamente applicabile per ragioni sistematiche e per espresse disposizioni di legge, non superabili con salti interpretativi.

Tribunale di Roma, Sez. Terza lav., ordinanza 20 febbraio 2014, R.G. 43146/13 - Giud. D. Conte.

La presente causa non appare trattabile col rito col quale si è chiesto di introdurla (art. 1, commi 48 e segg. legge n. 92/2012), perché dal combinato disposto dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge cit. che in sostanza dicono che le disposizioni della legge non costituiscono che "*principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro*" dei dipendenti pubblici, rimandando ad "*iniziative normative*" del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione l'individuazione e definizione de "*gli ambiti, le modalità ed i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche*" appare emergere con sufficiente chiarezza la volontà del Legislatore di non dare diretta ed immediata applicazione alle novelle disposizioni nel settore del pubblico impiego, in quanto ivi chiamate a costituire un mero quadro di principi per una normazione a venire.

Appare pertanto preferibile, siccome coerente con la volontà del legislatore, l'orientamento (pure emerso, come si apprende dalla produzione attorea, nel foro barese) per cui la legge 92/2012 non si applica direttamente ai rapporti di pubblico impiego, tanto più che nulla appare ostare alla possibilità che il legislatore, per detti rapporti, abbia inteso conservare la disciplina previgente: mentre gli agitati profili di irragionevolezza dell'impossibilità, per i pubblici dipendenti, di accedere al rito sommario, se possono forse porre questioni di legittimità costituzionale, non possono apparire idonei ad indurre ad una applicazione diretta della "legge Fornero" evidentemente non voluta.

Ai meri fini della gestione del processo il giudicante ritiene, allo stato, che dalla inapplicabilità dell'art. 1, commi 48 e segg., della legge n. 92/2012 non debba derivare l'inammissibilità del ricorso, ma la conversione del rito, perché la prima opzione appare contraria al cd. principio di conservazione degli atti (art. 159, co. 3, c.p.c.) il quale vuole che se una ragione di nullità impedisce un determinato effetto, l'atto può produrre gli altri effetti per la produzione dei quali è idoneo, se ne presenta i requisiti di forma e sostanza. In particolare, in applicazione di detto principio, si segnala condivisibilmente, ad esempio, che un atto proposto come reclamo dinanzi al giudice competente può valere dinanzi allo stesso giudice come appello (Cass. 17939/2009); l'appello in materia di separazione proposto con citazione anziché con ricorso si conserva se non sono intervenute decadenze (Cass. 17645/2007); e nessuno dubita che in tali casi, sebbene non esistano (non esistessero) disposizioni sulla conversione del rito, il giudice adito debba poi procedere secondo il rito inderogabilmente prescritto per materia in relazione alla fattispecie, semplicemente perché il giudice deve inderogabilmente applicare il

(44) Di "gap incolumabile" parla ROMEO C., *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 725.

rito prescritto dalla legge, se questo non è optativo; potendo venire in considerazione solo l'idoneità dell'atto ad introdurre il rito richiesto dalla legge.

E tale questione può essere decisa validamente solo una volta che il processo sia stato gestito secondo il rito richiesto dalla legge.

Poiché il passaggio dal rito Fornero al rito lavoristico ordinario comporta l'innesto di un regime di preclusioni altrimenti inesistente, debbono trovare applicazione, se del caso in via analogica, le disposizioni di cui agli artt. 426 c.p.c. e 4, co. 3, del D.lgs. n.150/2011.

P.Q.M.

a) dispone che la presente causa sia trattata col rito lavoristico ordinario di cui agli artt. 409 e segg. c.p.c.;

b) rinvia la causa all'udienza del 17 aprile 2014 alle ore 10, autorizzando parte ricorrente ad integrare l'atto introduttivo mediante nota da depositare entro il 12 marzo 2014: e parte convenuta a fare altrettanto, entro il 4 aprile 2014.

Azione generale di arricchimento nei confronti della P.A. e problematiche sulla determinazione del *quantum* indennizzabile

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, SENTENZA 7 GIUGNO 2013 N. 3133

Giulia Guccione*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Inquadramento generale dell'istituto - 3. L'accertamento della misura dell'arricchimento dovuto.

1. Premessa.

Con recente pronuncia la quinta sezione del Consiglio di Stato ha mostrato di aderire all'orientamento secondo il quale l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto (nel caso di specie di appalto pubblico) invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace; per cui, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, non potrebbe farsi ricorso alla revisione prezzi poiché tendente ad assicurare al richiedente quanto si riprometteva di ricavare dall'esecuzione del contratto, e inidonea, pertanto, a costituire anche solo un mero parametro di riferimento, trattandosi di meccanismo sottoposto dalla legge a precisi limiti e condizioni, pur sempre a fronte di un valido contratto di appalto.

Al fine di meglio comprendere l'opportunità di tale orientamento giurisprudenziale, già consolidatosi nella giurisprudenza ordinaria, s'è scelto di operare una ricostruzione storica e dogmatica dell'istituto, con particolare riferimento all'evoluzione delle elaborazioni teoriche concernenti la determinazione della misura dell'indennità e le problematiche sottese in ordine alle differenti possibili soluzioni.

2. Inquadramento generale dell'istituto.

L'arricchimento senza causa *ex art.* 2041 c.c., trova antecedente in quell'istituto del diritto romano classico, ricondotto alla categoria dei "quasi contratti", che prendeva il nome di *actio de in rem verso* (1), ed appartiene all'ampia ed eterogenea categoria dei rimedi restitutori essendo, per l'appunto, volto a consentire il recupero di quanto da un soggetto lucrato senza causa a spese di un altro (2).

(*) Avvocato del libero Foro, già praticante presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) In tema v. GALLO, *Commentario al Codice civile* diretto da BUSNELLI, artt. 2041-2042, Milano, 2003, 9.

(2) ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 381 e ss.

Oggi, a ben guardare, potrebbe risultare fuorviante l'inquadramento operato dalla dottrina romanistica posto che, com'è noto, elemento caratterizzante il quasi contratto è la presenza di un comportamento volontario del soggetto che, con esso, fa sorgere l'obbligazione.

Nell'arricchimento senza causa è invece assente ogni componente volontaristica poichè l'obbligazione sorge direttamente dalla legge quando si verificano i presupposti fondamentali, individuati secondo l'interpretazione tradizionale, in quattro elementi fondamentali: la contemporanea sussistenza di un arricchimento da un lato, e di un impoverimento, dall'altro; l'esistenza del nesso causale fra quest'ultimi e la mancanza di un titolo giustificativo del negozio (3).

L'azione di arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione (4) presenta caratteri di specialità rispetto al rimedio generale. Caratteri, quest'ultimi, configurati in via pretoria, e comportanti talvolta anche vistosi allontanamenti dalla struttura-base prima brevemente richiamata.

Primo dato differenziale è l'aggiunta di un ulteriore requisito: il riconoscimento dell'utilità da parte dell'Amministrazione (5) (o, per usare una locuzione ripresa da risalente giurisprudenza, "previo gradimento dell'amministrazione stessa"). Requisito, questo, formulato già nella vigenza del codice del 1865 dapprima in materia di gestione d'affari altrui e successivamente esteso anche all'azione di arricchimento e confermato da una pronuncia delle Sezioni Unite del 2008 (6), *leading case* nella materia *de qua*, cui successivamente si è conformata la giurisprudenza sia civile che amministrativa (7).

Un presupposto che, *prima facie*, potrebbe apparire iniquo dato che così ragionando si subordina il diritto del depauperato al compimento di un atto da parte di un soggetto che, in linea teorica e astratta, non ha alcun interesse a compimento ma che diviene condivisibile ove si tenga conto della *ratio* sottesa, da ravvisarsi nel fatto che l'autorità giudiziaria - per i limiti di cui all'art. 4, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E - non potrebbe scendere ad un esame discrezionale e tecnico circa l'utilità conseguita dalla P.A, il cui giudizio è rimesso interamente e unicamente all'amministrazione.

(3) CARINGELLA, *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni*, Milano, 2008, 1221 e ss.

(4) PRUSSIANI, *L'azione di arricchimento senza causa nei rapporti tra la pubblica amministrazione ed il professionista: riconoscimento dell'utilitas e criteri di quantificazione dell'indemizzo*, in *Corriere Giur.*, 2012, 10, 1216.

(5) *Ex plurimis*: v. Trib. Milano Sez. I, 15 febbraio 2012 ai sensi del quale "L'azione di arricchimento senza giusta causa, disciplinata dall'art. 2041 c.c., è esperibile nei confronti della P.A. allorché la stessa abbia tratto un vantaggio economico dall'attività posta in essere in suo favore da un terzo. Ai fini del valido esperimento dell'azione, in ragione degli interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione, è richiesta la sussistenza di ulteriori condizioni rispetto alla previsione codicistica quali, oltre al fatto materiale dell'esecuzione di una prestazione economicamente vantaggiosa per l'ente pubblico, il riconoscimento dell'utilità stessa da parte dell'ente".

(6) Cass. civ. Sez. Unite, 11 settembre 2008, n. 23385.

(7) Cons. St., Sez. III, 24 aprile 2013, n. 2312.

A questa, si affianca l'ulteriore esigenza di tutelare l'interesse pubblico - che deve permeare l'agire della P.A. - contro l'iniziativa di privati che agiscano all'insaputa delle autorità competenti per trarne comunque un vantaggio economico; esigenza tanto più sussistente se si pensa alla circostanza che un orientamento ha, in passato, ammesso il computo del lucro cessante all'interno del *quantum* da restituire (8).

Altra obiezione che potrebbe essere mossa attiene ad un'asserita disparità che in tal modo si creerebbe quando, a parità di prestazione e soggetto passivo dell'obbligazione, l'azione si modellerebbe in modo differente a seconda che destinatario della prestazione sia un altro soggetto privato o l'Amministrazione. Profilo che non si può certo ritenere discriminatorio se sol si pensa alla diversa rilevanza degli interessi giuridicamente rilevanti di cui questi sono portatori, pertanto idonea a giustificare, sul piano della ragionevolezza, una diversità di disciplina.

Superati tali preliminari dubbi, ci si è chiesti, quanto alle modalità con cui deve avvenire il riconoscimento, se questo sia ammissibile anche in forma implicita o debba, piuttosto, avere carattere esplicito e avvenire con atto formale.

In particolare, i fattori di quest'ultima tesi si dividono tra quanti richiedono non solo un atto espresso, ma anche che questo sia costituito da un provvedimento adottato a conclusione di un procedimento correttamente instaurato ed abbia, insomma, tutti i crismi di validità ed efficacia, e tra quanti ammettono che il requisito sia soddisfatto anche da un atto carente delle varie formalità, purchè da questo risulti chiaramente che l'Amministrazione riconosce d'aver conseguito un vantaggio.

Viceversa, altro orientamento ha ritenuto che il riconoscimento potesse avvenire anche implicitamente (9), soprattutto quando l'ente era divenuto all' "utilizzo", posto che, empiricamente, si riscontrava l'esperibilità di quest'azione in presenza di prestazioni di privati avvenute in dipendenza di contratti irregolari, nulli o inesistenti da parte, generalmente, di imprenditori o professionisti. Così, negli ultimi tempi la giurisprudenza ha optato per un'attenuazione della rilevanza di questo requisito, essendosi infine consolidata la regola in virtù della quale ai fini del riconoscimento è sufficiente un uso o un impiego dei beni o dei servizi per le finalità dell'ente; sicchè può oggi ammettersi che questo risulti implicitamente per *facta concludentia* o attraverso l'utilizzazione della prestazione.

Questa evoluzione giurisprudenziale trova giustificazione nel tentativo,

(8) V. Cass. 7136/1996; Cass. 12 aprile 1995 n. 4192; Cass. sez. un. 5833/1984 e Cass. 6570/2005 che apportano un temperamento alla tesi ivi sostenuta e secondo cui il mancato guadagno indennizzabile deve considerarsi soltanto quello che il professionista avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel periodo di tempo dedicato invece all'esecuzione dell'opera utilizzata dall'ente pubblico.

(9) Cfr. Cons. St., Sez. V, 4 giugno 2009 n. 3460.

da parte dei giudici, di temperare la posizione di vantaggio in cui si trova la P.A. in dette situazioni sostanziali, ed evitarne un eccessivo arbitrio.

Altro profilo che attiene le forme del riconoscimento riguarda gli organi all'uopo abilitati.

Se da un lato, infatti, la giurisprudenza ha mostrato un'apertura verso le esigenze del privato ammettendo la forma implicita del riconoscimento, dall'altro ha circoscritto l'ambito dei soggetti deputati al riconoscimento (esplicito o implicito) dell'utilità della prestazione. Questo, infatti, pur non dovendo rispondere a particolari requisiti di forma, è desumibile solo da atti e comportamenti di organi qualificati, cui sia rimessa la formazione della volontà dell'ente, e non da qualsiasi soggetto facente parte della struttura dell'ente (10).

2. L'accertamento della misura dell'arricchimento dovuto.

La *querelle* che tuttavia ha maggiormente interessato la giurisprudenza attiene al profilo dell'accertamento della misura dell'arricchimento dovuto e, con tutta probabilità, nasce dal fatto che l'azione di arricchimento è - nonostante la sua natura sussidiaria - un rimedio suscettibile di essere esperito in moltissime fattispecie.

Tra i casi in cui vi si è fatto più frequente ricorso spiccano l'arricchimento causato da fatto altrui e l'arricchimento dovuto all'esecuzione di una prestazione professionale sulla base di un negozio irregolare, invalido o inesistente (11); ed è forse per ovviare alle iniquità che si sarebbero prodotte in questi casi che recentemente la giurisprudenza ha cominciato a scostarsi dalla previsione testuale dell'art. 2041 il quale, a onor del vero, dice che l'obbligo restitutorio non può superare il limite dell'arricchimento.

Tre sono i filoni giurisprudenziali succedutisi a riguardo negli anni: il primo, volto a escludere dal computo dell'indennizzo il mancato guadagno *ex artt.* 1223 e ss. c.c., pone l'accento sulla differenza tra il danno aquiliano e il pregiudizio cui si riferisce la disciplina dell'arricchimento; un secondo sostiene

(10) Vedi in tal senso: Cass. civ. Sez. I, 18 aprile 2013, n. 9486 secondo cui "il riconoscimento dell'utilità dell'opera e la configurabilità stessa di un arricchimento restano affidati a una valutazione discrezionale della sola P.A. beneficiaria, unica legittimata - mediante i suoi organi amministrativi o tramite quelli cui è istituzionalmente devoluta la formazione della sua volontà - ad esprimere il relativo giudizio, che presuppone il ponderato apprezzamento circa la rispondenza, diretta o indiretta, dell'opera al pubblico interesse, senza che possa operare in via sostitutiva la valutazione di amministrazioni terze, pur se interessate alla prestazione, né di un qualsiasi altro soggetto dell'amministrazione beneficiaria. Tale riconoscimento può essere esplicito o implicito, occorrendo, in quest'ultimo caso, che l'utilizzazione dell'opera sia consapevolmente attuata dagli organi rappresentativi dell'ente, in quanto la differenza tra le due forme di riconoscimento sta solo nel fatto che la prima è contenuta in una dichiarazione espressa, mentre la seconda si ricava da un comportamento di fatto, tale da far concludere che il suo autore abbia inteso conseguire uno specifico risultato".

(11) Si veda, sull'argomento: PRUSSIANI, *L'azione di arricchimento senza causa nei rapporti tra la pubblica amministrazione ed il professionista: riconoscimento dell'utilitas e criteri di quantificazione dell'indennizzo* in *Corriere Giur.*, 2012, 10, 1216.

che deve essere indennizzato il valore corrispondente al «giusto prezzo» o «giusto corrispettivo» della prestazione eseguita dall'impoverito; un ultimo, maggioritario, invece ritiene che all'impoverito debba essere indennizzato sia il danno emergente che il lucro cessante.

La prima impostazione fra quelle citate ha, in particolare, fatto leva sul concetto di “diminuzione patrimoniale” e sulla differenza intercorrente fra i concetti di “perdita” e “danno” (12) i quali differirebbero, per la circostanza che il secondo, a differenza del primo, è ricollegato a profili di responsabilità. Alla sussistenza di una responsabilità del soggetto, infatti, corrisponderebbe un maggior disvalore del fatto e, pertanto, la necessità di un differente trattamento in sede di computo del *quantum*: ne deriverebbe la necessaria esclusione del mancato guadagno, il quale atterrebbe, più opportunamente, alla sola nozione di danno. Di conseguenza, una equa liquidazione del *quantum* dovrebbe ammontare limitatamente alla somma di quanto un soggetto abbia fatto proprio in virtù della diminuzione patrimoniale dell'altro soggetto coinvolto.

I fautori della seconda ricostruzione - secondo cui invece il danno *ex art.* 2041 c.c. deve essere equivalente al valore del bene o della prestazione o dell'attività altrui che ha prodotto l'arricchimento - ravvisano l'elemento differenziale con la responsabilità da illecito nel fatto che, in quest'ultimo caso, il danno è pari non al valore della cosa o della prestazione, bensì all'interesse leso, valutato in concreto e corrispondente al danno emergente e al lucro cessante. L'art. 2041, porrebbe una tutela omogenea ad altre ipotesi (artt. 935, 936 e 939 c.c.) tutte espressive, in realtà, di principi aventi portata generale. Quindi, se da un lato non può ristorarsi il lucro cessante, ciò non vuol dire che l'impoverito debba subire un ingiusto pregiudizio, quale sarebbe se l'indennizzo non corrispondesse al “giusto valore”.

Una tesi siffatta è stata seguita dalla giurisprudenza soprattutto nei casi di prestazione d'opera di un professionista o di un imprenditore, avvenuta in virtù di un titolo inesistente o invalido. Con una soluzione equitativa e dando rilievo al «giusto corrispettivo» per la prestazione eseguita, si è così riconosciuto al professionista ciò che avrebbe ricavato dal normale svolgimento della propria attività professionale, pur negando - formalmente - la possibilità che la restituzione potesse consistere nella controprestazione indicata nel contratto stesso poichè *l'actio de in rem verso* non può surrettiziamente instaurare vincoli contrattuali.

Ben presto, e specificamente con riguardo alle azioni di arricchimento esperite nei confronti della pubblica amministrazione per prestazioni profes-

(12) Mentre, infatti, quest'ultimo mira ad ottenere la *restitutio in integrum* in virtù del principio in base al quale si vuole evitare che l'agire *contra legem* di un soggetto possa produrre conseguenze negative nella sfera patrimoniale e personale di un altro soggetto; il “riparare alla perdita” ha come fine quello di rimediare, semplicemente, allo squilibrio formatosi senza adeguata giustificazione, sicchè avrebbe quella base prettamente equitativa, riscontrabile in altre fattispecie codicistiche (es.: 2045 e 2047 c.c.) ove sono previste indennità al difettare dei presupposti per il risarcimento *ex art.* 2043.

sionali eseguite in virtù di contratti invalidi, si è sviluppato il terzo orientamento menzionato, il quale propendeva per un'interpretazione estensiva della locuzione di cui all'art. 2042 c.c.: «pregiudizio subito» .

Ponendo, infatti, al centro dell'analisi la lesione dell'interesse e il danno dell'impovertito, la Cassazione ha riconosciuto indennizzi individuati in base ai tariffari professionali, o a norma dell'art. 1226 c.c., così realizzando un ristoro per la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'impovertito del tutto analogo a quello che potrebbe realizzarsi con l'azione risarcitoria.

Pur ammettendo che l'interpretazione letterale conduceva alla non indennizzabilità del mancato guadagno, s'affermava - tuttavia - che diminuzione patrimoniale rilevante *ex* l'art. 2041 c.c. dovesse essere ogni perdita economica del soggetto a svantaggio del quale l'*accipiens* si fosse arricchito, compreso il mancato guadagno. Ciò perché a fondamento della norma vi sarebbe una *ratio* volta ad evitare che un soggetto ottenga senza causa un incremento patrimoniale a danno di un altro soggetto: il considerare l'intero pregiudizio subito sarebbe, insomma, diretta conseguenza dell'interpretazione teleologica dell'istituto e approdo necessitato dalla rilevanza dell'elemento causale all'interno del nostro ordinamento, sicché non sarebbe possibile tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice, neppure quando beneficiario ne sia un ente pubblico (13).

Una siffatta soluzione, condivisibile per la coerenza coi principi fondamentali che governano gli spostamenti patrimoniali, ha tuttavia avuto - quale effetto distorsivo - quello di trasformare l'*actio de in rem verso* in un rimedio equitativo privo di parametri certi di riferimento, idoneo a far conseguire ai soggetti privi di valido titolo il compenso tendenzialmente integrale cui avrebbero avuto diritto ove l'affare fosse stato validamente concluso. Con la particolarità che, di volta in volta, l'azione di indebito arricchimento prendeva in prestito (mascherandoli da meri indici parametrici o da elementi di prova presuntiva richiesti per una corretta valutazione equitativa) i criteri di liquidazione più favorevoli all'impovertito, applicandoli senza dover sottostare ai presupposti e alle condizioni cui il legislatore subordinava l'individuazione della controprestazione di lavori e servizi per la P.A. Con la pericolosa conseguenza di indebiti vantaggi per il privato contraente con la P.A., il quale avrebbe potuto ottenere la rideterminazione in base a parcella da lui stesso predisposta, ancorata alle tariffe professionali, anziché il minor compenso già prestabilito dall'ente nella convenzione invalida o nel capitolato (14). Ad aggravare il quadro generale stava la circostanza che questi effetti positivi si producevano anche a favore di chi sapeva non esistere affatto un contratto o, peggio, ne conosceva l'invalidità, poiché - non riguardando profili di responsabilità - l'azione *de qua*

(13) Cfr. Cass., S.U., n. 1025/1996; Cass. 7694/1992.

(14) V. Cass. civ. Sez. III, 25 settembre 1998, n. 9584.

prescinde da qualsiasi indagine sull'elemento psicologico; e ciò anche nelle ipotesi del c.d. arricchimento imposto o mediato, ove gli impoverimenti sono dovuti ad iniziative e comportamenti stessi dell'impoverito.

Il risultato aberrante di questa giurisprudenza è stato quello di rendere l'azione *de qua* una alternativa rispetto al rapporto contrattuale vero e proprio, ideale "scappatoia" per eludere l'applicazione delle norme imperative dell'evidenza pubblica (15).

A partire dagli anni Novanta è subentrata in giurisprudenza una cautela sempre maggiore nella concessione dell'azione *de qua*. Cautela che s'è tradotta, anzitutto, nella pretesa di un doppio requisito del riconoscimento, che poc'anzi abbiamo anticipato e qui giova ripetere e meglio puntualizzare, che dev'essere sia consapevolmente attuato dagli organi rappresentativi dell'ente, e concretizzarsi nell'effettiva utilizzazione della prestazione medesima; sia proveniente non più da qualsiasi soggetto o ufficio che faccia parte della struttura dell'ente, bensì solo da quelli cui è rimessa la formazione della volontà dello stesso o che per legge ne hanno la rappresentanza esterna, o in altre parole, da quegli stessi organi che sarebbero stati competenti a manifestare la volontà dell'amministrazione di contrarre nonché a stipulare.

In questo clima si innesta una importante pronuncia delle SS.UU. (16) che, con l'occasione, hanno riesaminato in radice funzione e finalità dell'azione *ex art. 2041 c.c.* allorché rivolta contro la pubblica amministrazione e, disattendendo la giurisprudenza divenuta ormai maggioritaria, si sono espresse a favore dell'interpretazione che esclude dal computo dell'indennizzo il lucro cessante. Più sono gli argomenti a sostegno svolti in motivazione.

In primis, l'argomento testuale: la lettera della norma è chiara sul punto e si

(15) Mosso proprio da questa preoccupazione, è intervenuto il legislatore che ha tentato, senza peraltro riuscirci, di ridimensionare l'istituto con l'art. 23, 4° co., D.L. 2 marzo 1989, n. 66, convertito in L. 24 aprile 1989, n. 144, stabilendo che in materia di enti locali in caso di lavori urgenti, non regolarizzati, è solo possibile agire *ex contractu* nei confronti del funzionario che ha agito illegittimamente. Nelle intenzioni del legislatore la configurazione di una responsabilità contrattuale diretta in capo al funzionario avrebbe dovuto costituire un deterrente contro le violazioni di legge da parte dei pubblici dipendenti i quali perseguivano fini di profitto colludendo con soggetti privati contraenti. Ma sarebbe stato deterrente per i privati stessi, onerati ad addivenire a una contrattazione munita di tutti i crismi, data la probabile e frequente insolvibilità del funzionario stesso. In seguito la giurisprudenza si è per lo più attenuta a questa normativa escludendo la possibilità per il privato di agire direttamente in arricchimento contro la P.A.: infatti, posto il carattere esplicitamente sussidiario dell'azione *ex art. 2042 c.c.*, la possibilità di agire *ex contractu* nei confronti del funzionario escluderebbe la possibilità di agire in arricchimento nei confronti della P.A., salva la possibilità per il privato di esperirla in via surrogatoria. Successivamente il legislatore è nuovamente intervenuto con il D.Lgs. 15 settembre 1997, n. 342 riconoscendo alla P.A. la facoltà di riconoscere i debiti fuori bilancio «nel limite dell'indebito arricchimento», in tal modo generando notevole confusione perché da un lato ripristinava il principio per cui compete all'ente stesso il riconoscimento dell'utilità, dall'altro pretendeva un riconoscimento formale, in palese contrasto con l'evoluzione giurisprudenziale prima citata che già in precedenza aveva ammesso che questo avvenisse anche implicitamente.

(16) Cass. Civ., Sez. Un., 11 settembre 2008, n. 23385.

pone in linea di continuità col principio romanistico «*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*» il quale consentiva di riparare, attraverso la nascita di obbligazioni restitutorie in capo all'arricchito, il *detrimentum* sofferto da un impoverito a seguito dell'esecuzione di una prestazione senza una giustificazione, sia essa mancante *ab origine* o venuta meno successivamente. Tale istituto presupponeva la nascita di un'obbligazione avente marcatamente carattere restitutorio, non di riparazione o risarcimento. Se, dunque, la natura dell'obbligazione è restitutoria, oggi come in passato, deve concludersi che l'esclusiva funzione dell'*actio de qua* sia semplicemente quella di porre in equilibrio una situazione di fatto alterata. A conferma le Sezioni Unite riportano che già sotto il codice del 1865 la giurisprudenza ammetteva l'*actio de in rem verso* del tutto simile a quella romanistica.

Conclusione avallata, oltre che dalle applicazioni storiche dell'istituto anche dalla collocazione sistematica che questo riceve all'interno del codice: subito dopo le ipotesi di obbligazioni restitutorie. Potrebbe concludersi, da ciò, che tali ipotesi e l'azione di arricchimento hanno un comune principio ispiratore volto a ripristinare una situazione di equilibrio tramite la «restituzione», rimanendo comunque differenziati circa la portata: le prime sono rimedi applicabili a fattispecie tipiche, riferite a specifiche perdite, l'azione *ex art. 2041* ha invece portata generale potendo applicarsi a tutte le ipotesi di perdite ingiuste non previste dal legislatore a chiusura dei rimedi esperibili e avente dunque carattere sussidiario (previsto esplicitamente all'art. 2042 c.c.). Inoltre, siffatta conclusione è l'unica coerente con l'esigenza di evitare ogni possibile commistione con le azioni contrattuali, le sole aventi la funzione di assicurare al privato il giusto corrispettivo dell'incarico o dei lavori eseguiti.

Ma v'è di più. In tal modo, risulta ripristinata la funzione originaria di norma generale di chiusura destinata a disciplinare tutti i casi cui debba conseguire la restituzione che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere singolarmente. Con la rilevante conseguenza che, vertendosi in tema di restituzioni e non di risarcimento, deve concludersi necessariamente che la norma non mira alla ricomposizione del patrimonio dell'impoverito, sicché difetta in radice un titolo idoneo a compensare il suo mancato incremento attraverso profitti non realizzati.

Da queste argomentazioni, non può non trarsi una stigmatizzazione del percorso logico seguito dalla giurisprudenza prima esaminata, in base al quale la stima dell'indennizzo non solo veniva conformata al modello contrattuale senza tener poi conto delle specifiche condizioni e limitazioni costituite dalle regole dell'evidenza pubblica, ritenute eppure assolutamente inderogabili, eludendole e neutralizzandone in nome di imprecisate esigenze equitative; ma, altresì, utilizzava istituti ed elementi parametrici peculiari di dette azioni col risultato di assicurare all'autore di una prestazione eseguita - malgrado l'invalidità del contratto - il medesimo profitto che avrebbe ricavato nello stesso periodo di tempo da altre attività remunerate.

In tal modo l'azione *de qua* non presenta più i caratteri di strumento *legibus solutus* idoneo, da un lato, a ricomprendere tutti i benefici derivanti da un contratto valido e, dall'altro, a trascenderlo per aggiungervi anche quelli non consentiti dalle condizioni e dai limiti posti dall'ordinamento all'attività negoziale degli enti pubblici.

In conclusione, può oggi dirsi che con la sentenza delle SS.UU. è stato inaugurato un consolidato orientamento nella giurisprudenza di legittimità (17), teso a privilegiare l'interpretazione dell'art. 2041 c.c. che esclude dal calcolo dell'indennità (richiesta per la "diminuzione patrimoniale" subita dall'esecutore di una prestazione in virtù di un contratto invalido) quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace.

Orientamento che, come dimostra la pronuncia in epigrafe, pare essere stato ormai recepito anche nella giurisprudenza amministrativa.

Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 7 giugno 2013 n. 3133 - Pres. Trovato, Est. Lotti - Monteco Srl (avv.ti Lazzari e Positano) c. Comune di Casarano (avv. Mormandi).

DIRITTO

Ritiene il Collegio di dover precisare, sotto il profilo fattuale, che la vicenda oggetto dell'appello riguarda un contratto (rep. n. 1144 del 22 marzo 1994), con cui l'appellato Comune di Casarano aveva affidato all'A.T.I. G.I.ECO srl - SO.GEA.A. srl (poi Monteco srl, attuale appellante) il servizio di igiene urbana e servizi complementari per la durata di otto anni.

Alla scadenza del suddetto rapporto contrattuale (28 febbraio 2002) il medesimo servizio veniva riaffidato alla società concessionaria, inizialmente in virtù della deliberazione di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 e della determinazione n. 284 del 22 febbraio 2002; poi, in virtù di delibera di G.C. n. 332 del 22 novembre 2002 e determinazione n. 67 del 9 dicembre 2002, fino al 17 luglio 2003.

Successivamente, sia la cit. delibera di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 che la cit. determina n. 284 del 22 febbraio 2002, venivano annullate da questo Consiglio con sentenza 2079-03; invece, la cit. delibera di G.C. n. 332 del 22 novembre 2002 e la cit. determinazione n. 67 del 9 dicembre 2002 risultavano adottate in violazione dell'ordinanza cautelare di questo Consiglio 28 agosto 2002, n. 3576, reso nel corso dello stesso giudizio d'appello (RG n. 6947/02). Per fronteggiare la situazione di emergenza, il Comune appellato aveva imposto l'esecuzione dell'attività precedentemente appaltata mediante l'adozione di ordinanze sindacali ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 22-1997 e dell'art. 30 del d.lgs. n. 267-2000 (ordinanza n. 113 del 10 luglio 2003, ordinanza n. 209 del 30 dicembre 2003, ordinanza n. 124 del 29 giugno 2004, ordinanza n. 219 del 30 dicembre 2004, ordinanza n. 98 del 30 giugno 2005, ordinanza n. 212 del 30 dicembre 2005, tutte di durata infrasemestrale).

Nel 2007, quando il Comune aveva affidato il medesimo servizio ad altro concessionario, individuato con apposita gara, la ditta Monteco ha presentato ricorso al TAR Puglia, sezione di Lecce, chiedendo:

(17) V. anche Cass. SS.UU. n. 1875/2009 e Cass. n. 22313/2011; n. 20648/2011; n. 3905/2010. Più di recente v. Cass. civ. Sez. I, Sent., 17 gennaio 2013, n. 1167.

- il compenso revisionale (comprensivo degli importi corrispondenti all'alea del 10%) per il periodo dal 1° gennaio 1998 al 17 luglio 2003;
- il recupero dell'importo corrispondente all'alea per il periodo 1° marzo 1995 - 31 dicembre 1995 e per il periodo 1° gennaio 1996 - 31 dicembre 1997;
- il riconoscimento del diritto al rimborso dei maggiori oneri derivanti dall'affidamento coattivo del servizio.

Il TAR, con la sentenza già riassunta in punto di fatto, riconosceva il diritto della ricorrente alla revisione dei prezzi per il periodo di durata dell'originario rapporto contrattuale (ovvero sino al 28 febbraio 2002) e disconosceva il preteso diritto della ricorrente alla revisione dei prezzi per il periodo successivo (fino al 17 luglio 2003), rigettando la richiesta di rimborso dei maggiori oneri derivanti dall'affidamento coattivo.

L'appellante impugnava detta sentenza limitatamente ai capi 2.2.B e 2.3.C, chiedendone la parziale riforma.

Secondo il Collegio, l'appello non può essere accolto.

Infatti, in primo luogo, con riferimento al periodo 28 febbraio 2002-17 luglio 2003, poiché i provvedimenti con cui è stato affidato il servizio (delibera di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 e determina n. 284 del 22 febbraio 2002) sono stati annullati da questo Consiglio con sentenza 2079-03, il relativo contratto è da ritenersi invalido e affetto da nullità (*rectius*: sia stato caducato), come già chiarito in via generale da questo Consiglio con la fondamentale sentenza della sez. V 13 novembre 2002, n. 6281, che ha utilizzato la categoria della nullità virtuale o extratestuale per violazione di norme imperative, ma anche, conseguentemente, di tipo strutturale, per difetto di titolo al contratto in capo all'affidatario.

Secondo la cit. sentenza del 2002 la nullità per violazione di norma imperativa (proibitiva della stipula del contratto con l'affidatario), si traduceva, dunque, anche in una conseguente nullità strutturale per carenza di titolo a contrarre.

Nella consapevolezza delle difficoltà ricostruttive di questa figura, sembra che questa ricostruzione possa ritenersi sostituita dalla tesi della caducazione automatica, che vi si è sovrapposta, secondo la quale la fase di evidenza pubblica costituisce un requisito legale di efficacia del contratto, il cui venire meno, per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, determina il travolgimento automatico del contratto, in forza del principio generale del *simul stabunt, simul cadent*, proprio anche dei negozi giuridici privati collegati in via necessaria (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332 e 4 aprile 2007, n. 1523).

Tale opzione fa discendere, come conseguenza dell'annullamento dell'atto amministrativo, l'automatica e retroattiva improduttività degli effetti del contratto, e tale descrizione della trasmissione del vizio di illegittimità del provvedimento sulla validità del contratto stipulato a valle non è circoscrivibile alle sole ipotesi di aggiudicazione di un contratto d'appalto, ma si estende a tutte le ipotesi in cui l'atto amministrativo e l'atto negoziale siano legati da un indissolubile nesso di presupposizione necessaria, nel senso che la stipulazione del contratto consegua al provvedimento di affidamento.

Ovviamente, posteriormente al recepimento della cd. Direttiva ricorsi (Dir n. 66 del 2007, recepita con il d. lgs. n. 53 del 2010), saranno applicabili le regole attualmente contenute negli artt. 121 e ss. c.p.a., non applicabili, tuttavia, al caso di specie, che è antecedente all'introduzione di tali novità normative.

Peraltro, per detto periodo antecedente (così come per i settori della contrattualistica pubblica attualmente non oggetto della Direttiva) potrebbe porsi un problema di giurisdizione riguardo alla cognizione della validità del contratto e della sorte del rapporto contrattuale, poiché, come

è noto, in tema di attività negoziale della P.A., rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti (cfr. Cass. civile, Sez. Un., 5 aprile 2012, n. 5446 e 28 dicembre 2007, n. 27169).

Tuttavia, le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti possono essere accertate incidentalmente dal giudice amministrativo, quando la loro determinazione, come in questo caso, sia funzionale all'accertamento rimesso alla cognizione del giudice amministrativo medesimo, poiché ai sensi dell'art. 8, comma 1, c.p.a., il G.A. ha il potere di decidere, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6400).

Nel caso di specie, dunque, con riferimento al periodo 28 febbraio 2002-17 luglio 2003, poiché i provvedimenti con cui è stato affidato il servizio (delibera di G.C. n. 15 del 18 gennaio 2002 e determina n. 284 del 22 febbraio 2002) sono stati annullati da questo Consiglio con sentenza 2079-03, il relativo contratto è da ritenersi, con accertamento incidentale, inefficace e caducato retroattivamente, con la conseguenza che manca il presupposto essenziale richiesto dall'art. 6, comma 4, l. n. 537/93 per poter configurare il diritto alla revisione del prezzo.

Per il successivo periodo connesso all'emanazione della cit. delibera di G.C. n. 332 del 22 novembre 2002 e della cit. determinazione n. 67 del 9 dicembre 2002, si deve rilevare che esse risultano adottate effettivamente in violazione dell'ordinanza cautelare di questo Consiglio 28 agosto 2002, n. 3576, reso nel corso dello stesso giudizio d'appello, con conseguente nullità del relativo rapporto contrattuale.

In proposito deve osservarsi che l'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990 dispone la nullità dell'atto violativo od elusivo del giudicato e non anche della pronuncia del giudice che non abbia ancora il carattere della definitività.

Il dato letterale della norma ha condotto parte della giurisprudenza di primo grado ad escludere la nullità dell'atto adottato in violazione od elusione delle statuizioni contenute in un'ordinanza cautelare ancorché non più soggetta a gravame, in base all'intrinseca provvisorietà che caratterizza le misure cautelari e nella inidoneità a regolare il rapporto in modo definitivo; oltre a poter essere oggetto di un provvedimento di revoca o di modifica (art. 58 c.p.a.), infatti, esse possono essere travolte da una decisione sul merito della causa di segno differente.

Tuttavia, ragioni di effettività della tutela giurisdizionale, impongono di assicurare l'osservanza del provvedimento cautelare da parte della pubblica amministrazione.

Infatti, alcune recenti pronunce di questo Consiglio (Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3606; Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2950; Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2007), sulla base di una supposta equivalenza tra giudicato e giudicato cautelare, hanno riconosciuto la nullità dei provvedimenti amministrativi dell'ordinanza cautelare divenuta inoppugnabile; nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice adito, giusto il disposto di cui all'art. 31, comma 4, c.p.a.

Si è adottata, in questi casi, una nozione di giudicato più ampia, comprensiva di tutte le pronunce immediatamente esecutive, in quanto caratterizzate da una certa stabilità.

La questione, peraltro, ha trovato esplicita soluzione nell'art. 114, comma 4, c.p.a. che, alla lett. c), prevede che in caso di accoglimento del ricorso il giudice possa pronunciare l'inefficacia degli atti emessi in violazione od elusione di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti; confermandosi, quindi, la tesi della nullità derivante dalla violazione di un "giudicato" cautelare, come nella specie.

Peraltro, con riguardo alla richiesta di indennizzo ex art. 2041 c.c., si deve rilevare che sussisterebbe il difetto di giurisdizione del giudice adito poiché, a seguito della sentenza della Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204 non appartiene più alla giurisdizione del G.A., neppure nella materia dei pubblici servizi, e rientra dunque in quella del G.O., la controversia avente ad oggetto l'azione di indebito arricchimento (cfr. Cass. civ. Sez. Un., n. 28042-08); tale capo della sentenza non è stato impugnato dalla P.A. che ne eccepisce il difetto, come necessario ai sensi dell'art. 9 c.p.a.

Peraltro, come risulta dalla pacifica giurisprudenza civile, l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace; pertanto, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, non può farsi ricorso alla revisione prezzi, tendente ad assicurare al richiedente quanto si riprometteva di ricavare dall'esecuzione del contratto, la quale, non può costituire neppure un mero parametro di riferimento, trattandosi di meccanismo sottoposto dalla legge a precisi limiti e condizioni, pur sempre a fronte di un valido contratto di appalto (Cassazione civ., Sez. Un., 11 settembre 2008, n. 23385).

Pertanto, alla luce di tali argomentazioni, il primo motivo d'appello deve essere respinto. Con riferimento al secondo motivo d'appello, relativo alla richiesta di riconoscimento del diritto al rimborso dei maggiori oneri derivanti dall'affidamento coattivo del servizio, dal luglio 2003 al 30 marzo 2006 in forza delle già citate ordinanze contingibili ed urgenti, questo Collegio condivide la posizione del TAR.

Infatti, la Società ricorrente ha svolto il servizio per tale periodo in virtù di 6 ordinanze sindacali contingibili ed urgenti, successive e autonome, nelle quali di volta in volta era stato sempre indicato in maniera esatta il corrispettivo a cui l'ente si obbligava; corrispettivo che la società ha sempre accettato senza mai contestare alcunché e il cui eventuale ammontare inferiore a quello previsto dalla legge non inciderebbe comunque sulla legittimità dell'atto amministrativo.

Pertanto, non è possibile in questa sede proporre domanda di risarcimento danni, trattandosi di atti del tutto legittimi, per i quali è assente ogni profilo di violazione dell'affidamento da parte della P.A. e in cui, anzi, emerge una contraddittorietà nel comportamento dell'appellante che si è sempre uniformato al provvedimento e non ha mai contestato l'ammontare di quanto pattuito, integrando così il principio del venire contra factum proprium idoneo a paralizzare la relativa azione giudiziaria (cfr., ex multis, Cassazione civ., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17888). Tali argomentazioni sarebbero, dunque, già tranchant e condurrebbero inevitabilmente alla reiezione dell'appello.

Il Collegio ritiene di precisare ulteriormente, al riguardo, che la richiesta tendente al riconoscimento del diritto a percepire le somme che le sarebbero spettate se fosse stato adottato il criterio della "revisione dei prezzi", può anche essere qualificabile come richiesta risarcitoria trattandosi di un diritto derivante da un provvedimento che si assume come implicitamente illegittimo. Pertanto, in virtù di tale qualificazione giuridica, devono applicarsi i principi giurisprudenziali

indicati nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500-1999 che ha affermato chiaramente che l'imputazione della responsabilità alla P.A., riferibile agli elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, poiché il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi (punto 11 della motivazione).

Al riguardo, è pur vero che, in materia di appalti pubblici, la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia UE 30 settembre 2010, C-314-09) ha affermato che la normativa dell'UE osta alle norme nazionali che subordinano il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno compiuto da una Pubblica Amministrazione al carattere colpevole della violazione commessa dalla PA medesima.

Ma tale indirizzo interpretativo è strettamente connesso alle violazioni, commesse dalla PA, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, procedure che, in relazione alla controversia in oggetto, non vengono direttamente in rilievo, trattandosi di lite relativa ad aspetti di esecuzione del contratto d'appalto, "a valle" dell'aggiudicazione, ove tale principio non è operante (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 829).

È centrale, quindi, l'idea che l'elemento soggettivo della fattispecie aquiliana in esame debba configurarsi come colpa dell'apparato, non predicabili di riflesso in quanto discendenti dai rimproveri eventualmente addebitabili a carico del singolo agente, ma dedotta dalla considerazione dell'intero contegno dell'Amministrazione, ossia dal fatto che questa abbia effettivamente adottato l'atto illegittimo e dannoso mediante un esercizio scorretto della funzione, sindacabile come tale secondo il criterio usuale dell'*id quod plerumque accidit*.

Anche per la giurisprudenza di questo Consiglio, coerentemente con l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione, ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della Pubblica amministrazione non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessaria la prova del danno subito e la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 23).

Si deve quindi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'Amministrazione per danni conseguenti a un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto. Nel caso in esame, il Comune di Casarano, nell'emanare le ordinanze citate si è sempre uniformato ai Decreti del Commissario Straordinario per l'Emergenza Ambientale in materia di rifiuti, con ciò palesando la conformità ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa e l'assenza di ogni imputazione di responsabilità per colpa.

Conclusivamente, anche alla luce di tale argomentazione, il secondo motivo d'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento, in favore dell'appellato, delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 4000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2013

Indirizzi giurisprudenziali in tema di revoca della gara d'appalto e responsabilità precontrattuale della P.A.

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V, SENTENZA 15 LUGLIO 2013 N. 3831

Mariarita Romeo*

Gli atti del procedimento dell'evidenza pubblica, in quanto preordinati alla conclusione del contratto, sono al tempo stesso configurabili anche quali atti di trattativa e di formazione progressiva del contratto stesso, e come tali rilevanti anche ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.

La legittimità della revoca della procedura di gara, quindi, non esclude la configurabilità della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, la quale è tenuta a rispettare non solo le regole dettate nell'interesse pubblico, ma anche le norme di correttezza prescritte dal diritto comune.

La circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata sia stata revocata prima ancora dell'aggiudicazione non vale, di per sé sola, ad escludere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione revocante, occorrendo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative. Il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca è invece sicuramente rilevante per individuare lo spessore dell'affidamento ingenerato nei partecipanti alla gara, ai fini dello scrutinio della fondatezza della domanda risarcitoria.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3831 del 15 luglio 2013, torna su un tema particolarmente ricorrente, oggetto di numerose pronunce, quale quello della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in caso di revoca della gara d'appalto.

Gli interventi giurisprudenziali degli ultimi tempi si sono concentrati principalmente su alcuni aspetti specifici, quali la relazione esistente tra l'accertata legittimità della revoca disposta dall'amministrazione e la configurabilità della sua responsabilità precontrattuale; la differenza dei presupposti su cui basare le domande di risarcimento del danno da attività provvedimento illegittima e del danno da responsabilità precontrattuale, ovvero di indennizzo *ex art. 21 quinquies* L.n. 241/1990; l'incidenza dello stato di avanzamento della procedura di gara sull'affidamento del privato quale elemento della fattispecie della responsabilità precontrattuale.

* Avvocato - Esperto amministrativo presso il Consiglio Regionale della Calabria.

SOMMARIO: 1. La revoca della gara d'appalto. - 2. Legittimità della revoca e responsabilità dell'amministrazione. - 3. Elementi distintivi della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. - 4. Considerazioni conclusive.

1. La revoca della gara d'appalto.

Com'è noto, la nozione di revoca che è stata positivizzata tramite la riforma del 2005 e l'introduzione nella legge sul procedimento amministrativo dell'art. 21 *quinquies* è una nozione molto ampia, in virtù della quale il ricorso alla revoca è giustificato non solo quando, dopo l'adozione dell'atto amministrativo interessato, siano intervenuti fatti e/o elementi nuovi tali da mutare il precedente assetto di interessi, ma anche quando l'amministrazione operi un ripensamento della situazione preesistente in virtù di una diversa e più attenta valutazione dell'interesse pubblico originario (si parla, in proposito, di "*jus poenitendi*" della p.a.) (1).

La revoca del provvedimento precedentemente adottato deve avvenire con altro provvedimento adeguatamente motivato, che tenga conto dell'esistenza di eventuali posizioni di privati ormai consolidate e del conseguente affidamento ingenerato in questi ultimi.

Il sindacato di legittimità svolto dal giudice passa attraverso la valutazione del comportamento concretamente tenuto dall'Amministrazione e la verifica dei margini decisionali effettivamente a sua disposizione.

Nella materia specifica delle procedure ad evidenza pubblica, secondo un orientamento costante, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di motivi che rendano inopportuna o solo sconsigliabile la sua prosecuzione, rientra nell'ampia potestà discrezionale della p.a.

Si è così affermato che l'amministrazione conserva il potere di annullare in via di autotutela o di revocare il bando e le singole operazioni di gara, quando i criteri di selezione siano suscettibili di produrre effetti indesiderati o comunque illogici; ovvero la stessa aggiudicazione della gara, quando venga in rilievo un ben individuato e superiore interesse pubblico, quale la mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera (2).

In tutte le ipotesi di revoca, appare comunque determinante la circostanza che il relativo provvedimento dia ragionevolmente conto delle motivazioni che hanno indotto l'amministrazione a mutare la propria precedente manifestazione di volontà.

(1) In tal senso, v. Cons. St., sez. III, 15 novembre 2011, n. 6039 e 13 aprile 2011, n. 2291; cfr. anche, tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400 e 21 aprile 2010, n. 2244; sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in www.giustizia-amministrativa.it.

(2) Sul punto, v. Cons. St., sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116; sez. V, 8 settembre 2011, n. 5050 e 9 aprile 2010, n. 1997; sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3989 in www.giustizia-amministrativa.it.

2. Legittimità della revoca e responsabilità dell'amministrazione.

L'accertata legittimità del provvedimento di revoca disposto dall'amministrazione, tuttavia, non esclude ogni profilo di responsabilità di quest'ultima. Al contrario, la domanda di indennizzo *ex art. 21 quinquies* presuppone proprio la legittimità dell'atto di revoca, venendo riconosciuto in tutti i casi in cui quest'ultimo, seppur legittimo, arrechi pregiudizio in danno dei privati direttamente interessati (3).

In proposito, si parla - sia pure in senso improprio - di responsabilità della p.a. per attività legittima (4). Il fondamento dell'indennizzo, infatti, non va rinvenuto in un comportamento colposo dell'amministrazione, ma piuttosto in ragioni equitative. Attraverso di esso, si realizza il bilanciamento tra il soddisfacimento dell'interesse pubblico attuato tramite la revoca e la sfera patrimoniale del privato destinatario della stessa, che diversamente verrebbe a subire da solo il correlativo sacrificio.

In tal modo, è facile comprendere la differenza di presupposti rispetto alle domande di risarcimento del danno da attività provvedimento illegittima ovvero da responsabilità precontrattuale della p.a., che implicano una condotta quanto meno colposa dell'amministrazione e necessitano del relativo accertamento (5).

In particolare, la responsabilità precontrattuale della p.a. opera su un piano del tutto differente, in quanto può prescindere dalle caratteristiche dell'atto e concentrarsi sul comportamento ed il contegno complessivamente tenuti dal soggetto pubblico nel corso del procedimento.

A partire dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 6/2005 (6), integra un convincimento più che consolidato in giurisprudenza (ulteriormente confermato nella pronuncia in commento) quello secondo cui, ai fini del riconoscimento della responsabilità precontrattuale, non va attribuito alcun rilievo preclusivo all'accertata legittimità del provvedimento di revoca, legittimità che anzi ne costituisce una condizione (7).

Si osserva che l'amministrazione, nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente, è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico, ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c.

(3) Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, n. 662/2012 già citata; sez. V, 6 ottobre 2010 n. 7334 e 14 aprile 2008, n. 1667; sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5266 in www.giustizia-amministrativa.it.

(4) Di responsabilità per atti legittimi si parla in Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2010, n. 671 e 6 ottobre 2010 n. 7334 in www.giustizia-amministrativa.it.

(5) V. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124; sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144 in www.giustizia-amministrativa.it.

(6) Si allude alla fondamentale Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6.

(7) Secondo Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002: "... l'avvenuto riconoscimento della legittimità della revoca non contraddice l'eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale, ma ne fonda anzi la condizione imprescindibile (giacchè, in caso di illegittimità della revoca e quindi del suo annullamento, si imporrebbe la ripresa della gara, ovvero il risarcimento per equivalente anche in relazione al mancato utile relativo alla specifica gara revocata: Cons. Stato, IV, 7 luglio 2008, n. 3380 ...".

prescritte dal diritto comune (8). Si intendono così tutelare gli affidamenti eventualmente suscitati nell'impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi, potendo aver confidato quest'ultima sulla possibilità di risultare aggiudicataria o, ancor più in caso di aggiudicazione intervenuta e poi revocata, sulla disponibilità di un titolo utile alla stipula del contratto.

Secondo quanto chiarito, il rispetto dei doveri di correttezza e buona fede cui è tenuta l'amministrazione anche nello svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, impone *in primis* l'obbligo *"di rendere al partecipante alla gara in modo tempestivo le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, su eventi, o sulla rinnovata valutazione dell'interesse pubblico alla gara che possano far ipotizzare fondatamente la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento; affidamento che deve ritenersi tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara"* (9).

Ne consegue che se la p.a. viola il suddetto dovere, ponendo in essere comportamenti o incorrendo in omissioni che non salvaguardano l'affidamento della controparte nella correttezza dell'azione amministrativa, ciò comporta per la stessa la responsabilità precontrattuale nei confronti del privato danneggiato.

3. Elementi distintivi della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

L'arco temporale da considerare per valutare la condotta della p.a., e dunque il verificarsi di ipotesi di responsabilità precontrattuale, va ricompreso almeno tra la pubblicazione del bando di gara (momento di avvio del procedimento) e la stipulazione del contratto oggetto di appalto.

Se sotto la lente di ingrandimento finisce il procedimento nella sua interezza, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale è però necessario che, all'atto dell'adozione della revoca, si sia già realizzata una situazione di vantaggio a favore di uno dei concorrenti.

Si è correttamente rilevato che *"Il vero e proprio rapporto precontrattuale fra amministrazione e privato concorrente si instaura, dunque, solo con l'ammissione dell'aspirante alla gara. È questo, infatti, il momento in cui mediante il provvedimento di ammissione ... si costituisce in capo all'interessato un primo effetto vantaggioso ... ed è da questo momento che egli diventa una controparte specificamente individuata avente titolo a pretendere che l'amministrazione si comporti nei suoi confronti con correttezza e buona fede"* (10).

Nonostante la validità di queste considerazioni, spesso la giurisprudenza,

(8) In questi termini, v. Cons. St., sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245 in www.giustizia-amministrativa.it.

(9) V. Cons. St., sez. VI, n. 5002/2011 già citata.

(10) Così E.M. BARBIERI, *Appalti pubblici e responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, Maggioli, n. 2/2013, pp. 311-321.

anche in tempi recenti, si è orientata in senso diverso. Come ricostruito nella pronuncia in commento, a parere di un indirizzo autorevole, solo una volta intervenuta l'aggiudicazione potrebbe insorgere un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione. Ciò in quanto, fino a quando non sia stata effettuata la scelta del contraente, i vari concorrenti rivestirebbero unicamente il ruolo di partecipanti alla gara e come tali sarebbero titolari di un mero interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblici: in altri termini, solo l'aggiudicazione sarebbe in grado di creare una relazione specifica tra p.a. e privato assimilabile alle trattative contrattuali, imponendo alla prima il rispetto degli obblighi di protezione (11).

La sentenza *de qua*, invece, si discosta da questa concezione *prima facie* riduttiva della *culpa in contrahendo*.

I giudici della Quinta Sezione mettono in risalto che “...*la gara non è “altro” rispetto alla formazione del contratto della P.A.; e che i privati che vi partecipano, sottoponendo le proprie offerte alla Stazione appaltante, hanno tutti la qualità di possibili futuri contraenti con l'Amministrazione*”. Nel caso di stipulazione di contratti pubblici, si è in presenza di una formazione progressiva del contratto, nell'ambito della quale non è possibile scindere le singole fasi, che vanno dunque considerate complessivamente, ivi compresa la fase strettamente procedimentale.

Questa impossibilità di tenere nettamente distinti procedimento amministrativo e procedimento negoziale impedisce di limitare l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il contatto sociale viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione. Ne consegue che “*la valutazione giudiziale può avere ad oggetto anche la condotta della p.a. che precede la scelta del contraente, con la puntualizzazione che la valutazione del momento procedimentale in cui si è realizzata la violazione può rilevare sul piano dell'accertamento dell'entità del pregiudizio patrimoniale*” (12).

Dunque, quanto più la revoca sia stata adottata in una fase avanzata della procedura, tanto più radicato sarà l'affidamento nella conclusione della gara ingenerato nella ditta concorrente, tanto maggiore potrà essere il danno subito da quest'ultima.

La questione, comunque, può definirsi tutt'altro che pacifica, posto che ancora la Sezione Terza del Consiglio di Stato, in una recentissima pronuncia (13), ha sottolineato che, ai fini della sussistenza della responsabilità pre-

(11) Il percorso per il riconoscimento della responsabilità precontrattuale della p.a. viene riassunto con completezza in Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194. La stessa sezione V aveva in precedenza aderito all'orientamento in questione con le sentenze n. 3393 del 28 maggio 2010 e n. 6489 dell'8 settembre 2010.

(12) V. Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; negli stessi termini, anche la n. 4236 del 25 luglio 2012 della medesima sezione.

(13) Si tratta di Cons. St., sez. III, 24 maggio 2013, n. 2838.

trattuale della p.a. nell'ambito di una procedura concorsuale, occorre che i rapporti tra le parti siano giunti ad uno stadio tale da giustificare l'affidamento nella conclusione del contratto e che le aspettative della ditta concorrente siano state colpevolmente eluse dall'amministrazione tramite una condotta in violazione dell'art. 1337 c.c.

4. Considerazioni conclusive.

La ricostruzione appena effettuata consente di sostenere senza dubbio la configurabilità della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica.

La revoca della gara di appalto indetta dall'Amministrazione è infatti suscettibile, malgrado la sua legittimità, di arrecare pregiudizio ai concorrenti che abbiano incolpevolmente confidato nella sua favorevole conclusione e siano stati indotti, per tale motivo, a sostenere spese per la partecipazione ed a trascurare valide occasioni alternative (14).

Altro dato acquisito è quello per cui il sindacato del giudice non riguarderà l'esercizio del potere cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma il comportamento complessivamente tenuto dalla p.a. nel corso del procedimento fino all'adozione della revoca (15).

Secondo quanto emerge dalle pronunce intervenute, la condotta contraria ai doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c., può materializzarsi sotto molteplici forme, spesso connesse con la violazione di obblighi di informazione: mancata tempestiva comunicazione alle ditte interessate di determinazioni o fatti impeditivi della conclusione della gara; protratta ed ingiustificata inerzia della p.a.; notevole decorso del tempo tra l'eventuale aggiudicazione e la revoca della procedura; violazione dell'obbligo di acquisire le informazioni necessarie per valutare la possibile sopravvenienza di una giusta causa di recesso dalle "trattative".

Si tratta, in ogni caso, di aspetti per cui l'orientamento della giurisprudenza appare ormai sufficientemente uniforme.

Ciò che invece si dimostra ancora oggetto di discussione riguarda il "momento" in cui la revoca interviene ad interrompere la procedura ad evidenza pubblica e le sue ricadute sulla definizione della responsabilità precontrattuale della p.a.

Effettivamente, la tesi che ritiene sostenibile la *culpa in contrahendo* dell'Amministrazione soltanto una volta che sia stata individuata l'impresa aggiudicataria, coglie nel segno quando sottolinea che solo con l'aggiudica-

(14) In tal senso, cfr. Cons. St., sez. IV, n. 662/2012 già citata; sez. V, 30 novembre 2007 n. 6137, 8 ottobre 2008 n. 4947 e 11 maggio 2009 n. 2882; sez. VI, 17 dicembre 2008 n.6264 in www.giustizia-amministrativa.it.

(15) Per tutte, v. Cons. St., sez. V, n. 5245/2009 già citata.

zione si instaura tra p.a. e ditta concorrente una relazione in grado di ingenerare in quest'ultima un serio affidamento nella conclusione del contratto, tale da essere ritenuta meritevole di tutela.

Tuttavia, è innegabile che condizionare la responsabilità precontrattuale della P.A. all'avvenuta aggiudicazione della gara significherebbe sottrarla al rispetto delle regole di diritto comune per tutto il corso della procedura ad evidenza pubblica. E, d'altro canto, allargando troppo il campo di rilevanza, si potrebbe cadere nell'opposto rischio di costringere l'attività amministrativa entro maglie sempre più strette, che le precludano ogni margine di manovra per non incorrere sotto la scure del giudice.

Se però dalle tesi dottrinali si passa al diritto vivente, pur nella convinzione di voler ammettere la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione a prescindere dalla fase della procedura in cui è intervenuta l'eventuale revoca, ci si avvede che i casi in cui il g.a. ha riconosciuto la *culpa in contrahendo* con riferimento a condotte maturate anteriormente all'aggiudicazione della gara sono complessivamente meno numerose.

È questa una conseguenza del tutto fisiologica della circostanza che obiettivamente quando la revoca interviene in una fase ancora non avanzata della procedura (ad es. prima dell'apertura delle offerte), l'affidamento dei concorrenti appare meno scontato ed incerto e, di conseguenza, risulta anche più complicato e difficile raggiungere la prova di eventuali danni subiti.

Si è esattamente osservato (16) che per ogni gara pubblica, ciascuna ditta che decide di parteciparvi deve mettere in conto la possibilità, oltre di non vedersela aggiudicata, che la stessa non vada a conclusione, potendo il suo svolgimento essere influenzato - a differenza di una semplice trattativa privata - da molteplici fattori, non solo strettamente economici, ma anche politici e sociali.

Superata la soglia di questo rischio congenito a tutte le procedure ad evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata riconosciuta per lo più con riguardo a fattispecie in cui la stazione appaltante ha violato in modo grossolano le regole di correttezza, magari inanellando nel corso del procedimento una serie di inefficienze, ritardi e colpevoli omissioni tali da non poter negare di aver ingiustificatamente alimentato la fiducia dei concorrenti nella definizione della gara (17).

Di ciò troviamo *ex adverso* conferma nella sentenza in commento, relativa ad una revoca intervenuta quando ancora non si era giunti all'espletamento della prima seduta di gara. La responsabilità precontrattuale della P.A. è stata

(16) E.M. BARBIERI, *Appalti pubblici e responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, già citato.

(17) Si vuole, cioè, sottolineare che nelle ipotesi in cui - all'atto della revoca - non si sia ancora addivenuti all'aggiudicazione, ai fini del riconoscimento della pretesa risarcitoria la violazione del dovere di buona fede da parte della p.a. deve risultare particolarmente evidente.

negata sul rilievo che “... *la decisione di revoca della gara è stata presa con tempistica di per sé immune da possibili censure, e sollecitamente è stata resa conoscibile con i mezzi a disposizione*”.

Quindi, appare evidente che, intervenuta oppure no l'aggiudicazione della gara all'atto della revoca, fulcro della valutazione del giudice è sempre la condotta complessivamente tenuta dalla stazione appaltante, che deve perseguire e tendere a realizzare l'interesse pubblico, ma deve altresì compatibilmente tutelare gli affidamenti suscitati nei concorrenti, imponendo loro - all'occorrenza - il minor sacrificio possibile, nei limiti dei margini decisionali effettivamente a sua disposizione.

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza 15 luglio 2013 n. 3831 - Pres. f.f. Caringella, Est. Gaviano - Comune di Afragola (avv. Messina) c. Società Consortile a r.l. Generali Appalti Pubblici - Gap Scarl (avv. Linguiti).

FATTO e DIRITTO

La società consortile a r.l. Generali Appalti Pubblici - Gap S.C.A.R.L., già partecipante alla gara indetta dal Comune di Afragola con bando pubblicato il 15.11.2010 per l'affidamento dei lavori di riqualificazione del sistema infrastrutturale nell'area urbana compresa tra via Ferrarese e via Maggese, per un importo complessivo posto a base di gara di euro 8.100.030,69, con ricorso al T.A.R. per la Campania esponeva:

- che subito dopo la pubblicazione del bando erano pervenute al Comune numerose richieste di chiarimenti in ordine a molteplici e delicati profili della disciplina di gara ritenuti, dalle imprese, oscuri e contraddittori;
- che in un primo momento il Comune aveva pubblicato delle note di chiarimento e delle precisazioni, per rettificare il contrasto ravvisato tra bando e disciplinare sui criteri di valutazione dell'offerta;
- che alla data del 29.12.2010, prevista per l'espletamento della prima seduta di gara, questa non aveva però avuto luogo, per essere stata disposta la revoca della procedura;
- che essa ricorrente non aveva peraltro avuto neppure in seguito alcuna comunicazione di tale revoca, nonostante la richiesta inoltrata con nota del 13.01.2011, avendo appreso solo nel mese di febbraio del 2011 che il Comune aveva adottato la determina di revoca n. 1824 del 24.12.2010, e ciò in ragione della notevole confusione ingeneratasi nella giusta interpretazione del bando di gara, tale da poter indurre in errore i concorrenti.

Tanto premesso, la ricorrente instava in giudizio in via principale per la condanna del Comune di Afragola al risarcimento di tutti i danni da essa patiti e patendi, quantificabili in complessivi euro 162.444,31 (di cui euro 81.444,00 per spese ed euro 81.000,31 per lucro cessante), oltre interessi e rivalutazione monetaria, a titolo di responsabilità extracontrattuale da atto amministrativo illegittimo.

In via subordinata, per il caso, cioè, di accertata legittimità dell'atto di revoca, la ricorrente chiedeva, ad ogni modo, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni quantificati nella misura di euro 151.444,00 (di cui euro 81.444,00 per spese ed euro 70.000 per danno da perdita di *chance*), oltre interessi e rivalutazione, a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione dei canoni di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.. In via ulteriormente gradata, infine, domandava l'accertamento del proprio diritto ad un equo

indennizzo ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 per la somma di euro 81.444,00, ovvero nella somma ritenuta di giustizia da liquidarsi anche in via equitativa.

Si costituiva il Comune di Afragola in resistenza al ricorso, del quale chiedeva il rigetto.

All'esito del giudizio il Tribunale adito, con la sentenza n. 1646/2012 in epigrafe, pur ritenendo legittimo il provvedimento di revoca, reputava nondimeno che l'operato del Comune fosse stato incompatibile con i doveri di correttezza e buona fede, e a tale titolo condannava l'Ente al risarcimento del danno precontrattuale patito dalla ricorrente, stabilendo i criteri in base ai quali il debitore avrebbe dovuto proporre all'avente diritto il pagamento di una somma a titolo di risarcimento entro il termine di giorni novanta dalla comunicazione della decisione ("... *l'amministrazione comunale di Afragola, avuto riguardo alle fatture esibite in giudizio, avrà cura di riscontrare le prestazioni di cui ha usufruito la ricorrente per la presentazione della offerta con la documentazione prodotta agli atti di gara, nonché di verificare la rispondenza degli importi oggetto di esborso da parte della ricorrente a tale titolo con le scritture contabili in possesso della medesima che la stessa avrà cura di allegare*").

Seguiva l'appello avverso la detta pronuncia del Comune, nella parte in cui il Tribunale ne aveva affermato la responsabilità precontrattuale, pronunciando la sua conseguente condanna risarcitoria.

Resisteva all'appello l'originaria ricorrente.

La Sezione con ordinanza in data 15-16 gennaio 2013 accoglieva la domanda cautelare proposta dal Comune appellante, fissando la data della trattazione della controversia in sede di merito.

Alla pubblica udienza del 4 giugno 2013 l'appello è stato trattenuto in decisione.

1- La Sezione deve dare preliminarmente atto che la sentenza di primo grado appellata è diventata definitiva, per difetto di gravame, oltre che sul punto dell'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa, su quello della legittimità della misura di revoca della gara in questione disposta dal Comune ora appellante, ed infine su quello della non spettanza all'attuale appellata dell'indennizzo da essa richiesto in precedenza a carico del Comune ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990.

Forma invero oggetto del presente, parziale appello il solo capo della sentenza di prime cure che ha reputato responsabile il Comune di Afragola a titolo di *culpa in contrahendo*, per l'effetto condannandolo al risarcimento del danno precontrattuale cagionato all'originaria ricorrente.

L'appello è fondato, sia pure solo in relazione al suo secondo motivo.

2a- Il Comune con il primo mezzo d'appello assume che in materia di contratti pubblici una responsabilità precontrattuale della P.A. per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede potrebbe essere configurata solo in quella particolare fase della procedura che va dall'aggiudicazione alla stipula del contratto.

Prima dell'aggiudicazione, gli interessati sarebbero solo dei partecipanti al procedimento amministrativo volto alla selezione della migliore offerta, e come tali potrebbero soltanto far valere una pretesa alla legittimità degli atti compiuti dall'Amministrazione.

Poiché, quindi, nella specie la revoca di cui si tratta è stata disposta ancor prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e perciò in assenza di qualsivoglia aggiudicazione, non sarebbe configurabile alcuna forma di *culpa in contrahendo*. Diversamente argomentando, viene aggiunto, si giungerebbe al "paradosso" che la tutela risarcitoria potrebbe essere invocata da tutti i partecipanti ad una procedura di gara pur legittimamente revocata.

2b- Il motivo è infondato.

Il Collegio non potrebbe disconoscere il fatto che l'interpretazione su cui poggia il motivo

abbia trovato importanti riscontri presso autorevole giurisprudenza (cfr. Cass. civ., SS.UU., 26 maggio 1997, n. 4673; Sez. I, n. 13164 del 18 giugno 2005).

Anche questa Sezione si è del resto espressa, in un passato anche recente, nel senso della non configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. *“anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative”* (C.d.S., V, n. 3393 del 28 maggio del 2010 e n. 6489 dell'8 settembre 2010: a fondamento di tale indirizzo, peraltro, è stata richiamata, a partire dalla sentenza della Sez. IV n. 5633 dell'11 novembre 2008, la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 5 settembre 2005, che oggettivamente tuttavia non risulta inscrivibile in tale orientamento).

Il fatto è che la ricaduta immediata di una simile impostazione è quella di finire, in pratica, con l'esonerare l'Amministrazione dal rispetto del dovere di diligenza e correttezza per tutto l'arco della sua azione sul terreno delle procedure dell'evidenza pubblica, che pure costituiscono la regola del suo agire nella dimensione contrattuale, finché l'Amministrazione stessa non sia pervenuta all'esito dell'aggiudicazione. E questo a dispetto della soggezione di principio, pur normalmente enunciata, della stessa P.A. all'istituto della *culpa in contrahendo*, che porta ad affermare che la sua responsabilità precontrattuale sarebbe *“configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ.”* (Cass. civ., III, n. 12313 del 10 giugno 2005, richiamata da Sez. II, n. 477 del 10 gennaio 2013).

Onde l'interpretazione sostenuta dall'appellante si traduce in un'aprioristica esenzione dal diritto comune dell'Amministrazione (proprio quando la medesima opera sul piano contrattuale) che appare di difficile giustificazione.

Occorre poi considerare che la gara non è “altro” rispetto alla formazione del contratto della P.A.; e che i privati che vi partecipano, sottoponendo le proprie offerte alla Stazione appaltante, hanno tutti la qualità di possibili futuri contraenti con l'Amministrazione.

Come ha esattamente osservato in sostanza il primo Giudice, invero, gli atti del procedimento dell'evidenza pubblica, in quanto preordinati alla conclusione del contratto, sono al tempo stesso configurabili anche quali atti di trattativa e di formazione progressiva del contratto stesso, e come tali rilevanti anche ai sensi dell'art. 1337 cod.civ..

Questo Consiglio ha recentemente osservato (Sez. VI, n. 5638 del 7 novembre 2012, e n. 4236 del 25 luglio 2012), infatti, che *“La fase di formazione dei contratti pubblici, come è noto, è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell'interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contengono normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale pre-determinato nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si*

è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità".

Già in precedenza, peraltro, la revoca di una procedura contrattuale non ancora sfociata in aggiudicazione era stata considerata come possibile fonte di responsabilità precontrattuale da numerose decisioni di questo Consiglio, quali Sez. V, n. 2882 dell'11 maggio 2009 e n. 4947 dell'8 ottobre 2008; Sez. VI, n. 5002 del 5 settembre 2011 e n. 4921 del 2 settembre 2011.

E la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 2005 aveva avvertito come *"nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune"*.

Il Collegio, per quanto precede, è dell'avviso che la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata non fosse ancora sfociata nell'aggiudicazione non valga, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione revocante, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative (fermo restando, comunque, che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale).

Ne consegue l'infondatezza di questo primo mezzo di appello.

3- Il motivo che residua è per contro suscettibile di accoglimento.

3a- Il Comune con il suo secondo mezzo oppone che la propria condotta sarebbe stata del tutto conforme ai canoni della correttezza e buona fede.

L'Ente adduce, difatti: di avere risposto in modo tempestivo e puntuale alle richieste di chiarimenti ricevute dopo la pubblicazione del bando di gara (G.U. 15 novembre 2010); di avere indi ragionevolmente deciso per la revoca della procedura, disposta con provvedimento del 24 dicembre 2010: misura adottata a poco più di un mese dalla pubblicazione del bando, e prima del termine fissato per la presentazione delle offerte (il successivo giorno 28); di avere dato, infine, pronta quanto adeguata pubblicità a tale revoca, mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale il seguente 27 dicembre ed affissione all'albo pretorio a partire dal giorno 28 (oltre che mediante le forme a suo tempo seguite per il bando).

3b- Queste considerazioni possono essere sostanzialmente condivise.

3c- Il Tribunale, con il ritenere che dalla revoca di una procedura di gara, pur intrinsecamente legittima, potesse ben scaturire una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, è partito da un principio di diritto astrattamente ineccepibile.

Esatta, infatti, è la sua osservazione che la legittimità dell'atto di revoca non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento dell'Amministrazione dal punto di vista del rispetto, nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, dei canoni di buona fede e correttezza.

Secondo un'acquisizione giurisprudenziale già consacrata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 6 del 5 settembre 2005), la revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura, anche ove ritenuta legittima, lascia invero intatto *"il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi"*, onde i relativi comportamenti dell'Amministrazione, allorché risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del cod.civ., si pongono quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale. E questa acquisizione si trova ribadita anche presso la giurisprudenza più recente (cfr. C.d.S., VI: nn. 5638 del 7 novembre 2012 e 4236 del 25 luglio 2012, già richiamate sotto diverso profilo nel precedente paragrafo 2b; n. 1440 del 15 marzo 2012).

In altre parole, quindi, *"ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c."* (C.d.S., IV, 7 febbraio 2012, n. 662, che richiama a sua volta V, 7 settembre 2009 n. 5245).

3d- Tanto premesso, la Sezione deve tuttavia dissentire dal T.A.R. nella parte in cui questo ha ritenuto che la condotta tenuta in concreto dal Comune fosse stata in contrasto con i parametri deontologici della fase precontrattuale ispirati al valore della correttezza.

Come ha già ricordato il primo Giudice, il provvedimento di revoca è stato motivato dall'Amministrazione comunale di Afragola con la *"constatata equivocità nella formulazione di clausole che avevano dato luogo a numerose richieste di chiarimenti, ingenerando una notevole confusione nella giusta interpretazione della lex specialis, tale da indurre in errore i concorrenti nella procedura di gara. L'amministrazione, pertanto in vista di possibili contenziosi correlati alla constatata incertezza interpretativa, e dei connessi oneri futuri dovuti alla comune esperienza, ha inteso revocare la procedura di gara motivando la decisione con la necessità di garantire i principi fondamentali di trasparenza, correttezza, imparzialità e parità di trattamento nell'esperimento della gara medesima"*.

Tali essendo le ragioni che hanno indotto il Comune a recedere dalla procedura contrattuale poco prima avviata, la loro serietà e plausibilità appaiono subito manifeste.

Partendo dall'equivocità della *lex specialis*, pur senz'altro ammessa dal Comune (tanto da porla a base del proprio atto di revoca), va osservato che tale connotato aveva carattere palese, essendo perciò manifesto anche per le ditte potenzialmente interessate. Come tale, pertanto, esso già in partenza menomava l'idoneità del bando a suscitare particolari affidamenti, in particolare con riferimento alla possibilità di una procedura dalla disciplina siffatta di andare a buon fine.

D'altra parte, il solo fatto dell'essersi una Stazione appaltante espressa, in occasione della redazione della disciplina di gara, con elementi equivoci, non può di per sé essere considerato alla stregua di un contegno lesivo del principio di correttezza nelle trattative: un'insufficiente chiarezza potrebbe essere stigmatizzata (al di là del caso estremo in cui sia addirittura seguita da un approfittamento della stessa parte dal contegno dianzi equivoco) solo quando sia stata senza giustificazione protratta nel tempo nel corso delle trattative, con il dare appunto seguito alla procedura a dispetto dell'ambiguità della sua *lex specialis*, tenendo in non cale le richieste di chiarimento avanzate dagli operatori. Ma una condizione del genere nella specie non ricorre. Quanto alla circostanza che il Comune prima si sia adoperato per tentare di chiarire il senso della disciplina di gara, e solo in un secondo tempo si sia risolto per la revoca della procedura, tale punto, lungi dal poter formare materia di addebito, è semmai indice della cautela e del

senso di responsabilità con cui l'Amministrazione si è mossa, optando per il recesso dalle trattative solo quando è risultato con sufficiente nitidezza che non esistevano margini tali da permettere di recuperare il procedimento mediante interventi di chiarimento interpretativo.

Va rilevato, infine, che la decisione di revoca della gara è stata presa con tempistica di per sé immune da possibili censure, e sollecitamente è stata resa conoscibile con i mezzi a disposizione (in generale, sulla necessità di dare notizia immediata della revoca di una procedura di evidenza pubblica cfr. già Ad.Pl. n. 6/2005 cit.).

Occorre difatti osservare che quella di cui si tratta era una procedura aperta, onde la Stazione appaltante non conosceva a priori l'identità delle imprese che avrebbero potuto parteciparvi, sì da poterle tempestivamente notificare (a mezzo di fax o comunicazione di posta elettronica) prima che presentassero la loro offerta.

Non resta allora che rilevare che la revoca, decisa alla vigilia di Natale del 2010, è stata pubblicata sul sito istituzionale dell'Ente il primo giorno feriale successivo, vale a dire il 27 dicembre, e dall'indomani anche all'albo pretorio comunale, con tempistica dunque sufficientemente sollecita, e come tale non passibile di critica.

Per quanto precede, al Comune non può essere mosso alcun addebito di violazione del canone di correttezza nelle trattative.

4- In conclusione, per le ragioni esposte nel paragrafo 3d l'appello deve trovare accoglimento, e conseguentemente, non potendo ascrivere alcuna responsabilità al Comune di Afragola, la pretesa risarcitoria introdotta a suo tempo dall'attuale appellata deve essere respinta.

Si ravvisano, nondimeno, ragioni equitative tali da giustificare la compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio tra le parti

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 4 giugno 2013.

Sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale “escludente” nel processo amministrativo: la parola ritorna al giudice comunitario

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA,
ORDINANZA 17 OTTOBRE 2013 N. 848

Roberta Costanzi*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'arresto della Corte di Giustizia in C-100/12, Fastweb S.p.A. e le “nuove” posizioni dell'Adunanza Plenaria n. 8/2014. - 3. Una nuova puntata della vexata quaestio: la recente ordinanza di remissione del Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana alla Corte di Giustizia (ord. n. 848/2013).

1. Premessa.

Le recenti spinte comunitarie e l'evoluzione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sua funzione nomofilattica hanno dato un nuovo impulso al dibattito circa l'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale escludente nel processo amministrativo.

L'incerto panorama giurisprudenziale era stato caratterizzato sul piano interno, dall'importante arresto del Consiglio di Stato, che con decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 7 aprile 2011, aveva statuito la pregiudizialità dell'esame del ricorso incidentale - diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara - rispetto all'esame del ricorso principale, e “*ciò anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due*” (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario-ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta.

L'arresto della Plenaria ha, pertanto, consolidato un indirizzo giurisprudenziale secondo cui, laddove il controinteressato eccepisca, tramite la proposizione di un ricorso incidentale, l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta presentata dal ricorrente principale, il giudice deve prioritariamente esaminare tale doglianza che, se fondata, comporta l'inammissibilità dell'impugnativa principale per carenza di interesse e di legittimazione ad agire.

In base a tale ricostruzione, l'interesse pratico alla rinnovazione della procedura di aggiudicazione invocato dalla parte che abbia proposto ricorso principale non attribuisce a quest'ultima una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale interesse - motiva l'Adunanza - non si distin-

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

guerebbe infatti da quello di qualsiasi altro operatore economico del settore che aspiri a partecipare ad una futura procedura di aggiudicazione.

L'esame prioritario del ricorso principale sarebbe ammesso, per ragioni di economia processuale, solamente laddove fosse evidente la sua infondatezza o irricevibilità.

Tale soluzione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non privo di posizioni apertamente critiche, in particolare da parte della giurisprudenza dei TT.AA.RR. e dello stesso Consiglio di Stato, che con le ordinanze della V e della VI Sezione, aveva auspicato una "rimeditazione" complessiva di quell'arresto giurisprudenziale (1).

Come noto, il TAR Piemonte, con ordinanza del 9 febbraio 2012 n. 208, ha proposto pregiudizialmente la questione dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sollevando i seguenti quesiti: *«se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti», di cui alla cd. "direttiva ricorsi" (dir. 1989/665/CEE, modificata con la dir. 2007/66/CE), «ostino al diritto vivente quale statuito» nella sent. n. 4/2011, cit., «con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti ... in gara siano soltanto due ... ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte, dei requisiti minimi di idoneità».*

Anche in questo caso un TAR si è posto in diverso avviso rispetto al Consiglio di Stato, evidenziando che la Direttiva CE prescrive a tutti gli Stati membri di dotarsi di «procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime», onde evitare effetti distorsivi della concorrenza, cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese. Sicchè - motiva il TAR - sembra inconciliabile in un'ottica di effettività della tutela l'affermata incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale.

L'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena altrimenti l'attribuzione di una ingiustificata forma di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria, ma che lo è diventata in modo non corretto o non legittimo.

2. L'arresto della Corte di Giustizia in C-100/12, Fastweb S.p.A. e le "nuove" posizioni dell'Adunanza Plenaria n. 8/2014.

La Corte di Giustizia nel riscontrare la menzionata ordinanza con sentenza del 4 luglio 2013, in C-100/12, si è espressa affermando la sussistenza di una difformità tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione ed il principio di diritto interno enunciato dall'Adunanza Plenaria con la citata sentenza n. 4/2011.

Applicando il suddetto principio - motiva la Corte - la perfetta identità

(1) Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza n. 2059, 15 aprile 2013, Pres. Volpe, est. Luttazzi; sez. VI, ordinanza n. 2681, 17 maggio 2013, Pres. Maruotti, est. Giovagnoli.

sotto il profilo sostanziale tra le due posizioni del ricorrente principale e dell'aggiudicatario ricorrente incidentale si "altera" in sede processuale, attribuendo preferenza alla posizione di quest'ultimo, il quale, anche se beneficiario dello stesso errore compiuto dall'amministrazione in sede di ammissione del ricorrente principale, riuscirebbe a conservare l'aggiudicazione a discapito dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere la rinnovazione della gara.

Nel caso *Fastweb* la Corte ha statuito il principio di diritto secondo cui in virtù della direttiva 89/665/CEE, articolo 1, paragrafo 3, in un ricorso in materia di appalti, in cui le parti, uniche partecipanti alla gara, abbiano proposto censure identiche e reciprocamente escludenti, ciascuna di esse può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altra, con la conseguenza di indurre l'Amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

Conclude la Corte quindi che al fine di definire l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, e quali siano i conseguenti effetti processuali, sia decisivo il principio per il quale il giudice, per essere "imparziale", deve trattare le parti "in condizioni di parità".

Dal tenore letterale della pronuncia è possibile ricavarne una interpretazione che comunque limita l'applicabilità del principio all'ipotesi - così come delineata e "suggerita" dal giudice *a quo* - di vizi "speculari" ed "escludenti" nell'ambito di una gara con due sole partecipanti e ricorrenti.

Ma ad avviso dello scrivente, il principio ricavabile può essere esteso anche a fattispecie non del tutto analoghe, in virtù del principio di effettività della tutela così come statuito in C-249/01, *Hackermüller*, laddove la Corte afferma che "*dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione. Secondo il paragrafo 3 del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione (...) Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare*".

A ben vedere, in questo passaggio della motivazione non è dato scorgere alcun riferimento al numero di operatori rimasti in gara, ma solo la specularità

delle impugnazioni dei due ricorrenti, e ciò vale a maggior ragione se si considera la *ratio* ispiratrice della Direttiva 89/665.

Ebbene, al di là di letture più o meno restrittive della portata del principio affermato dalla Corte, resta il fatto che la peculiarità del caso in esame ha reso di perdurante vitalità la questione sino alla recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014 seguita alle ordinanze di remissione del 2013, e ne ha in qualche modo indirizzato la soluzione.

In tale sentenza, risolutiva nell'ottica di una controversia con due soli ricorrenti/ammessi alla gara pubblica, la Plenaria, senza sconfessare completamente le acquisizioni dogmatiche elaborate con la sentenza 4/2011, osserva però che nel particolare caso in cui entrambe le offerte siano inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, *“apparirebbe prima facie contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione”*.

La ragione di tale apparente “svolta interpretativa” si evince dal seguente passaggio argomentativo *“in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata”*.

È chiaro l'intento di riportarsi nel solco di una interpretazione delle regole processuali di fonte legale che sia rispettosa dei principi di rango comunitario di “effettività” della tutela, “parità delle armi” e “non discriminazione” così come richiamati nella sentenza *Fastweb* della Corte di Giustizia (2).

Suddetti principi - afferma la Plenaria - lungi dal comprimerla, confermano viepiù la concezione “soggettiva” del giudizio amministrativo di legittimità, basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo.

Rileva la Plenaria che se si intende la giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo - e ciò costituisce un approdo interpretativo obbligato, in mancanza di una normativa esplicita in senso contrario - l'interpretazione delle condizioni dell'azione deve avvenire alla luce di una valutazione di reale perseguimento del bene della vita conteso.

Se l'interesse a ricorrere non assume questa particolare declinazione il giudice non può pronunciarsi sul ricorso principale se non in punto di rito, dichiarandone l'inammissibilità.

È quindi l'identità del vizio contestato nei due ricorsi, che nella sua con-

(2) Principi di parità delle parti e di imparzialità del giudice sanciti dall'art. 111, secondo comma, Cost., e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

sistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, fa sì che sussista la legittimazione ad agire in capo al ricorrente principale e che, di conseguenza, venga meno *l'asimmetria di origine procedimentale* tra legittimazione a resistere dell'aggiudicatario e legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso.

L'Adunanza spiega, altresì, in quali casi l'identità dei motivi di ricorso comporti la pari dignità dell'esame: *“sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria. Viceversa, non soddisfano il requisito di simmetria escludente (perché non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca), come richiesto dalla sentenza Fastweb, e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, i vizi sussumibili in diverse categorie: ad esempio, la dedotta (nel ricorso incidentale) intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria, a fronte della dedotta (nel ricorso principale) carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria”*.

È evidente dalla lettura della pronuncia che, pur applicando la *regola juris* introdotta dalla sentenza *Fastweb*, l'Adunanza Plenaria tenga saldi quei principi processuali di diritto interno che regolano l'ordine di esame delle questioni di rito e di merito, arrivando a derogarvi solo alle stringenti condizioni che: *i.* si versi all'interno del medesimo procedimento, *ii.* gli operatori rimasti in gara siano soltanto due, *iii.* il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

Diversamente, si ritorna nell'alveo di applicazione della regola processuale di fonte legale che impone al giudice di decidere gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa (3).

3. Una nuova puntata della vexata quaestio: la recente ordinanza di remissione del Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana alla Corte di Giustizia (ord. n. 848/2013).

L'ultima tappa della *querelle* è giunta al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana e da questi, nuovamente alla Corte di Giustizia, per una fattispecie in cui i concorrenti ammessi a partecipare alla gara d'appalto oggetto della controversia sono più di due, e dove l'impresa seconda classificata e la prima, rispettivamente con ricorso principale ed incidentale escludente, hanno contestato la mancata esclusione alla procedura di gara dell'altra parte ricorrente.

(3) Regola processuale disciplinata dall'art. 76, IV co. del c.p.a., che rinvia al II comma dell'art. 276 c.p.c..

L'adunanza Plenaria, in sentenza 9/2014 afferma, in tal senso, che: *“siffatta regola, al contrario, garantisce ed attua il principio di parità delle armi perché predetermina, in astratto ed in via generale, per tutti i litiganti, le modalità di esercizio del potere giurisdizionale”*.

In adempimento alla sentenza di primo grado, che aveva accolto entrambe le impugnative, l'amministrazione escludeva le prime due imprese classificate ed una volta fatta scorrere la graduatoria, tutte le altre imprese ammesse per inidoneità delle rispettive offerte, senza che nei termini le stesse impugnassero detta esclusione; la controversia, pertanto, giungeva al giudizio del Consiglio su gravame delle due imprese ricorrenti in primo grado e, di fatto, alle stesse circoscritte.

In tale ipotesi è evidente che con ancora tutti i concorrenti ammessi, l'accoglimento di ambo le contrapposte impugnazioni, non avrebbe realizzato l'interesse strumentale del ricorrente principale all'annullamento della gara ma esclusivamente l'obbligo dello scorrimento della graduatoria, previa esclusione delle prime due classificate.

Di qui l'interruzione del giudizio di gravame e la sottoposizione della questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia europea (con ordinanza n. 848 del 2013) in merito, tra gli altri, al seguente quesito:

“Se i principi dichiarati dalla CGUE con sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale ... siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio, risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese”.

In attesa della pronuncia della Corte, alcune notazioni critiche si impongono.

Con il principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia, si è ribadito che le considerazioni che hanno ispirato la pronuncia n. 4/2011 della Plenaria, confliggono con una esigenza di effettività della tutela processuale, che si sostanzia in una effettiva parità delle parti nel giudizio.

Ne consegue come corollario che nel caso di partecipanti alla gara che abbiano proposto censure identiche e reciprocamente escludenti, ciascuna di esse può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altra, senza che si imponga la regola processuale dell'esame prioritario del ricorso incidentale escludente, con la conseguenza di indurre l'Amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

Per tali motivi, spetterà al giudice stabilire se sia utile e conforme al principio di economia dell'attività giudiziale la trattazione congiunta e contestuale delle domande proposte, rispettivamente, dal ricorrente principale ed incidentale; e, a tale scopo, è considerato sufficiente a giustificare un *simultaneus processus* che le questioni sollevate dalle parti, siano speculari ed egualmente escludenti.

Nel caso in esame, come leggiamo nella stessa ordinanza di remissione,

la fattispecie ivi descritta risulta essere, per quanto consta la fase del gravame, del tutto analoga dal punto di vista processuale e sostanziale a quella oggetto della precedente pronuncia della Corte.

Si legge, infatti, nell'ordinanza di rimessione anche il presente contenzioso vede contrapposte, come segnalato, soltanto *“due imprese: ed invero, soltanto dette imprese hanno proposto ricorsi (principali e incidentali) nel primo e nel secondo grado del giudizio e, per quanto consta a questo Consiglio, nessuna delle altre imprese, successivamente escluse dalla gara, hanno contestato in sede amministrativa o giurisdizionale siffatta esclusione”*.

Se è vero dunque che nella fattispecie, le posizioni del ricorrente principale e del ricorrente incidentale sono simmetriche ed equivalenti, sarebbe contrario al principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice - sanciti dall'art. 111, secondo comma, Cost., e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo - far discendere l'esito del giudizio dal mero ordine logico seguito per la decisione delle impugnazioni proposte.

Le scelte del giudice, difatti, non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite quando, riguardando l'ordine di trattazione dei ricorsi, emerge l'identità dei motivi oggetto delle reciproche contestazioni.

Tali considerazioni si devono ora declinare in rapporto alla evoluzione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria dalla sentenza n. 4/2011 sino alla pronuncia n. 8/2014, quest'ultima, intervenuta nelle more del rinvio pregiudiziale in esame, avrebbe certamente reso più semplice il ruolo interpretativo del giudice di seconda istanza della regione siciliana, in particolare, relativamente ai dubbi legati a quale *regola juris* applicare nella fattispecie in esame.

A ben vedere, il quesito così come posto, se poteva avere un senso alla luce della difformità di orientamento in essere tra l'Adunanza Plenaria - dopo la sentenza 4/2011 - e la Corte di Giustizia, risulta ora svuotato di ogni ragion d'essere se si considera che l'intervenuta Adunanza Plenaria n. 8/2014 ha di fatto ratificato l'orientamento del giudice comunitario superando la rigida regola processuale legata all'esame prioritario delle questioni incidentali di rito volte a sindacare la legittimazione ad agire.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17 ottobre 2013 n. 848 - Pres. ff. de Francisco, Est. Carlotti.

(...)

A) Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.

(...) A7. - Ai fini del rinvio pregiudiziale è sufficiente segnalare quanto segue:

- la PFE ad il T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo, onde ottenere l'annullamento dei provvedimenti sopra indicati;

- l'ATI GSA/Zenith replicò alle censure avversarie e propose un ricorso incidentale, cd. "escludente" o "paralizzante", mirante cioè a contestare l'omessa esclusione dalla gara della PFE e, quindi, diretto a far valere il conseguente difetto di interesse della suddetta PFE alla coltiva-

zione dell'impugnativa; ciò in considerazione del fatto che, nell'ordinamento italiano, il giudizio amministrativo assume tipicamente le caratteristiche di un puro processo di parti, e non già di diritto oggettivo, di guisa che l'interesse a ricorrere - al quale deve sempre corrispondere una correlativa utilità pratica unicamente realizzabile per via giurisdizionale - costituisce un'indefettibile requisito per la proposizione e la prosecuzione di qualunque azione;

- con la sentenza impugnata il T.a.r. accolse entrambe le impugnative, principale e incidentale, così espressamente disattendendo i principi enunciati al riguardo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 7 aprile 2011 (in seguito anche: sentenza n. 4/2011), in tema di priorità dell'esame del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale;
- con l'appello principale la PFE è insorta contro la sunnominata sentenza del T.a.r. nelle parti recanti statuizioni in ordine a) al rigetto dell'eccezione preliminare di inammissibilità o di improcedibilità del ricorso incidentale della GSA, b) all'accoglimento dei due motivi del medesimo ricorso incidentale e c) al rigetto della domanda risarcitoria, sia in forma specifica sia per equivalente, nonché delle ulteriori e consequenziali domande formulate in prime cure;
- con l'appello incidentale la GSA ha impugnato la medesima sentenza gravata dalla PFE, ma nella parte in cui il Primo Giudice ha definito l'ordine di esame dei ricorsi, principale e incidentale, in violazione dei principi enunciati dalla suddetta pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e, in via subordinata, nella parte in cui il T.a.r. ha accolto il primo dei motivi del ricorso proposto in primo grado dalla PFE;
- in particolare, con il primo motivo dell'appello incidentale, la GSA ha dedotto la sussistenza di un *error in iudicando* per aver il T.a.r. ritenuto comunque necessaria, nonostante la proposizione di un ricorso incidentale di natura escludente, la disamina anche dei motivi del ricorso principale, giacché - qualora fossero stati rispettati i principi affermati dalla sentenza n. 4/2011 - il Tribunale, una volta accolto il ricorso incidentale della GSA, avrebbe dovuto conseguentemente dichiarare inammissibile quello proposto in via principale dalla PFE, consentendo così alla GSA di vincere la causa e di conservare in tal modo l'utilità rinveniente dall'aggiudicazione della gara;
- con le ultime memorie depositate in appello le parti hanno ribadito le rispettive posizioni e, in dettaglio, la GSA ha affrontato il tema dell'applicabilità, o no, al caso di specie dei principi dichiarati dalla CGUE con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12; inoltre, riguardo alla sorte della gara in contestazione, entrambe le imprese in lite hanno allegato che, successivamente alla pubblicazione della sentenza del T.a.r. oggetto di gravame, la stazione appaltante dapprima escluse dalla procedura sia la PFE sia l'ATI GSA e poi, una volta fatta scorrere la graduatoria, l'Airgest escluse altresì tutte le altre imprese ammesse per inidoneità delle rispettive offerte, poiché tutte carenti del requisito rappresentato dalla specifica indicazione dei costi per la sicurezza;
- in effetti, con lettera di invito, inviata dall'Airgest a norma dell'art. 125, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, risulta esser stata indetta una procedura negoziata mediante cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di pulizia dell'aeroporto civile "V. Florio" di Trapani-Birgi e di manutenzione delle aree verdi, della durata di tre mesi, prorogabili di ulteriori tre mesi; nel preambolo di siffatta lettera di invito si dà conto dell'intervenuta esclusione di tutte le offerte presentate nell'ambito della procedura aperta al centro del contendere e anche si subordina risolutivamente l'efficacia della gara e dei relativi esiti all'eventuale riforma, da parte di questo Consiglio, dell'impugnata sentenza del T.a.r.;
- come già riferito, con la sentenza non definitiva, n. 847/2013, questo Consiglio ha respinto in parte l'appello principale proposto da PFE; inoltre si è comunicata alle parti la decisione di disporre, con separato provvedimento, un rinvio pregiudiziale alla CGUE onde ottenere un'interpretazione del diritto eurounitario.

B) Contenuto delle pertinenti disposizioni eurounitarie e nazionali, nonché della pertinente giurisprudenza della CGUE e del Consiglio di Stato.

B1. - Le disposizioni eurounitarie rilevanti ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), sono le seguenti:

- art. 1, parr. 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2-septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

[...]

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione»;

- art. 267 del TFUE, nella versione in vigore dal 1° dicembre 2009:

«La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile»;

- art. 47, parr. 1 e 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale":

«Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed

entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare»;

- art. 6, par. 1, comma 1, TUE, nella versione in vigore dal 1° dicembre 2009:

«1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»;

- art. 19, par. 1, TUE, nella versione in vigore dal 1° dicembre 2009:

«1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati.

Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

B2. - Le disposizioni interne, della Repubblica italiana, rilevanti ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), sono le seguenti:

- art. 111, ultimo comma, della Costituzione della Repubblica italiana: *«Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso per cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti la giurisdizione»;*

- art. 99, commi 3 e 4, c.p.a., rubricato “Deferimento all’adunanza plenaria”:

«3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall’adunanza plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

4. L’adunanza plenaria decide l’intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente»;

- art. 1, comma 2, del D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato).

«2. Il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono sezioni staccate del Consiglio di Stato».

B3. - La sentenza della CGUE, rilevante ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), è la seguente: CGUE, decima sezione, 4 luglio 2013, in causa C-100/12.

B4. - La sentenza del Consiglio di Stato, rilevante ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), è la seguente: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, del 7 aprile 2011, n. 4

C) Motivi del rinvio pregiudiziale: oggetto e rilevanza.

C1. - Con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta alla Corte dal T.a.r. per il Piemonte con decisione del 25 gennaio 2012, la CGUE ha conclusivamente dichiarato che: *«L’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l’aggiudicatario che ha ottenuto l’appalto e proposto ricorso incidentale solleva un’eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell’offerente che ha proposto il ricorso, con*

la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale».

C2. - Con la sunnominata sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12 ha, in particolare, verificato la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della regola stabilita dalla ridetta sentenza n. 4/2011 (il cui contenuto non si riassume poiché già conosciuto ed esaminato dalla CGUE) con la quale si è, in sostanza, imposto - per le ragioni che saranno di seguito spiegate - alle Sezioni e ai Collegi del Consiglio di Stato, chiamati a pronunciarsi sugli appelli avverso sentenze pronunciate dai T.a.r., di attenersi al principio di diritto secondo cui, nei processi di primo grado in cui siano stati proposti sia un ricorso principale sia uno incidentale escludente, l'ordine di esame delle impugnative da parte dei T.a.r. debba essere nel senso di riservare prioritario esame al ricorso incidentale escludente e, in caso di accertata fondatezza di quest'ultimo, di dichiarare improcedibile il ricorso principale (per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione, appunto in conseguenza dell'accoglimento di detto ricorso incidentale), senza valutarne il merito.

C3. - Dalla lettura del tenore della questione pregiudiziale rimessa dal T.a.r. per il Piemonte e dei punti 31, 32 e 33 della motivazione della sentenza della CGUE del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, si evince che la fattispecie concreta, in relazione alla quale è stata resa la dichiarazione riportata nel precedente §. C1, riguardava un caso in cui i concorrenti rimasti in gara erano soltanto due e coincidevano dal punto di vista soggettivo, rispettivamente, con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario-ricorrente incidentale, aventi ciascuno di mira, in maniera speculare, il risultato di ottenere in via giurisdizionale l'esclusione dell'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta. In tale ipotesi è evidente che, in caso di accoglimento di ambo le contrapposte impugnazioni, la sentenza realizza l'azzeramento della gara che - ove ribandita - consente ad entrambe le parti, come ad ogni altro operatore del settore, di avere l'ulteriore *chance* di poter ripresentare domanda per la partecipazione alla nuova gara.

C4. - Nel caso che occupa questo Consiglio la fattispecie concreta è almeno in parte differente da quella testé descritta, poiché le imprese ammesse a partecipare alla procedura della cui legittimità si controverte furono più di due; nondimeno, dal punto di vista processuale e sostanziale - in disparte i distinti profili che sorreggono le reciproche censure di pretesa illegittimità delle rispettive ammissioni alla gara delle due imprese in lite (non essendo stata contestata, nel caso che occupa il Collegio, la conformità delle offerte alle specifiche tecniche, ma unicamente la validità delle dichiarazioni relative al possesso di taluni requisiti generale previsti dalla legge italiana per la partecipazione a procedure di affidamento di appalti pubblici) - anche il presente contenzioso vede contrapposte, come segnalato, soltanto due imprese, la PFE e la GSA: ed invero, soltanto dette imprese hanno proposto ricorsi (principali e incidentali) nel primo e nel secondo grado del giudizio e, per quanto consta a questo Consiglio, nessuna delle altre imprese, successivamente escluse dalla gara, hanno contestato in sede amministrativa o giurisdizionale siffatta esclusione. Inoltre, come riferito nella superiore narrativa del fatto, la stazione appaltante, intervenuta la pubblicazione della gravata sentenza del T.a.r. per la Sicilia, ha escluso tutte le imprese che presero parte alla gara. In forza delle riferite circostanze, il presente giudizio ha ad oggetto, a ben vedere, soltanto le reciproche contesta-

zioni di due imprese, la PFE e la GSA, le quali - uniche tra tutte quelle originariamente ammesse alla procedura di affidamento - conservano un interesse, processualmente tutelabile, alla decisione in ordine alla legittimità della gara.

C5. - Alla stregua di tutto quanto fin qui osservato, questo Consiglio, avanti al quale è stato evocato il principio di diritto dell'Unione europea sancito dalla CGUE nella sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, si interroga, e ritiene di essere obbligato a rivolgere l'interrogativo alla CGUE, se il suddetto principio di diritto dichiarato dalla CGUE possa o debba ritenersi applicabile - in disparte il non rilevante profilo dei motivi di diritto per i quali la PFE e la GSA ritengono, specularmente, che la rispettiva controparte dovesse essere esclusa dalla gara - anche al caso sopra descritto sub A, ossia se la situazione che si è venuta a determinare nella vicenda oggetto della presente controversia sia sostanzialmente assimilabile, in ragione del concreto isomorfismo che si ravvisa nei termini sopra spiegati, a quella in relazione alla quale è stata pronunciata la sentenza della CGUE del 4 luglio 2013, in causa C-100/12 (il quesito è meglio precisato, *infra*, sub D1). Infatti, nel caso odiernamente in esame, parrebbe ipotizzabile - proprio in quanto tutte le altre imprese partecipanti alla gara ne sono state escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati e ormai inoppugnabili - che l'interesse processuale delle due parti ora in causa si atteggi nel medesimo modo che se tali due parti fossero state le uniche a partecipare alla gara (com'era nel caso che fu deciso dalla citata sentenza di codesta C.G.U.E.): sicché entrambe le parti potrebbero avere interesse all'accoglimento (e, prima ancora, allo scrutinio) delle proprie doglianze, anche in caso di accoglimento di quelle di controparte, quantomeno per realizzare il proprio interesse (c.d. "strumentale") all'azzeramento della gara, onde poter concorrere alla sua riedizione per rigiocarsi *ex novo* la *chance* di vincerla.

C6. - Non a caso questo Consiglio ha prudenzialmente asserito, nel precedente §. C5, di ritenere di dover sottoporre alla CGUE la sopra indicata questione pregiudiziale, posto che tale doverosità del rinvio (nelle ipotesi in cui, ovviamente, ricorrano le condizioni richiamate anche nel punto 12 delle Raccomandazioni), in virtù delle regole che attualmente governano il processo amministrativo di appello, non è prevista e, anzi, potrebbe apparire vietata, quanto meno nei sensi della possibilità di instaurare una diretta relazione tra il giudice amministrativo di ultima istanza (Sezione del Consiglio di Stato tabellarmente competente per la trattazione della causa) e la CGUE.

C7. - Onde chiarire il senso di quanto testé affermato, occorre muovere dalla considerazione che, secondo il diritto giurisprudenziale amministrativo italiano, pure al caso concreto oggetto del presente giudizio, al pari di quello già deciso dalla CGUE con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, dovrebbero applicarsi i principi di diritto enunciati dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4/2011. Senonché, mentre per la fattispecie sottoposta al vaglio del T.a.r. per il Piemonte, è per l'appunto intervenuta la decisione della CGUE, nella vicenda al centro del contenzioso instaurato avanti a questo Consiglio difetta una pronuncia analoga né può con certezza reputarsi, stante quanto sopra considerato dubitativamente sub C4 e C5., che, nonostante la presenza di forti somiglianze tra le due cause, i principi stabiliti dalla CGUE nel precedente citato siano automaticamente trapiantabili anche nel presente contenzioso; al contempo è evidente come la soluzione della questione dell'applicabilità, o no, di detti principi nel caso in esame sia fondamentale per le sorti del giudizio, incidendo sensibilmente sull'esito della controversia.

C8. - Tanto premesso, va tuttavia osservato che la situazione appena descritta, risultando ad essa residualmente applicabile (a cagione della diversità della fattispecie concreta) la *regula iuris* dettata dalla sentenza n. 4/2011, imporrebbe a questo Consiglio - in forza della vincolatività del precetto recato dall'art. 99, comma 3, c.p.a., che obbliga a conformarsi al principio

di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ovvero, come unica alternativa, a rimettere a quest'ultima la decisione della causa - di astenersi dal rinviare direttamente la questione sopra esposta alla CGUE e ciò nonostante questo Consiglio sia a tutti gli effetti un giudice di ultima istanza delle controversie amministrative.

C9. - L'ultima affermazione merita un precisazione. Il punto 12 delle Raccomandazioni ricorda, tra l'altro, ai giudici nazionali che, a norma dell'art. 267 TFUE, le Corti di ultima istanza sono tenute a proporre alla CGUE una domanda di pronuncia pregiudiziale. Orbene, non vi è dubbio che, secondo il diritto della Repubblica italiana, il Consiglio di Stato sia giudice di ultima istanza delle controversie appartenenti alla giurisdizione amministrativa. Vero è che contro le decisioni del Consiglio di Stato l'ordinamento interno ammette la possibilità di ricorrere alla Corte suprema di cassazione, ma tale mezzo di impugnazione - per espresso dettato costituzionale (art. 111, ultimo comma, Cost.) - non potrà mai riguardare la cognizione della *res litigiosa*, dovendo invece rimanere circoscritto ai soli profili di corretto riparto del contenzioso tra le varie giurisdizioni italiane (civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria, delle acque, ecc.). In altre parole, la Corte suprema di cassazione può verificare "se" il Consiglio di Stato abbia potestà di decidere una determinata controversia, ma non anche di stabilire "come" il Consiglio di Stato debba decidere la causa, con il che il Consiglio di Stato è sicuramente giudice di ultima istanza del merito delle liti amministrative e in tal senso è anche la giurisprudenza della CGUE.

C10. - Ora, se il Consiglio di Stato è giudice di ultima istanza, tale è anche questo Consiglio, poiché così espressamente stabilisce l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 che configura le due sezioni di cui si compone questo Consiglio alla stregua di altrettante sezioni, sebbene staccate, del Consiglio di Stato.

C11. - Al pari di ogni altro giudice di ultima istanza, dunque, questo Consiglio dovrebbe poter domandare alla CGUE una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea; senonché tale potestà in talune ipotesi, e tra queste quella che viene in rilievo nel presente giudizio, parrebbe non essere direttamente esercitabile; e ciò appunto in ragione della vigenza di una norma processuale, l'art. 99, comma 3, c.p.a., che obbliga tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato ad applicare, ai fini del decidere sul rito e sul merito delle controversie amministrative, i principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, fatta salva la facoltà di rimettere le questioni alla stessa Adunanza Plenaria (onde sollecitarne un *revirement* solo eventuale) quando la Sezione o il Collegio intendano da detti principi discostarsi. Va osservato che l'art. 99, comma 3, c.p.a. è sorretto da una ratio legis in astratto meritoria, atteso che il Legislatore interno ha ritenuto di poter accrescere in tal modo, attraverso cioè il rafforzamento del potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle materie appartenenti alla giurisdizione amministrativa, la certezza del diritto "giurisprudenziale" interno; tuttavia, ad avviso di questo Consiglio, siffatto vincolo procedurale, qualora riferito anche alle questioni di diritto eurounitario, finisce per entrare in conflitto con più di un principio dell'ordinamento sovranazionale e, principalmente, con la riserva dell'interpretazione del diritto dell'Unione europea al magistero della CGUE e con il correlato e sinergico obbligo di rinvio pregiudiziale gravante su tutti i giudici di ultima istanza degli Stati membri (solo per completezza argomentativa, va peraltro segnalato in via incidentale che l'art. 99, comma 3, c.p.a. tende ad orientare l'evoluzione del diritto processuale amministrativo italiano verso un modello di "common law", incentrato sulla regola dello "stare decisis", che pure confligge con il primato del diritto scritto, su quello di creazione giurisprudenziale, stabilito chiaramente dall'art. 100, primo comma, della Costituzione della Repubblica italiana, secondo

cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, fatta salva la primazia del diritto dell'Unione, a garanzia della loro indipendenza e quale corollario della separazione dei poteri; l'esame della questione costituzionale interna è però necessariamente postergato alla prodromica soluzione di quella eurounitaria).

C12. - Onde chiarire quanto appena osservato, è d'uopo illustrare con un esempio come operi, nel caso di specie, il vincolo procedurale derivante dall'art. 99, comma 3, c.p.a. Innanzitutto, non può revocarsi in dubbio che l'oggetto del presente giudizio investa una materia, cioè quella delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, che promana direttamente dall'ordinamento dell'Unione europea. Si è però sopra chiarito che la fattispecie in esame ricade, ancora, nell'alveo applicativo del principio dettato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4/2011; pertanto, a questo Consiglio si pone la seguente alternativa: o questo Consiglio, ignorando la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12 e i connessi dubbi sopra esternati in ordine alla possibile applicabilità nella fattispecie dei principi in quella sentenza affermati, opta per la decisione della controversia seguendo acriticamente la regola del prioritario scrutinio del ricorso incidentale (rischiando però in tal modo di violare il diritto dell'Unione europea) oppure questo Consiglio, ritenendo che pure nel caso di specie possano attagliarsi i principi enunciati nella ridetta sentenza della CGUE, applica l'art. 99, comma 3, c.p.a. e, per l'effetto, rimette la questione dell'applicabilità alla vicenda in esame dei principi dettati dalla sentenza n. 4/2011 all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, segnalandone il parziale contrasto con quelli ricavabili dalla sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12.

C13. - In ogni caso, ad avviso di questo Collegio, la situazione appena descritta collide sotto vari profili con il diritto dell'Unione, giacché:

- nel primo caso, si indeboliscono i fondamentali canoni del primato e del massimo effetto utile del diritto dell'Unione europea;

- nel secondo caso si limita sensibilmente la potestà, riconosciuta dal diritto dell'Unione europea a ogni giudice di ultima istanza degli ordinamenti degli Stati membri, di sottoporre in via diretta alla CGUE domande di pronunce pregiudiziali, atteso che tale potestà viene, nei fatti, ad esser concentrata nella sola Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, almeno ogniqualvolta essa abbia affermato principi di diritto, sì vincolanti per le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, ma non compatibili con quelli vigenti nell'Unione europea e dichiarati dalla CGUE;

- a quanto appena considerato, va altresì aggiunto che siffatta obbligatoria intermediazione del rapporto tra giudici amministrativi di ultima istanza e CGUE, attraverso la previsione di un vincolo procedurale rappresentato dalla preventiva sollecitazione di una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per un verso, incrina la riserva della CGUE sull'interpretazione del diritto dell'Unione (dal momento che il "filtro" sui rinvii pregiudiziali esercitato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato comunque esplica una funzione deflattiva e disincentivante delle relative domande e, in più, potrebbe anche non condurre ad alcun rinvio pregiudiziale, potendo ritenere l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'esercizio della sua autonoma discrezionalità giurisdizionale, che talune questioni non meritino un vaglio incidentale della CGUE); per altro verso, infine, il "passaggio obbligato" della rimessione a norma dell'art. 99, comma 3, c.p.a. infirma anche il primato del diritto dell'Unione europea, almeno nella misura in cui il magistero nomofilattico dell'Adunanza Plenaria, sicuramente utile nella prospettiva di una maggiore certezza e unità dell'esegesi del diritto amministrativo nazionale, interferisca e finisca per imporsi sul magistero della CGUE nelle materie disciplinate dal diritto dell'Unione europea; infine, sotto un ultimo aspetto, il meccanismo disciplinato dall'art. 99, comma 3, c.p.a. incide anche negativamente sulla durata

ragionevole del processo, che costituisce un valore tutelato dal diritto dell'Unione europea (v. gli artt. 6 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'art. 1, par. 1, comma 3, della direttiva 89/665/CEE), atteso che - anche a voler prescindere da ogni altra considerazione - detto "passaggio obbligato" allunga notevolmente i tempi di un giudizio, dovendosi aggiungersi a quelli indispensabili per la definizione del rinvio pregiudiziale anche quelli della rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affinché essa proponga, eventualmente, la domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE.

C14. - Per tutte le ragioni sopra spiegate questo Consiglio dubita della compatibilità eurounitaria dell'art. 99, comma 3, c.p.a., qualora detta disposizione debba applicarsi anche in controversie che siano disciplinate dal diritto dell'Unione europea (o dal diritto interno che costituisca recepimento di quello sovranazionale) e nella misura in cui l'applicazione di detta disposizione si traduca, nei modi sopra illustrati, in un ostacolo al pieno esercizio della potestà di ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato, in quanto giudice di ultima istanza, di rinviare pregiudizialmente una questione alla CGUE; ovvero, e altresì, in un ostacolo al pieno esercizio della potestà di ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato, in quanto giudice di ultima istanza, di applicare direttamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, i principi del diritto euro unitario, per come declinati dalla CGUE, in guisa da assicurarne il maggiore (e più sollecito) "effetto utile". I dubbi appena esposti sono condensati nell'articolo quesito di seguito declinato sub D2 e al quale ci si riporta.

D) Formulazione dei quesiti.

D1. - Se i principi dichiarati dalla CGUE con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese;

D2. - se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l'art. 267 TFUE, l'art. 99, comma 3, c.p.a., nella parte in cui tale disposizione processuale stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, anche laddove consti in modo preclaro che detta Adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea; e, in particolare,

- se la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato investiti della trattazione della causa, laddove dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE per accertare la conformità e compatibilità europea del principio di diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea;

- se - nell'ipotesi in cui la risposta alla domanda posta nel precedente alinea fosse nel senso

di riconoscere a ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato il potere/dovere di sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla CGUE ovvero, in ogni caso in cui la CGUE si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, affermando la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall'Adunanza plenaria - ogni Sezione e ogni Collegio del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per come interpretato dalla CGUE o se, invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all'Adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla CGUE;

- se, infine, un'esegesi del sistema processuale amministrativo della Repubblica italiana nel senso di rimandare all'esclusiva valutazione dell'Adunanza Plenaria l'eventuale decisione in ordine al rinvio pregiudiziale alla CGUE - ovvero anche soltanto la definizione della causa, allorché questa direttamente consegua all'applicazione di principi di diritto eurounitario già declinati dalla CGUE -- non sia di ostacolo, oltre che con i principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di procedure di affidamento degli appalti pubblici, anche con l'esigenza che il diritto dell'Unione europea riceva piena e sollecita attuazione da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione siccome stabilita dalla CGUE, anche ai fini della massima estensione dei principi del cd. "effetto utile" e del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto (non solo sostanziale, ma anche processuale) interno del singolo Stato membro (nella specie: sull'art. 99, comma 3, del c.p.a. della Repubblica italiana).

E) Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria.

E1. - In conclusione, si rimettono all'esame della CGUE le sopra esposte questioni di corretta interpretazione del diritto eurounitario.

(...)

E3. - Visto l'art. 79 c.p.a. e il punto 29 delle Raccomandazioni, il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva, una volta ricevuta la notificazione della decisione emessa dalla CGUE (v. il punto 34 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dispone:

- 1) a cura della segreteria, la trasmissione alla Corte di giustizia dell'Unione europea della presente ordinanza e di copia degli atti sopra indicati, con le modalità di cui in motivazione;
- 2) la sospensione del presente giudizio fino alla notificazione a questo Consiglio, da parte della cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte;
- 3) che rimanga riservata alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese del giudizio.

Manda la Segreteria per gli altri adempimenti di legge.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2013.

Una SCIA-Demaniale: è possibile?

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SICILIA,
PALERMO, SEZIONE I, SENTENZA 25 LUGLIO 2013 N. 1543

Gaetano Molica*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La fattispecie e le argomentazioni del giudice. - 3. Lo schema "norma-fatto-effetto" vs. "norma-potere-effetto". - 4. Il demanio marittimo e le concessioni demaniali. - 5. Non sussumibilità del modello concessorio demaniale nello schema "norma-fatto-effetto".

1. Premessa.

La sentenza in commento, benché abbia ad oggetto l'applicazione di una norma regionale, presenta profili di interesse che travalicano gli angusti confini della portata territoriale della medesima, per investire, ad un più ampio livello di analisi, la delicata questione della semplificazione dei moduli procedimentali e del rapporto tra P.A. e cittadino.

Più nel dettaglio, come si avrà modo di vedere, il *decisum* oggetto del presente intervento, sulla scorta di un dato normativo apparentemente inequivoco, sembra ammettere l'applicazione dello schema - noto in materia di s.c.i.a. - "norma-fatto-effetto" per l'ipotesi di stagionalizzazione di attività balneari, privando la P.A. di ogni potere valutativo in merito all'opportunità di assentire tale operazione e, in ultima analisi, in merito alla valutazione della perdurante compatibilità tra uso particolare e la tutela del c.d. interesse demaniale.

Le considerazioni che con il presente scritto si intendono fare richiedono, tuttavia, una compiuta - sebbene contenuta - analisi della fattispecie e dell'articolato ragionamento logico-giuridico che hanno condotto alla sentenza in commento.

2. La fattispecie e le argomentazioni del giudice.

All'atto del rinnovo di una concessione demaniale avente ad oggetto lo sfruttamento di una porzione del litorale sito nel Comune di Palermo per la realizzazione di uno stabilimento balneare, l'autorità demaniale marittima competente - in ragione dei precorsi rapporti con il concessionario - aveva ritenuto opportuno inserire apposita clausola nell'ambito del provvedimento di concessione, con la quale si obbligava il concessionario medesimo, a pena di decadenza, a smontare interamente la struttura balneare al termine della stagione estiva.

Conclusa la stagione balneare, dinnanzi al rifiuto del concessionario di

(*) Dottorando in Diritto Comparato - Università degli Studi di Palermo, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

adempiere all'obbligo di smontaggio, la P.A. competente adottava il decreto di decadenza dalla concessione demaniale ai sensi dell'art. 47, co. 1, lett. f), C.N. Contro tale provvedimento, allora, ricorreva la società titolare della concessione *de qua*, chiedendone l'annullamento.

Con la sentenza oggetto del presente commento, il T.A.R. Palermo ha ritenuto di accogliere le doglianze del concessionario, annullando il provvedimento decadenziale impugnato.

Le argomentazioni offerte dai decidenti sono diverse e variamente articolate. Tra queste, in considerazione del tema trattato, merita particolare attenzione l'interpretazione letterale e sistematica della norma oggetto di applicazione.

Secondo il Collegio, infatti, la disciplina di cui all'art. 2, L.r. n. 15/2005 sarebbe chiara nell'evidenziare l'estensione annuale del titolo concessorio, previa comunicazione dell'intenzione del concessionario di voler destagionalizzare l'attività. E ciò in quanto si tratterebbe di una disposizione che, nell'evidente intento di favorire lo sviluppo delle attività turistiche anche oltre il consueto orizzonte temporale, avrebbe operato una estensione *ex lege* dei relativi titoli abilitativi, privando l'autorità demaniale del potere di subordinare tale estensione ad una valutazione discrezionale propriamente intesa, posto che i concessionari possono avvalersi della concessione demaniale, delle licenze e delle autorizzazioni di cui sono già in possesso per le attività stagionali estive.

Per corroborare questa interpretazione, il giudice fa uso dell'argomento analogico, citando in particolare la giurisprudenza in materia di d.i.a. (oggi s.c.i.a.) e ritenendo, essenzialmente, possibile tracciare un parallelo tra la disciplina regionale in discorso e lo schema di funzionamento proprio della d.i.a., nel senso che *“la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema “norma-potere-effetto”, ma è una legittimazione ex lege, secondo lo schema “norma-fatto-effetto”, in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.”*.

Sulla base di questa premessa, il giudice ha ritenuto che il provvedimento decadenziale emesso dall'autorità demaniale fosse *tamquam non esset*, posto che detta autorità non avrebbe potuto annullare o revocare la concessione demaniale per non aver il concessionario ottemperato a un provvedimento (il diniego di destagionalizzazione) non previsto dalla legge come tipologia provvedimentale, proprio perché la legge stessa escluderebbe un potere condizionante l'esercizio delle relative facoltà dei concessionari, sicché nessun inadempimento agli obblighi derivanti dalla concessione potrebbe essere loro imputato.

L'unica via percorribile dalla P.A., secondo i giudici, avrebbe potuto essere quella di agire in autotutela ove circostanze e/o fatti nuovi avessero inciso sulla perdurante conformità alla legge e all'interesse pubblico dell'assetto d'interessi fissato nella concessione demaniale.

La sentenza in commento, peraltro, riconosce che la ricostruzione così operata dell'assetto normativo applicabile indebolisce, in modo problematico, il controllo amministrativo sulle attività private esercitate sul demanio marittimo, riducendo drasticamente i poteri dell'autorità pubblica competente; tuttavia, nella medesima decisione si legge come tale circostanza *“non costituirebbe valida ragione per praticare una interpretazione della disposizione in esame contraria al suo significato normativo e al suo chiaro tenore testuale”*.

Come si può agevolmente scorgere da una rapida lettura di quanto fin qui evidenziato, il Collegio giudicante, nell'interpretare la normativa applicabile, sembra aver impostato la propria analisi essenzialmente sul dato, nudo e crudo, di matrice giuridico-formale, senza apparentemente interrogarsi sulla praticabilità sistematica di tale operazione ermeneutica.

Ciò che, allora, si cercherà di comprendere, in altre parole, riguarda l'effettiva possibilità di discutere dell'applicabilità di uno schema marcatamente liberalizzatore - tale essendo il modulo *“norma-fatto-effetto”*, pensato in materia di d.i.a. - ad una classe di beni, quali quelli appartenenti al demanio marittimo, nonché ad un *genus* provvedimentale - la concessione demaniale - connotati da una spiccata singolarità.

Tale tentativo di ricostruzione sistematica, dunque, non può che passare attraverso la considerazione delle menzionate specificità, in assenza di un dato normativo utilizzabile per offrire una rapida soluzione al problema che si intende in questa sede risolvere.

3. Lo schema *“norma-fatto-effetto”* vs. *“norma-potere-effetto”*.

Secondo la ricostruzione operata dal Tar Palermo, la norma di cui all'art. 2, L.r. n. 15/2005 rientrerebbe nell'alveo di quelle disposizioni mediante le quali il Legislatore - regionale, nel nostro caso -, in presenza di presupposti normativamente stabiliti, consente l'acquisizione da parte del privato istante di un titolo abilitativo all'esercizio di un'attività direttamente autorizzata dalla legge.

In questo senso, dunque, prende forma e consistenza la dinamica *“norma-fatto-effetto”*, giacché il privato concessionario, nell'ipotesi qui considerata, non avrebbe bisogno di alcuna intermediazione dell'Amministrazione per esercitare una facoltà che direttamente la legge gli riconosce, quella di mantenere la struttura balneare *“montata”* anche durante il periodo invernale per l'esercizio delle attività collaterali alla balneazione.

Nell'interpretazione datane dai giudici palermitani, infatti, sarebbe sufficiente la mera comunicazione di tale volontà, per poter legittimamente estendere l'efficacia della concessione demaniale anche al periodo invernale.

Adottando, dunque, la prospettiva dell'Amministrazione al momento del rilascio e/o del rinnovo di una concessione demaniale, la posizione del Collegio giudicante è nel senso che questa non potrebbe comprimere un *“diritto”*, che la legge riconosce espressamente al concessionario, imponendo clausole

che obblighino quest'ultimo a smontare le attrezzature nel periodo invernale, stabilendo la sanzione della decadenza dalla concessione a presidio dell'adempiimento di tale obbligo. Al contrario, una volta rilasciata la concessione, questa, anche se limitata temporalmente al periodo estivo, è suscettibile di essere estesa anche al periodo invernale sulla base della semplice comunicazione del concessionario, senza possibilità per l'Amministrazione di valutare la perdurante compatibilità tra l'interesse particolare alla destagionalizzazione e l'interesse pubblico alla tutela del demanio marittimo.

Da un punto di vista squisitamente letterale, del resto, la norma applicata sembra chiara nell'abilitare i concessionari ad avvalersi della concessione demaniale in corso di validità anche per lo svolgimento delle attività collaterali alla balneazione durante il periodo invernale, ritenendo sufficiente in tal senso la "*previa comunicazione di prosecuzione dell'attività*".

Questo stato di cose, di per sè, non pone particolari interrogativi. La conformazione del rapporto tra cittadino e Amministrazione secondo logiche basate su modalità relazionali che non prevedono un intervento espresso della seconda sono, all'evidenza, entrate a far parte stabilmente del moderno diritto amministrativo ormai da molto tempo.

Si tratta, infatti, di moduli procedurali che - partendo dall'idea per la quale una regolazione amministrativa invasiva delle attività economiche private è una strategia largamente perdente, poiché si pone contro l'esigenza di celerità - ha spinto il legislatore a preferire forme di regolazione dell'iniziativa economica improntate tendenzialmente al principio della libertà di accesso e di svolgimento.

In questo senso, le innumerevoli ipotesi di silenzio significativo e la s.c.i.a. costituiscono espressione di questo nuovo assetto delle relazioni tra amministrante e amministrato.

In particolare, la disciplina della d.i.a. (oggi s.c.i.a.) - che la sentenza in commento pure richiama -, ponendosi in linea con la logica evidenziata, ha visto ridurre sempre più lo spazio riconosciuto all'Amministrazione, oggi ammesso solamente *ex post* e per un periodo di tempo limitato, decorso il quale l'intervento amministrativo è ammesso in ipotesi assolutamente eccezionali e previo esaurimento di rimedi alternativi.

Tuttavia, adottando un prospettiva di sistema, benché oggi l'istituto della s.c.i.a. goda di un ambito di applicazione molto vasto che interessa, anche trasversalmente, fattispecie tra loro molto diverse, sembra comunque possibile individuare alcuni "connotati indefettibili" dell'istituto in discorso, i quali, a parere di chi scrive, possono essere considerati espressione di regole generali che governano l'ormai silenzioso dialogo tra P.A. e privati.

Un primo connotato riguarda la posizione del privato nei rapporti con l'Amministrazione. È un dato largamente acquisito, infatti, che lo schema norma-fatto-effetto, comportando una prevalenza della sfera della libertà pri-

vata rispetto alla sfera autoritativa dell'agire amministrativo, è ammissibile solo ove la situazione giuridica che il privato intenda esercitare - e per la quale *segnala* il suo esercizio - appartenga già al di lui patrimonio (in senso giuridico, ovviamente). Nonostante, a seguito delle recenti modifiche dell'art. 19, L. n. 241/90, il Legislatore abbia apertamente escluso il carattere propriamente autorizzatorio della s.c.i.a., non si può non considerare come tale istituto rimanga, nei fatti, un potente strumento abilitativo per il privato il quale, salva la responsabilità penale per la mendacità delle autodichiarazioni, a seguito della segnalazione, è messo nelle condizioni di poter esercitare, ad esempio, la libertà di iniziativa economica che già la Costituzione gli riconosce. Non vi è, dunque, l'attribuzione di alcuna *nova utilitas*, bensì il venir meno di "ostacoli" all'esercizio di una libertà di cui il privato è già titolare.

In secondo luogo - ed in diretta conseguenza di ciò che si è detto - lo stesso art. 19, co. 1, L. n. 241/90 espressamente esclude dall'ambito di applicazione della s.c.i.a. i casi in cui, per l'esercizio di una determinata attività, sia necessario un atto per il cui rilascio non sia sufficiente il semplice accertamento dei presupposti richiesti dalla legge. Al di là dell'applicabilità diretta della s.c.i.a. alla fattispecie concreta considerata nel presente scritto - la quale certamente è da escludere - il riferito art. 19, co. 1, può essere considerato come espressione di un principio generale in tema di operatività dello schema "norma-fatto-effetto"; ciò che si vuole sostenere, in altri termini, è che una tale logica "procedimentale" può presiedere al rapporto tra Amministrazione e privato solo qualora la prima sia chiamata a svolgere una funzione meramente ricognitiva dei presupposti richiesti dalla legge. Ove, al contrario, all'Amministrazione si demandasse l'esercizio di competenze ulteriori, si fuoriuscirebbe dalla dinamica "norma-fatto-effetto" per entrare nello schema "norma-potere-effetto".

Tale modello, al contrario del precedente, è intimamente connesso alla stessa nozione di discrezionalità amministrativa: immanente ad esso è, dunque, la ponderazione di interessi di diversa natura e "segno" con l'interesse pubblico primario. La funzione di controllo affidata all'amministrazione è, ovviamente, maggiormente vicina a tale schema.

È, cioè, la ponderazione tra opposti interessi che impone un intervento dell'Amministrazione a composizione del riferito contrasto, avendo come scopo la cura dell'interesse pubblico secondo principi di proporzionalità.

Le superiori affermazioni vanno, dunque, applicate in riferimento al rapporto tra demanio marittimo e relativa concessione.

4. Il demanio marittimo e le concessioni demaniali.

Con riferimento al demanio marittimo, più che al semplice aspetto definitorio, in questa sede bisogna volgere lo sguardo alla funzione che esso assolve nel quadro della ricerca e della tutela dell'interesse pubblico alla sua fruizione.

Nella ricostruzione di tale profilo, certamente non inedito, meritano di essere richiamate le più recenti acquisizioni cui è pervenuta la giurisprudenza, giovandosi di rimarchevoli contributi dottrinali.

Il riferimento è, in particolare, alla notissima SS.UU. Cassazione Civile, n. 3665/2011, la quale ha posto le basi per la costruzione di un nuovo paradigma di “demanio”.

In tempi di attenzione ai rigori di bilancio e contabilizzazione dei valori ambientali e culturali, la Cassazione ha attinto a piene mani ad una concezione *lato sensu* giusnaturalistica del demanio, capace di svincolarsi dalla tradizionale e formalistica classificazione tassativa prevista dalla legge, per diventare strumento di realizzazione e soddisfazione dei bisogni della persona umana.

In particolare, nella menzionata sentenza, si osserva come, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., si ricavi il principio della “*tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale*”, anche nell'ambito del “paesaggio”, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della “proprietà” dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività.

L'interpretazione sistematica di cui si discute, però - anche grazie all'influsso della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - si è lasciata alle spalle l'asettica nozione illuministica di “soggetto” per porre al proprio centro la nozione di “persona umana”, da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante “*adempiimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”; emerge, così, l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica.

Tale mutamento paradigmatico, tuttavia, passa per una riqualificazione del soggetto che, formalmente, è il titolare del *demane*, cioè lo Stato.

Invero, più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, deve farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della collettività e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi. In questo modo si approda ad una nuova “*demanialità*”, intesa come “*duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda [n.d.r. demanialità] (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perchè è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione*”.

La prospettiva testé adottata, allora, permette di comprendere meglio la

particolarità della concessione demaniale (data dal peculiare scopo che la potestà amministrativa corrispondente assolve).

Benché l'indagine attorno alla natura dello strumento concessorio sia stata al centro di un secolare dibattito dottrinale - sul quale, più recentemente, ha influito notevolmente anche la prospettiva marcatamente economica del diritto europeo - pare potersi sostenere, alla luce della premessa fatta in merito alle caratteristiche del demanio marittimo, che la concessione demaniale marittima, rispetto alle altre tipologie di concessione (ad es. la concessione di servizi), conservi una connotazione fortemente dipendente dalle peculiarità del bene pubblico che ne forma l'oggetto.

Più nel dettaglio, alla concessione demaniale non può essere *sic et simpliciter* ricollegata la funzione di permettere lo sfruttamento economico di un bene ma, riprendendo la concezione tradizionale, si deve rivendicare la sua identità di strumento attraverso il quale l'Amministrazione attribuisce al concessionario *utilitates* che esulano dalla di lui sfera giuridica e che appartengono all'Amministrazione medesima, nell'esercizio, insomma, di un potere discrezionale.

Orbene, essendo l'Amministrazione la titolare del bene demaniale, al momento della distrazione di tale bene dalla sua naturale destinazione all'uso generale, essa deve poter essere in grado di effettuare una valutazione ad ampio spettro della compatibilità tra uso particolare e interesse demaniale, quest'ultimo da intendersi nell'accezione sopra delineata.

Ove si disconoscesse il potere/dovere dell'Amministrazione, intesa quale ente esponenziale della collettività, di esercitare tale valutazione discrezionale, tanto al momento del rilascio della concessione, quanto durante il rapporto concessorio, si si porrebbe insanabilmente in contrasto con la ricostruzione delle SS.UU. *ut supra* descritta, che, al contrario, impone - rimarcando la doverosità della *bona gestio* - un perdurante controllo e la costante cura del bene demaniale, il quale, come detto, assume un ruolo fondamentale per la piena realizzazione della personalità di ciascun consociato e non del solo concessionario.

5. *Non sussumibilità del modello concessorio demaniale nello schema "norma-fatto-effetto"*.

Enucleate le magmatiche regole di sistema che governano la materia *de qua*, pare potersi procedere alla soluzione del problema affrontato, cercando di giustapporre le diverse considerazioni fin qui condotte in merito, da un lato, al modello norma-fatto-effetto, e dall'altro, alle connotazioni della concessione demaniale.

Tirando le fila del discorso pare, infatti, possibile escludere un'applicazione indiscriminata del modulo norma-fatto-effetto alle concessioni demaniali, tanto nella fase del loro rilascio, quanto nella fase della conformazione delle facoltà del concessionario, quanto ancora nella fase della gestione del rapporto di concessione.

In primo luogo, osta l'endemica incompatibilità tra l'essenza traslativa della concessione e la qualità latamente autorizzatoria del modello liberalizzatorio.

Con la prima, infatti, l'Amministrazione trasferisce in capo al privato un diritto o una posizione di vantaggio al concessionario, senza però privarsi del potere di riappropriarsene; con la seconda, al contrario, la legge rimuove una o più barriere interposte tra il privato e l'esercizio di un diritto o di un'utilità di cui egli è già titolare.

In secondo luogo, le caratteristiche del demanio impongono, per le ragioni sopra esposte, che l'Amministrazione valuti la compatibilità tra uso particolare e uso generale.

Con riferimento espresso alla fattispecie da cui ha preso spunto questo commento, ammettere la compressione delle legittime attribuzioni dell'Amministrazione, significherebbe impedire, nei fatti, l'esercizio della discrezionalità alla stessa demandata dalla legge e che alla stessa riconosce, in chiave funzionalistico/umanistica, la più recente giurisprudenza.

Pertanto, in sede di rilascio di una concessione, l'Amministrazione, ove ritenga che la compatibilità tra uso particolare e uso generale possa essere assicurata solo limitando l'efficacia della concessione al periodo estivo, deve potere inserire un'apposita clausola nel titolo concessorio che imponga al privato lo smontaggio della struttura al termine del periodo balneare e, in caso di contravvenzione all'obbligo così imposto, deve poter intervenire con un provvedimento inibitorio.

Come, allora, conciliare l'apparente tranciante portata della norma regionale - che parla di "comunicazione" del privato - con la permanenza di un potere discrezionale in capo all'Amministrazione?

a) una prima soluzione - e anche la più semplice - potrebbe indurre a qualificare l'utilizzo del termine "comunicazione" come una svista del legislatore. Un tale argomento - certo supportato dalla sempre più scadente tecnica di redazione legislativa lamentata dalla dottrina - non ha però autonoma capacità probante;

b) volendo, al contrario, ritenere intenzionale la scelta del legislatore, potrebbe sostenersi che quest'ultimo *minus dixit quam voluit*. In altre parole, il legislatore, da un lato, ha ammesso una oggettiva semplificazione dei rapporti tra concedente e concessionario, abilitando quest'ultimo alla destagionalizzazione, previa comunicazione di tale intenzione e, dall'altro, ha *fatto salvo* il potere, comunque irrinunciabile, della P.A. di intervenire se, a seguito delle proprie valutazioni, ritenga e adeguatamente motivi l'inopportunità di assentire la destagionalizzazione per contrasto tra il prospettato interesse particolare e l'uso generale.

Questa seconda soluzione sembra certamente preferibile.

In primo luogo, come anticipato, si garantisce l'utilità del dato testuale, senza però rinunciare alla possibilità che, ove ritenuto opportuno, l'Amministrazione intervenga a salvaguardia del litorale concesso.

In secondo luogo, tale ricostruzione della normativa applicabile non impedisce che l'Amministrazione, sempre secondo una valutazione di opportunità alla stessa demandata, possa conformare il contenuto concreto di una concessione demaniale all'esito della riferita ponderazione, con la conseguenza che, come successo nella fattispecie oggetto del commento, nulla osta a che l'Amministrazione inserisca nel corpo della concessione una clausola che imponga al concessionario lo smontaggio dello stabilimento al termine della stagione balneare.

In terzo luogo, alcune utili indicazioni provengono altresì dalla giurisprudenza amministrativa siciliana e non solo. In ambito prettamente regionale, infatti, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, all'atto di applicare la norma di cui all'art. 2, L.r. n. 15/2005, pur senza lanciarsi in *obiter dicta* in merito alla portata della medesima, ha tassativamente escluso che da essa discenda un limite e/o una compressione delle attribuzioni dell'Amministrazione.

Pertanto, all'evidenza, la considerazione finale che si ritiene di poter trarre, oltre alle conclusioni già ampiamente argomentate, riguarda il delicatissimo ruolo del giudice: come osservato da attentissima dottrina, in un periodo, quale quello attuale, in cui il diritto amministrativo predilige, per salvaguardia di superiori e - purtroppo - irrinunciabili imperativi economici, moduli procedimentali in cui l'intervento pubblico espresso assume carattere recessivo, il giudice deve poter assicurare quella sensibilità che permetta di mediare le scelte di stimolo all'economia con l'insacrificabile tutela dei fondamentali interessi pubblici collettivi.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Palermo, Sezione I, sentenza 25 luglio 2013, n. 1543 - Pres. ff. Cabrini, Est. Tulumello - Playa Bonita s.a.s. & C. (avv. Spatafora) c. Presidenza della Regione Siciliana - Assessorato Regionale Territorio e Ambiente (avv. distr. Stato).

“L'art. 2, co. II, L.r. Sic. n. 15/05 è disposizione che, nell'evidente intento di favorire lo sviluppo delle attività turistiche anche oltre il consueto orizzonte temporale, ha operato una estensione ex lege dei relativi titoli abilitativi, privando l'autorità preposta al rilascio di tali concessioni del potere di subordinare tale estensione ad una valutazione discrezionale propriamente intesa; e ciò perché i concessionari, sulla base del testo di tale norma, possono avvalersi “della concessione demaniale in corso di validità, delle licenze e delle autorizzazioni di cui sono già in possesso per le attività stagionali estive”.

1. Con ricorso notificato il 14 giugno 2013, e depositato il successivo 4 luglio, la società ricorrente ha impugnato il decreto del Dirigente Generale dell'Assessorato Regionale Territorio e Ambiente, recante il n. 316 del 30/04/2013, con cui alla società stessa è stata "dichiarata decaduta, ai sensi dell'art. 47, lettere c) ed f) del C.N. e dell'art. 26 del R.C.N.", la concessione demaniale marittima n. 193/2012 del 17/05/2012, rilasciata alla ricorrente per realizzare uno stabilimento balneare ad uso pubblico”.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, l'amministrazione regionale intimata, senza peraltro svolgere difese scritte, né produrre documentazione.

Con decreto monocratico n. 467 del 9 luglio 2013, è stata accolta la domanda di sospensione cautelare degli effetti del provvedimento impugnato.

All'udienza camerale del 24 luglio 2013, il ricorso è stato trattenuto in decisione sulla domanda cautelare.

Il Collegio ritiene di potere adottare la tipologia di provvedimento decisorio di cui all'art. 60 d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in ragione della ritualità delle modalità di instaurazione del contraddittorio e della completezza dello stesso, nonché della superfluità di ulteriore istruzione della causa e comunque dell'assenza delle cause ostative previste dal citato art. 60.

2. Il provvedimento impugnato ha pronunciato la decadenza dalla concessione demaniale marittima sulla base del preteso inadempimento consistito nel non aver smontato le attrezzature balneari nel periodo invernale.

Contro tale provvedimento la società ricorrente deduce "Eccesso di potere per contraddittorietà del comportamento dell'azione amministrativa. Violazione di legge in riferimento alla Legge 26.02.2010 n. 25. Violazione di legge in materia di aziende turistico-balneari. Illegittimità dell'azione amministrativa. Difetto di motivazione. Illegittimità dell'azione amministrativa anche per violazione della legge 241/90, così come recepita dalla Regione Siciliana n. 10/1991".

In fatto, la ricorrente deduce di avere mantenuto le attrezzature balneari previa comunicazione di tale attività all'amministrazione, ai sensi dell'art. 2 della l.r. 15/2005.

3. Osserva il Collegio, in sede di ricostruzione della disciplina applicabile, propedeutica alla decisione del ricorso, che il citato articolo 2 era stato in un primo momento abrogato dall'art. 11, comma 47, L.R. 9 maggio 2012, n. 26; successivamente detto comma 47 è stato abrogato, a sua volta, dall'art. 12, L.R. 10 agosto 2012, n. 47: che, in pari tempo, ha disposto, in conseguenza della suddetta abrogazione, la reviviscenza, con la medesima decorrenza, della disposizione originariamente abrogata ("Il comma 47 dell'articolo 11 della legge regionale 9 maggio 2012, n. 26 è abrogato, e per gli effetti rivivono l'articolo 2 ed i commi 2 e 3 dell'articolo 3 della legge regionale 29 novembre 2005, n. 15").

La disciplina richiamata è chiara nell'evidenziare l'estensione annuale del titolo concessorio, previa comunicazione di prosecuzione dell'attività.

La sentenza n. 2257/2011 di questa Sezione (confermata con sentenza del C.G.A. n. 782/2012), citata nella motivazione del provvedimento impugnato a sostegno dell'interpretazione ivi sostenuta, non ha affatto proposto una diversa ricostruzione in diritto, tale da legittimare l'esistenza di un potere discrezionale circa il prolungamento ultra-stagionale delle attività oggetto della concessione: ma, in una fattispecie del tutto peculiare, caratterizzata dalla riscontrata mancanza di un provvedimento di altra amministrazione relativo alla compatibilità con un interesse pubblico diverso da quello curato dall'autorità preposta alla gestione del demanio marittimo, ha rilevato che la parte ricorrente non si era ritualmente munita di tale provvedimento.

La stessa sentenza, del resto, ricorda che con ordinanza cautelare n. 785/2010 era stata sospesa l'efficacia del provvedimento impugnato; tale ordinanza è motivata con riferimento al rilievo che il "ricorso appare supportato da sufficiente *fumus boni iuris*, avuto riguardo al tenore della norma di cui all'art. 2 della legge regionale 15/2005, per come già interpretata da questo Tribunale, ed alla concreta scansione del procedimento amministrativo seguito alla comunicazione della ricorrente di prosecuzione dell'attività".

Il successivo rigetto, nel merito, del ricorso, consegue dunque ad una specifica e peculiare vicenda procedimentale, e non esprime pertanto un principio estensibile ad altre e diverse si-

tuazioni e, soprattutto, generalizzabile nel senso di una lettura della disposizione regionale in commento che si risolva in una interpretatio contra legem.

4. Quanto alle modalità di produzione dell'effetto giuridico abilitativo (l'estensione ultra-stagionale del titolo), la fattispecie in esame ricalca lo schema norma-fatto-effetto, laddove il provvedimento impugnato, al punto c) della motivazione, pretende di rivendicare un potere discrezionale in materia (schema: norma-potere-effetto; la distinzione, elaborata da autorevole dottrina, è richiamata da Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 9 febbraio 2009, n. 717, in materia di d.i.a.: "la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata, infatti, sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione ex lege, secondo lo schema "norma-fatto-effetto", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.").

Il Collegio non ignora che la citata decisione del CGA, n. 782/2012, contiene invece un'affermazione di segno diverso: "la legge citata demanda pur sempre all'Amministrazione una valutazione circa la compatibilità del protrarsi dell'occupazione con gli interessi pubblici coinvolti". Lo stesso C.G.A. sembra avere però successivamente operato un revirement giurisprudenziale: confermando, con l'ordinanza n. 312/2013, l'ordinanza di questa Sezione n. 223/2013, nella quale si è affermato, accogliendo la domanda cautelare proposta contro un provvedimento analogo a quello oggetto del presente giudizio, che "l'art. 2 della l.r. n. 15/2005 (...) presuppone una comunicazione e non una autorizzazione".

Al di là di tale dato, tuttavia, è l'esegesi della disposizione in esame ad apparire inconciliabile con l'affermazione di una produzione di effetti giuridici collegata all'esercizio del potere e non alla legge.

5. La disciplina legale della fattispecie è identica, sotto questo punto di vista, alla fattispecie prevista dall'art. 20, primo comma, della legge regionale n. 4 del 2003, che ha stabilito che "In deroga ad ogni altra disposizione di legge, non sono soggetti a concessioni e/o autorizzazioni né sono considerati aumento di superficie utile o di volume né modifica della sagoma della costruzione la chiusura di terrazze di collegamento oppure di terrazze non superiori a metri quadrati 50 e/o la copertura di spazi interni con strutture precarie, ferma restando l'acquisizione preventiva del nulla-osta da parte della Soprintendenza dei beni culturali ed ambientali nel caso di immobili soggetti a vincolo".

In relazione a tale disposizione, la sentenza n. 2989/2006 di questo T.A.R. che, utilizzando le medesime categorie successivamente valorizzate dalla citata decisione n. 717/2009 del Consiglio di Stato, aveva già affermato che "Nella definizione legale delle facoltà edificatorie del proprietario viene dunque esclusa l'intermediazione di un potere amministrativo il cui esercizio produca un effetto costitutivo sulla posizione giuridica del titolare del diritto dominicale, secondo lo schema norma-fatto-effetto".

Ne consegue che il provvedimento con il quale l'amministrazione comunale qualifichi diversamente le opere in questione, rispetto alla comunicazione effettuata al proprietario, non ha effetto conformativo sul regime delle opere stesse, e sul contenuto del diritto immobiliare.

Si tratta di un atto avente natura dichiarativa inidoneo, se non impugnato, ad alterare il contenuto della proprietà edilizia, siccome direttamente individuato dalla fonte legale: tanto che lo stesso provvedimento comunale di cui concretamente si discute nel caso di specie (nota prot. 13595 del 30 giugno 2004), ha il seguente contenuto testuale: "Con la presente si riferisce che la comunicazione in oggetto non produce nessuno effetto in quanto le opere che intende regolarizzare, per i motivi sopra esposti, non rientrano tra quelle previste dall'art. 20 della L.R. 4/2003".

Si tratta di una dichiarazione con la quale l'amministrazione mostra di non voler ritenere efficace la comunicazione ex art. 20, non condividendo la qualificazione delle opere che ne sono oggetto: un simile dichiarazione, non incidendo sul regime giuridico dell'area (come avviene nel caso di diniego di provvedimento abilitativo), non produce alcun effetto lesivo nella sfera giuridica dell'interessato, che non è dunque onerato della sua impugnazione, essendo direttamente la legge la fonte del diritto di edificare (nella misura in cui la fattispecie concreta sia ricompresa nell'ambito di quella astratta)".

In detta sentenza si è pure osservato, a proposito della disposizione oggetto di quel giudizio, che "si tratta di una norma marcatamente liberalizzatrice, espressione di una politica urbanistica che opera un forte depotenziamento del controllo comunale sulle attività edilizie (che sotto questo profilo può essere oggetto di valutazioni critiche e di preoccupazioni delle amministrazioni locali in punto di difesa del territorio da usi incompatibili), ma che nel suo tenore letterale, e nei suoi effetti applicativi, è oltremodo chiara".

6. Valutazioni di identico tenore, evidentemente anche problematico, vanno ripetute con riferimento all'art. 2 della l.r. 15/2005.

Si tratta di una disposizione che, nell'evidente intento di favorire lo sviluppo delle attività turistiche anche oltre il consueto orizzonte temporale, ha operato una estensione ex lege dei relativi titoli abilitativi (non solo demaniali), privando l'autorità preposta al rilascio di tali concessioni del potere di subordinare tale estensione ad una valutazione discrezionale propriamente intesa: dal momento che i concessionari possono avvalersi "della concessione demaniale in corso di validità, delle licenze e delle autorizzazioni di cui sono già in possesso per le attività stagionali estive".

Dal che si ricava che non solo il titolo demaniale, ma anche quelli relativi ad interessi pubblici concorrenti, ove rilasciati, mantengono la loro efficacia e validità non solo per il periodo estivo, ma per tutto l'anno; il che, per alcuni di essi, appare del resto ragionevole, posto che l'esito positivo della valutazione di compatibilità fra interessi pubblici e interesse privato cui è subordinato il rilascio di tali titoli non soggiace, salvo specifiche e peculiari situazioni, ad un orizzonte temporale stagionale: si pensi alla valutazione di compatibilità estetico-culturale, che, ove operata positivamente, non si presta di regola a differenti declinazioni riferite a diversi periodi del medesimo anno).

Naturalmente questo assetto normativo indebolisce, anche in modo problematico, il controllo amministrativo sulle attività private esercitate sul demanio marittimo, perché riduce drasticamente, in esito ad una precisa scelta politica del legislatore regionale, i poteri dell'autorità pubblica competente alla gestione del demanio marittimo (peraltro, con riferimento al solo profilo dell'estensione temporale): il che, tuttavia, e con tutte le riserve possibili, non costituisce una valida ragione per praticare una interpretazione della disposizione in esame contraria al suo significato normativo e al suo chiaro tenore testuale.

7. All'amministrazione rimane dunque un "potere di verifica circa la effettiva ascrivibilità delle attività collaterali che il concessionario intende svolgere al novero ristretto delle ipotesi in cui l'art. 1 della stessa legge n. 15/2005 consente l'esercizio di attività sui beni demaniali marittimi" (C.G.A., 782/2012, cit.).

In relazione a questo profilo, l'art. 1 della L. R. 19 aprile 2007, n. 10, ha stabilito che "Le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 2 della legge regionale 29 novembre 2005, n. 15, si applicano a tutte le fattispecie previste dall'articolo 1 della medesima legge" (vale a dire a: gestione di stabilimenti balneari e di strutture relative ad attività sportive e ricreative; esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; costru-

zione, assemblaggio, riparazione, rimessaggio anche multipiano, stazionamento, noleggio di imbarcazioni e natanti in genere, nonché l'esercizio di attività di porto a secco, cantieri nautici che possono svolgere le attività correlate alla nautica ed al diporto, comprese le attività di commercio di beni, servizi e pezzi di ricambio per imbarcazioni; esercizi diretti alla promozione e al commercio nel settore del turismo, dell'artigianato, dello sport e delle attrezzature nautiche e marittime; porti turistici, ormeggi, ripari, darsene in acqua o a secco, ovvero ricoveri per le imbarcazioni e natanti da diporto).

Infine l'art. 2, comma 1, della citata legge regionale n. 10/2007 ha stabilito che "I manufatti precari esistenti sul demanio marittimo, destinati all'esercizio delle attività di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 1 della legge regionale 29 novembre 2005, n. 15, realizzati alla data del 2 dicembre 2005, oggetto di concessione demaniale marittima e che siano stati riconosciuti conformi agli strumenti urbanistici alla stessa data vigenti, possono essere autorizzati anche in deroga ai parametri di altezza, sagoma, cubatura, superficie coperta e fronte mare, previsti dai Piani di utilizzo delle aree demaniali marittime approvati con decreto dell'Assessore regionale per il territorio e l'ambiente".

8. Una esegesi di tali disposizioni è contenuta nella citata ordinanza n. 223/2013 di questa Sezione (confermata, come ricordato, dalla pure richiamata ordinanza n. 312/2013 del C.G.A.), che ha in proposito chiarito che l'art. 2 della l.r. n. 15/2005 "appare applicabile non solo agli stabilimenti balneari, ma anche alle spiagge libere attrezzate ed alle aree attrezzate, in considerazione della esigenza di favorire la prosecuzione della gestione".

Ne consegue che l'autorità preposta alla gestione del demanio marittimo nell'esercizio del potere di autotutela non può legittimamente annullare o revocare la concessione demaniale per non avere il concessionario ottemperato a un provvedimento (il diniego di de-stagionalizzazione delle attività suddette) che non è previsto dalla legge come tipologia provvedimento, proprio perché la legge stessa esclude un potere condizionante l'esercizio delle relative facoltà dei concessionari.

Si tratta, all'evidenza, di due piani diversi e non sovrapponibili: l'amministrazione può sempre, acquisendo fatti ed interessi tali da incidere sulla perdurante conformità alla legge e all'interesse pubblico dell'assetto d'interessi fissato dalla concessione demaniale, agire in autotutela rispetto a tale concessione; ma non può utilizzare, quale fatto legittimante la revoca o l'annullamento, l'asserito inadempimento consistente nella mancata ottemperanza al diniego di de-stagionalizzazione, giacché in tale fattispecie è la legge stessa che conforma (in senso abilitante) le facoltà del concessionario, sicché nessun inadempimento agli obblighi derivanti dalla concessione può essergli imputato.

Porre alla base dell'esercizio dell'autotutela la mancata osservanza di un provvedimento che non avrebbe potuto essere emanato, significa vanificare gli effetti della norma di legge che direttamente abilita il concessionario alla de-stagionalizzazione, escludendo un concorrente potere abilitante dell'amministrazione.

9. Nel caso di specie gli elementi allegati (compatibilità ambientale, ed altro) sono stati dall'amministrazione ritenuti ostativi al mantenimento della concessione non ex se, ma in quanto già posti a fondamento del diniego di destagionalizzazione, cui il concessionario non si è adeguato ritenendo perfezionata la fattispecie abilitante con l'invio della comunicazione.

Il citato art. 2 ha disciplinato, in ambito regionale, una intera tipologia provvedimento, conformando ex lege l'assetto dei relativi interessi, sicché rispetto alla volontà del concessionario di prolungamento diacronico degli effetti del titolo l'eventuale provvedimento di diniego, propeudico al riscontro di un preteso inadempimento del concessionario, è - per quanto finora argomentato - tamquam non esset.

10. Nonostante il tema sia ampiamente sviluppato in ricorso, appare secondario nella presente fattispecie il profilo della proroga legale della concessione demaniale marittima.

In ogni caso il Collegio non può che ribadire in proposito quanto già chiarito nella motivazione dell'ordinanza n. 223/2013 (sopra richiamata), nel senso che "le concessioni demaniali marittime presupposte sono state prorogate ex art. 1, comma 18, del d.l. 194/2009, nel testo vigente, come riconosciuto dalla Giunta regionale con la delibera n. 397/2012".

Né, è il caso di aggiungere, la Giunta regionale avrebbe potuto fare diversamente: posto che le regioni, anche ad autonomia speciale, non sono titolari di alcun titolo competenziale in una materia che, incidendo direttamente sulla tutela della concorrenza, è di competenza esclusiva statale.

Nella specie, peraltro, la rilevanza teorica di un ipotetico spazio per l'intervento normativo regionale è ulteriormente e definitivamente preclusa dalla circostanza che il citato decreto-legge n. 194/2009, convertito dalla legge 25/2010, presenta profili rilevanti in relazione all'adattamento al diritto dell'U.E., in quanto la fissazione di un termine certo per l'apertura al mercato delle concessioni demaniali marittime, in esso contenuta, ha costituito oggetto di valutazione nell'ambito della procedura di infrazione n. 2008/4908, chiusa in data 27 febbraio 2012 per effetto dell'emanazione dell'articolo 11 della legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010).

Successivamente, l'articolo 34-duodecies del D.L. n. 179/2012, novellando l'articolo 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009, ha disposto la proroga sino al 31 dicembre 2020 delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 (data di entrata in vigore del D.L. n. 194/2009) ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015.

Infine, l'articolo 1, comma 547 della legge n. 228/2012 (legge di stabilità 2013) ha esteso le previsioni dell'articolo 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009, come sopra modificato, alle concessioni aventi ad oggetto il demanio marittimo, per concessioni con finalità sportive; il demanio lacuale e fluviale per concessioni con finalità turistico-ricreative e sportive; i beni destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto.

Ne consegue che la disciplina statale relativa alla proroga del termine di scadenza delle concessioni demaniali in essere non può che operare ope legis - in quanto, tra l'altro, necessaria ad assicurare un ragionevole e compatibile bilanciamento fra esigenze nazionali, non declinabili su scala regionale, e necessità dell'apertura del settore al mercato imposte dal diritto dell'U.E. - anche in ambito regionale siciliano.

11. Un ulteriore profilo di censura concerne il rapporto fra la disposizione in esame, e le concessioni demaniali marittime rilasciate dopo la sua entrata in vigore che contengano l'indicazione di una efficacia temporale limitata al periodo estivo.

Il citato art. 2 subordina la prosecuzione della attività oltre il periodo estivo all'inoltro di apposita comunicazione all'autorità concedente.

Conseguentemente la circostanza che la concessione avesse una durata limitata alla stagione estiva e onerasse il titolare della dismissione degli impianti alla fine della stessa, non ha alcun rilievo contrario.

Al concessionario è attribuita, dalla legge, la titolarità di una facoltà di estensione temporale; egli può valutare sulla convenienza di una prosecuzione della gestione dello stabilimento oltre il limite temporale previsto dalla concessione, e può, o meno, esercitare tale facoltà.

Nel secondo caso la concessione segue la scadenza naturale indicata nel provvedimento stesso (la funzione di tale indicazione ha dunque certamente un senso per l'ipotesi di mancato invio della comunicazione ex art. 2 l.r. 15/2005).

Nel primo caso, invece, il concessionario che decida di proseguire nelle attività oltre il termine della stagione estiva, è titolare di una facoltà riconosciuta direttamente dalla legge, cosicché

inoltrata la comunicazione e perfezionata la fattispecie si ha una modifica successiva - per effetto della fattispecie complessa costituita dalla previsione legale, e dalla comunicazione del concessionario che manifesta la volontà di avvalersene - del titolo in punto di durata.

In tale evenienza l'amministrazione mantiene il potere-dovere di verificare, come già chiarito, l'ascrivibilità delle attività collaterali che il concessionario intende svolgere al novero delle ipotesi di cui all'art. 1 della stessa legge n. 15/2005.

L'efficacia della disposizione che stabilisce la de-stagionalizzazione delle attività sul demanio marittimo non trova dunque un limite in simili clausole provvedimentali, che pertanto non devono essere oggetto di autonoma impugnazione da parte del concessionario che intenda de-stagionalizzare l'attività: non foss'altro che per la funzione cui le stesse adempiono nel contesto della ricostruzione normativa - come sopra delineata - di fissazione di una durata naturale dell'efficacia del titolo, prorogabile ad iniziativa del concessionario.

Il senso dell'indicazione del termine finale (stagionale), non è dunque in contrasto con la facoltà legale di proroga ultra-stagionale: del resto lo stesso art. 2 cit. non avrebbe senso se non si applicasse a provvedimenti concessori con indicazione della scadenza al termine della stagione estiva, e conseguente obbligo di smontaggio delle strutture.

Se infatti la concessione non prevedesse un limite temporale, il problema che la disposizione intende disciplinare neppure si porrebbe.

Né può pensarsi - senza incorrere in una interpretazione irragionevole ed illogica - di subordinare l'applicazione di una chiara norma liberalizzatrice, che intende azzerare la discrezionalità della P.A. in punto di estensione temporale degli effetti del titolo, alla espressa previsione nel titolo stesso del limite temporale oggetto dell'estensione disciplinata dalla norma in questione. Ciò è, evidentemente, pacifico per le concessioni rilasciate successivamente all'entrata in vigore dell'art. 2 della l.r. n. 15/2005: tanto che, per quelle rilasciate precedentemente, lo stesso art. 2 ha previsto un regime attuativo e transitorio.

12. Infine, quanto alla circostanza relativa alla allegazione o meno, alla comunicazione ex art. 2 cit., della necessaria documentazione, il Collegio osserva che l'amministrazione, costituita in giudizio, non ha contestato l'affermazione della parte ricorrente circa l'effettiva allegazione di tale documentazione alla comunicazione in questione.

In ogni caso, appare in argomento dirimente la fondatezza della censura che deduce la violazione della disciplina statale e regionale in materia di procedimento amministrativo, non avendo l'amministrazione invitato la parte ad integrare la documentazione eventualmente mancante [art. 6, comma 1, lett. b), l. 241/1990].

13. Il ricorso è pertanto fondato, e come tale dev'essere accolto.

Sussistono le condizioni di legge, alla luce della non univocità del delineato panorama giurisprudenziale, per disporre la compensazione fra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2013.

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Procedimento disciplinare: termini e segreto istruttorio in pendenza di procedimento penale per medesimi fatti illeciti

PARERE 14/02/2014-68988, Cs 36967/2012, Sez. III, avv. FRANCESCO MELONCELLI

Viene richiesto parere in merito al rapporto intercorrente fra i procedimenti disciplinari nell'ambito del pubblico impiego, così come previsti dagli artt. 55 ss. DLgs 30 marzo 2001, n. 165, ed i procedimenti penali aventi ad oggetto i medesimi fatti illeciti. In particolar modo viene richiesto se <<la cognizione, da parte dell'amministrazione, della condotta disciplinarmente rilevante (ai fini del conseguente obbligo di tempestiva instaurazione del relativo procedimento sanzionatorio) si realizzi esclusivamente con la comunicazione di tale condotta all'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari, oppure si perfezioni già con l'accertamento operato da parte dell'organo ispettivo in sede di indagini, indipendentemente dall'eventuale obbligo di riserbo istruttorio>>. Ciò soprattutto nell'«eventualità in cui gli organi ispettivi di questa Agenzia - che ... nell'ambito della relativa attività istituzionale svolgono attività di polizia giudiziaria e sono forniti della relativa qualifica di ufficiali di P.G. - rilevino condotte dei dipendenti perseguibili non solo sotto profilo disciplinare ma anche sotto quello penale. In particolare, tale evenienza assume connotati di estrema delicatezza qualora la A.G. abbia delegato ... lo svolgimento delle attività di indagine allo stesso organo ispettivo denunciante. In tale situazione può dunque accadere che funzionari dell'Agenzia - i quali svolgano appunto attività investigative a seguito di delega dell'A.G. (cui abbiano precedentemente prodotto rapporti in ordine ad attività illecite rilevate nel corso dello svolgimento dei propri compiti istituzionali) - rilevino illeciti di natura penale attribuibili anche a dipendenti dell'Agenzia stessa ... Deve peraltro considerarsi che l'organo ispettivo, nel momento in cui rilevi a carico di personale dipendente condotte illecite e perseguibili tanto sotto il profilo penale che disciplinare, potrebbe - contestualmente all'invio del rapporto e/o della denuncia all'A.G. - decidere anche

di informare comunque l'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

In tale evenienza, quest'ultimo Ufficio si troverebbe, in effetti, nella situazione di avere conoscenza della condotta disciplinarmente perseguibile, e di essere soggetto alla decorrenza dei termini previsti per l'apertura del relativo procedimento disciplinare>>.

Con la trascritta richiesta di parere vengono, in realtà, sottoposte plurime questioni, l'una connessa all'altra.

* * *

In ordine logico, va chiarita, anzitutto, quella che riguarda l'individuazione del momento in cui l'amministrazione abbia conoscenza del fatto che potrebbe dar luogo all'apertura del procedimento disciplinare.

In proposito, la soluzione al quesito va rinvenuta nel disposto dell'art. 55 bis del DLgs 30 marzo 2001, n. 165, oltre che nei generali principi di rappresentanza organica e, quindi, d'imputazione all'amministrazione delle situazioni giuridiche oggettive di conoscibilità in cui si trovino i titolari dei suoi organi.

La disposizione normativa menzionata individua espressamente quale sia l'organo a cui è attribuita la titolarità dell'esercizio del potere disciplinare: il responsabile, purché abbia qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, allorché <<è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni>> ovvero, in tutte le altre ipotesi, <<l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari>>.

Dopo aver attribuito la titolarità dell'esercizio della potestà disciplinare in capo a specifici organi dell'amministrazione, il legislatore si è premurato d'indicare i termini perentori d'inizio e di conclusione del procedimento disciplinare. La perentorietà si evince dall'ultimo periodo dei commi 2 e 4 dell'art. 55 bis citato: <<La violazione dei termini stabiliti nel presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare>> (questa è la formulazione del comma 2, quasi identica a quella del comma 4).

I termini d'inizio del procedimento sembrano decorrere in funzione della competenza amministrativa ad esercitare l'azione disciplinare, ripartita secondo i criteri fissati nel comma 1 dell'art. 55 bis citato. I termini decorrono, allora, dal momento in cui il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui lavora il dipendente abbia avuto <<notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari>> (comma 2 dell'art. 55 bis citato), per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, ovvero, nelle altre ipotesi, dalla data di ricezione degli atti trasmessi all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari ovvero dalla data nella quale l'ufficio stesso ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione (comma 4 dell'art. 55 bis

citato). Fermo restando che, per il comma 3 dell'art. 55 *bis* menzionato, il responsabile della struttura che sia incompetente, con qualifica dirigenziale o no, deve trasmettere gli atti all'ufficio competente entro cinque giorni dal giorno in cui ha avuto conoscenza del fatto illecito, dandone comunicazione all'interessato (l'art. 66, comma 4, del contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto delle Agenzia fiscali in vigore deve ritenersi abrogato nella parte in cui prevede che quel periodo sia di 10 giorni, per effetto degli artt. 67 e 69, comma 1, DLgs 27 ottobre 2009, n. 150, con cui è stato introdotto nel DLgs n. 165/2001 il citato art. 55 *bis*), si noti che, quando è competente l'ufficio appositamente istituito per i procedimenti disciplinari, rileva un duplice momento, alternativo: il momento della conoscibilità dell'infrazione, decorrente dalla data di ricezione della notizia che è stata trasmessa da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora oppure il momento della conoscenza effettiva dell'infrazione da parte dell'ufficio stesso, comunque acquisita. Quando titolare dell'esercizio dell'azione disciplinare sia, invece, unicamente il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, il termine decorre soltanto dal momento in cui egli abbia avuto conoscenza effettiva dei comportamenti punibili. La lieve discrasia temporale evincibile dal tenore letterale delle disposizioni normative - pari a cinque giorni - sembra prevista dalla legge per garantire l'effettivo interscambio delle informazioni all'interno dell'organizzazione amministrativa e non appare perciò sacrificare irragionevolmente il diritto di difesa del lavoratore dipendente, perché, per un verso, gli viene in ogni caso comunicata l'avvenuta trasmissione della notizia all'ufficio competente e, per altro verso, non mutano per lui i termini conclusivi perentori del procedimento disciplinare, come si sta per constatare.

Per quanto concerne il termine perentorio di conclusione del procedimento disciplinare, il regime normativo è il seguente: quando competente all'esercizio dell'azione disciplinare sia il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, il termine per concludere il procedimento disciplinare scade in via ordinaria, cioè salva restando l'eventuale proroga e/o sospensione e/o interruzione, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito, che a sua volta deve avvenire senza indugio o, al massimo entro venti giorni dalla notizia che il responsabile medesimo della struttura abbia dei comportamenti punibili; in sostanza, quindi, il procedimento deve concludersi, nell'ipotesi estrema, nel termine di ottanta giorni dalla conoscenza effettiva da parte del responsabile della struttura, che abbia qualifica dirigenziale (ancora una volta è da ritenersi superato l'art. 66, comma 7, del citato contratto collettivo nazionale di lavoro).

Quando invece l'azione disciplinare debba essere esercitata dall'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, il termine di conclusione del procedimento decorre da quello anteriore tra i seguenti due momenti:

- quello in cui l'ufficio stesso abbia avuto conoscenza effettiva dell'infrazione;

- quello in cui il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora abbia avuto conoscenza effettiva dell'infrazione.

Si noti che in entrambe le ultime due ipotesi è irrilevante la situazione di conoscibilità in cui si sia venuto a trovare l'ufficio per effetto della trasmissione, ad esso, della notizia.

Poiché nella normativa menzionata sono espressamente individuati gli organi che devono rispettare i termini del procedimento disciplinare e poiché in essa è parimenti esplicitato quali siano gli organi a cui debba imputarsi lo stato soggettivo di conoscenza, potenziale o effettiva, che di volta in volta assume rilevanza giuridica per la determinazione dei termini, se ne trae il convincimento che sia determinante, perché possano decorrere i termini di legge, soltanto lo stato cognitivo dei titolari di quegli organi, cioè del responsabile della struttura (in cui lavora il dipendente), con qualifica dirigenziale o no (in funzione del termine d'interesse), oppure del titolare dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

Stando all'ipotesi prospettata nella richiesta di parere, ne consegue, in definitiva, che, se il titolare dell'organo ispettivo, cioè il soggetto che ha avuto notizia del comportamento punibile, non rivesta contemporaneamente il ruolo di responsabile della struttura in cui lavora il dipendente ovvero il ruolo di titolare dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, il suo stato di conoscenza non è imputabile agli organi dell'amministrazione titolari dell'esercizio dell'azione disciplinare, cosicché non può decorrere dal suo stato soggettivo alcun termine di decadenza dall'azione disciplinare.

* * *

Passando gradualmente ad affrontare gli altri problemi prospettati, viene ora in rilievo l'ipotesi in cui il soggetto appartenente all'Agenzia partecipi ad attività d'indagine, come agente o ufficiale di polizia giudiziaria.

Ciò può accadere perché ai funzionari doganali, nei limiti del servizio cui sono destinati, è attribuita la facoltà di accertare le violazioni di ogni legge la cui applicazione è demandata alle dogane, tra cui alcuni reati; nell'esercizio di tali attribuzioni i funzionari predetti rivestono la qualità di ufficiali di polizia tributaria (art. 324 del DPR 23 gennaio 1973, n. 43; art. 31 L. 7 gennaio 1929, n. 4). In quanto ufficiali di polizia tributaria, ai predetti funzionari sono affidate le funzioni previste dall'art. 55 cpp e, quindi, essi, nei limiti del servizio cui sono destinati e secondo le rispettive attribuzioni, sono agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria, ai sensi del comma 3 dell'art. 57 cpp. La loro attività d'indagine può essere espletata anche su delega dell'autorità giudiziaria (art. 55, comma 2, cpp).

Per i dipendenti pubblici sussiste l'obbligo di denunciare, all'organo deputato ai procedimenti disciplinari, il fatto storico che potrebbe costituire fatto

illecito punibile disciplinarmente (arg. ex artt. 13 e 20 DPR 10 gennaio 1957, n. 3, ed ex artt. 54 *bis* e 55 *sexies*, comma 3, DLgs n. 165/2001). Ciò, del resto, costituisce corollario della doverosità dell'esercizio del potere disciplinare da parte della pubblica amministrazione, nonostante che si tratti di rapporto di lavoro privatizzato, perché l'azione amministrativa nel suo complesso deve ispirarsi ai principi di efficienza, efficacia e buon andamento (art. 1 L. 7 agosto 1990, n. 241), sicché l'esercizio della potestà disciplinare, in tale ottica, assume carattere di doverosità non appena l'amministrazione ne possa disporre e ne ricorrano i presupposti. Ne consegue, dunque, che il procedimento disciplinare dev'essere iniziato nonostante la contestuale esigenza di tutela del segreto dell'indagine penale, come si desume dal testo dell'art. 55 *ter* DLgs n. 165/2001 (rubricato proprio: "*Rapporti fra procedimento disciplinare e procedimento penale*"), il quale prevede, come regola generale: <<*Il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale*>>. In base a tale disposizione, interpretata anche secondo l'intenzione del legislatore ex art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, l'inizio del procedimento disciplinare non è in alcun modo ostacolato dalla pendenza, in qualunque tempo, di un procedimento penale; tanto ciò è vero che neanche il contestuale svolgimento del procedimento penale può, in linea di principio, costituire ragione di per sé sufficiente per sospendere il primo. Infatti, ai sensi del citato art. 55 *ter*, soltanto quando col procedimento disciplinare, il quale comunque dev'essere iniziato dall'amministrazione, possano essere irrogate delle infrazioni considerate dalla legge di maggior gravità, cioè punite con sanzione superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, l'ufficio competente dell'amministrazione può sospenderlo, se concorrono ulteriormente due condizioni:

- è di particolare complessità l'accertamento del fatto addebitato al dipendente;
- all'esito dell'istruttoria non si dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione.

S'invita a porre particolare attenzione alla circostanza che l'attività istruttoria dev'essere comunque svolta dall'ufficio competente prima dell'eventuale sospensione, la cui decisione spetta sì discrezionalmente all'amministrazione, ma con adeguata motivazione sui descritti requisiti, i quali sono previsti dalle predette disposizioni normative proprio per potersi derogare al principio generale di autonomia del procedimento disciplinare da quello penale pendente.

Se ne evince, dunque, che l'art. 68 del contratto collettivo nazionale di lavoro citato deve intendersi abrogato e sostituito di diritto in virtù dell'art. 2, commi 2 e 3 *bis*, del DLgs 30 marzo 2001, n. 165, nella parte in cui, il CCNL, disciplinando il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale,

sia in contrasto con l'interpretazione che s'è appena fornita.

Come conseguenza del regime finora descritto, si può venire a creare una situazione in cui l'agente o il funzionario di polizia giudiziaria, che sia gravato dall'obbligo di comunicare il fatto storico costituente illecito all'organo competente dell'Agenzia ovvero di dare avvio al procedimento disciplinare, si trovi al contempo a partecipare alle indagini penali sul fatto (eventualmente anche per apposita delega dell'autorità giudiziaria), col conseguente obbligo, la cui violazione è sanzionata penalmente, di mantenere il segreto istruttorio ai sensi dell'art. 329 cpp, per il quale, fatti salvi i casi previsti dai commi 2 e 3 dello stesso articolo, << *Gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari*>>.

Occorre, tuttavia, distinguere chiaramente l'ipotesi nella quale l'agente o l'ufficiale di polizia giudiziaria non sia componente dell'organo che deve esercitare il potere disciplinare dell'Agenzia da quella opposta.

Nel primo caso, da un lato, la condotta del funzionario doganale che, pur essendo agente/ufficiale di polizia giudiziaria, riveli il fatto storico punibile - di cui ha effettuato la denuncia all'autorità giudiziaria (come ipotizzato nella richiesta di parere) - al fine di dare avvio al procedimento disciplinare, non integrerebbe reato, per l'operare della scriminante dell'adempimento del dovere, tipizzata dall'art. 51 cp, tanto più che, per la giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 20105), il delitto di rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale (art. 379-bis cp) ha ad oggetto quelle notizie che siano state apprese in occasione della partecipazione o dell'assistenza all'atto posto in essere nel procedimento e riguarda, pertanto, l'atto del procedimento in quanto tale, nonché la sua documentazione, ma non il fatto storico oggetto dell'atto e dell'indagine di cui il soggetto abbia avuto precedentemente conoscenza.

Dall'altro lato, ove l'agente/funzionario di polizia giudiziaria, che non sia titolare dell'organo deputato all'esercizio del potere disciplinare, non riveli il fatto storico al titolare di quell'organo, l'amministrazione non incorre in alcuna decadenza dall'azione disciplinare, alla luce di quanto s'è sostenuto sopra circa l'imputazione all'ente dello stato di conoscenza rilevante per legge, sempre finché l'organo deputato ad esercitare l'azione disciplinare non venga a conoscere o a poter conoscere altrimenti l'infrazione del dipendente.

Nel secondo caso, in cui il funzionario/agente di polizia giudiziaria denunciante e/o partecipante alle indagini sia componente dell'organo titolare dell'esercizio del potere disciplinare, la sua conoscenza comporta che l'Agenzia si trovi in quello stato soggettivo idoneo a far decorrere i termini del procedimento disciplinare. Fermo restando quanto detto circa la responsabilità penale del funzionario, scriminata ex art. 51 cp, l'Agenzia sarebbe allora tenuta

a iniziare e a concludere il procedimento disciplinare, i cui termini decorrono secondo quanto già descritto in questo parere.

Sul presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo di cui alla legge 103/79, che si è espresso in conformità.

Rimborso spese legali ex art. 18 d.l. 67/1997 in relazione a procedimento penale

PARERE 22/02/2014-83052, Cs 39454/2013, SEZ. IV, AVV. AGNESE SOLDANI ()*

Con la nota in epigrafe, Codesta Avvocatura Distrettuale ha rimesso alle valutazioni di questo G.U., al fine di esprimere un parere di massima, la controverta questione circa il rimborso delle spese legali ex art. 18 d.l. 67/1997, richiesto dall'Ispettore Capo della Polizia di Stato (...), imputato in un procedimento penale per i reati di cui agli artt. 326 e 61 n. 10 c.p., poiché avrebbe *“delegato con ... agevolando l'associazione mafiosa in questione, tenendola informata su tutte le indagini in corso e volte ad inquinare le investigazioni ...”*.

Il GIP presso il Tribunale di Bari, con sentenza successivamente confermata dalla Corte d'Assise d'Appello di Bari, ha assolto l'Ispettore Capo perché *“il fatto non sussiste”*.

Codesta Avvocatura dubita della possibilità di inquadrare la condotta tenuta dal pubblico ufficiale in questione - e dalla quale ha avuto origine il procedimento penale a suo carico - come inerente ad *“atti e fatti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali”*, come richiesto dal citato art. 18, in considerazione del fatto che in un passaggio della motivazione della sentenza la Corte d'Appello avrebbe espresso riserve sulla correttezza deontologica e disciplinare della condotta tenuta dall'imputato.

Viene pertanto sottoposto all'esame di questo G.U. il seguente quesito di massima: *“se, in assenza di una condanna in sede penale e disciplinare, al pubblico dipendente che abbia tenuto un comportamento, che nella motivazione della sentenza penale, sia stato censurato sotto il profilo morale, professionale e/o deontologico, vada comunque riconosciuto il rimborso delle spese legali ex art. 18 D.L. 67/97 o, di contro, debba essere data rilevanza ai citati comportamenti, i quali per la loro finalità, costituiscono una netta cesura tra i fatti e/o gli atti posti in essere dal dipendente e il perseguimento delle finalità isti-*

(*) Alla stesura del parere ha collaborato il dott. Gionata Fiore, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

tuzionali, ponendo dunque fine al necessario rapporto di immedesimazione organica, che deve sussistere ai fini del rimborso ex art. 18 D.L. 67/97”.

A riguardo, sembra opportuno preliminarmente chiarire, in via generale, che se è vero che l’Amministrazione deve sostenere gli oneri della difesa del suo dipendente solo nei casi in cui “*l’imputazione riguardi un’attività svolta in diretta connessione con i fini dell’ente e sia in definitiva imputabile all’ente stesso*” (Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2004 n. 7660), è pur vero che tale nesso di strumentalità va accertato caso per caso a seconda della condotta concretamente tenuta e non può essere valutato esclusivamente sulla base del titolo di reato contestato.

Più in particolare, non è sufficiente che il dipendente sia imputato per un reato c.d. “proprio”, vale a dire commesso in qualità di pubblico ufficiale, affinché tale nesso possa ritenersi automaticamente sussistente. Invero, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche in presenza di un’imputazione per reato proprio, il rimborso deve essere negato ogni qualvolta la connessione della condotta con la qualifica di pubblico ufficiale sia meramente occasionale e non ascrivibile al novero delle incombenze direttamente promananti dalla posizione funzionale ed organizzativa rivestita dall’interessato nell’ambito della struttura dell’Amministrazione di appartenenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2013 sent. 1190)(1).

Pertanto la mera considerazione che nel procedimento penale in oggetto fosse stato contestato all’imputato il reato di rivelazione di segreti d’ufficio (art. 326 c.p.) non è di per sé decisiva al fine di accordare il richiesto rimborso

(1) «*Ai fini del rimborso delle spese legali sostenute da un pubblico dipendente (nella specie, un maresciallo aiutante), affinché sia ravvisabile una connessione tra la condotta tenuta e l’attività di servizio del dipendente, è necessario che la suddetta attività sia tale da poterne imputare gli effetti dell’agire del pubblico dipendente direttamente alla Amministrazione di appartenenza, poiché il beneficio del ristoro delle spese legali richiede un rapporto causale con una modalità di svolgimento di una corretta prestazione lavorativa le cui conseguenze ricadrebbero sull’Amministrazione nè è sufficiente che l’evento avvenga durante e in occasione della prestazione (tra tante, Consiglio Stato sez. III, 1 marzo 2010, n. 275).*

L’imputazione basata sulla qualifica di pubblico ufficiale muove da giudizi prognostici ed astratti che non possono valere ad indebitamente estendere il perimetro applicativo dell’art. 18 D.L. n. 67 del 1997 modificandone il paradigma legale, il quale richiede che le condotte siano connesse con l’espletamento del servizio o con l’assolvimento di obblighi istituzionali, e dunque rientranti nell’alveo della riferibilità al valore dell’Amministrazione, con esclusione di quelle che siano occasionalmente ricollegabili ad un incarico - come per esempio, come nella specie, l’acquisto a titolo privato di beni quali telefoni cellulari, abusando della qualità - e non pure al diretto svolgimento delle funzioni istituzionali e i cui effetti non siano imputabili all’Amministrazione, in quanto non ascritte al novero delle incombenze direttamente promananti dalla posizione funzionale ed organizzativa rivestita dall’interessato nell’ambito della struttura dell’Amministrazione di appartenenza.

La mera connessione occasionale delle condotte con la qualifica di pubblico ufficiale non è, quindi, sufficiente ai fini dell’ammissibilità del rimborso delle spese legali, altrimenti dovendo farsi rientrare nel campo applicativo della norma tutte le imputazioni relative ai reati propri inerenti a condotte che trovino nel servizio la mera occasione di realizzazione» (Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2013 sent. 1190).

delle spese legali, dovendosi, come accennato, valutare la condotta concretamente tenuta dal dipendente.

Invero, v'è connessione con il servizio svolto quando la predetta condotta sia riconducibile all'attività funzionale del dipendente e in rapporto di stretta dipendenza con l'adempimento dei propri obblighi, dovendo trattarsi di attività che necessariamente si ricollegano all'esercizio diligente della pubblica funzione. La connessione è, viceversa, certamente esclusa qualora la condotta non sia in alcun modo ricollegabile all'espletamento del servizio o all'assolvimento di obblighi istituzionali, in quanto non è posta in essere in ragione del compimento dei doveri di ufficio, ma risulta addirittura contraria ai medesimi.

Tuttavia tra questi due estremi "paradigmatici", è sovente dato ravvisare una "zona grigia", di non agevole definizione, che si configura ogniqualvolta la condotta del pubblico dipendente, pur traendo origine da un valido mandato dell'Amministrazione, nella sua concreta esecuzione travalichi i limiti dei compiti che gli sono stati affidati.

In linea di principio, nell'ipotesi in cui vi sia un tale travalicamento, il rimborso può essere negato, in quanto esso determina il venir meno del nesso di strumentalità necessario ai fini dell'applicabilità della norma in questione.

Peraltro il predetto travalicamento generalmente coincide, ad avviso della Scrivente, con la condotta disciplinarmente rilevante o, comunque, deontologicamente scorretta. Come costante giurisprudenza ha chiarito, nei casi in cui la P.A. si sia costituita parte civile e/o abbia assunto una iniziativa disciplinare, deve considerarsi per ciò stesso sussistente un conflitto d'interessi tra il dipendente e l'Amministrazione con conseguente esclusione dell'applicabilità dell'art. 18, a prescindere dall'esito del procedimento penale e dall'accertamento della responsabilità disciplinare (*ex plurimis* Cons. Stato Sez. V, Sent. 7 ottobre 2009, n. 6113; Cass. Civ. 19 novembre 2007, n. 23904; Cass. Civ. 17 settembre 2002, n. 13624).

Ciò tuttavia non significa che, *a contrario*, nell'ipotesi di mancata apertura di un procedimento disciplinare da parte dell'Amministrazione competente, sarebbe in radice preclusa all'Avvocatura dello Stato - al fine di rendere il parere ex art. 18 - qualsiasi autonoma valutazione della condotta e della sussistenza del predetto nesso di strumentalità. Ciò in quanto il procedimento disciplinare potrebbe non essere stato avviato per ragioni diverse da una valutazione negativa dell'Amministrazione circa la rilevanza disciplinare della condotta (ad esempio, scadenza dei relativi termini).

Inoltre, l'Avvocatura è comunque tenuta - a prescindere dalle determinazioni assunte dall'amministrazione in sede disciplinare - all'autonoma verifica della sussistenza o meno della connessione con il servizio, in quanto quest'ultima costituisce uno degli elementi essenziali della fattispecie prevista dall'art. 18, sulla quale l'Avvocatura dello Stato è chiamata a rendere il proprio parere.

Per converso deve parimenti affermarsi, come è stato fatto da alcune sen-

tenze, che l'Amministrazione, altrettanto autonomamente può decidere di discostarsi dal parere espresso dall'Avvocatura sull'*an* della pretesa, salvo l'obbligo di congrua motivazione (V. sentenza T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1572)(2).

Tanto premesso in via generale, nel caso in questione l'Ispettore Capo è stato assolto dall'imputazione di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.) ai sensi del comma 1 dell'art 530 c.p.p. perché il fatto non sussiste.

Tuttavia, nella motivazione della sentenza di secondo grado, che ha confermato quella assolutoria di primo grado, la Corte d'Appello di Bari ha affermato:

«Si devono però confermare le perplessità, già manifestate dal giudice di primo grado, circa la scarsa linearità sul piano deontologico del comportamento di quei carabinieri, tra gli imputati, che hanno avuto rapporti di frequentazione molto accentuati con ..., come risulta dalle inequivoche fotografie che li ritraggono insieme tra loro ed anche con varie donne, in ambienti marittimi.

In proposito al più ogni valutazione spetta agli organi disciplinari dell'Arma dei Carabinieri (essendo all'uopo necessari opportuni approfondimenti)» (pag. 131 della sentenza).

Al riguardo, va anzitutto osservato che non è chiarissimo - non disponendo la Scrivente di ulteriori elementi istruttori quali ad esempio le "fotografie" citate dalla Corte - se la Corte intendesse riferirsi ad entrambi i due imputati che, nel processo, risultavano appartenere alle forze dell'ordine (come sembrerebbe suggerire l'uso del plurale) o solo all'imputato R., unico dei due che appartenga all'Arma dei Carabinieri.

Ad ogni modo, anche qualora il giudizio di disvalore espresso dal giudice di merito fosse da intendersi riferito anche all'Ispettore, esso comunque non concerne i fatti oggetto dell'imputazione di rivelazione di segreti d'ufficio elevata a carico del medesimo - imputazione dalla quale è stato assolto perché il fatto non sussiste - ma concerne il contesto e la modalità delle frequentazioni - accertate nel corso del giudizio - nell'ambito delle quali sarebbero intervenute le presunte rivelazioni (nello specifico conversazioni telefoniche e incontri in uno stabilimento balneare).

(2) "Il Collegio non ravvisa dalla normativa in questione elementi per affermare la necessità che la valutazione dell'Avvocatura dello Stato sia strettamente limitata all'aspetto relativo al quantum affermato da parte ricorrente, risultando ragionevole che la valutazione tecnica da parte della citata avvocatura possa riguardare l'intera vicenda inerente al rimborso. In ogni caso, la stretta attinenza alla valutazione di congruità intesa come quantum del rimborso concedibile, potrebbe venire in rilievo ai fini del carattere vincolante del parere inerente a tale valutazione (trattasi difatti di parere obbligatorio e vincolante), ma non inficerebbe la possibilità da parte dell'Avvocatura dello Stato, in quanto organo consultivo dell'Amministrazione, di far presente le sue valutazioni giuridiche sulla questione, essendo poi rimesso all'Amministrazione la decisione se aderire o meno alle valutazioni ricevute, in base al criterio della sussistenza o meno dei presupposti previsti nel più volte citato art. 18".

In altri termini, l'eventuale apertura di un procedimento disciplinare volto a verificare se le predette frequentazioni con esponenti della malavita fossero o meno corrette sul piano deontologico non avrebbe potuto influire, ad avviso della Scrivente, sull'esito del presente parere, in quanto la valutazione della sussistenza del diritto al rimborso delle spese legali sostenute nel processo penale, ai sensi dell'art. 18, va perimetrata avendo esclusivo riguardo alla condotta oggetto dell'imputazione - come accertata in sentenza - che, nel caso di specie, riguardava la rivelazione di segreti d'ufficio.

Più in particolare, l'addebito del quale l'Isp. Capo ha dovuto rispondere consiste nell'aver, in qualità di titolare delle indagini ... rivelato ... per il tramite del carabiniere R., informazioni sullo stato delle indagini coperte da segreto istruttorio.

Poiché l'imputato è stato assolto perché il fatto non sussiste, quand'anche sui medesimi fatti fosse stato aperto un procedimento disciplinare, il dipendente non sarebbe certo stato passibile di sanzione alcuna, atteso che ai sensi dell'art. 653 c.p.p. *“la sentenza penale di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste...”* (art. 653 c.p.p.).

Alla luce di tali considerazioni, poiché le spese di patrocinio sono state sostenute dal dipendente per difendersi da un'accusa di rivelazione di segreti d'ufficio e non da un'accusa di tipo diverso, e poiché la sentenza ha accertato che egli, in qualità di incaricato delle indagini ... si è limitato a redigere un'informativa di reato il cui contenuto, diversamente da quanto ipotizzato dall'accusa, non ha rivelato ... per il tramite del carabiniere R., non sembra possa affermarsi che nel caso di specie, avuto riguardo alla condotta oggetto di vaglio penale, l'Ispettore abbia travalicato i limiti delle proprie funzioni istituzionali sì da interrompere il nesso di strumentalità, richiesto dall'art. 18, tra condotta e servizio svolto.

Si ritiene pertanto che, nel caso di specie, la richiesta di rimborso possa essere accolta, salve le valutazioni di competenza di codesta Distrettuale in ordine alla congruità delle somme richieste.

Sulla questione è stato sentito il comitato consultivo che nella seduta del 20 febbraio 2014 si è espresso in conformità.

Permuta di un'area di proprietà statale con area di proprietà comunale

PARERE 04/03/2014-98221, Cs 39253/2012, Sez. VI, avv. MARINA RUSSO

Con la nota in riferimento, l'Avvocatura Distrettuale in indirizzo riferisce di un lungo procedimento, mai portato a compimento, intercorso fra il Ministero dell'Economia e Finanze (cui è, nelle more, subentrata l'Agenzia del Demanio) ed il Comune di Rimini, volto a realizzare la permuta di un'area di proprietà statale con un'area di proprietà comunale, per la realizzazione su quest'ultima delle caserme dei Carabinieri di Rimini e Viserba.

Secondo quanto emerge dagli atti inviati dall'Avvocatura in indirizzo, il procedimento - inizialmente avviato in base alla normativa di cui alla legge n. 16/1985 - si svolse poi secondo la scansione delineata dal R.D.L. 2000/1923, recante *Norme per la permuta di immobili demaniali adibiti ad uso di pubblici uffici*, indicata dal M.E.F. nell'atto di autorizzazione quale normativa effettivamente applicabile al caso di specie, trattandosi di beni immobili con destinazione ad uso pubblico, appartenenti al patrimonio indisponibile.

Le aree interessate furono consegnate dallo Stato al Comune, e viceversa, fin dal 1988.

Sull'area di proprietà statale, all'epoca, era già stata realizzata ad opera del Comune una scuola (come risulta dal verbale di consegna provvisoria).

La porzione di area sulla quale era stata edificata la scuola, peraltro, secondo quanto riferito dall'Avvocatura Distrettuale, non sarebbe ormai più interessata dalla permuta in questione, in quanto già inserita nella *white list* del federalismo demaniale.

Come prescritto dal R.D.L. 2000/1923, il Comune nell'anno 2003 ha provveduto - a seguito dell'attualizzazione della stima - a versare allo Stato il conguaglio relativo alla differenza di valore delle aree interessate. *Medio tempore*, l'Amministrazione statale aveva altresì completato l'edificazione delle due caserme che - *ex art.* 826 c.c. - ricadono *ope legis* nel patrimonio indisponibile dello Stato.

Cionondimeno, il passaggio di proprietà per permuta delle aree in parola fra Agenzia del Demanio e Comune non veniva mai formalizzato.

Per effetto dell'entrata in vigore della l. 30 dicembre 2004 n. 311, il R.D.L. n. 2000/1923 è stato abrogato.

Con il quesito sottoposto all'attenzione della Scrivente, l'Avvocatura Distrettuale in indirizzo richiede di conoscerne l'avviso circa le problematiche connesse alla soppressione, frattanto intervenuta, della normativa regolante la materia e, in particolare, circa la praticabilità di un negozio transattivo a definizione della situazione rimasta in sospenso, oltre che in merito alla necessità di regolarizzazione catastale degli immobili coinvolti.

Sulla questione sopra delineata, si rende il seguente parere.

Va premesso che la fattispecie presenta peculiarità affatto singolari, ascrivibili all'abnorme durata del procedimento, nelle cui more - da una parte - la normativa in forza della quale si era dato corso all'*iter* finalizzato alla permuta è stata abrogata e sostituita da un rinnovato, articolato complesso normativo sulla dismissione degli immobili dello Stato; dall'altra, l'*iter* procedimentale è comunque pervenuto alla sua fase conclusiva, essendosene realizzati tutti i codificati passaggi in epoca antecedente alle summenzionate modifiche normative, salva, sola, la mancata adozione di un atto formale, traslativo della proprietà.

L'anomalia della situazione creatasi sta, essenzialmente, nella discrasia fra lo stato di fatto (sostanzialmente corrispondente ad un già realizzato trasferimento della proprietà dei beni, pur in assenza - ad oggi - di un formale atto traslativo) e lo stato di diritto delle aree interessate, oltre che nella sussistenza di profili problematici, suscettibili di originare contrastanti pretese fra le parti, in termini sia di reciproca rivendicazione dei beni, materialmente consegnati da oltre quindici anni dal Comune all'Amministrazione statale e viceversa, sia di potenziali, rispettive pretese di carattere economico, connesse tanto all'occupazione delle aree, quanto all'irreversibile trasformazione - *medio tempore* compiuta - degli immobili interessati.

Se la sopra descritta situazione comporta un innegabile margine d'incertezza quanto all'individuazione della soluzione giuridica più appropriata, sono tuttavia assolutamente evidenti - da una parte - il comune interesse delle Amministrazioni a comporre in via negoziale la vicenda, a definizione di ogni possibile reciproca contestazione ed a prevenzione di qualsivoglia turbativa rispetto ad una situazione ormai consolidata che sarebbe indubbiamente antieconomico alterare (si ricordi che sull'area consegnata dal Comune insistono oggi due caserme attualmente in uso); dall'altra, il consolidamento di una situazione fattuale sostanzialmente corrispondente ad un intervenuto passaggio di proprietà delle aree fin dal 1988, quando furono reciprocamente consegnate e poi utilizzate, con successivo versamento del conguaglio da parte del Comune nel 2003, previa attualizzazione della stima a quella data ad opera dell'Agenzia del Demanio.

Ciò premesso, sembra che lo strumento che meglio si presta a superare la complessa *impasse* descritta possa essere individuato nella stipula, ad opera di un Ufficiale rogante, di un contratto a causa mista, che si ponga in linea con la necessità di adeguare stato di fatto e di diritto, onde evitare qualsivoglia futura reciproca pretesa rivendicativa, indennitaria e risarcitoria delle parti in mancanza, come detto, di formalizzazione del reciproco trasferimento.

Con il suddetto contratto misto, le Amministrazioni interessate - previa ricognizione del mutuo consenso al trasferimento delle proprietà già manifestato per fatti concludenti attraverso il compimento di tutti gli *step* procedurali a tal fine necessari, a partire dalla consegna delle aree e dalla loro

adibizione a fini di pubblico interesse, fino al pagamento del conguaglio nel 2003 - trasferiranno l'una all'altra la proprietà degli immobili in questione, precisando che ciò avviene anche a transazione e tacitazione di tutte le potenziali, reciproche pretese connesse alla vicenda alle quali, perciò, reciprocamente, rinunciano.

In particolare, in tale negozio - la cui bozza l'Amministrazione avrà cura di sottoporre all'Avvocatura Distrettuale in indirizzo - si dovrà:

- dare atto analiticamente in premessa di tutta la lunga vicenda procedimentale sopra descritta, nonché della necessità di ultimare l'adeguamento dello stato di diritto degli immobili in questione, effettivamente adibiti ad uso pubblico, allo stato di fatto consolidatosi nel corso del lunghissimo periodo di tempo lungo il quale si è articolato e, sostanzialmente, concluso il procedimento con il pagamento del conguaglio, formalizzando il reciproco assenso al trasferimento ed all'acquisizione delle rispettive proprietà;

- chiarire che il negozio vale anche a prevenzione di ogni possibile contenzioso fra le parti. A tal fine, si esplicherà che, con detto negozio, le parti intendono definire, come in effetti definiscono, tutte le questioni, di fatto e di diritto, in qualsiasi modo connesse, correlate o comunque conseguenti al procedimento traslativo avviato tramite l'autorizzazione del Ministero dell'Economia e Finanze del 30 marzo 1987 e, pertanto, dichiarano di non avere più nulla a pretendere l'una dall'altra per qualsiasi titolo e/o ragione.

Del suddetto negozio sarà poi richiesta al competente Conservatore dei Registri immobiliari la trascrizione, anche ai fini della regolarizzazione catastale dei fabbricati.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 20 febbraio 2014, si è espresso in conformità.

Parere su “Accordo per la gestione degli atti di pignoramento in danno di Amministrazioni dello Stato notificati alla Banca d’Italia - Tesoreria dello Stato, in veste di terzo pignorato”(*)

PARERE 11/03/2014-111107/111139, CT 40397/2013, SEZ. III, AVV. GIUSEPPE FIENGO

1. Con la nota 3 ottobre 2013 la Ragioneria Generale dello Stato richiede il parere dell’Avvocatura dello Stato, in ordine ad una bozza di accordo “*pre-disposto dalla Banca d’Italia, con alcune modifiche ed integrazioni effettuate da questo Dipartimento, che soddisfano più adeguatamente le varie esigenze operative della Ragioneria Generale dello Stato*”.

L’accordo, frutto di una serie di incontri svolti presso le sedi della Banca d’Italia (Napoli e Roma) prende le mosse da due consultazioni rese dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli con le quali: a) si risolveva un contrasto di opinioni tra amministrazioni periferiche in ordine ai presupposti che potessero legittimare il ricorso alla procedura di conto sospeso per i pagamenti dello Stato a soggetti privati a seguito “*dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi aventi efficacia esecutiva*” (Cs 9378/12 GER); b) si segnalavano alla Banca d’Italia (e all’Avvocatura Generale dello Stato) alcune irregolarità ed anomalie che caratterizzavano, soprattutto nei pignoramenti presso terzi innanzi al Tribunale di Napoli, le procedure esecutive di assegnazione e pagamento di somme dovute dallo Stato (Cs 10923/12 CNZ).

Avviato nell’autunno 2012 un “*tavolo di lavoro*” presso la Banca d’Italia, con la presenza di funzionari del Ministero dell’Economia e Finanze e, in una fase immediatamente successiva, del Ministero della Giustizia, attraverso progressivi affinamenti, si definiva una bozza concordata di accordo, ai sensi dell’art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sulla quale la Ragioneria Generale dello Stato aveva modo di richiedere (ed ottenere) dalla Banca d’Italia quelle “*modifiche ed integrazioni*” cui fa cenno nella richiesta di parere.

2. In linea preliminare la Scrivente concorda sullo schema procedimentale adottato secondo cui l’accordo quadro predisposto con gli uffici della Banca d’Italia, possa essere regolato ai sensi dell’articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a norma del quale “*... le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*”.

Come noto, la funzione di Tesoreria provinciale dello Stato é stata affidata alla Banca d’Italia, sin dal 1894 mentre con D.lgs. n. 430/97 è stato affidato alla Banca d’Italia anche il servizio di Tesoreria centrale, prima svolto dalla Direzione generale del tesoro. Per disciplinare entrambi i servizi sono state approvate convenzioni con d.m. 17 gennaio 1992 per il servizio di Tesoreria

(*) Il testo dell’accordo sottoscritto in calce al parere.

provinciale e d.m 9 ottobre 1998, per quello di Tesoreria centrale che, prevedono, tra l'altro, che i compiti delle Sezioni di tesoreria della Banca d'Italia siano regolati dalla Legge sulla Contabilità Generale dello Stato e dal suo Regolamento, nonché dalle Istruzioni Generali sui Servizi del Tesoro (IGST) e che *"Il Servizio di Tesoreria è soggetto a vigilanza da parte della Direzione Generale del Tesoro, ai sensi delle vigenti disposizioni"* (1).

Anche se l'organizzazione delle strutture di tesoreria resta di esclusiva competenza della banca, che svolge il servizio senza vincolo gerarchico rispetto all'amministrazione statale, dal quadro normativo sinteticamente richiamato consta che la Banca d'Italia è *"Istituto di diritto pubblico"*, *"... assolve inoltre gli altri compiti ad essa attribuiti dalla legge"* e *"... esercita il servizio di tesoreria dello Stato secondo speciali convenzioni. Può svolgere altri servizi per conto dello Stato"* (artt. 1 e 37 dello Statuto, da ultimo approvato con decreto del Presidente della Repubblica 27 dicembre 2013).

Le attività compiute dalla Tesoreria centrale e dalle sezioni di tesoreria implicano l'emersione di una precisa figura soggettiva, le cui attività finiscono per imputarsi direttamente all'amministrazione statale, nella specie il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Con riferimento al Servizio di Tesoreria si è, quindi, di fronte ad un organo dello Stato, del quale - tuttavia - è titolare la Banca d'Italia, persona giuridica pubblica distinta dallo Stato, figura soggettiva della *"persona giuridica titolare di ufficio"* (GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, 1970, p. 253)(2).

Le osservazioni finora svolte, se, per un verso, rendono congruo il ricorso all'accordo tra pubbliche amministrazioni, previsto dall'art. 15 della legge n. 241/90, sotto altro profilo mettono in dubbio la natura giuridica di *"terzo"* della Banca d'Italia, laddove esercita funzioni di Tesoreria dello Stato. Una conferma indiretta su questo punto si ricava dall'art. 5 comma 1 del D.P.R. 30

(1) In relazione alle procedure esecutive, l'art. 69 R.D. 2440/1923 e l'art. 498 comma 3 R.D. 827/1924, richiamano l'obbligo dell'Amministrazione, destinataria di atti di pignoramento, di rendere la dichiarazione del terzo (art. 611 c.p.c. 1865 ora art. 543 c.p.c. 1940). Le norme di contabilità si riferiscono alla posizione debitoria dell'Amministrazione e non, in via immediata, a quella della Banca d'Italia quale terzo pignorato nella qualità di *tesoriere dello Stato*. Cionondimeno, l'art. 165 IGST prevede tra le fattispecie di "impedimento" dei pagamenti dovuti dallo Stato la notifica, nelle forme di cui all'art. 543 c.p.c. di un atto di pignoramento (richiamato indirettamente attraverso il rinvio all'art. 498 R.D. 827/1924). A norma dell'art. 4 lett. o) delle IGST, le Sezioni di Tesoreria provinciali hanno il compito di attendere al *"ricevimento degli atti intesi a sospendere o ad impedire il pagamento di somme dovute dallo Stato e alla trasmissione di tali atti, a seconda dei casi, in originale o in copia, all'Avvocatura dello Stato o alle amministrazioni interessate"*.

Appare evidente che tali disposizioni si riferiscono essenzialmente ai casi nei quali l'Amministrazione dello Stato abbia un debito nei confronti del soggetto privato pignorato e mirano ad individuare le procedure idonee per procedere al pagamento di somme dovute dallo Stato a soggetti diversi da quelli che ne avevano originario diritto.

(2) La tesi sembra smentita da Corte Cost. n. 350/98, ma l'affermazione è stata fatta per finalità diverse, afferenti alla rappresentanza e difesa nel giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi, e finisce per assumere nel contesto della citata decisione la funzione logica di un *obiter dictum* (vedi oltre).

dicembre 2003 n. 398, pure citato nelle premesse della bozza di accordo, a norma del quale “*La Banca d'Italia non può concedere anticipazioni di alcun tipo al Ministero*”. La prassi, talvolta utilizzata dalla Banca di far fronte ai pagamenti del terzo ricorrendo a fondi propri sembra operativamente volta a evitare il pignoramento mobiliare da parte dell'Ufficiale Giudiziario sui beni dell'Istituto (3). Ove la stessa assumesse carattere continuativo e valori rilevanti potrebbe ritenersi, limitatamente al tempo necessario per il ripianamento delle somme da parte dell'amministrazione interessata, non in linea con la normativa comunitaria, che - come detto - vieta anticipazioni allo Stato da parte delle Banche Centrali (cfr. in particolare gli Artt. 123, 258 e 271, lett. d) TFUE all'art. 35.5 e 35.6 dello Statuto del SEBC e al considerando n. 9 del reg. (CE) del Consiglio n. 3603/93).

In altri termini la Banca d'Italia, in relazione alle somme di Tesoreria, non è tecnicamente un debitore dello Stato ed i pignoramenti, ai quali una prassi ultradecennale sembra averla assoggettata, sembrano non avere le caratteristiche del tipico “*pignoramenti presso terzi*”, ma presentano, al più, spiccate connotazioni di anomali “*pignoramenti diretti*”.

Alle stesse conclusioni conduce un'analisi funzionale delle norme del codice di procedura civile: **a)** ai sensi dell'art. 543, comma 1, l'espropriazione forzata presso terzi comprende sia il pignoramento di “*crediti del debitore verso terzi*” sia il pignoramento di “*cose mobili*”, e, quindi, anche di somme di danaro di proprietà del debitore “*che siano in possesso di terzi*”; **b)** con riferimento alla prima ipotesi (a differenza di quanto accade nel caso di depositi bancari, accessivi a contratti di conto corrente di corrispondenza o di ordinarie convenzioni di tesoreria, nei quali si configura il cosiddetto deposito irregolare, in cui il depositario acquista la proprietà del bene diventando debitore del *tandem* nei confronti del depositante) lo Stato conserva la piena proprietà delle somme depositate in Tesoreria e non diventa quindi creditore del *tandem* nei confronti della Banca d'Italia; **c)** con riferimento alla seconda ipotesi occorre distinguere il caso in cui il debitore escusso non abbia la immediata disponibilità delle cose mobili (nel caso di specie, il danaro) in possesso del terzo (ipotesi nelle quali il pignoramento può avvenire nelle forme dell'art. 543 c.p.c.), da quello in cui il debitore abbia l'immediata disponibilità

(3) Ci si riferisce a quei casi in cui, nonostante una dichiarazione di terzo negativa resa dalla Banca d'Italia, il G.E. assegna somme a favore del creditore e quest'ultimo promuove un pignoramento presso la Banca d'Italia per riscuotere coattivamente la somma. In tale ipotesi la Banca mette a disposizione dell'Ufficiale giudiziario somme attinte dai propri conti e, di norma, si oppone all'esecuzione per rientrare in possesso delle somme pignorate. Nell'eventualità che l'opposizione non venga accolta dal Tribunale, la Banca chiede al MEF di essere autorizzata a scritturare le somme pignorate al **conto sospeso collettivi**. Tale meccanismo potrebbe essere evitato se il MEF autorizzasse in via generale l'Istituto a scritturare direttamente in tale evenienze le somme pignorate al conto sospeso collettivi, curando - ricorrendone i presupposti - direttamente il giudizio di opposizione.

del danaro, ipotesi nella quale il pignoramento deve invece avvenire nelle forme di cui all'art. 513 e segg. c.p.c.; **d**) ne deriva che l'espropriazione forzata per la realizzazione di crediti pecuniari verso lo Stato deve avvenire nelle forme di cui all'art. 513 e segg. del codice di procedura civile (pignoramento mobiliare diretto), sia perché, relativamente alle somme giacenti in Tesoreria, **non esiste un rapporto di credito/debito tra lo Stato e la Banca d'Italia**, incaricata del servizio di custodia e gestione, sia perché lo Stato mantiene l'**immediata disponibilità** delle liquidità giacenti presso la Tesoreria, escludendosi per questa via che si possa trattare di " *cose del debitore che sono in possesso di terzi* " a sensi dell'art. 543 c.p.c..

3. Nasce, da quanto sopra riportato, la necessità di un approfondimento sul tema del ricorso all'esecuzione forzata per il pagamento di somme dovute da Amministrazioni dello Stato.

Va premesso che nel recente passato, sul tema della possibilità di espropriare danaro e crediti pecuniari dello Stato e degli enti pubblici, secondo il costante indirizzo della giurisprudenza di legittimità, le somme, ancorché esistenti presso le banche con funzioni di tesoriere, si presumevano destinate al pubblico servizio e quindi insuscettibili di pignoramento (cfr. Cass. 3 gennaio 1976 n. 1). Tale orientamento rispondeva all'esigenza comune di evitare quello che comunemente si individua come " *assalto alla diligenza* ", che avrebbe determinato serie difficoltà operative per lo Stato, che rischiava - come poi è avvenuto - di vedere vincolate le risorse destinate al suo stesso funzionamento.

Dal 1979 la giurisprudenza si è orientata nel senso contrario, ritenendo che il bilancio preventivo non consentisse di collegare le singole entrate a singole uscite e pertanto, in sé, l'iscrizione in bilancio non poteva considerarsi fonte di vincolo di destinazione, tale da sottrarre le somme in esso affluite all'azione espropriativa dei creditori dello Stato: secondo il nuovo orientamento l'ammissibilità della condanna della P.A. al pagamento di somme di danaro comportava come conseguenza imprescindibile la ammissibilità della esecuzione forzata. La Cassazione ritenne quindi che rimettere al debitore P.A. la determinazione circa il tempo ed il modo di adempiere un'obbligazione, sancita in una condanna giudiziale, avrebbe significato escludere l'esistenza stessa dell'obbligazione; che il pagamento fosse comunque atto dovuto privo di margini di discrezionalità a fronte del quale il creditore vanta un diritto soggettivo come tale tutelabile innanzi al giudice ordinario nel procedimento di espropriazione forzata (cfr. Cass. SS.UU. del 13 luglio 1979 n. 4071 e del 9 marzo 1981 n. 1299). I principi enunciati in dette sentenze trovarono definitiva consacrazione nella sentenza n. 138 del 1 luglio 1981 della Corte Costituzionale, che, richiamando anche propri precedenti (n. 32/1970 e n. 161/1971), affermò la ammissibilità del ricorso alla esecuzione forzata in danno della P.A. secondo le norme del codice di rito (in particolare nelle forme della espropriazione presso terzi). Anche tale pronuncia, tuttavia, come di seguito si esporrà, va

letta alla luce della evoluzione del giudizio amministrativo ed in particolare del giudizio di ottemperanza.

Diversamente da quanto si legge anche in recenti pronunce della Cassazione (cfr. sentenza n. 7863 del 6 aprile 2011) ed in molti contributi di dottrina sull'argomento, non si ritiene che l'introduzione dell'art. 1 *bis* nella Legge n. 720/1984 abbia posto fine alla questione. Tale norma infatti prevede espressamente il richiamo alla disciplina dell'esecuzione forzata presso la tesoreria **solo per gli enti ed organismi pubblici di cui all'allegato richiamato nel precedente articolo 1** fra i quali, chiaramente non si rinvergono le amministrazioni dello Stato.

L'assunto che si legge nella citata pronuncia della Cassazione secondo cui *“la normativa sulla tesoreria unica prevede quindi quale unica forma di pignoramento del danaro delle pubbliche amministrazioni ivi contemplate (tra cui, se non altro per quel che qui interessa, le amministrazioni centrali dello Stato) quelle del pignoramento presso terzi presso il tesoriere”*, assunto alla quale la Corte perviene dopo una attenta ricostruzione del quadro normativo, può essere condiviso solo nell'ipotesi in cui: a) sia pignorato il credito di un terzo verso le amministrazioni dello Stato (e tanto non in forza dell'art. 1 *bis* della L. 720/1984, ma in virtù delle disposizioni del R.D. n. 827/1924 di cui agli artt. 498 e segg. e comunque nei limiti da tali norme previsti); b) nell'ipotesi di credito che un terzo vanta, non nei confronti delle amministrazioni dello Stato, ma nei confronti di enti ed organismi pubblici (in forza, questa volta sì, della legge n. 720/1984).

Ciò alla luce di quanto segue: **a)** non si riviene alcuna norma che preveda, per le amministrazioni dello Stato, la possibilità del ricorso all'esecuzione forzata nella forma dell'espropriazione presso terzi (Tesoreria) che veda lo Stato quale debitore esecutato, possibilità che quindi, all'attualità, deve ritenersi **ammessa solo per prassi**, che non esclude la ragionevolezza di previsioni che - concretamente - svuotino tale ritenuta generale applicabilità dell'espropriazione forzata presso terzo; **b)** gli artt. 498 e segg. del R.D. n. 827/1924 hanno riguardo, solo a volere leggere la rubrica del Capo IV nel quale essi sono inseriti *“degli atti aventi per scopo di impedire e di trattenere il pagamento di somme dovute dallo Stato”*, alle ipotesi in cui sia lo Stato ad essere terzo; **c)** l'unica fonte normativa secondaria che potrebbe prevedere (come sopra si è detto e in certa qual misura smentito) è il D.M. 29 maggio 2007, recante le Istruzioni sul servizio di Tesoreria dello Stato, che al capo III, intitolato *“Atti impeditivi al pagamento”* all'art. 165 comma 4 prevede: *“qualora l'atto impeditivo sia rivolto contro uffici centrali o periferici dello Stato (...) la Tesoreria vincola le eventuali disponibilità del debitore esecutato nella misura stabilita dalla legge e rende la conseguente dichiarazione di terzo (...)”*. Ma anche qui è evidente che il riferimento non è allo Stato debitore.

Nell'ambito di una riflessione sulle conseguenze che la prassi del ricorso

all'esecuzione presso terzi per il soddisfacimento di crediti nei confronti dello Stato ha comportato, non possono sfuggire le considerazioni che seguono.

Il vincolo apposto continuativamente sui capitoli di spesa delle amministrazioni dello Stato comporta non solo la indisponibilità dei fondi, che spesso si protrae indefinitivamente, per le anomalie che connotano il sistema, ma anche la necessità di proporre un numero molto elevato di opposizioni all'esecuzione per far valere la impignorabilità delle somme, impignorabilità prevista da numerose disposizioni di legge. Infatti, per evitare la paralisi dell'attività ordinaria della P.A., il legislatore è stato costretto ad introdurre sempre più disposizioni che impongono vincoli di destinazione (sulla cui estensione è inevitabile insorgano questioni anche spesso giuridicamente complesse) con le conseguenze immaginabili in termini di durata e del costo dei giudizi. Su tali disposizioni *particolari*, sempre più utilizzate dal Legislatore, per garantire la continuità dell'azione amministrativa nel campo dei cosiddetti servizi essenziali e ripresa pedissequamente - come sopra descritto - anche in relazione ai pagamenti previsti in esecuzione dei decreti di condanna per la Legge Pinto, si è - tra l'altro - pronunciata la Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 350 del 1998. Le conclusioni della Corte, se convincono in ordine alla ragionevolezza e legittimità costituzionale della speciale norma impugnata, lasciano aperte e meritano approfondimento in ordine: a) all'esistenza in queste procedure di una effettiva tutela del creditore procedente; b) all'estensione che si è avuta (soprattutto nei periodi di crisi nei pagamenti dello Stato) a molteplici fattispecie della descritta impignorabilità; c) alla natura del rapporto di tesoreria tra Ministero dell'Economia e Banca d'Italia, che non può ragionevolmente, in assenza di gara o di procedure aperte, risolversi in un'ordinaria concessione di servizio. Il recente ricorso massiccio al giudizio di ottemperanza (artt. 112 e segg. c.p.a.), segnalato dalle amministrazioni statali interessate e le forme anomale di pignoramento di azioni di società a totale partecipazione pubblica in possesso del Ministero del Tesoro, le difficoltà, infine, di far fronte alla prassi diffusa dei creditori di proseguire comunque nel tentativo di dar corso a pignoramenti presso terzi, costituiscono chiari sintomi di una vera e propria "crisi di sistema".

Per contro l'evoluzione della giustizia amministrativa, segnata dall'approvazione del nuovo codice del processo amministrativo, apre inedite prospettive in ordine alla puntuale esecuzione da parte degli organi dello Stato di dar corso, in tempi ragionevoli e senza iniqui oneri aggiuntivi, al pagamento delle condanne a somme di danaro.

L'articolo 112 del Codice del processo amministrativo laddove estende, al comma 2, il giudizio di ottemperanza agli "*altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo*" e "*delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il giudizio di ottemperanza*" sembra offrire una **connotazione residuale e generale al nuovo**

giudizio di ottemperanza, affidandolo ad un giudice specializzato, non di sola legittimità, in grado di condurre per mano, e con duttilità nelle soluzioni in concreto adottate, l'amministrazione alla immediata realizzazione dell'interesse del creditore insoddisfatto.

In altri termini opinione della Scrivente è che, nei giudizi resi dalla Cassazione e confermati dalla Corte Costituzionale, ai quali sopra si è accennato, il punto essenziale che ha giustificato l'estensione in via meramente interpretativa della possibilità, genericamente prevista dall'ordinamento civile, di assoggettare a pignoramento (diretto o presso il terzo tesoriere) le somme assegnate dal bilancio statale alle singole amministrazioni, risiede nella circostanza che, nella prassi interpretativa dell'epoca, un creditore munito di titolo nei confronti dello Stato per somme di danaro non potesse utilmente esperire l'azione di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo, ancorchè il giudizio di ottemperanza fosse nato proprio per garantire l'esecuzione delle condanne rese dal giudice ordinario nei confronti della P.A.. Una volta pacificamente ammesso che oggetto del giudizio di ottemperanza possa essere l'esecuzione di sentenze di condanna di somme di danaro emesse dal giudice ordinario, sarebbero venuti meno i presupposti legittimanti la ammissibilità del ricorso all'espropriazione forzata secondo il codice di rito, così come è oggi.

Nulla osta a che il Legislatore intervenga a disciplinare la impignorabilità di ogni risorsa finanziaria dello Stato, considerata l'esistenza dello specifico mezzo che consente al creditore di soddisfare la propria pretesa attraverso il giudizio di ottemperanza: il principio secondo cui l'Amministrazione statale, al pari di ogni altro debitore, risponde delle obbligazioni con l'intero patrimonio - principio che ha sorretto e giustificato l'orientamento della Corte di Cassazione - informa infatti parimenti l'istituto del giudizio di ottemperanza.

In tale contesto è avviso della Scrivente che sia opportuno che il Legislatore intervenga per prevedere che l'unica forma per la soddisfazione coattiva di crediti monetari consacrati da titolo giudiziale nei confronti dell'Amministrazione statale sia il ricorso al giudizio di ottemperanza, norma che garantirebbe la eliminazione, in radice, di tutte le conseguenze negative che discendono dal ricorso all'espropriazione presso terzi regolata dal codice di rito. Si ritiene che tale previsione normativa possa superare il vaglio di costituzionalità tenuto conto della adeguatezza del rimedio per la effettiva soddisfazione (e quindi per l'effettiva tutela giurisdizionale) del creditore e della coeva tutela delle posizioni della amministrazione statale che trovano copertura costituzionale.

In linea con le suddette conclusioni è la volontà del Legislatore che, nel progetto iniziale della commissione per la adozione del codice del processo amministrativo, intendeva sostituire al nome "*giudizio di ottemperanza*" quello

di "giudizio di esecuzione". Rimasta immutata la disciplina che ora conosciamo, si è tornati al giudizio di ottemperanza: la celerità del rito, il dimezzamento dei termini processuali, gli ampi poteri del giudice amministrativo, la sicura soddisfazione del creditore a mezzo degli atti che eventualmente il commissario *ad acta* è chiamato ad adottare, la previsione ed applicazione della sanzione pecuniaria per l'inadempimento (4), secondo i parametri dell'art. 614 *bis* c.p.c. anche per le statuizioni di condanna non tempestivamente eseguite, la proponibilità del giudizio per la esecuzione di pronunce giurisdizionali la cui esecutività non sia sospesa (C.d.S. n. 6155/2011), sono tutti elementi che dovrebbero fare del giudizio di ottemperanza lo strumento di elezione per la soddisfazione delle pretese creditorie nei confronti dello Stato che siano consacrate in un titolo esecutivo.

In tale sede potranno essere anche adottate congrue misure dirette ad evitare quelle anomalie e aggravati di spesa che, con dovizia di particolari ed una sostanziale ragionevolezza, vengono puntualmente segnalate dal Ministero della Giustizia. Evidentemente, ad esempio, occorrerà particolare attenzione nel far coincidere la nomina di commissari *ad acta* con funzionari della stessa amministrazione debitrice **in grado di redigere efficacemente i mandati (elettronici) di pagamento**, in modo da evitare che il compito affidato dal giudice si sovrapponga, come lavoro aggiuntivo, ai normali compiti d'istituto svolti dai diversi dipendenti nominati commissari. L'iniziativa legislativa potrebbe trovare la sua sede naturale nei provvedimenti che il Governo sta predisponendo proprio in relazione ai pagamenti delle pubbliche amministrazioni.

4. In questo contesto e sulla base delle considerazioni in diritto sopra svolte, la bozza di accordo che si va a sottoscrivere con la Banca d'Italia assume una funzione strumentale di regolare *al meglio* una situazione di fatto, che presentava in relazione ai pignoramenti presso la Tesoreria, anche ulteriori anomalie e disfunzioni che le parti intendono comunque superare.

Nell'esprimere, quindi, sostanziale condivisione sulle premesse, sull'oggetto e sugli obiettivi della bozza di accordo proposta, una particolare attenzione va riposta all'utilizzo degli speciali ordini di **pagamento in conto sospeso**.

Su tale tema, in sede di tavolo di lavoro, l'Avvocatura, sulla scorta dei pareri resi in varie circostanze (Nota AGS 9356 del 29 gennaio 2003 e, da ultimo, dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli) aveva condiviso la formula (in verità generica) circa "un maggiore utilizzo di tale strumento anche con riferimento a fattispecie assimilabili a quelle contemplate dalla let-

(4) Il ministero della Giustizia ha trasmesso in visione la nota CEDU del 13 dicembre 2012 con la quale la Corte segnala, in caso di componimento bonario, l'obbligo di corrispondere per il ritardo nell'adempimento (attestato dai ricorsi promossi presso l'organismo internazionale di giustizia) una somma forfettaria aggiuntiva di euro 200 a titolo di "danno morale". La questione, in relazione al giudizio amministrativo è oggi all'esame della Corte Costituzionale presso la quale è stata rimessa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

tera della norma di legge (transazioni stipulate per atto pubblico, conciliazioni giudiziali etc.). Tale formulazione è stata espunta nelle modifiche richieste dalla Ragioneria Generale dello Stato. Su tale punto la Scrivente ritiene che il testo debba essere reintrodotta o, perlomeno, la questione affrontata.

Il pagamento in conto sospeso è stato introdotto dall'art. 14 del DL 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni nella legge 28 febbraio 1997, n. 30 e concerne letteralmente *“procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro”*. Il comma 2 prevede che: *“Nell'ambito delle amministrazioni dello Stato, nei casi previsti dal comma 1, il dirigente responsabile della spesa, in assenza di disponibilità finanziarie nel pertinente capitolo, dispone il pagamento mediante emissione di uno speciale ordine di pagamento rivolto all'istituto tesoriere, da regolare in conto sospeso. La reintegrazione dei capitoli avviene a carico del fondo previsto dall'articolo 7 della legge 5 agosto 1978, n. 468, in deroga alle prescrizioni dell'ultimo comma. Con decreto del Ministro del tesoro sono determinate le modalità di emissione nonché le caratteristiche dello speciale ordine di pagamento previsto dal presente comma”*. La problematica relativa al pagamento da regolare in conto sospeso precede chiaramente le tematiche relative al pignoramento e riguarda le amministrazioni presso le cui sedi vengono *ex lege* notificati i titoli esecutivi, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 14 del D.L. 669/96. L'Avvocatura dello Stato, alla quale il titolo viene notificato per l'ulteriore finalità della decorrenza del termine breve per l'impugnazione o comunicato dalla cancelleria dell'autorità emittente, di norma trasmette il titolo all'amministrazione corredandolo del relativo parere sulla impugnabilità o meno della statuizione, raccomandando comunque, ove non vi siano ragioni ostative, la pronta esecuzione, con riserva di ripetizione nell'eventualità di gravame.

Si segnala che, come già affermato dall'Avvocatura Generale con nota n. 9356 del 29 gennaio 2003 e ribadito con recente parere (Cs 9378/12 GER) dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, l'amministrazione è tenuta al pagamento, anche in conto sospeso, a prescindere dalla notifica del titolo in forma esecutiva, costituendo la notifica del titolo esecutivo (ed il decorso dello *spatium adimplendi*) solo un onere in capo al creditore ed avendo già prima il titolo efficacia esecutiva con la operatività della statuizione di condanna del debitore, determinante, ad esempio, la maturazione di interessi in capo al creditore, eventualmente statuiti, o comunque legalmente prescritti.

È avviso della Scrivente che la procedura di conto sospeso possa ragionevolmente estendersi, eventualmente attraverso un atto di interpretazione autentica del Legislatore, agli atti di transazione e alle clausole conciliative le quali ove autenticate (art. 474 c.p.c.) acquistano natura di titolo esecutivo per le obbligazioni di somme di denaro in esse contenute. In altri termini sia

la transazione e, ancor di più l'atto conciliativo in sede giudiziaria, nel quale può agevolmente confluire la stessa transazione, consentirebbero **un notevole risparmio di spese** e, spesso, in relazione a controversie relative ad opposizioni a decreti ingiuntivi, **un abbattimento della stessa sorte** richiesta dalla controparte.

5. In ordine all'impignorabilità dei fondi l'intesa raggiunta, seppur rappresenta un passo avanti rispetto alle attuali prassi, non consente di superare del tutto le notevoli difficoltà frapposte dal mondo forense e dagli stessi giudici dell'esecuzione in relazione all'applicazione di disposizioni di legge, quali quelle che sanciscono la non pignorabilità di determinate somme, avvertite dal mondo giudiziario come ingiuste *norme di privilegio*. Inoltre spesso alla declaratoria legale di impignorabilità di determinate somme a disposizione dell'amministrazione statale non segue l'esplicita esenzione per la Tesoreria dall'obbligo di accantonamento, sicché il riacquisto della disponibilità da parte dell'amministrazione intimata avviene solo all'esito (spesso incerto) di un giudizio di opposizione; si rammenta al riguardo l'art. 168 del decreto ministeriale 29 maggio 2007 recante le Istruzioni sui servizi del Tesoro laddove genericamente prevede che *"in tutti i casi in cui l'ordinamento giuridico riconosca impignorabili e/o insequestrabili determinate disponibilità, le Tesorerie sono tenute ad apporre ugualmente il vincolo ad eccezione dei soli casi in cui norme di legge espressamente le esonerino dall'obbligo di accantonare ..."*. È una chiara anomalia del sistema, dal momento che l'impignorabilità è stabilita dal Legislatore proprio per evitare che la mancanza di disponibilità di fondi paralizzi attività delle amministrazioni statali costituenti servizi pubblici essenziali (5).

(5) A titolo riassuntivo, e probabilmente non esaustivo, si evidenziano le disposizioni che concernono le fattispecie di impignorabilità.

L'art. 1 DL 313/94 primo comma individua alcuni limiti oggettivi di impignorabilità per categorie di somme di denaro: i fondi di contabilità speciale a disposizione delle prefetture delle direzioni di amministrazione delle Forze armate e della Guardia di finanza; le aperture di credito a favore dei funzionari delegati degli enti militari, degli uffici o reparti della Polizia di Stato, della Polizia penitenziaria e del Corpo forestale dello Stato, del Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari e dei comandi del Corpo nazionale dei vigili del fuoco o del Cassiere del Ministero dell'interno; i fondi destinati al pagamento di spese per servizi e forniture aventi finalità giudiziaria o penitenziaria; tutti i fondi comunque destinati a servizi e finalità di protezione civile, di difesa nazionale, di sicurezza pubblica di vigilanza, prevenzione e repressione delle frodi nel settore agricolo, alimentare e forestale; al rimborso delle spese anticipate dai comuni per l'organizzazione delle consultazioni elettorali; al pagamento di emolumenti e pensioni a qualsiasi titolo dovuti al personale amministrato.

Fuori dei casi di impignorabilità, questi fondi sono tutti assoggettati esclusivamente alla procedura di espropriazione mediante pignoramento diretto di cui al comma 2 dell'art. 1 DL 313/94. Il comma 3 (*"Non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento ai sensi del presente articolo presso le sezioni di tesoreria dello Stato a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Gli atti di sequestro o di pignoramento eventualmente notificati non determinano obbligo di accantonamento da parte delle sezioni medesime né sospendono l'accreditamento di somme nelle contabilità speciali intestate alle prefetture ed alle di-*

rezioni di amministrazione ed in quelle a favore dei funzionari delegati di cui al comma 1”) va inteso nel senso che i pignoramenti vanno effettuati esclusivamente nelle forme dello speciale pignoramento diretto di cui al citato articolo 2.

Di contro presso la tesoreria non sono ammessi pignoramenti aventi ad oggetto le somme sopra individuate: conseguentemente, per espressa disposizione di legge, non sorge alcun obbligo di accantonamento in capo al terzo eventualmente irritualmente pignorato.

Il medesimo espesso divieto di accantonamento riguarda le altre seguenti somme, parimenti dichiarate impignorabili e non soggette ad obbligo di accantonamento:

1) Fondi destinati al pagamento di spese, principali e accessorie, per servizi e forniture aventi finalità di difesa nazionale e sicurezza, nonché agli emolumenti di qualsiasi tipo dovuti al personale amministrato dal Ministero della difesa, accreditati mediante aperture di credito in favore dei funzionari delegati degli uffici centrali e periferici del Ministero della difesa (art. 4 D.L. 29-12-2011 n. 215).

2) Fondi intestati al Ministero del lavoro e delle politiche sociali nonché al Ministero della Salute, I fondi destinati, mediante aperture di credito a favore dei funzionari delegati degli uffici centrali e periferici del Ministero della salute, a servizi e finalità di sanità pubblica nonché al pagamento di emolumenti di qualsiasi tipo comunque dovuti al personale amministrato o di spese per servizi e forniture prestati agli uffici medesimi, non sono soggetti ad esecuzione forzata (Art. 1 comma 294 L. 23-12-2005 n. 266 e Art. 37 L. 4-11-2010 n. 183).

3) Somme affluite nelle contabilità speciali intestate a carico degli enti ed organismi pubblici di cui al primo comma dell'articolo 1 comma 1-bis L. 29/10/1984 n. 720.

4) Le somme ed i crediti derivanti dai canoni di locazione e dalla alienazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica di spettanza degli IACP, iscritti in capitoli di bilancio o in contabilità speciale (Art. 2 comma 85 L. 23-12-1996 n. 662).

5) Emolumenti di qualsiasi tipo dovuti al personale amministrato dal Ministero della giustizia, accreditati mediante aperture di credito in favore dei funzionari delegati degli uffici centrali e periferici del Ministero della giustizia, degli uffici giudiziari e della Direzione nazionale antimafia (ex art. 1-ter del d.l. n. 143/2008 conv. in l. 181/2008).

Quanto alla problematica relativa alla estensione del vincolo di impignorabilità di cui all'art. 1-ter D.L. 143 del 16.9.2008 come modificato dalla Legge di conversione n. 181 del 13.11.08, concernente pignoramenti sulla contabilità ordinaria del Ministero della giustizia, degli uffici giudiziari e della Direzione nazionale antimafia, come già evidenziato dall'Avvocatura Generale con Parere del 21 ottobre 2009 prot. 311665, “*Per i pignoramenti presso terzi notificati successivamente al 16 novembre 2008*”, data di entrata in vigore della legge di conversione citata, la Banca d'Italia dovrebbe rendere dichiarazione negativa nella quale si evidenzia di non aver eseguito alcun accantonamento in quanto l'atto di pignoramento, che avrebbe dovuto essere effettuato secondo le modalità di cui al comma 2 dell'art. 1 del decreto-legge 25 maggio 1994, n. 313, convertito in Legge 22-7-1994 n. 460, è, in forza di esplicita prescrizione, affetto da nullità e non comporta obbligo di accantonamento da parte delle Tesorerie Provinciali dello Stato.

In tale fattispecie, pertanto, sussistendo la dichiarazione negativa unitamente a mancato accantonamento, non vi sarebbe l'esigenza di proporre opposizione all'esecuzione.

In quella sede si è chiarito altresì la rubrica dell'art. 1-ter sopra citato va letta con riferimento al disposto della medesima norma, la quale non stabilisce l'impignorabilità di qualsiasi somma in giacenza sulla contabilità ordinaria, ma solo le somme ivi presenti che siano “*destinate al pagamento di spese per servizi e forniture aventi finalità giudiziaria o penitenziaria, nonché agli emolumenti di qualsiasi tipo dovuti al personale amministrato dal Ministero della giustizia, accreditati mediante aperture di credito in favore dei funzionari delegati degli uffici centrali e periferici del Ministero della giustizia, degli uffici giudiziari e della Direzione nazionale antimafia*”.

Ciò fermo restando che la forma del pignoramento debba restare quella del pignoramento diretto con le conseguenze di cui subito appresso.

L'art. 1 DL 313/94, richiamato dall'art. 1-ter DL 143/08, deviando dallo schema normativo di cui all'art. 617 c.p.c. - integra una forma espressa di nullità (di un atto processuale) *insanabile, rilevabile d'ufficio e non assoggettata al termine di cui all'art. 617 c.p.c.* I pignoramenti debbono essere eseguiti esclusivamente, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, secondo le disposizioni del libro III - titolo II - capo II del codice di procedura civile (e cioè nelle forme dell'espropriazione mobiliare presso il debitore), con atto

notificato al funzionario delegato nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati, con l'effetto di sospendere ogni emissione di ordinativi di pagamento relativamente alle somme pignorate. Il funzionario, sempreché esistano sulla contabilità speciale fondi pignorabili, provvederà a vincolare l'ammontare delle somme pignorate (si veda art. 1, comma 2 del *decreto-legge 25 maggio 1994, n. 313* il quale espressamente afferma che detti pignoramenti si effettuano secondo le peculiari forme ivi indicate e così “*si eseguono esclusivamente, a pena di nullità rilevabile d'ufficio*”).

È inoltre espressamente previsto dal successivo comma 3 dell'art. 1 DL 313/94 che “*non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento ai sensi del presente articolo presso le sezioni di tesoreria dello Stato a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio*” e che “*gli atti di sequestro o di pignoramento eventualmente notificati non determinano obbligo di accantonamento da parte delle sezioni medesime*”. (NB la norma è pedissequamente riproposta all'art. 5 *quinquies* della legge 89/01. *Vedi oltre*).

Dal rapido *excursus* normativo sin qui effettuato, appare evidente che l'atto di pignoramento, effettuato in difformità dal peculiare modello disciplinato dal D.L. 313/94, è assoggettato al seguente regime:

a) la forma del pignoramento diretto è *l'unica esclusivamente utilizzabile*, diversamente opinando, la nuova forma del pignoramento diretto presso il debitore non potrebbe mai essere applicata perché l'azione esecutiva o è diretta ad aggredire fondi impignorabili (perché destinati ai particolari scopi individuati dalle singole normative sopra richiamate) oppure altri fondi (fondi diversi) che sarebbero pignorabili nelle normali forme dell'espropriazione presso terzi. Ma la previsione di due diverse forme di pignoramento non è contemplata dall'art. 1 del D.L. 313/1994;

b) l'atto difforme dal suddetto paradigma normativo è qualificato espressamente come nullo e tale nullità è espressamente qualificata come rilevabile d'ufficio;

c) gli atti di pignoramento eventualmente effettuati presso le tesorerie (in difformità del paradigma normativo) *sono assolutamente inefficaci in quanto non comportano obbligo di accantonamento*. Essi, in altri termini, sottraggono all'oggetto dell'espropriazione le somme depositate presso le Tesorerie, e ciò fanno privando gli atti di pignoramento erroneamente effettuati di ogni idoneità all'imposizione del vincolo conservativo, così evidenziando la *voluntas legis* di sottrarre le suddette somme al soddisfacimento forzato del credito per cui si procede. Trattandosi di nullità assoluta e rilevabile d'ufficio che è volta ad impedire la prosecuzione del processo esecutivo verso l'esito finale, la stessa non può ritenersi assoggettata ai limiti temporali di rilevanza di cui all'art. 617 comma 2 c.p.c., né il giudice dell'esecuzione è libero nel non rilevarla costituendo lo stesso un vero e proprio potere-dovere. L'inefficacia assoluta dell'atto di pignoramento - ove effettuato nelle forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. anziché nelle forme di cui al DL 313/94 - è costruita in modo da impedire il sorgere dello stesso obbligo di accantonamento e custodia in capo al terzo e quindi in modo da impedire il sorgere di alcun vincolo di indisponibilità del credito sussistente nei confronti del *debitor debitoris*. Ciò rinviene la sua *ratio*, evidentemente, nella volontà di sottrarre le somme depositate presso le Tesorerie all'oggetto dell'espropriazione, il che avviene privando gli atti di pignoramento erroneamente effettuati di ogni idoneità all'imposizione del vincolo conservativo: emerge così la *voluntas legis* di sottrarre le suddette somme al soddisfacimento forzato del credito per cui si procede.

Infatti, una volta escluso l'obbligo del terzo *debitor debitoris* di effettuare l'accantonamento, viene a mancare l'oggetto stesso dell'espropriazione, giacché quel credito è sottratto al processo ed è ineseguibile, in quanto al medesimo non attratto, per l'assenza di produzione degli effetti preliminari di indisponibilità. Se lo scopo della norma è quello di sottrarre le somme giacenti presso la Tesoreria al processo esecutivo, stabilendo per altra via le modalità con cui vanno individuate le somme destinate al soddisfacimento del creditore precedente, allora ammettere che comunque il pignoramento erroneamente effettuato nelle forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. possa proseguire costituirebbe un'interpretazione abrogratrice del chiaro dettato normativo che identifica il pignoramento diretto secondo le forme imposte dall'art. 1 DL 313/94 quale forma *esclusiva* a pena di nullità assoluta delle altre forme di pignoramento senza che sia ipotizzabile alcuno spazio residuo per l'espropriazione presso terzi. A mente della consolidata giurisprudenza di legittimità “*le situazioni invalidanti, che si producano nella fase che è conclusa dalla ordinanza di autorizzazione della vendita, sono suscettibili di rilievo nel corso ulteriore del processo*” (SS.UU. n. 11178 del 27/10/1995) allorché impediscano che il processo consegua il risultato che ne costituisce lo scopo, e cioè l'espropriazione del bene pignorato come mezzo per la soddisfazione dei creditori. Detto principio è stato confermato e precisato da Cass. Sez. 3, Sentenza n. 837 del 16/01/2007 con la quale si è statuito che le nullità “*sono suscettibili di rilievo nel corso ulteriore del processo - me-*

Se così stanno le cose, allo stato degli atti la posizione assunta dalla Banca d'Italia, laddove dichiara di attenersi ad una *“interpretazione restrittiva della normativa che dispone le ipotesi di impignorabilità”* e *“rende dichiarazione negativa solo se la legge contempla espressamente l’esonero dall’obbligo di accantonamento”*, diverge dall’interpretazione prospettata della *ratio* e funzionalità della declaratoria di impignorabilità disposta dalla legge e pone le premesse per il protrarsi di un contenzioso inutile e dannoso per l’Erario. Il semplice coordinamento dell’attività della Banca d'Italia con la difesa assunta dall’Avvocatura dello Stato, ancorché prassi utile (finora raramente seguita) non appare misura sufficiente ad una serena trattazione di siffatti “anomali” processi esecutivi.

Evidentemente un atto legislativo che, in relazione a tutti i casi in cui la legge prevede l’impignorabilità di determinati fondi, faccia seguire l’esonero dall’obbligo di accantonamento da parte del terzo, con riguardo al complesso delle disponibilità dell’amministrazione interessata, risolverebbe alla radice il problema. In tal modo il terzo (Banca d'Italia) sarebbe esentato dal verificare la destinazione dei fondi ed il meccanismo, previsto dal legislatore, dispiegherebbe appieno i suoi effetti.

6. Quanto alle **spese di registrazione** dei titoli oggetto di esecuzione forzata l’intesa operativa con la Banca d'Italia appare utilmente perseguibile, soprattutto in relazione all’effetto di svincolo di somme che, date le circostanze, resterebbero accantonate e non disponibili da parte dell’Amministrazione per tempo indefinito. È apprezzabile altresì sia l’inserimento di una formula di salvaguardia nella dichiarazione che va a compiere la Banca d'Italia, sia l’interlocuzione che si prospetta con l’Avvocatura dello Stato in ordine all’eventuale opposizione al pignoramento. Per quanto concerne la soluzione pratica prospettata di ricorrere in talune ipotesi a “conti sospesi collettivi”, la Scrivente non può che ribadire quanto già esposto sul punto nel documento di lavoro a suo tempo inviato, che si riporta in nota (6).

dante opposizione agli atti esecutivi anche oltre il termine dei cinque giorni previsti a pena di decadenza, o d’ufficio dal giudice dell’esecuzione”).

In definitiva, la sottrazione dei fondi delle suddette contabilità alla possibilità dell’espropriazione presso terzi integra un vizio di nullità assoluta che, dal lato degli obblighi della tesoreria, impone di non eseguire l’accantonamento e, sul versante dell’azione esecutiva (per ciò che concerne l’attività dell’Avvocatura) è impediente lo svolgimento del processo (il quale sarebbe altrimenti mancante del suo oggetto); il relativo vizio è sottratto ai termini di cui all’art. 617 c.p.c.

(6) È noto al riguardo che le spese di registrazione per sentenze, provvedimenti e gli atti che occorrono nei procedimenti contenziosi nei quali sono interessate le amministrazioni dello Stato sono prenotati a debito, in quanto, in caso di soccombenza dell’Amministrazione, le stesse costituiscono una partita di giro per l’Erario, che non subisce un vero e proprio esborso, rientrando nel c.d. Campione Civile (oggi, ai sensi dell’art. 161 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia *“registro delle spese prenotate a debito”*). La statuizione del G.E. sul punto sarebbe infatti illegittima per violazione del combinato disposto di cui agli artt. 59 del D.P.R. 131/1986 e 158

del D.P.R. 115/2002 secondo cui si registrano a debito, cioè senza contemporaneo pagamento delle imposte dovute, le sentenze, i provvedimenti e gli atti che occorrono nei procedimenti contenziosi nei quali sono interessate le amministrazioni dello Stato e sono prenotati a debito, se a carico dell'amministrazione, tra gli altri, anche l'imposta di registro ai sensi di detto articolo 59.

Ove sussista, dunque, un titolo esecutivo (giudiziale) nei confronti dell'Amministrazione dello Stato e il G.E., in sede di procedura esecutiva a carico di quest'ultimo, disponga nell'ordinanza di assegnazione il pagamento anche delle spese di registrazione, la Tesoreria dovrebbe assumere l'impegno di trasmettere immediatamente tale ordinanza all'Avvocatura dello Stato onde consentire la tempestiva proposizione di opposizione agli atti esecutivi.

La Tesoreria, ai sensi dell'art. 170 del citato D.M. 29/5/2007, dovrà comunque eseguire tempestivamente, e comunque nel termine di legge, le ordinanze di assegnazione corrispondendo, in aggiunta a quelle indicate nel provvedimento, quelle di registrazione solo se il creditore ne comprova il pagamento, trasmettendo copia degli atti all'Avvocatura dello Stato per consentire l'azione di ripetizione all'esito dell'opposizione agli atti esecutivi.

In difetto di prova del pagamento si ritiene che la tesoreria abbia l'obbligo di svincolare le somme che residuano dopo l'esecuzione dell'ordinanza in quanto il vincolo di indisponibilità per l'importo pari alle spese di registrazione dell'ordinanza di assegnazione, che si risolve in grave danno per le amministrazioni debitorie, non sarebbe giustificato, non costituendo l'ordinanza di assegnazione con contestuale liquidazione delle spese dell'esecuzione, titolo esecutivo. Essa non può contenere neanche una condanna in caso di incapienza del residuo credito insoddisfatto (cfr. Cass. Civ. ord. n. 30457 del 30 dicembre 2011). Con tale pronuncia la S.C. sembra aver superato il precedente orientamento (Cass. 19363/2007 e 3976/03) secondo cui l'ordinanza di assegnazione costituiva titolo esecutivo non solo per la somma assegnata, ma anche per le spese della procedura sia nei confronti del debitore sia nei confronti del terzo. Si legge in tale pronuncia: *"l'art. 95 c.p.c., in relazione alla espropriazione forzata - ipotesi ricorrente nel caso in esame, si limita ad enunciare il principio secondo cui le spese sono a carico di chi ha subito l'esecuzione, il che già consente di escludere che, in questo tipo di esecuzione, sia consentito al giudice dell'esecuzione adottare una pronuncia di condanna, costituente titolo esecutivo, nei confronti del soggetto che ha subito l'esecuzione.(...) Deve infatti ribadirsi che, nel procedimento di espropriazione forzata - come nella specie - l'onere delle spese non segue il principio della soccombenza, come nel giudizio di cognizione, ma quello della soggezione del debitore all'esecuzione con il proprio patrimonio (artt. 2740 e 2910 c.c.), per cui il provvedimento di liquidazione delle spese, ancorché autonomamente emesso dal giudice dell'esecuzione, ha solo la funzione di verifica del relativo credito, del tutto analoga a quella che il giudice dell'esecuzione compie per il credito di cui si procede (ed i relativi interessi) ai fini del progetto di distribuzione e dell'assegnazione della somma ricavata dalla vendita dei beni pignorati (Cass. 8/5/1998 n. 4653; Cass. ord. 11/10/1994 n. 789). Ne deriva la correttezza della sentenza in questa sede impugnata, la quale ha ritenuto che l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c. non costituisca titolo esecutivo nei confronti del debitore né potesse contenere una condanna, nel caso - verificatosi nella specie - di incapienza del residuo credito soddisfatto"*. Del resto, sulla inidoneità dell'ordinanza di assegnazione ad acquisire il valore di giudicato si veda Cass. n. 11404/2009.

Quindi la prassi seguita dalla Banca d'Italia secondo cui, in assenza di prova del versamento dell'imposta di registro, gli accantonamenti permangono fino al decorrere del termine ordinario di prescrizione ordinaria presuppone, con ciò incorrendo in errore, che l'ordinanza di assegnazione, quanto alle spese di registrazione, costituisca titolo esecutivo.

Ovviamente, nel caso in cui il G.E. nulla disponga, correttamente, sulle spese di registrazione, giammai esse dovranno, seppur documentate, essere corrisposte al creditore procedente acquisendo il pagamento, in caso contrario, il carattere di indebito alla luce dei richiamati artt. 59 del D.P.R. 131/1986 e 158 del D.P.R. 115/2002. Del pari la Tesoreria dovrà astenersi dal dare corso al pagamento di somme intimate con precetto che abbiano esse riguardo a spese di registrazione, a spese della procedura esecutiva o al credito residuo per incapienza della somma assegnata.

Sul punto peraltro soccorre anche l'art. 165 comma 5 del D.M. 29/5/2007 di approvazione delle Istruzioni sul servizio di tesoreria dello Stato, a mente del quale *"le eventuali inibitorie o diffide notificate, anche a mezzo ufficiale giudiziario, alla Tesoreria non determinano la sospensione dei pagamenti. La Tesoreria dà informativa di tali atti all'amministrazione emittente, senza darne comunicazione agli interessati circa l'inefficacia degli atti stessi"*.

7. In relazione all'estensione temporale dell'obbligo del terzo e alle cosiddette *dichiarazioni integrative* la soluzione prospettata nella bozza di accordo, soprattutto se letta alla luce della nota della Banca d'Italia n. 269841 del 15 marzo 2013 allegata all'accordo stesso è - ad avviso della Scrivente - pienamente soddisfacente.

Nel documento di lavoro proposto dall'Avvocatura dello Stato si esprimeva l'avviso che la questione, derivante da una prassi largamente diffusa nel Foro campano, costituisse il punto più delicato della trattazione in corso nel tavolo di lavoro.

A fronte di un orientamento tuttora diffuso secondo il quale il pignoramento si estende a tutte le somme "*dovute e debende*" fino all'effettiva determinazione e soddisfazione del credito, o mediante dichiarazione o mediante sentenza che accerti l'obbligo del terzo, sul punto non può che richiamarsi a quanto dedotto nel parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli (Cs 10923/2012 CNZ), soggiungendo che l'obbligo di accantonamento del terzo si arresta, a rigore, alle somme dovute alla data di notifica del pignoramento e al più tardi al momento della formazione della dichiarazione, che sarà poi oggetto di comunicazione a mezzo raccomandata o pec sia all'ufficio giudiziario che al creditore procedente ed al debitore esecutato.

Al riguardo va ricordato, che con riferimento alle procedure esecutive intraprese a far data dal 1° gennaio 2013 la novella introdotta con la legge 228/2012 ha profondamente mutato la natura e la struttura del pignoramento presso terzi.

È previsto, infatti, che la dichiarazione del terzo venga resa, oltre che a mezzo raccomandata, alternativamente anche a mezzo posta elettronica certificata. Su questo punto sembra doversi sottolineare l'opportunità di impiegare esclusivamente questo strumento, anche tenuto conto del fatto che l'atto di pignoramento è compiuto dalla parte con il patrocinio di difensore, obbligato a indicare nell'atto l'indirizzo di PEC. In via legislativa sarebbe opportuno rendere obbligatorio, a pena di improcedibilità dell'esecuzione forzata rilevabile anche d'ufficio, l'indicazione del codice IBAN del conto corrente del creditore procedente, al fine di snellire le procedure di pagamento (nel caso in cui non si ritenga di proporre opposizione) e di evitare la duplicazione continuativa di pignoramenti per le spese successive.

Sempre riguardo alle spese di registrazione ove queste siano poste a carico del creditore procedente (all'esito fruttuoso di un giudizio di opposizione), le stesse potranno essere recuperate attivando la riscossione mediante ruoli effettuata dall'Ufficio del Campione Civile esistente presso ogni Ufficio giudiziario giusta la previsione di cui all'art. 158 del D.P.R. 115/2002 comma 3, a mente del quale "*le spese prenotate a debito e anticipate dall'erario sono recuperate dall'amministrazione, insieme alle altre spese anticipate, in caso di condanna dell'altra parte alla rifusione delle spese in proprio favore*".

La Tesoreria, in tale eventualità, e nell'ipotesi in cui si sia corrisposto in esecuzione dell'ordinanza del G.E. il pagamento dell'importo pari alle spese di registrazione, dovrebbe quindi impegnarsi a trasmettere al suddetto Ufficio del campione Civile la documentazione attestante l'avvenuta liquidazione.

Se il creditore procedente dichiara di *non aver ricevuto* la dichiarazione, e comunque il terzo non compaia all'udienza, il giudice fissa un'ulteriore udienza con ordinanza da notificarsi al terzo *almeno 10 giorni prima della nuova udienza*. Se il terzo *non compare* a tale ulteriore udienza la somma pignorata si considera *non contestata* e si forma il titolo di assegnazione. Appare evidente, come il meccanismo si presti a un utilizzo abusivo da parte del creditore procedente, il quale potrebbe omettere il deposito della dichiarazione (affermando di non averla ricevuta) onde attivare il meccanismo di non contestazione in caso di mancata comparizione in udienza. Si badi che, in vista della seconda udienza, non è prevista la possibilità di emettere dichiarazione a mezzo raccomandata o PEC ma è consentita solo la partecipazione all'udienza. D'altra parte, non è previsto che il debitore venga a conoscenza dell'avvenuta emissione della dichiarazione del terzo onde è altamente probabile che non abbia modo di opporsi tempestivamente e fondatamente all'assegnazione basata sul meccanismo di non contestazione. Inoltre, l'unica ragione di opposizione agli atti riconosciuta al terzo è quella relativa all'eccezione di non aver avuto conoscenza della citazione di cui all'art. 543 c.p.c..

Possibili rimedi: anzitutto sarebbe opportuno che la dichiarazione del terzo venga trasmessa via PEC anche all'Avvocatura dello Stato per il tempestivo deposito in vista dell'udienza. In via legislativa: sarebbe auspicabile la promozione di una norma che consenta l'invio direttamente alla cancelleria del giudice, a mezzo PEC, della dichiarazione di quantità, affinché la stessa venga d'ufficio aggiunta al fascicolo dell'esecuzione. In tale nuovo contesto tuttavia la prassi che intende adottare (ed ha in parte già adottato) la Banca d'Italia, a seguito della nota a firma Saccomanni n. 269841 del 15 marzo 2013, appare ragionevole e non lesiva delle possibilità di effettiva difesa da parte dell'amministrazione che subisce il pignoramento.

8. Sull'**estinzione delle procedure esecutive** da lungo tempo pendenti, ma tuttora non dichiarate formalmente estinte e sullo svincolo delle relative somme accantonate (art. 169 IST), la collaborazione promessa dalla Banca d'Italia e dal Ministero della Giustizia appaiono idonee a dar luogo ad uno snellimento negli accertamenti necessari. Il dato decisivo appare la possibilità di accesso da parte della Banca d'Italia alle procedure telematiche presso le Cancellerie del GE, anche se la disponibilità di elenchi aggiornati (e dei relativi accantonamenti) consentono comunque agli uffici amministrativi e, all'occorrenza, all'Avvocatura dello Stato di pervenire in tempi ragionevoli ad utili risultati.

9. In conclusione la Scrivente è dell'avviso che - sia pure nel quadro di incertezza normativa sopra delineato - l'accordo predisposto con la Banca d'Italia possa essere utilmente sottoscritto, rimettendosi la Scrivente alle valutazioni di codeste amministrazioni in ordine: a) all'eventuale ripristino della formula a suo tempo concordata relativamente all'art. 3, circa una più estesa

utilizzazione della procedura di pagamento in conto sospeso; b) ad una riformulazione dell'art. 4 che tenga conto dell'effettiva portata della impignorabilità, comunque sancita da fonte legislativa.

In realtà la materia dell'esecuzione per somme di danaro nei confronti di organi dello Stato necessita ad avviso della Scrivente di una **urgente riscrittura unitaria**, muovendo, ove se ne ravvisi l'opportunità, proprio dall'esecuzione dei decreti di condanna sulla legge Pinto e chiarendo fino in fondo la valenza e l'estensione delle varie "impignorabilità", diffuse in disposizioni sparse e frammentate nella legislazione amministrativa vigente.

Nei sensi di cui sopra è il richiesto parere, sul quale è stato acquisito l'avviso del Comitato consultivo, che si è espresso in conformità.

*** ** **

ACCORDO PER LA GESTIONE DEGLI ATTI DI PIGNORAMENTO IN DANNO DI AMMINISTRAZIONI DELLO STATO NOTIFICATI ALLA BANCA D'ITALIA - TESORERIA DELLO STATO, IN VESTE DI TERZO PIGNORATO

VISTO l'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, disciplinante gli accordi tra pubbliche amministrazioni;

VISTI la legge 28 marzo 1991, n. 104, di proroga della gestione del servizio di tesoreria provinciale dello Stato, e la relativa convenzione tra il Ministero del Tesoro e la Banca d'Italia stipulata il 17 gennaio 1992, nonché l'art. 6 del decreto legislativo 5 dicembre 1997, n. 430, che affida alla Banca d'Italia il servizio di tesoreria centrale dello Stato, e la relativa convenzione tra il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e la Banca d'Italia stipulata il 9 ottobre 1998;

CONSIDERATO che in veste di terzo pignorato la Banca d'Italia, in qualità di esercente il servizio di tesoreria dello Stato, riceve e gestisce un rilevante numero di "pignoramenti presso terzi in danno di Amministrazioni statali", attenendosi alle disposizioni del codice di procedura civile e alle leggi speciali che disciplinano la materia, nonché alle Istruzioni sul Servizio di Tesoreria dello Stato approvate con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 29 maggio 2007 (d'ora in poi IST);

CONSIDERATO che, con nota n. 1031394 del 15 dicembre 2011, la Banca d'Italia ha proposto all'Avvocatura Generale dello Stato e al Ministero dell'Economia e delle Finanze la costituzione di un tavolo di lavoro per esaminare le problematiche derivanti dal significativo aumento degli atti di pignoramento presso terzi notificati negli ultimi anni alla Banca d'Italia in qualità di tesoriere dello Stato e che, con nota n. 243842 dell'8 marzo 2013, la partecipazione ai lavori è stata estesa al Ministero della Giustizia, in considerazione delle peculiarità dei pignoramenti che interessano quest'ultimo Dicastero;

CONSIDERATO che la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 2003, n. 398, non può concedere anticipazioni di alcun tipo al Tesoro;

CONSIDERATO quanto emerso dagli approfondimenti condotti nel corso delle riunioni svoltesi in data 12 aprile 2012, 19 novembre 2012, 4 e 30 aprile 2013, 23 maggio 2013, 17 e 24 giugno 2013 e 19 dicembre 2013, anche alla luce del documento di lavoro prodotto dall'Avvocatura Generale dello Stato, che contiene tra l'altro una proposta norma-

tiva volta a promuovere il ricorso al giudizio di ottemperanza come unica forma per la soddisfazione coattiva di crediti nei confronti della P.A.;

la **Banca d'Italia**, in qualità di esercente il servizio di tesoreria dello Stato, il **Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato** (d'ora in avanti anche **Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato**), il **Ministero della Giustizia** e l'**Avvocatura Generale dello Stato** (di seguito, quando considerati cumulativamente, indicati come sottoscrittori) sottoscrivono il presente Accordo.

1. Oggetto

Il presente Accordo disciplina le attività che i sottoscrittori si impegnano a porre in essere con riferimento alla gestione dei pignoramenti in danno di Amministrazioni dello Stato notificati alla Banca d'Italia - Tesoreria dello Stato in qualità di terzo pignorato.

2. Obiettivi

Gli impegni assunti dai sottoscrittori con il presente Accordo perseguono i seguenti obiettivi:

- accrescere l'efficienza nella gestione degli atti di pignoramento individuando e promuovendo attività che, senza pregiudizio dei diritti dei creditori, prevengano le azioni esecutive, razionalizzino gli adempimenti in capo ai sottoscrittori e riducano i costi, diretti e indiretti, sostenuti dalle Amministrazioni debtrici, dalla Banca d'Italia in qualità di terzo pignorato e dal sistema giudiziario;
- rafforzare la collaborazione interistituzionale tra i sottoscrittori e tra questi e gli uffici giudiziari, anche al fine di ridurre i margini d'incertezza nell'interpretazione della normativa di riferimento e di contenere i vincoli alla gestione delle ordinarie procedure di spesa derivanti dal blocco dei fondi conseguente al pignoramento;
- promuovere soluzioni normative alle problematiche riguardanti la materia dei pignoramenti in danno delle Amministrazioni dello Stato.

3. Utilizzo degli speciali ordini di pagamento in conto sospeso al fine di prevenire le esecuzioni forzate

Con l'art. 14 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito nella legge 28 febbraio 1997, n. 30, è stato introdotto lo "speciale ordine di pagamento in conto sospeso", di seguito "SOP", con il quale le Amministrazioni dello Stato possono effettuare pagamenti per prevenire le esecuzioni forzate. Presupposti per l'emissione del SOP sono l'indicazione del debito in un provvedimento giurisdizionale o lodo arbitrale avente efficacia esecutiva e l'indisponibilità di somme sul capitolo di bilancio di pertinenza dell'Amministrazione debitrice.

I sottoscrittori riconoscono l'efficacia del SOP in chiave preventiva alle esecuzioni forzate in danno dello Stato e convengono di intraprendere iniziative volte a favorire l'utilizzo di tale strumento.

In relazione a ciò:

- l'**Avvocatura Generale dello Stato** si impegna a fornire indicazioni alle Avvocature Distrettuali affinché, nel trasmettere il titolo esecutivo notificato alle stesse *ope legis*, rammentino alle Amministrazioni debtrici l'utilizzo del SOP come strumento di assolvimento dell'obbligazione pecuniaria in assenza di fondi sul pertinente capitolo di bilancio, sottolineando quanto previsto dall'art. 14, comma 2, D.L. 669/96;
- Il **Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato** si impegna a predisporre una

circolare indirizzata alle Amministrazioni dello Stato, che riordini e coordini le istruzioni emanate a suo tempo per l'utilizzo dei SOP e legittimi la Banca d'Italia a dar corso ai SOP previa verifica della loro regolarità formale (compresa l'indicazione sul titolo dell'Amministrazione emittente e del capitolo di bilancio interessato) e dell'avvenuto riscontro tramite apposizione del "visto" da parte degli Uffici Centrali di Bilancio o delle Ragionerie Territoriali.

4. Impignorabilità dei fondi

I sottoscrittori convengono che l'ampia produzione normativa, con la quale il legislatore ha inteso sottrarre all'esecuzione forzata risorse destinate ad assicurare funzioni pubbliche meritevoli di particolare tutela, forma oggetto di un'applicazione non omogenea da parte dei tribunali e di un'interpretazione sovente non uniforme da parte delle Amministrazioni interessate.

In tale contesto, si prende atto che la Banca d'Italia, in qualità di terzo pignorato, si attiene a un'applicazione restrittiva della normativa che dispone le ipotesi di impignorabilità, atteso il suo carattere derogatorio ed eccezionale rispetto ai principi generali in materia di responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.).

In relazione a ciò:

- la **Banca d'Italia** rende dichiarazione negativa solo se la legge contempla espressamente anche l'esonero dall'obbligo di accantonamento (1);
- l'**Avvocatura Generale dello Stato**, con specifico riguardo alle ipotesi di interpretazione non uniforme della normativa in materia di impignorabilità, si impegna ad inviare alla Banca entro i tempi previsti per la dichiarazione di terzo, una nota nella quale esplicita le proprie considerazioni in merito all'impignorabilità dei fondi;
- la **Banca d'Italia** si impegna ad accludere alle dichiarazioni di terzo positive o parzialmente positive le note pervenute dall'Avvocatura dello Stato entro i termini di presentazione delle dichiarazioni stesse e a indirizzare via PEC alla competente Avvocatura, nella stessa data d'invio al creditore, la dichiarazione di terzo resa unitamente all'atto di pignoramento.

5. Spese di registrazione di ordinanze di assegnazione

Sovente nelle ordinanze sono assegnate alla parte creditrice le spese di registrazione delle ordinanze stesse ancorché detti oneri rientrino tra quelli oggetto di prenotazione a debito (c.d. "campione civile").

I sottoscrittori prendono atto che in alcuni casi tuttavia il pagamento di tali spese non viene richiesto e documentato alla Tesoreria unitamente ai pagamento della sorte capitale e delle altre spese di giudizio; i relativi accantonamenti sono pertanto mantenuti dalle Tesorerie per periodi indefiniti nella prospettiva dell'eventuale richiesta di pagamento.

In relazione a ciò:

- il **Ministero della Giustizia** si impegna a richiamare l'attenzione delle Cancellerie dei Tribunali, con apposita Circolare, sugli adempimenti concernenti la registrazione "a debito" delle ordinanze emesse in esito a pignoramenti in danno di Amministrazioni statali;

(1) In particolare, con riguardo ai pignoramenti in danno del Ministero della Giustizia, l'esonero dall'obbligo di accantonamento non può essere esteso ai cespisti (quali, ad esempio, quelli finalizzati al pagamento di imposte e tributi) che non rientrano nella previsione dell'art. 1-ter della L. 181/08.

- la **Banca d'Italia** si impegna a:

- inserire, nell'ambito delle dichiarazioni di terzo positive o parzialmente positive, la precisazione che "ai sensi degli artt. 59 del DPR 131/86 e 158 del DPR 115/02 le spese di registrazione dell'eventuale ordinanza di assegnazione emessa in esito della presente procedura esecutiva sono prenotate a debito";
 - trasmettere tempestivamente via PEC alla competente Avvocatura dello Stato l'ordinanza concernente le spese di registrazione;
 - pagare le spese di registrazione solo se documentate e richieste contestualmente alla liquidazione dell'ordinanza di assegnazione e svincolare le somme residue;
 - nell'ipotesi in cui il creditore assegnatario notifichi successivamente un precetto e promuova esecuzione diretta per il recupero delle spese di registrazione, subire il pignoramento diretto utilizzando fondi dell'Amministrazione esecutata o, in loro assenza, scritturando le somme sul conto sospeso "collettivi", ponendole a carico della stessa Amministrazione esecutata;
 - trasmettere tempestivamente l'informativa sul pignoramento subito alla competente Avvocatura dello Stato, unitamente alla dichiarazione di terzo;
 - svincolare le somme ancora accantonate per far fronte alle eventuali richieste di spese di registrazione non documentate; qualora dovesse successivamente essere documentato il pagamento di dette spese e richiesto il rimborso, si procederà secondo l'*iter* sopra delineato, utilizzando fondi disponibili del debitore esecutato ovvero, in mancanza, scritturando le somme richieste al conto sospeso collettivi, dandone tempestiva informativa al Ministero dell'Economia affinché provveda a interessare l'Amministrazione esecutata per il ripiano della partita scritturata a sospeso;
- il **Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato** e la **Banca d'Italia** concordano la procedura per autorizzare la Banca stessa a scritturare sul conto sospeso "collettivi" le somme di cui al punto precedente, qualora non esistano disponibilità, libere da vincoli, dell'Amministrazione esecutata.

6. Estensione temporale dell'obbligo del terzo

Con riferimento all'estensione temporale dell'obbligo del terzo di accantonare e dichiarare i fondi sopravvenuti alla data di notifica dell'atto di pignoramento, i sottoscrittori condividono, per i pignoramenti notificati dal 1° gennaio 2013, le linee di condotta individuate dalla Banca d'Italia e contenute nella nota n. 269841 del 15 marzo 2013, che si allega al presente Accordo.

Per quanto concerne invece le procedure notificate anteriormente al 1° gennaio 2013, nell'eventualità in cui il Giudice dell'Esecuzione inviti il terzo pignorato a rendere una "dichiarazione integrativa":

- la **Banca d'Italia** si impegna a comunicare tramite PEC al creditore procedente che la dichiarazione già resa nel termine previsto dagli artt. 543 e 547 c.p.c. non può essere oggetto di integrazione;
- l'**Avvocatura Generale dello Stato** si impegna affinché la competente Avvocatura Distrettuale dello Stato si costituisca per conto dell'Amministrazione esecutata nell'eventuale giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo intrapreso nei confronti della Banca d'Italia, facendo valere l'inammissibilità e/o l'infondatezza dell'azione di accertamento per difetto della dichiarazione integrativa;
- il **Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato** si impegna a tenere indenne

la Banca per il pagamento delle somme accertate nel giudizio di accertamento nonché per l'eventuale condanna alle spese di lite conseguenti alla soccombenza nel relativo giudizio di cognizione, da porre a carico dell'Amministrazione esecutata. Gli adempimenti procedurali da porre in essere sono concordati tra la Ragioneria Generale dello Stato e la Banca.

7. Estinzione delle procedure pregresse

I sottoscrittori prendono atto che presso le Tesorerie risultano giacenti accantonamenti per procedure esecutive relativamente alle quali non è in molti casi possibile acquisire l'attestazione, richiesta dall'art. 169 delle IST, che legittimi la Banca d'Italia allo svincolo delle somme.

In relazione a ciò:

- la **Banca d'Italia** si impegna a comunicare via PEC all'Avvocatura dello Stato, al Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, al Ministero della Giustizia e alle Cancellerie dei Tribunali - con cadenza annuale - l'elenco delle procedure pendenti da oltre due anni a fronte delle quali sussistono accantonamenti. L'elenco conterrà gli elementi relativi alla procedura esecutiva in possesso della Banca (indicazione delle parti; numero del titolo esecutivo richiamato nell'atto di pignoramento; importo accantonato e, ove già noto il numero del Ruolo Generale);
- Il **Ministero della Giustizia** si impegna a favorire le opportune iniziative dei Presidenti di Tribunale e dei Dirigenti di Cancelleria affinché sia agevolata, in relazione al punto che precede, la ricerca di informazioni sullo stato delle procedure pendenti da oltre due anni. Le informazioni acquisite sono messe a disposizione dell'Amministrazione debitrice, dell'Avvocatura e della Banca d'Italia. Il **Ministero della Giustizia**, inoltre, si attiverà affinché la Banca d'Italia e gli altri grandi utenti - terzi pignorati possano avere accesso telematico alle Cancellerie.

8. Ulteriori impegni dei sottoscrittori

I sottoscrittori si impegnano a incontrarsi con cadenza almeno semestrale al fine di verificare i risultati delle azioni intraprese e discutere eventuali adeguamenti in relazione all'evoluzione del contesto di riferimento, dando atto delle problematiche discusse in apposito verbale.

Roma, 15 APR. 2014

Per la Banca d'Italia

Il Direttore Generale
Salvatore Rossi

Per il Ministero dell'Economia e delle Finanze
Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato
Il Ragioniere Generale dello Stato
Daniele Franco

Per il Ministero della Giustizia
Il Capo Dipartimento per gli affari di giustizia
Simonetta Matone

Per l'Avvocatura Generale dello Stato
Vice Avvocato Generale
Giuseppe Fiengo

*** ** **

BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Prot. n. 0269841/13 del 15/03/2013
SERVIZIO RAPPORTI CON IL TESORO (832)
DIVISIONE ANALISI NORMATIVA E PAGAMENTI PUBBLICI (025)

AI CAPI
DEI SERVIZI E DELLE FILIALI

Classificazione VI 4 14

Oggetto Atti di pignoramento presso terzi. Modifiche al c.p.c.

1. Premessa.

La legge di stabilità 2013 (L. 24.12.2012, n. 228) ha modificato alcuni articoli del codice di procedura civile riguardanti i pignoramenti presso terzi.

Le disposizioni introdotte dall'art. 1, co. 20, della legge (1) - che si applicano ai procedimenti esecutivi iniziati successivamente al 1° gennaio 2013 (2) - hanno una portata fortemente innovativa, con riflessi sugli adempimenti del terzo pignorato riguardanti la dichiarazione di quantità, l'estensione temporale dell'obbligo e il comportamento processuale. In particolare, sono stati integrati gli artt. 543 (Forma del pignoramento) e 547 (Dichiarazione del terzo) e sostituiti gli artt. 548 (Mancata o contestata dichiarazione del terzo) e 549 (Accertamento dell'obbligo del terzo).

Le novità riguardano:

- la soppressione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo e la riconduzione dei relativi accertamenti nel processo di esecuzione (artt. 548 e 549 c.p.c.);
- l'invio della dichiarazione di terzo con posta elettronica certificata;
- la fissazione di un'apposita udienza per la comparizione del terzo nel caso in cui il creditore sostenga di non aver ricevuto la dichiarazione epistolare.

Si forniscono di seguito - d'intesa con il Servizio Sistema dei Pagamenti - istruzioni per la gestione delle procedure esecutive in cui l'Istituto è citato in veste di terzo pignorato; per uniformità di linea di condotta, le istruzioni si applicano sia ai pignoramenti del ramo "Banca", sia a quelli del ramo "Tesoreria" ove non diversamente indicato.

2. Novità concernenti l'accertamento dell'obbligo del terzo.

L'art. 549 c.p.c. non contempla più il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo ma demanda al G.E. - compiuti i "necessari accertamenti" - la definizione con ordinanza dei casi di contestazione della dichiarazione.

La soppressione della possibilità di instaurare un giudizio autonomo e incidentale di accertamento dell'obbligo (3) consente di superare la necessità per il terzo di vincolare i fondi pervenuti in data successiva a quella della dichiarazione, con positivi riflessi sui carichi operativi delle unità Gestione Servizi di Pagamento. Pertanto, la presenza di tali

(1) Per comodità di consultazione si riporta, in allegato, il testo vigente degli articoli del codice di procedura civile.

(2) Ai sensi dell'art. 491 c.p.c., l'espropriazione forzata inizia con la notifica dell'atto di pignoramento.

(3) Il precedente art. 548 c.p.c. stabiliva la possibilità del giudizio di accertamento anche se il terzo non compariva all'udienza stabilita o, comparendo, rifiutava di fare la dichiarazione. Pertanto, l'udienza assumeva anche per il terzo un carattere di centralità.

fondi non andrà più monitorata, nel rispetto delle specificità di seguito indicate per i pignoramenti dei rami "Tesoreria" e "Banca".

Avuto presente che il codice di procedura civile stabilisce che la dichiarazione va resa "entro" dieci giorni dalla notifica dell'atto di pignoramento (artt. 543 e 547 c.p.c.), le dichiarazioni negative o parzialmente positive, per ragioni di uniformità di comportamento andranno predisposte, firmate e spedite sempre il decimo giorno, preferibilmente tra i primi adempimenti della giornata operativa (4). Le dichiarazioni positive possono invece essere via via spedite nell'arco temporale dei dieci giorni previsti dal codice.

L'art. 549 c.p.c. non specifica gli strumenti e le modalità secondo cui il G.E. condurrà i "necessari accertamenti" per definire le contestazioni. Dall'esame della norma si evince che le Filiali potrebbero essere destinatarie di notifiche di provvedimenti con cui il G.E. dispone la comparizione del terzo con finalità istruttorie. In tali ipotesi, si avrà cura di interessare tempestivamente per le istruzioni il competente Servizio dell'A.C. e la Consulenza legale.

Nel caso specifico di notifica di ordinanza emessa a norma dell'art. 549 c.p.c. suscettibile di censure da parte del terzo andranno interessati il competente Servizio dell'A.C. nonché la Consulenza Legale ai fini della valutazione dell'impugnativa ex art. 617 c.p.c., sottoposta al termine di decadenza di giorni venti.

3. Invio della dichiarazione di terzo con posta elettronica certificata.

È ora espressamente previsto che per l'invio della dichiarazione di terzo al creditore l'utilizzo della PEC ha effetti equivalenti a quello della raccomandata (artt. 543, co. 2, n. 4 e 547, co.1 c.p.c.).

Pertanto, la dichiarazione dovrà essere resa al legale del creditore a mezzo PEC, apponendo la firma digitale. Per le dichiarazioni del ramo "Tesoreria", la PEC potrà essere utilizzata anche per l'invio delle previste comunicazioni all'Amministrazione interessata e all'Avvocatura dello Stato. Resta inteso che nei casi in cui non sia possibile l'utilizzo della PEC, la dichiarazione sarà trasmessa a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno.

4. Onere di comparizione all'udienza ex art. 548 c.p.c..

Nelle fattispecie diverse dai pignoramenti riguardanti i crediti di cui all'art. 545, co. 3 e 4 (5), qualora il creditore dichiari di non aver ricevuto la dichiarazione di terzo, il G.E. con ordinanza fissa un'udienza successiva. L'ordinanza è notificata al terzo almeno 10 giorni prima della nuova udienza.

In base a tale disposizione, il terzo ha l'onere di comparire all'udienza di rinvio ex art. 548, co. 2, c.p.c., in difetto il credito si ritiene non contestato e il G.E. potrà assegnarlo.

(4) Si richiama l'attenzione sulla particolare cura che andrà posta, in caso di dichiarazione negativa o parzialmente positiva, nella verifica delle disponibilità del debitore esecutato pervenute immediatamente prima della spedizione della dichiarazione. Per quanto ovvio, alle dichiarazioni negative o parzialmente positive continuerà ad accludersi l'elenco delle pregresse procedure in danno del medesimo debitore esecutato che non risultano ancora definite.

Infine, si specifica che i debiti derivanti da contratti della Banca in essere alla data del decimo giorno successivo a quello di notifica dell'atto, come già in precedenza, andranno inseriti nella dichiarazione di terzo e le eventuali somme già esigibili e quelle ancora da maturare andranno vincolate fino alla concorrenza dell'importo precettato aumentato del 50% come dispone l'art. 546 c.p.c.

(5) Si tratta delle somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento.

All'udienza il terzo comparirà al solo fine di attestare di avere già reso la dichiarazione di quantità, producendola in copia unitamente alla documentazione attestante la notifica via PEC, ovvero alla ricevuta di accettazione della raccomandata e al relativo avviso di ricevimento. Della presenza del terzo e del deposito della documentazione andrà chiesta la verbalizzazione all'udienza.

A tal fine è necessario che le Filiali accertino l'avvenuto ricevimento della dichiarazione di quantità da parte del legale del creditore procedente.

Qualora nell'ordinanza di rinvio ad altra udienza il G.E., oltre alla comparizione, richieda di rendere la dichiarazione di terzo ovvero di integrarla con fondi sopravvenuti, le Filiali si limiteranno a confermare e comprovare la spedizione della dichiarazione senza alcuna integrazione.

Nell'eventualità che il G.E. emetta ordinanza di assegnazione di somme non dichiarate, andranno tempestivamente interessati il competente Servizio dell'A.C. nonché la Consulenza Legale perché possa tempestivamente proporsi l'eventuale opposizione agli atti esecutivi per la quale il codice fissa un termine decadenziale di giorni venti (art. 617 c.p.c.). La presente comunicazione è disponibile nell'archivio elettronico della normativa collegata alle Circolari 245/02 e I TP. (cap. II).

Distinti saluti.

IL DIRETTORE GENERALE
FABRIZIO SACCOMANNI

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

L'ordinamento amministrativo della pubblica sicurezza, dalla singolarità nazionale alla proiezione europea

*Valerio Perotti**

Conclusa l'analisi dei principi giuridici che caratterizzano il modello europeo di ordinamento della pubblica sicurezza (con particolare attenzione, da ultimo, alla funzione di coordinamento, decisiva nell'attuazione dei criteri di sussidiarietà e leale cooperazione *ex art. 4 TUE*), lo studio prosegue con l'esame dei principali aspetti di quello italiano.

Di quest'ultimo, in particolare, vengono evidenziate le maggiori criticità strutturali, derivanti dalla sovrapposizione di diverse materie nel *corpus* della legge 121/81 e dalla mancata adozione di un criterio-guida di carattere funzionale che sancisca la definitiva separazione tra organi (ed attribuzioni) di indirizzo ed organi (ed attribuzioni) esecutivi o di gestione. Di tali anomalie si tenta altresì di fornire una spiegazione sistematica attraverso la puntuale (e spesso inedita) ricostruzione degli antecedenti storici delle norme attualmente in vigore. Lo studio si conclude poi con una sintetica verifica delle soluzioni adottate negli ordinamenti di pubblica sicurezza di altri Paesi membri dell'UE, tra cui quelli del cd. "G6" europeo.

SOMMARIO: PARTE II - 2. Principi generali in materia di pubblica sicurezza: A) Il principio di coordinamento tra ordinamento nazionale e comunitario, nel rapporto con la potestà ordinatoria dell'Autorità di governo. A.1) Il modello di coordinamento nel sistema amministrativo italiano. A.2) Il modello di coordinamento nelle fonti dell'Unione Europea. Conclusioni - 3. Principi generali in materia di pubblica

(*) Avvocato dello Stato.

Del presente saggio si pubblica la seconda parte, con l'invito - per il Lettore interessato alla integrale fruizione - al precedente numero di questa rivista, Rass. 2013, IV, 131 ss.

sicurezza: B) L'ordinamento italiano alla luce della legge 121/81 e del TULPS: linee guida, profili storici e problematicità di sistema. B.1) L'Amministrazione della Pubblica Sicurezza in Italia. B.2) Il Dipartimento della Pubblica Sicurezza. B.3) Le Autorità provinciali di Pubblica Sicurezza. B.4) Sicurezza urbana e poteri del Sindaco quale rappresentante del Governo. Il modello della cd. "sicurezza partecipata" - 4. Elementi di diritto comparato nella prospettiva del "modello europeo". La cd. gestione "di prossimità". Sintesi e conclusioni.

2. Principi generali in materia di pubblica sicurezza: A) il principio di coordinamento tra ordinamento nazionale e comunitario, nel rapporto con la potestà ordinatoria dell'Autorità di governo.

A.1) IL MODELLO DI COORDINAMENTO NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ITALIANO.

L'ordinamento della pubblica sicurezza italiano, definito dalla legge 1° aprile 1981 n. 121, fa perno sul principio di "coordinamento" delle Forze di polizia, esercitato dal Ministro dell'Interno per il tramite dell'*Amministrazione di Pubblica Sicurezza*. Le Forze di polizia vengono a loro volta individuate dall'art. 16 della medesima legge, ovverosia i due Corpi storicamente deputati a tale incombenza - la Polizia di Stato e l'Arma dei Carabinieri, quest'ultima quale Forza armata in servizio permanente di pubblica sicurezza - cui vengono ad affiancarsi la Guardia di Finanza, la Polizia Penitenziaria ed il Corpo Forestale dello Stato.

A livello centrale la funzione di coordinamento viene svolta in seno al *Comitato nazionale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, presieduto dal Ministro dell'Interno e composto dal Direttore generale della P.S. (nonché capo della Polizia di Stato), dal Comandante generale dell'Arma dei Carabinieri e dal Comandante generale della Guardia di Finanza, mentre a livello decentrato vi è deputato il *Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica* (uno per ogni provincia), presieduto dal Prefetto e composto dal Questore (che vi partecipa in qualità di dirigente territoriale della Polizia di Stato), dal Comandante provinciale dell'Arma dei Carabinieri e dal Comandante provinciale della Guardia di Finanza.

In linea operativa e di principio, dunque, tale modello presuppone l'assoluta parità delle Forze di polizia e la loro comune sottoposizione al potere direttivo (con correlata responsabilità) dell'Autorità politica di governo.

A sua volta, la legge 3 agosto 2007 n. 124, recante "*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*", recante la riforma dei servizi segreti italiani, ha istituito il *Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza* (DIS), l'*Agenzia Informazioni e Sicurezza Esterna* (AISE) e l'*Agenzia Informazioni e Sicurezza Interna* (AISI) in luogo dei preesistenti CESIS, SISMI (militare) e SISDE (civile).

Il DIS è un Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri deputato a vigilare sull'attività di AISI ed AISE in merito alla corretta applicazione

delle disposizioni emanate dal Presidente del Consiglio quale Autorità nazionale per la sicurezza, ferme restando le competenze esclusive delle Agenzie per quanto riguarda l'attività di ricerca informativa e la collaborazione con i servizi di sicurezza degli Stati esteri.

Il Dipartimento assicura inoltre lo scambio informativo tra AISE, AISI e Forze di polizia.

Come già accennato, la legge 121/81, dopo aver confermato la storica compresenza delle due Forze di polizia a carattere generale (l'Arma dei Carabinieri e la Polizia di Stato, nella quale era nel frattempo confluito il Corpo delle Guardie di Pubblica Sicurezza), attribuì, seppur in via concorrente e/o residuale, la qualifica di Forze di polizia (con attribuzioni di pubblica sicurezza) ad ulteriori tre Corpi con competenze settoriali, così da assicurare comunque ai Prefetti la disponibilità di forze sufficienti a fronteggiare eventuali emergenze di ordine pubblico (305).

Per questa ragione, in presenza di una pluralità di soggetti coinvolti sotto il profilo operativo, si pensò di ricorrere all'istituto del *coordinamento* per assicurare un'ordinata gestione del "sistema sicurezza", il che spiega la necessità di procedere - prima di ogni altra considerazione - alla corretta definizione di questo principio giuridico-organizzativo (306).

Generalmente ne vengono individuate due figure - "*amministrativo*" e "*politico*" - frutto di una complessa evoluzione storica.

In passato era comune l'idea che il "*coordinamento amministrativo*" fosse un semplice predicato del vincolo di superiorità gerarchica, teso ad evitare, negli ordinamenti più complessi, la contraddittorietà dell'azione amministrativa (di per sé tesa, per quanto possibile, al raggiungimento di obiettivi unitari e predeterminati (307)): in questi termini si parlava (308) di *coordinamento* per descrivere una relazione interorganica meno intensa di quelle *gerarchica* (connotata dal potere di ordine) e *direttiva* (connotata dai poteri di propulsione, direzione e controllo), intercorrente tra uffici tutti variamente subordinati ad un comune superiore gerarchico che si avvaleva di un coordinatore (spesso, ma non necessariamente, sovraordinato agli

(305) Sull'argomento si veda l'interessante studio di SAVINO, *L'assetto delle Forze di polizia in Italia: i problemi esistenti e le prospettive di riforma*, IRPA Roma 2010.

(306) Il principio del coordinamento, sviluppatosi contestualmente al progressivo intervento dello Stato moderno nei più disparati settori della vita economica e sociale, è una caratteristica delle cd. "democrazie avanzate" ed inclusive (per utilizzare la terminologia di DAHL, *Poliarchia*, Milano 1997), destinata ad assumere un ruolo crescente a fronte di uno sviluppo sempre più articolato e complesso delle relazioni sociali, interne ed internazionali. È inoltre una tipica funzione degli ordinamenti decentrati e/o federali, atta a comporre i rapporti tra gli organi di vertice dello Stato e le istanze territoriali, generalmente alla luce del principio di sussidiarietà.

(307) In argomento si veda CIRILLO, *Il coordinamento amministrativo quale strumento procedimentale nell'epoca del decentramento e della autonomia istituzionale*, Roma 2004.

(308) BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. Dir.* X, Milano, 1962, pp. 630 ss.

altri) per assicurare un'unitarietà amministrativa più capillare.

La tesi della derivazione gerarchica era legata alla concezione ottocentesca del potere ordinatorio, secondo cui l'attività amministrativa altro non sarebbe che un'attività di *polizia* (309) volta a contenere (e quindi sindacare) le iniziative egoistiche dei sudditi, componendole alla luce dell'interesse generale: ciò giustificherebbe un margine di intervento amministrativo quanto più ampio possibile, fatte soltanto salve le garanzie di legge a tutela dei diritti individuali. Da tale premessa discendeva l'idea secondo cui tutte le disposizioni di legge possono essere superate - seppur in via temporanea - attraverso l'esercizio dispositivo della potestà ordinatoria (310), ogniquale volta sussistano dei rischi per l'integrità dell'interesse generale che, di fatto, richiedano un intervento autoritativo.

La riserva di un ampio margine di intervento ordinatorio veniva altresì giustificata (una volta distinta, con lo Statuto Albertino, la funzione legislativa da quella esecutiva) in un'ottica "costituzionalista", quale strumento per garantire l'equilibrio tra i Poteri esecutivo e legislativo, ad evitare che il secondo potesse stemperare la *ratio* politica ed ordinativa sottesa al principio di separazione dei Poteri (311).

Le attribuzioni *ordinatoria* e di *coordinamento* sarebbero quindi, secondo questa linea di pensiero, manifestazioni - di intensità diversa - della generale potestà amministrativa connaturata agli organi del Potere esecutivo.

Il progressivo consolidarsi del principio di legalità in seno all'attività amministrativa portò peraltro, nel corso dei primi anni del Novecento, ad una significativa contrazione dei presupposti dell'attività ordinatoria di governo.

Con l'avvento della dittatura, però, il modello dello "*Stato di polizia*" riprese nuovo slancio, proprio in reazione al suddetto consolidamento, per essere infine consacrato nel TULPS in un'ottica opposta a quella del precedente sistema liberale: ciò conseguiva al fatto che il mutamento di regime istituzionale

(309) Nel senso etimologico del termine (dal greco *Pólis*, o città-Stato), quale complesso delle attività di amministrazione delle comunità umane organizzate. L'espressione appare invero più congruente con la nozione "integrata" di *Politia* elaborata nel Quarto Libro della *Politica* di Aristotele (IV, 4 1291-b 7-11, nonché IV, 2 1289-a 36-37; cfr. IV, 7 1293-a 39-41).

(310) Consistente nella possibilità di adottare ordinanze contingibili ed urgenti (idonee a derogare pure a disposizioni di legge) e pertanto attribuita solo al Prefetto, in quanto espressione dell'Autorità di governo, nonché al Sindaco (coerentemente, nei limiti in cui eserciti le funzioni di ufficiale del medesimo Governo). È invece tutt'altra cosa il potere di ordinanza del Questore (ex art. 37 D.P.R. 782/85), avente correttamente ad oggetto - di converso - solo la precisazione delle linee-guida del coordinamento operativo delle Forze di polizia di volta in volta messe a disposizione dai rispettivi Comandi, sulla base di quanto in precedenza concordato in sede di *Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica*, in presenza di particolari situazioni di pericolo ambientale. La necessità, in tale ipotesi, di ricorrere ad un'ordinanza è dovuta anche alla circostanza che - rispetto a tali Forze - il Questore ed i suoi delegati non esercitano alcuna forma di sovraordinazione gerarchica e dunque non possono emettere direttamente degli ordini.

(311) Cfr. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano 1954.

venutosi a creare, pur ad ordinamento costituzionale formalmente invariato (312), poneva il Governo non più come diretta emanazione dell'autorità del Sovrano (ovvero di una contingente maggioranza parlamentare), bensì come *alter ego* di quest'ultimo ed espressione delle reali linee di indirizzo politico-amministrativo dello Stato.

In un regime non liberale, però, una tale ricostruzione fatalmente finiva per contraddire i principi dello Stato di diritto.

In quest'ottica, l'art. 2 attribuiva al Prefetto (rappresentante del Governo) “*nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*”, formalizzando il principio per cui il potere esecutivo (*recte*, di indirizzo politico-amministrativo, essendo il Prefetto diretta emanazione dell'Autorità di governo) disponeva di un generale potere di ordinanza in materia di pubblica sicurezza, non tipizzabile *a priori*, al fine di assicurarne unità e costanza di indirizzo, anche a fronte di eventi subitanei ed imprevedibili.

Benché formalmente circoscritte al “settore sicurezza”, le nuove linee di indirizzo descrivevano un sistema più ampio ed inclusivo, nel quale di fatto tutta l'attività amministrativa veniva, in ultima analisi, ad essere ricondotta al *genus* dell'intervento di polizia (quale strumento necessario per la tutela della sicurezza sociale), tant'è vero che il successivo R.D. 3 marzo 1934 n. 383 (313) attribuiva sempre al Prefetto la potestà di adottare “*in caso di urgente necessità i provvedimenti indispensabili nel pubblico interesse nei diversi rami del (suo) servizio*”.

Il sistema tracciato dal TULPS, come si avrà modo di approfondire, era incentrato sulla figura del rappresentante del Governo, dal quale non a caso dipendeva il Questore (appartenente anch'egli alla carriera “civile” dell'Interno, a differenza degli organici di polizia, e per questa ragione definito *Autorità* di P.S., pur con specifiche attribuzioni *operative*, a fronte delle competenze generali del proprio superiore), ma non anche i vertici delle altre Forze di polizia (segnatamente i Carabinieri, legati da giuramento al Capo dello Stato e non, come il primo, al capo del Governo).

In tale assetto istituzionale sia la funzione ordinatoria, sia quella di coordinamento prefettizia garantivano, a livello territoriale, il necessario equilibrio tra il potere governativo (che aveva concretamente assunto anche le

(312) Lo Statuto Albertino rimase infatti in vigore per circa un secolo, dal 4 marzo 1848 sino al 1° gennaio 1948, allorché fu sostituito dall'attuale Costituzione repubblicana. Al pari della Costituzione di *Weimar* in Germania, la sua natura “flessibile” (ossia derogabile già solo con legge ordinaria e priva di un effettivo apparato sanzionatorio, in caso di violazione) di fatto ne vanificò la funzione di riferimento e limite per l'attività di governo. Tale concreta irrilevanza fu la vera ragione per cui non ci si pose mai il problema di una sua formale abrogazione, neppure a seguito di radicali mutamenti istituzionali.

(313) Detto anche *Testo Unico delle leggi comunale e provinciale* (TULPC), abrogato dall'art. 274 D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL). In argomento, cfr. anche TUFARELLI, *Polizia amministrativa*, in *Nss. Dig. It. XIII*, Torino 1966.

funzioni legislative, esautorando di fatto il Parlamento) e la Corona.

Con il mutato assetto costituzionale dello Stato, però, anche i presupposti giuridici del “sistema sicurezza” enucleato nel TULPS manifestano progressivi segni di cedimento: nel corso del tempo, in particolare, la tesi che la **funzione di coordinamento** sia un attributo del potere gerarchico è stata superata dalla giurisprudenza di legittimità (ed implicitamente da quella costituzionale) a favore del principio che si tratti piuttosto di un vero e proprio *rapporto organizzativo* nel quale armonizzare l'azione di centri di potestà pubbliche dotati, a vario titolo, di autonomia (*in primis* operativo/amministrativa).

Questa chiave di lettura si è consolidata anche a livello sovranazionale (dove opera in raccordo con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ex art. 5 TUE) e vede nella funzione di coordinamento “*lo strumento più idoneo a prevenire il rischio che l'attuazione di doverose forme di decentramento amministrativo possa eventualmente generare, col tempo, una moltiplicazione di centri amministrativi autoreferenziali e di limitata efficacia, una volta riscontrata l'inefficienza del precedente modello direttivo-gerarchico*” (314).

Le ragioni di tale evoluzione sono innanzitutto logiche: invero, la tesi (seguita almeno sino a tutti gli anni sessanta) secondo cui per “coordinamento” non si intenderebbe un'autonoma categoria giuridica, bensì un mero attributo della *gerarchia* (sul presupposto implicito che tra le funzioni del superiore gerarchico vi sarebbe stata anche quella di coordinare l'attività dei suoi sottoposti), in realtà contraddiceva il dato normativo, poiché il rapporto gerarchico (315) si caratterizza per il fatto di attribuire all'organo superiore un diretto potere di *ordine* (attributo del rapporto di supremazia), che è invece assente nella funzione di coordinamento.

Tra i critici della teoria della derivazione gerarchica, un primo orientamento (316) **riconducesse la funzione di coordinamento in quella di direzione**,

(314) Così, testualmente, CIRILLO, *op. ult. cit.*

(315) Definibile quale rapporto *esterno* intercorrente tra organi individuali di grado diverso, all'interno (generalmente) di uno stesso ramo dell'Amministrazione. Un'eccezione a tal ultima regola viene ravvisata, da alcuni, nel vincolo gerarchico che lega il Prefetto anche ad altri Ministri diversi da quello dell'Interno, rapporto che la dottrina generalmente riconduce alla nozione di dipendenza *funzionale*.

(316) PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. Giur.* IX, Roma 1988, pp. 1 ss. ne parla come di semplice attributo di altre forme “tipiche” di rapporto interorganico: in particolare, l'attribuzione legislativa di un potere di emanare direttive a fini di coordinamento consentirebbe, secondo l'Autore, di ricondurlo nell'ambito della *direzione*. Il “coordinamento” non sarebbe dunque un'autonoma forma organizzatoria, bensì una semplice potestà esercitabile nell'ambito di schemi ordinatori preesistenti. Altra dottrina ha pensato di fondare tale interpretazione sul disposto degli artt. 16, comma primo lett. e), e 17 comma primo lett. d) del D.lgs. 165/2001 che, in materia di pubblico impiego statale, definisce il *coordinamento* come attributo del potere di *direzione* dei Dirigenti generali. La tesi non appare però fondata, in ragione sia della portata settoriale del D.lgs. 165/01 (che osta alla possibilità di desumerne un principio di carattere generale), sia dell'espressa riferibilità di tali disposizioni ad un rapporto interorganico, laddove **il coordinamento di cui si tratta ha invece ad oggetto l'azione di soggetti appartenenti a diverse Amministrazioni, e comunque non legati tra loro da alcun vincolo di natura gerarchica** (com'è invece il caso dei Dirigenti generali e di quelli semplici, nell'ordinamento per Dicasteri cui si riferiscono le norme citate).

modulo organizzativo nel quale un soggetto ha la potestà di emanare *direttive* nei confronti di terzi, la cui obbligatorietà non è però assoluta come nel caso degli ordini, essendo possibile discostarsene previa adeguata motivazione.

In questi termini, la figura del coordinamento non assumeva ancora un rilievo autonomo, continuando ad essere ricondotta ad un rapporto di sovraordinazione (sia pur tendenziale) che si esprime nell'adozione di direttive, strumentali alla funzione di indirizzo.

Anche questa ricostruzione non può però dirsi corretta, poiché la funzione di *coordinamento* (consistente nell'armonizzare attività diverse, superando contrasti e divergenze di metodo) è cosa diversa da quella di *indirizzo* (che si traduce nel prefissare un obiettivo, senza però individuare le concrete modalità per raggiungerlo (317)): a tal proposito appare decisiva - anche in relazione al correlato potere *ordinatorio* dell'Autorità di P.S. - la progressiva presa di coscienza del collegamento dell'attività amministrativa al potere di direzione politica del Governo (ex art. 95 Cost.) secondo criteri di imparzialità (art. 97 Cost.) che assicurino il perseguimento degli obiettivi istituzionali senza distinzioni arbitrarie nei confronti degli amministrati, in attuazione del principio di cui all'art. 3 Cost.

Questi principi portano - con specifico riguardo alla funzione di coordinamento amministrativo - al consolidamento del presupposto della **piena e sostanziale equiordinazione dei soggetti da coordinare**, da cui consegue che nessuno di essi può disporre di un potere di sovraordinazione (e/o direzione) rispetto agli altri, essendo per contro tutti egualmente sottordinati agli organi di indirizzo politico (la cd. "*Civil Authority*", nel diritto anglosassone).

In merito invece al correlato potere ordinatorio (che del coordinamento talvolta rappresenta una modalità operativa), gli stessi principi comportano il progressivo ridimensionamento dell'autonomia valutativa dell'Autorità amministrativa, posto che l'assoggettamento del suo operato al principio di legalità (adesso costituzionalmente *imposto*) tendenzialmente esclude la disponibilità sia della scelta del provvedimento da adottare, sia del relativo contenuto.

Significativa dottrina (318) ha evidenziato come sin dalle origini la "sicurezza" sia stata considerata dal legislatore un fatto di *organizzazione* ammini-

(317) La potestà di "indirizzo", nel diritto amministrativo, è cosa diversa da quella di *ordine*, tipica della relazione gerarchica, poiché consiste nell'emanare delle semplici *direttive* con le quali non vengono più imposti dei puntuali comportamenti, ma sono fissati gli obiettivi concreti da perseguire, al più con ordine di priorità. Per l'effetto i destinatari della direttiva (tecnicamente *sottordinati* all'organo dirigente, ma non anche suoi *subordinati*) conservano un margine più o meno ampio di autonomia, in relazione ai modi ed ai tempi dell'azione (tant'è che l'organo sottoposto a direzione può comunque disattendere la direttiva, purché motivatamente, ove in contrasto con i propri fini istituzionali o per altri validi motivi).

(318) GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna 2008. Cfr. anche CHIAPPETTI, *L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*, Padova 1973.

strativa (319), tanto nell'assetto accentrato dello Stato assolutista (nel quale l'Autorità di governo, unica interprete delle esigenze della collettività, ha sia la capacità di dettare norme speciali *ad hoc*, sia di portarle ad esecuzione tramite l'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza*), quanto nei regimi parlamentari inclusivi, nei quali si assiste ad un ulteriore fenomeno, l'iniziale tendenza a "*circoscivere le questioni concernenti la sicurezza nell'ambito dell'amministrazione interna di polizia, riconoscendo autonomia, da un lato, sia all'apparato militare di difesa esterna (costituito e organizzato secondo principi e norme del tutto peculiari, vero e proprio ordinamento speciale), sia, dall'altro, alla diversa funzione di repressione degli illeciti penali spettante all'autorità giudiziaria*".

La distinzione tra le funzioni di sicurezza "interna" ed "esterna", peraltro, come si è visto in precedenza, secondo il "modello europeo" è destinata a stemperarsi notevolmente.

Come efficacemente rilevato (320), l'Autorità amministrativa nel nuovo assetto costituzionale è chiamata ad assolvere le proprie funzioni esecutive attraverso l'esercizio *discrezionale* (321) della potestà di cui è investita, in linea con l'indirizzo generale del Governo. La discrezionalità si traduce nell'autonoma determinazione dei contenuti del provvedimento da adottare per l'assolvimento della propria missione istituzionale, nel puntuale rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e nei limiti delle competenze attribuite per legge (ex artt. 97 e 98 Cost.).

In questi termini, nell'esercizio delle potestà ordinatoria e di coordinamento entrano in gioco nuovi principi, mutuati anche dall'ordinamento sovranazionale, *in primis* quello di *trasparenza*, principale corollario dell'imparzialità.

Del resto, a seguito delle riforme del 1998 e 2001 sulla struttura generale dell'Amministrazione dello Stato, il rapporto tra organi amministrativi non viene (più) configurato in termini gerarchici, bensì di *competenza*: orbene, un tale mutamento di prospettiva non può non coinvolgere anche l'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza* ed i rapporti tra questa e gli operatori che vi contribuiscono, *in primis* le Forze di polizia. Queste ultime, infatti, sono dotate di competenza generale nei rispettivi ordinamenti (322), incontrano gli stessi limiti e sono sottoposte ai medesimi vincoli (*in primis* il rispetto dei principi dello Stato di diritto, etc.).

(319) In termini generali, si veda anche CORSO, *Polizia di sicurezza*, in *Dig. Disc. Pubbl.* XI, Torino 1996, pp. 319 ss..

(320) Sul punto LO TORTO, *La potestà ordinatoria tra autoritatività ed autorevolezza*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 8.

(321) Laddove per discrezionalità amministrativa si intende, secondo giurisprudenza consolidata, la possibilità di individuare, tra più soluzioni egualmente legittime (in quanto prefissate dal legislatore), quella che meglio si attaglia, anche in termini di opportunità, al caso di specie, consentendo un ottimale contemperamento degli interessi coinvolti (*id est*, la minor lesione possibile di quelli soccombenti).

In questa logica si iscrive l'articolata attribuzione di potestà ai soggetti che operano nel particolare sistema di cui trattasi: *“la conformazione al modello ordinamentale dello Stato di diritto esclude irreversibilmente ogni possibile giustificazione dell'esercizio dispositivo dell'attività esecutiva, ed impone che anche l'attività ordinatoria, in quanto destinata ad incidere sugli interessi degli amministrati, debba trovare fondamento nella legge, che ne determina estensione e limiti”* (323).

Il potere di ordinanza *“extra ordinem”*, in quanto idoneo a derogare (seppur temporaneamente) a norme dispositive di legge, è un attributo esclusivo dell'Autorità di governo, com'è vero che viene riservato al Prefetto ed al Ministro dell'Interno (artt. 2 e 216 del R.D. n. 773 del 18 giugno 1931, nonché - per il primo - già ex artt. 19 e 20 del R.D. 383 del 3 marzo 1934); coerentemente, ne sono invece privi i soggetti cui spettano compiti esecutivi (ovverosia le Forze di polizia), ivi compreso il Questore nelle sue attribuzioni - puramente tecniche e non di indirizzo - di Autorità di P.S. (cfr. *infra*).

Sulla base di queste premesse l'Alta Corte (324) ha definito i limiti del potere di ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS, precisando che i provvedimenti contingibili ed urgenti non possono comunque contrastare con i principi fondamentali dell'ordinamento, né incidere in materie coperte da riserva assoluta di legge; nei settori per i quali il Costituente ha previsto una prevalenza solo tendenziale della riserva di legge (riserva cd. relativa), è comunque necessario che la legge indichi dei *“criteri appropriati a delimitare la discrezionalità dell'organo investito del relativo potere”*.

Le ordinanze in questione non sono espressione della potestà normativa di governo, ma solamente di un potere amministrativo, non esercitabile al di fuori dei casi previsti dalla legge. Integrano dunque un'eccezionale potestà in deroga, che però non consente (più) di superare il disposto della legge ordinaria per adattarlo alle esigenze del caso concreto, ma solo di intervenire in via autoritativa per far fronte a situazioni parimenti eccezionali che non possono essere gestite con i mezzi ordinari. Il che implica che i provvedimenti derogatori avranno necessariamente efficacia circoscritta nel tempo, limitata alla so-

(322) Ciò vale perlomeno per le due principali, a competenza generale: per l'Arma dei Carabinieri, cfr. i D.lgs. nn. 297 (*“Norme in materia di riordino dell'Arma dei Carabinieri”*) e 298 (*“Riordino del reclutamento, dello stato giuridico e dell'avanzamento degli Ufficiali dei Carabinieri”*), entrambi del 5 ottobre 2000, nonché la legge-delega n. 78 del 31 marzo 2000, testi poi recepiti e riordinati nel Codice dell'Ordinamento Militare (D.lgs. n. 66/2010) e relativo Testo Unico Regolamentare (D.P.R. 90/2010); per la Polizia di Stato, la legge 1° aprile 1981, n. 121 (gli artt. 24 ss.), nonché il D.P.R. 28 ottobre 1985, n. 782 (*“Approvazione del regolamento di servizio dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza”*). La Guardia di Finanza ha invece competenza generale esclusivamente *“in materia economica e finanziaria sulla base delle peculiari prerogative conferite dalla legge”* (così l'art. 1, comma primo, del D.lgs. 19 marzo 2001, n. 68).

(323) Lo TORTO, *op. ult. cit.*, p. 9.

(324) *Ex multis*, Corte Cost. n. 8 del 20 giugno 1956 e n. 26 del 23 maggio 1961.

luzione dell'emergenza contingente e senza possibilità di incidere nel quadro normativo generale.

Il potere ordinatorio prefettizio in materia di ordine e sicurezza pubblici è dunque legato ad una decisione di indirizzo del Governo, cui corrisponde una precisa responsabilità politica.

Più di recente, sempre in materia di sicurezza, il principio è stato ribadito dall'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione civile, nel prevedere che *“Al verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale”*. A tal fine il Consiglio dei Ministri può provvedere *“anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico”*. Le ordinanze *“in deroga”* vanno comunque motivate.

Il legislatore ha stabilito inoltre che **l'esercizio delle potestà in deroga necessariamente presuppone un atto politico** (con conseguente assunzione di responsabilità), in quanto circoscritto agli interventi richiedenti l'esercizio di poteri straordinari (ex art. 2, comma primo, lett. a e b della legge 225/92).

Ne consegue (conformemente, del resto, a quanto si verifica nella quasi totalità degli ordinamenti improntati ai principi dello Stato di diritto individuati dall'OSCE) che **sia il potere ordinatorio che quello di coordinamento - relativamente al settore sicurezza - sono predicati della sola Autorità di governo, e non anche degli organi esecutivi** (anche solo per effetto di delega).

Ciò premesso, la tesi più accreditata e recente (325) supera le contraddizioni delle precedenti interpretazioni sul tema del coordinamento alla luce delle finalità indicate dall'art. 97 Cost., evidenziando come se ne possa parlare solo quando i *soggetti* coinvolti siano *tra loro assolutamente equiordinati* e non invece quando l'uno si trovi, rispetto all'altro, in una posizione di (pur tendenziale) subordinazione, come ancora si verifica in un rapporto di *direzione*, avente mero carattere procedimentale.

Questa ricostruzione trova conforto anche nel modello di coordinamento

(325) In dottrina si vedano SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, pp. 237 ss. e CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2009, pp. 118 ss.. In quest'ottica il coordinamento rappresenta una **relazione organizzativa** che intercorre **tra organi posti tra loro in rapporto di assoluta equiordinazione** e titolari di competenze che, pur essendo autonome e distinte, necessitano di essere ricondotte all'interno di un disegno unitario in vista della realizzazione di un interesse comune, per conferire coerenza e sistematicità all'attività della Pubblica amministrazione. In relazione alla funzione politica si veda invece MANGIAMELI, *L'indirizzo e coordinamento: una funzione legislativa costituzionalizzata dalla Corte*, in *Giur. Cost.* 1997, pp. 1131 ss. e GABRIELE, *Indirizzo e coordinamento (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di CASSESE), IV, Milano 2006, pp. 3082 ss.

amministrativo descritto dalla normativa comunitaria (cfr. *infra*).

In base a tale orientamento, ormai pacifico, per coordinamento si intende **la specifica formula organizzatoria con cui vengono gestite**, nel diritto amministrativo, **le relazioni interorganiche** (o intersoggettive) **nelle quali è necessario salvaguardare l'autonomia dei soggetti coordinati ed insieme la possibilità di un loro indirizzo unitario a determinati fini comuni** (326): è quindi inconciliabile con l'esistenza di un rapporto gerarchico, nel quale l'ordine viene imposto e non - come nel coordinamento - cercato insieme con altri, la cui collaborazione è essenziale per il raggiungimento del risultato comune.

Sia il *coordinare* che l'*ordinare* sono attività finalizzate al raggiungimento di un ordine, con la particolarità che coordinando si raggiunge un ordine condiviso. Accettando di essere coordinati, i soggetti coinvolti rinunciano consapevolmente ad una parte della propria autonomia, poiché il fine che si intende raggiungere, e che tutti condividono, viene ritenuto più importante degli obiettivi che ciascuno di essi potrebbe perseguire singolarmente, se non riconoscesse le limitazioni di cui si è detto (327).

La funzione di coordinamento riguarda quindi ipotesi in cui i soggetti pubblici coinvolti sono tutti titolari di una potestà (328), alla quale però non corrisponde - parallelamente e reciprocamente - una situazione di soggezione: il che accade nei casi in cui **la cura di un determinato interesse pubblico non è esclusiva di un solo organo, ma viene attribuita ad una pluralità di soggetti tra loro indipendenti ed equiordinati**.

Non può quindi parlarsi di *coordinamento* se non in presenza di **soggetti collocati in posizione giuridica e funzionale assolutamente paritaria**, principio quest'ultimo che, come si è avuto modo di approfondire, rappresenta non solo un elemento caratteristico delle più recenti politiche di polizia internazionale, ma direttamente il **presupposto imprescindibile delle strategie di sicurezza dell'Unione Europea**, a partire dal Consiglio Europeo di Santa Maria da Feira (1999) in poi.

(326) Così BACHELET, *op. cit.*, p. 635. Per quanto attiene il settore della pubblica sicurezza, si veda anche ROMANO, *Il ruolo di coordinamento del Prefetto tra storia e prospettive future*, in *Instrumenta* n. 24/2004, pp. 841 ss..

(327) Così DE PAOLA, *Il ruolo del Prefetto nel sistema della sicurezza pubblica. Le funzioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica nel nuovo quadro ordinamentale delle autonomie locali*, Roma 2006, p. 47.

(328) Ad esempio, i rapporti intercorrenti tra le Direzioni generali di uno stesso Ministero, ovvero tra più soggetti appartenenti ad Amministrazioni diverse ma tutti competenti alla cura del medesimo interesse pubblico.

A.2) IL MODELLO DI COORDINAMENTO NELLE FONTI DELL'UNIONE EUROPEA.
CONCLUSIONI.

Lo strumento del coordinamento è tipico del diritto dell'Unione Europea, essendo impiegato nel cd. "diritto primario" (o diritto "costituzionale" dei Trattati) nell'identificare determinate competenze dell'Unione. In particolare, l'art. 6 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona nel quadro di una complessiva riorganizzazione sistematica delle attribuzioni, istituisce in capo all'Unione delle "competenze complementari" nei seguenti termini:

"L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti: a) tutela e miglioramento della salute umana; b) industria; c) cultura; d) turismo; e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport; f) protezione civile; g) cooperazione amministrativa".

Un ruolo speciale riveste poi il coordinamento delle politiche economiche, occupazionali e sociali, al quale è dedicato il precedente art. 5 TFUE, che così dispone: *"1. Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima per dette politiche. Agli Stati membri la cui moneta è l'euro si applicano disposizioni specifiche.*

2. L'Unione prende misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri, in particolare definendo gli orientamenti per dette politiche.

3. L'Unione può prendere iniziative per assicurare il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri".

Specifiche norme disciplinano inoltre i tre settori sovra considerati (in particolare, gli artt. 121, 148 e 153 TFUE).

Benché nelle materie rientranti nella competenza complementare dell'Unione possano adottarsi anche provvedimenti di carattere legislativo, eventualmente secondo la procedura ordinaria (ad es. nel caso dell'art. 173 TFUE, in materia di politica industriale), di regola non è invece possibile porre in essere delle misure finalizzate ad armonizzare tra loro le specifiche normative di settore nazionali.

Quanto sopra pare rispondere alla preoccupazione di stabilire precisi limiti alle competenze dell'Unione in settori considerati sensibili dagli Stati membri.

A ciò aggiungasi che in alcune materie, quali le politiche sociali ed occupazionali, gioventù, istruzione e formazione, si è applicato, a partire dal 1998 (e rafforzato con l'adozione della "strategia di Lisbona" nel 2000 (329)), il c.d. "metodo aperto di coordinamento" (MAC), uno strumento non vincolante di co-

(329) L'archivio delle relative fonti giuridiche è su http://eur-lex.europa.eu/it/dossier/dossier_13.htm.

ordinamento delle politiche pubbliche degli Stati membri consistente nello scambio di informazioni e *best practices*. L'art. 148 TFUE (ex art. 128 TCE) rappresenta un esempio di tale meccanismo nell'area delle politiche per l'occupazione:

“1. In base a una relazione annuale comune del Consiglio e della Commissione, il Consiglio europeo esamina annualmente la situazione dell'occupazione nell'Unione e adotta le conclusioni del caso.

2. Sulla base delle conclusioni del Consiglio europeo, il Consiglio, su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del comitato per l'occupazione di cui all'articolo 150, elabora annualmente degli orientamenti di cui devono tener conto gli Stati membri nelle rispettive politiche in materia di occupazione. Tali orientamenti sono coerenti con gli indirizzi di massima adottati a norma dell'articolo 121, paragrafo 2.

3. Ciascuno Stato membro trasmette al Consiglio e alla Commissione una relazione annuale sulle principali misure adottate per l'attuazione della propria politica in materia di occupazione, alla luce degli orientamenti in materia di occupazione di cui al paragrafo 2.

4. Il Consiglio, sulla base delle relazioni di cui al paragrafo 3 e dei pareri del comitato per l'occupazione, procede annualmente ad un esame dell'attuazione delle politiche degli Stati membri in materia di occupazione alla luce degli orientamenti in materia di occupazione. Il Consiglio, su raccomandazione della Commissione, può, se lo considera opportuno sulla base di detto esame, rivolgere raccomandazioni agli Stati membri.

5. Sulla base dei risultati di detto esame, il Consiglio e la Commissione trasmettono al Consiglio europeo una relazione annuale comune in merito alla situazione dell'occupazione nell'Unione e all'attuazione degli orientamenti in materia di occupazione”.

Infine, il coordinamento tra le politiche economiche degli Stati membri rientra tra le materie disciplinate dal Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* (c.d. “*Fiscal Compact*”) concluso nel marzo 2012: accanto alle più note disposizioni in tema di disciplina fiscale e relativi meccanismi di controllo e sanzione, il Trattato contiene infatti un Titolo IV, intitolato “*Coordinamento delle politiche economiche e convergenza*”, composto dai seguenti tre articoli:

art. 9 *“Basandosi sul coordinamento delle politiche economiche, quale definito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le parti contraenti si impegnano ad adoperarsi congiuntamente per una politica economica che favorisca il buon funzionamento dell'unione economica e monetaria e la crescita economica mediante una convergenza e una competitività rafforzate. A tal fine le parti contraenti intraprendono le azioni e adottano le misure necessarie in tutti i settori essenziali al buon funzionamento della zona euro, perseguendo gli obiettivi di stimolare la competitività, promuovere l'occupazione, contribuire ulteriormente*

alla sostenibilità delle finanze pubbliche e rafforzare la stabilità finanziaria”;

art. 10 *“Conformemente alle disposizioni dei trattati su cui si fonda l’Unione europea, le parti contraenti sono pronte ad avvalersi attivamente, se opportuno e necessario, di misure specifiche agli Stati membri la cui moneta è l’euro, come previsto all’articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, e della cooperazione rafforzata, come previsto all’articolo 20 del Trattato sull’Unione europea e agli articoli da 326 a 334 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nelle materie essenziali al buon funzionamento della zona euro, senza recare pregiudizio al mercato interno”;*

art. 11 *“Ai fini di una valutazione comparativa delle migliori prassi e adoperandosi per una politica economica più strettamente coordinata, le parti contraenti assicurano di discutere ex ante e, ove appropriato, coordinare tra loro tutte le grandi riforme di politica economica che intendono intraprendere. A tale coordinamento partecipano le istituzioni dell’Unione europea in conformità del diritto dell’Unione europea”.*

In relazione alla citate norme del TFUE (per l’approfondimento tematico delle politiche di sicurezza dell’UE si rimanda alla prima parte di questo lavoro) l’attività di coordinamento è svolta dall’Unione e talora, più specificamente, da una sua Istituzione quale il Consiglio, laddove i soggetti coordinati sono gli Stati membri (o le loro Istituzioni di vertice), sicché sarebbe del tutto fuorviante inquadrarla in rapporti di tipo “gerarchico”: la funzione di coordinamento presuppone infatti, nel diritto dell’Unione, un rapporto di assoluta pariordinazione tra i soggetti coordinati e la sua adozione come strumento della *governance* economica europea comprova l’inadeguatezza di una configurazione di tipo gerarchico a cogliere i rapporti tra coordinatore e coordinati, ovvero l’articolazione delle rispettive competenze.

Un esempio di ciò è dato dal già richiamato *“metodo aperto di coordinamento”* (MAC), strumento col quale Commissione, Consiglio e Consiglio Europeo hanno cercato di promuovere il coordinamento delle politiche degli Stati membri in materia sociale, a partire dalla seconda metà degli anni novanta: si basa - mutuando il modello del coordinamento delle politiche per l’occupazione già previsto dal Trattato di Amsterdam - su cicli iterativi con periodicità variabile che prevedono, per ciascun settore di *policy* cui il metodo viene applicato, la fissazione a livello europeo di linee guida ed obiettivi, la presentazione da parte degli Stati membri di piani nazionali d’azione volti all’attuazione di tali obiettivi, la valutazione *inter partes* (cd. *“peer review”*) di tali piani da parte dell’insieme degli Stati membri ed infine degli esercizi di valutazione congiunta da parte di Commissione e Consiglio (330).

(330) In questi termini, SACCHI, *Il metodo aperto di coordinamento*, URGE/Moncalieri 2006, p. 2. In argomento si veda anche RADAELLI, *The Open Method of Coordination: A new governance architecture for the European Union?*, STEPS/Stockholm 2003.

Un tal metodo di azione, esteso nel tempo ad un numero sempre crescente di materie (ad es. ricerca ed innovazione, politiche pensionistiche, assistenza sanitaria, lotta alla povertà, etc. (331)), rappresenta l'archetipo (332) del modello di coordinamento nel sistema giuridico comunitario, poiché ha l'enorme vantaggio di neutralizzare eventuali forme di competizione autoreferenziale tra i soggetti da coordinare: procede infatti attraverso lo scambio delle cd. *best practices* tra i soggetti coinvolti, in un'ottica di apprendimento reciproco che in nessun modo è in grado di intaccare la loro sovranità ed l'indipendenza delle parti coinvolte.

Trattandosi di procedure fondate sull'accordo delle parti, i singoli Governi nazionali rimangono titolari di un potere di decisione per il quale assumono una specifica responsabilità politica nei confronti dei propri cittadini, con ciò minimizzando per contro il rischio di un'intrusione in tali ambiti di Commissione e Corte di Giustizia.

Di converso, la normativa UE individua nell'organismo di indirizzo politico "terzo" (il Consiglio Europeo) l'organismo deputato al coordinamento ed alla guida del sistema, "*per garantire la coerenza globale e l'efficace controllo dei progressi finalizzati al conseguimento del nuovo obiettivo strategico*" (così al p.to 36 delle *Conclusioni*).

Ulteriore esempio di come la normativa UE concepisca la *ratio* della funzione di coordinamento in chiave paritetica e "volontaristica", in special modo nel settore sicurezza, è l'art. 73 TFUE, a mente del quale "*Gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare tra di loro e sotto la loro responsabilità forme di cooperazione e di coordinamento nel modo che ritengono appropriato tra i dipartimenti competenti delle rispettive amministrazioni responsabili per la salvaguardia della sicurezza nazionale. Il Consiglio adotta misure al fine di assicurare la cooperazione amministrativa tra i servizi competenti degli Stati membri nei settori di cui al presente titolo e fra tali servizi e la Commissione. Esso delibera su proposta della Commissione, fatto salvo l'articolo 76, e previa consultazione del Parlamento eu-*

(331) Il metodo di coordinamento in questione viene utilizzato anche in settori chiave del "sistema sicurezza" quali le politiche di immigrazione ed asilo, in ambito FSJ (cfr. *retro*). Va però precisato che il mancato raggiungimento degli obiettivi del MAC non dà luogo a sanzioni - se non di carattere politico - non potendo lo Stato membro essere convenuto in giudizio, per tale evenienza, avanti alla Corte di Giustizia UE.

(332) In particolare, il MAC viene codificato e riconosciuto, al p.to 7 delle *Conclusioni* della Presidenza, come strumento di *governance* dell'UE dal Consiglio Europeo di Lisbona del marzo 2000: "*Questa strategia potrà essere attuata migliorando i processi esistenti, introducendo un nuovo metodo di coordinamento aperto a tutti i livelli, associato al potenziamento del ruolo di guida e di coordinamento del Consiglio europeo ai fini di una direzione strategica più coerente e di un efficace monitoraggio dei progressi compiuti. Una riunione del Consiglio europeo che si terrà ogni primavera definirà i pertinenti mandati e ne garantirà il follow-up*". Documentazione su http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00100-r1.i0.htm. Per una sintesi introduttiva, cfr. http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/open_method_coordination_it.htm

ropeo” (333), norma quest’ultima che si inquadra nel cd. sistema costituzionale “multilivello” dell’UE (334).

Quanto sopra trova conferma nel più recente approccio di “*governance*” europea (o “*gouvernance civile*”, nell’accezione francese) - come codificato dal Consiglio UE nel relativo “Libro bianco” del 2001 [doc. COM(2001) 428 definitivo/2 (335)] - intesa quale “*insieme di norme, processi e comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze vengono esercitate*”, soprattutto per quanto riguarda l’apertura, la partecipazione, la responsabilità, l’efficacia e la coerenza nel processo di elaborazione delle politiche dell’Unione, principi che rafforzano quelli di sussidiarietà e proporzionalità, già previsti nei Trattati istitutivi.

Il sistema di “*governance*” è strettamente legato alla funzione di coordinamento (336) e presuppone il coinvolgimento diretto dei soggetti interessati nelle tre fasi dell’*informazione* (comunicazione e trasparenza), della *consultazione* (partecipazione) e dell’*implementazione* delle decisioni. Si è così imposta una considerazione più attenta ai diversi livelli territoriali di governo (“*multilevel governance*”) senza però interferire con gli ordinamenti interni degli Stati membri: da qui la previsione di forme di dialogo tra la Commissione e le associazioni europee e nazionali delle Amministrazioni regionali e locali.

Una maggiore responsabilità degli attori-Stati, ma anche di cittadini ed imprese, è parimenti implicita nell’adozione del già menzionato “*metodo aperto di coordinamento*”, impostato nel “*libro bianco*” e sviluppato in seguito al Summit europeo di Lisbona del 2000.

Tutto ciò premesso, resta da chiedersi con quali modalità (337) possa in concreto realizzarsi il coordinamento amministrativo, con particolare accento sul “sette settore sicurezza”.

(333) Parte della dottrina (LADENBURGER, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, in *EuConst* 4/2008, p. 36) ritiene che tale principio valga principalmente per i servizi di *intelligence*.

(334) Sull’argomento, cfr. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, Berlin/Princeton 2001. Dello stesso Autore, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, Berlin, WHI Paper 2/2002.

(335) Pubblicato su http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2001/com2001_0428it02.pdf.

(336) Con il concetto extragiuridico di *governance*, di ascendenza anglosassone, si intende il perseguimento di un obiettivo unitario a fronte di una realtà complessa, espressione di interessi pluriarticolati. Si tratta di un metodo operativo - sotto più profili analogo alla funzione amministrativa di coordinamento - attraverso il quale le differenti posizioni di più soggetti sociali sono tradotte in scelte politiche effettive (secondo la definizione di KOHLER-KOCH ed ESING, *The Transformation of Governance in the European Union*, London 1999, pp. 267 ss.) tramite forme di cooperazione ed interazione tra Stato e soggetti pubblici o privati (anche collettivi), al di fuori del modello gerarchico.

(337) Con riferimento specifico al coordinamento delle Forze di polizia si rinvia, per approfondimenti, allo studio di MOSCA, *Il coordinamento delle Forze di polizia*, Padova 2005, nonché all’efficace sinossi di FAVARO, *Il Coordinamento delle Forze di Polizia*, Lido di Ostia 2003 (su http://www.gdf.gov.it/repository/contentmanagement/information/n60981200/il_coordinamento_delle_forze_di_polizia.pdf).

Due, in particolare, sono i modelli generalmente adottati: il primo (prevalente nella legislazione dell'UE) consiste in un accordo tra gli stessi soggetti la cui attività va coordinata, generalmente raggiunto in seno ad organi collegiali o mediante atti di concerto; in alternativa si ricorre ad un soggetto terzo che svolga in maniera imparziale il ruolo di coordinatore.

Il primo modello viene anche attuato in presenza di forme di decentramento amministrativo, soprattutto quando si tratti di riconoscere ai soggetti coinvolti un potere di indirizzo politico-generale, ovvero di alta amministrazione; il secondo viene invece preferito a fronte di attività esecutive di un indirizzo politico già definito da organismi diversi, sovraordinati ai soggetti da coordinare.

In ogni caso, la funzione di coordinamento ha esclusivamente lo scopo di favorire l'azione complementare (non necessariamente la collaborazione) di diversi soggetti tra loro equiordinati, nel momento in cui possano esservi forme di contatto, eliminando potenziali contrasti o anche soltanto ostacoli di carattere procedimentale: ciò può avvenire o attribuendo ad un terzo - estraneo ad entrambe le parti - tale incombenza, ovvero costituendo una struttura collegiale formata proprio da questi ultimi, lasciando agli stessi l'onere di individuare regole e modalità tramite le quali disciplinare il reciproco intervento.

L'istituto del **coordinamento**, quindi, più che una mera formula organizzatoria è a tutti gli effetti un **rapporto organizzatorio tra distinte figure soggettive equiordinate**, che si instaura nell'ambito di un procedimento pubblicistico per armonizzare le diverse istanze e professionalità di cui sono portatori tali soggetti, onde evitare la frammentazione dell'azione amministrativa.

Il rapporto, pur avendo un'autonoma qualificazione giuridica, non necessariamente dà luogo ad una struttura organizzativa stabile, ben potendosi esaurire con la conclusione di un singolo procedimento, ma durante la sua vigenza assume comunque carattere vincolante (338) per i soggetti coinvolti. In ogni caso, la formula del "coordinamento" va intesa più come "risultato" che come modulo organizzatorio (339).

Nel sistema della pubblica sicurezza assume poi rilievo la distinta funzione del "*coordinamento politico*", che nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 95 Cost., compete al Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale

(338) La natura vincolante del programma concordato tra le parti della cui attività operativa si tratta (talvolta denominato "*atto di disegno di coordinamento*") è da ritenersi, per giurisprudenza costante (che talvolta parla di *condicio sine qua non*), un presupposto implicito, pena il venir meno di ogni effettività nell'esercizio delle correlate potestà pubblicistiche: ciò anche laddove la legge nulla preveda al riguardo, neppure in merito al soggetto cui spetti formalmente adottarlo. Nel sistema francese, ove non sia intervenuto un atto *atto di concerto* direttamente tra i soggetti interessati, si ricorre ad apposite conferenze preliminari di servizi (cfr., in Italia, l'art. 14 legge 241/90).

(339) In argomento si veda PIGA, *Premesse ad uno studio sul coordinamento amministrativo*, in *Foro ammin.*, 1981, pp. 716 ss.

“dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene unità di indirizzo politico e amministrativo, promuovendo e coordinando l’attività dei Ministri”; nel modello costituzionale vigente, in effetti, ogni attribuzione decisionale sull’indirizzo della pubblica sicurezza è attratta in capo al Governo, che delega operativamente le relative incombenze al Ministro dell’Interno.

Quest’ultimo, come è noto, le esercita avvalendosi delle strutture interne del proprio Dicastero, in particolare dell’organico tecnico-strumentale interforze del Dipartimento della Pubblica Sicurezza.

Ciò spiega perché sia il Ministro - e non il vertice del Dipartimento di P.S. - l’organo coordinatore del sistema sicurezza in Italia: il fatto poi che il Ministro dell’Interno disponga di un potere di *coordinamento*, ma non anche di *ordine* nei confronti delle singole Forze di polizia (340), è coerente con il vigente assetto ordinamentale dello Stato, nel quale è venuto meno - da ultimo con D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - ogni vincolo gerarchico tra i Ministri ed i dirigenti dei singoli Dicasteri.

L’art. 3 del Decreto, in particolare, assegna agli *“organi di governo ... le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti”*, laddove ai dirigenti pubblici compete *“l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l’Amministrazione verso l’esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell’attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati”*.

La norma è espressione non solo del principio di buona amministrazione (e responsabilizzazione) di cui all’art. 97 Cost., ma pure dei principi che ispirano il più complesso sistema amministrativo comunitario, nel quale viene nettamente separata l’attività di indirizzo politico (cui è correlata l’assunzione di responsabilità per il conforme operato dell’Amministrazione statale (341))

(340) Il potere di *direzione*, peraltro, non è riferito alle Forze di polizia presenti sul territorio di una provincia, bensì ai soli *“servizi di ordine e sicurezza pubblica”* (come precisa l’art. 1, comma primo, della legge 121/81).

(341) Ai sensi dell’art. 4 D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 *“Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti”*; di converso *“Ai dirigenti spetta l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l’amministrazione verso l’esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell’attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati”*. A sua volta, l’art. 14 precisa che *“Il Ministro esercita le funzioni di cui all’articolo 4, comma 1. A tal fine periodicamente, e comunque ogni anno entro dieci giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, anche sulla base delle proposte dei dirigenti di cui all’articolo 16: a) definisce obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare ed emana*

da quella esecutiva del medesimo, devoluta alla responsabilità di apparati tecnici e professionali che risponderanno del perseguimento o meno degli obiettivi prefissati in sede di indirizzo.

La funzione di coordinamento nel settore della pubblica sicurezza non tanto (e non solo) è dovuta alla presenza di più Forze di polizia, quanto piuttosto all'interdisciplinarietà della materia, che coinvolge un numero più o meno elevato di operatori dalle competenze molteplici, così come un'ampia gamma di possibili tipologie di intervento: oltre alle funzioni specifiche delle Forze dell'ordine, infatti, a seconda dei casi troveranno impiego le risorse dei Vigili del fuoco piuttosto che dell'Esercito o di altre Forze armate (ad es. la Guardia costiera) ovvero ancora le competenze della Protezione civile e di altri organismi pubblici a carattere specialistico.

Di ciò dà piena espressione la vigente **normativa dell'UE** in materia di pubblica sicurezza (interna ed esterna); quest'ultima, inoltre, **nel privilegiare il modello "integrato" a pluralità di competenze**, secondo parte della dottrina **contrasterebbe con un assetto della P.S. tendenzialmente "monistico" nel quale tali attribuzioni vengano attratte sotto la responsabilità diretta di un unico Dicastero**, sia perché l'apparato burocratico chiamato a gestirle - per quanto versatile - non potrebbe mai disporre di sufficienti competenze specialistiche e di idonei apparati di supporto, salvo renderlo elefantiaco (e dunque, alla lunga, inefficiente e costoso), sia per evidenti esigenze di garanzia istituzionale, per cui non sarebbe mai auspicabile un'eccessiva concentrazione di poteri (tanto più se idonei ad incidere sulla libertà personale dei cittadini) in capo ad un unico centro di direzione e/o interessi, ovvero ad un singolo apparato di sicurezza.

Non a caso, del resto, come si avrà modo di sottolineare, **nessun modello contemporaneo dello Stato di diritto prevede una simile eventualità.**

In questi termini, la legge 121/81 individua correttamente nel Ministro dell'Interno non il *capo* di tutte le Forze di polizia dello Stato (e men che mai - anche solo *pro tempore* - degli altri soggetti di volta in volta chiamati a prestare servizio), bensì l'organo *funzionalmente* deputato a tradurre, in materia di pubblica sicurezza, l'indirizzo politico maturato collegialmente in seno al Governo, tramite il coordinamento degli apparati istituzionalmente tenuti a darvi pratica esecuzione.

Alla natura tecnico/ausiliaria attribuita al Dipartimento di P.S. - unitamente alla sua composizione interforze, giacché diversi sono i soggetti istituzionali che costantemente attendono all'esecuzione delle direttive governative - do-

le conseguenti direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione ... Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 1 il Ministro si avvale di uffici di diretta collaborazione, aventi esclusive competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione, istituiti e disciplinati con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 4-bis, della legge 23 agosto 1988, n. 400 ... Il Ministro non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti ... Resta salvo il potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità".

vrebbe quindi corrispondere un assetto organizzativo funzionale all'espletamento delle funzioni di supervisione e coordinamento operativo cui è deputato.

La funzione di coordinamento amministrativo esercitata dal Ministro dell'Interno presuppone però il preventivo coordinamento politico svolto dal Presidente del Consiglio dei Ministri - ex art. 95 Cost. - nel risolvere gli eventuali conflitti di interessi tra questi ultimi, posto che **l'individuazione di una politica unitaria di sicurezza spetta all'organo collegiale e non al singolo Dicastero** (in tal senso l'art. 1 comma terzo della legge 121/81 fa salve "*le competenze del Consiglio dei Ministri previste dalle leggi vigenti*").

Anche sotto tale profilo costituzionale, dunque, non ha reale pregio giuridico la tesi di chi vorrebbe concentrare nelle mani di un unico Dicastero non solo la dipendenza *funzionale* ma pure quella *ordinamentale* e gerarchica di tutte le Forze dell'ordine nazionali.

Non a caso la normativa speciale (*in primis* la legge 15 marzo 1997, n. 59 sulla riforma "federalista" della Pubblica Amministrazione, nonché il D.lgs. attuativo 30 luglio 1999, n. 300), nel considerare la Presidenza del Consiglio ed i singoli Ministeri in una prospettiva unitaria, rafforza il ruolo - anche amministrativo - della prima, riconoscendole una vera e propria funzione di monitoraggio e coordinamento dell'attuazione delle politiche di governo.

Conclusivamente, alla luce di quanto documentato nei primi due Capitoli si possono così sintetizzare i caratteri fondamentali del "modello sicurezza" elaborato in ambito sovranazionale, sul presupposto che - **sebbene le Istituzioni dell'Unione Europea non abbiano alcun titolo a sindacare le scelte degli Stati membri per quanto concerne allocazione, ordinamento e competenze delle relative Forze dell'ordine** - appare pur sempre coerente con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE implementare un assetto interno della pubblica sicurezza in linea con tali parametri, in quanto idoneo a meglio rapportarsi con le istanze comunitarie:

1) necessaria distinzione tra organi di indirizzo politico (ivi inclusi gli organismi ausiliari di alta amministrazione) ed organi con competenze esecutivo/gestionali delle scelte operate dai primi (sia pur specificate dagli organismi ausiliari), con conseguente netta separazione delle relative strutture organizzative e di vertice.

2) Avendo gli organi di indirizzo politico la responsabilità dell'azione svolta dalle Forze dell'ordine (o, più in generale, dagli organi esecutivi) in conformità alle loro direttive in materia di sicurezza, agli stessi compete normalmente anche la funzione di coordinarne l'attività; in alternativa, la funzione di coordinamento può essere esercitata sulla base di precedenti intese (di settore) intercorse tra gli stessi organi esecutivi.

3) Nei loro reciproci rapporti, così come nelle relazioni che l'Autorità di indirizzo intrattiene con ciascuno di essi, questi ultimi sono tra loro assolutamente equiordinati, nell'ambito delle rispettive competenze generali e di settore.

4) Quale conseguenza dei due punti precedenti, non è prevista la possibilità, per un organo esecutivo/gestionale, di svolgere funzioni di coordinamento e/o direzione di altri organi, ai quali sia stata attribuita dalla legge, congiuntamente ad esso, la cura di determinati interessi pubblici.

5) Necessità di superare - tanto sotto il profilo teorico quanto sotto quello della gestione operativa - la tradizionale distinzione tra sicurezza *interna* ed *esterna* (e con essa la rigida ripartizione delle sfere di intervento dei relativi operatori), con conseguente sviluppo di un approccio integrato che coniughi le capacità operative di entrambi i settori.

6) Irrilevanza, ai fini dell'individuazione dei soggetti deputati ad operare nel settore sicurezza, di questioni relative al loro ordinamento (civile, militare o misto) ovvero alla loro organizzazione interna (accentrata, decentrata o altro), rilevando esclusivamente le *funzioni* concretamente svolte (in quanto attribuite dalla legge o dall'ordine legittimo dell'Autorità a ciò preposta nei singoli ordinamenti nazionali).

7) Preferenza - nel settore sicurezza *complessivamente inteso* ("interno" ed "esterno") - per la creazione e lo sviluppo di organi esecutivo/gestionali aventi capacità multidisciplinari, nell'ambito di una medesima linea di comando: in tale contesto viene attribuito un valore aggiunto alle Forze di polizia ad ordinamento integrato civile/militare (ovverosia, alle Forze di gendarmeria) in quanto più di altre idonee ad implementare i principi di cui ai punti precedenti. Per contro, si assiste ad un tendenziale sfavore per le rigide segmentazioni di competenze operative - di per sé antieconomiche e poco efficienti - salve ovviamente le ipotesi di specialità qualificate.

Contrariamente a quanto spesso si crede, tali criteri non valgono solo per le politiche dell'Unione relative agli interventi di stabilizzazione civile/militare all'estero (missioni di *peacekeeping*, diplomatiche o altro), ma più in generale per tutti gli aspetti delle << politiche di sicurezza (o di polizia), comprese quelle "interne" allo spazio comune europeo (nonché dei singoli Stati: settori PESC e FSi) >>.

Ciò premesso, si tratta adesso di verificare se - ed in che termini - i vari ordinamenti nazionali (con riferimento, *in primis*, al cd. "G6 europeo") ed in particolare quello italiano siano coerenti con i principi sopra riassunti.

3. Principi generali in materia di pubblica sicurezza: B) l'ordinamento italiano alla luce della legge 121/81 e del TULPS: linee guida, profili storici e problematicità di sistema.

B.1) L'AMMINISTRAZIONE DELLA PUBBLICA SICUREZZA IN ITALIA.

Premesso quanto sopra sulla corretta individuazione dei caratteri giuridico/operativi della funzione di *coordinamento* e sui principi generali che informano il "modello comunitario" della pubblica sicurezza, si può passare ad un esame degli istituti più rilevanti previsti dalla normativa nazionale in materia: si esaminerà, in primo luogo, l'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza*, strumento operativo di cui si avvale il Ministro dell'Interno - quale massima Autorità del settore (342) - nell'assolvere le proprie funzioni

(342) L'art. 1 della legge 1° aprile 1981 n. 121 qualifica il Ministro dell'Interno "*responsabile della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica*" nonché "*Autorità nazionale di pubblica sicurezza. Ha l'alta direzione dei servizi di ordine e sicurezza pubblica e coordina in materia i compiti e le attività delle Forze di polizia*". Il comma successivo precisa poi che "*Il Ministro dell'Interno adotta i provvedimenti per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica*".

in materia di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici (così, espressamente, l'art. 2 della legge 1° aprile 1981 n. 121). La norma, però, non ne fornisce alcuna definizione, che va dunque desunta dal complessivo quadro normativo di settore.

Si tratta, in buona sostanza, di un'articolazione burocratica del Ministero dell'Interno, strutturata in sede centrale nell'omonimo Dipartimento di P.S. ed a livello periferico in una serie di uffici, in particolare Prefetture e Questure.

Inizialmente, quella che divenne poi la legge 121/81 avrebbe dovuto semplicemente ridefinire l'assetto organizzativo dell'allora *Corpo delle Guardie di pubblica sicurezza* (predecessore dell'odierna Polizia di Stato) che, a far seguito alla riforma operata con R.D.L. 2 aprile 1925, n. 383, aveva ordinamento militare ed era strutturato secondo i tradizionali ruoli degli ufficiali (ruolo ordinario e ruolo degli ufficiali medici (343)), dei sottufficiali e della truppa (344), ripristinandone l'integrale ordinamento civile.

Le funzioni dirigenziali e direttive di pubblica sicurezza facevano però capo a personale estraneo al Corpo, ovverosia i *funzionari* di P.S. (funzionari civili dell'Amministrazione dell'Interno, incardinati in un ruolo ed in una carriera diverse rispetto al suddetto personale militare, ovverosia Questori, Vice Questori e Commissari), analogamente a quanto ancor oggi capita, almeno in parte, per il Corpo della Polizia penitenziaria (laddove il personale di polizia è subordinato gerarchicamente e funzionalmente a dirigenti "civili").

I funzionari di P.S., a loro volta, in ragione dell'appartenenza ai ruoli civili

(343) Il ruolo degli Ufficiali (dell'allora *Corpo degli Agenti di P.S.*) era stato in realtà soppresso con R.D. 11 dicembre 1927, n. 2380, attribuendo il comando dei reparti direttamente al personale civile delle Questure (ossia i *funzionari di P.S.*, le cui attribuzioni verranno precisate con il successivo *Regolamento* del Corpo del 1930). Il ruolo degli Ufficiali verrà ripristinato solamente con legge 26 gennaio 1942, n. 524.

(344) La militarizzazione delle Guardie di P.S., lungi dall'aver una qualche giustificazione ideologica, fu voluta, all'indomani della fine della seconda Guerra mondiale, per aggirare le disposizioni del Trattato di pace con le Potenze vincitrici, che agli artt. 60, 61 e 65 imponeva una pesante limitazione al numero dei soldati che l'Italia, quale Nazione sconfitta, poteva arruolare. In effetti, non essendo le Forze di polizia contemplate nelle clausole del *diktat*, il Governo si servì di tale *escamotage* per accrescere di fatto gli organici delle Forze armate, da schierare in caso di necessità.

Ciò avvenne riesumando, con D.lgs. L.gt. n. 365 del 2 novembre 1944, il vecchio *Corpo delle Guardie di P.S.* (del 1852), da quel momento inglobato nelle Forze armate, che successivamente venne ad assorbire il *Corpo degli Agenti di P.S.* (precedentemente già inserito nelle FFAA con D.L. n. 687 del 31 luglio 1943) ed il *Corpo di Polizia Repubblicana* (operante dal 1943 al 1945 nella R.S.I.), oltre al *Corpo di Polizia dell'Africa Italiana - P.A.I.* (con D.lgs. L.gt. n. 43 del 13 febbraio 1945), tutti sgraditi agli Alleati poiché compromessi con il passato regime, di cui erano stati un'emanazione per controbilanciare i *Carabinieri Reali* (il cui giuramento personale al Re li rendeva autonomi dalle strutture del PNF). Anche per contrastare tale *deficit* d'immagine, nel nuovo Corpo di polizia vennero successivamente inseriti elementi delle disciolte Brigate partigiane di liberazione.

Parallelamente si provvide, con D.lgs. L.gt. 21 agosto 1945, n. 508, ad apportare alcune modifiche al *Corpo degli Agenti di Custodia* (dal 1990 Corpo della Polizia penitenziaria), inquadrando pur esso nelle Forze armate dello Stato, tra quelle in servizio di pubblica sicurezza (unitamente a *Guardie di P.S.*, *Carabinieri* e *Guardie di Finanza*).

dell'Interno erano gerarchicamente subordinati ai Prefetti (345), dei quali erano, del resto, organi ausiliari.

Nel corso dei lavori, però, si pensò di estendere il campo di intervento anche alla struttura organizzativa del Ministero dell'Interno, anziché prevedere per quest'ultima una disciplina *ad hoc*, interessando in particolare l'allora "*Direzione Generale della Pubblica Sicurezza*", che venne sostituita dall'odierno, omonimo *Dipartimento*.

Questa scelta procedurale, unita ad una tecnica normativa non sempre felice, fu all'origine di gran parte delle criticità della legge 121 che, lungi dal risolvere le incompatibilità della normativa previgente con il sopravvenuto sistema costituzionale diede in realtà vita ad una sovrapposizione tra due diverse sfere di interesse, con frequente confusione dei confini tra l'ordinamento del Dipartimento di P.S. (cioè una struttura di governo) e quello della Polizia di Stato (una delle Forze di polizia statali).

L'evoluzione storica della struttura amministrativa della Pubblica Sicurezza post-unitaria è essenziale per comprendere le ragioni dell'odierno assetto organizzativo e, nel contempo, per collocare in un'obiettiva prospettiva giuridica le problematiche che verranno di volta in volta evidenziate.

Con R.D. 9 ottobre 1861, n. 255, fu istituita presso il Ministero dell'Interno la *Direzione generale di pubblica sicurezza*, retta da un Direttore generale ed articolata per lo svolgimento dei servizi in due *Divisioni*: una per il personale civile ed una per la polizia amministrativa e giudiziaria. Con R.D. 4 gennaio 1863, n. 1194, la *Direzione generale* venne soppressa e le funzioni di pubblica sicurezza furono svolte dalle due *Divisioni*, poste alle dirette dipendenze di un neo-istituito *Segretariato generale*; peraltro già l'anno successivo, con R.D. 30 ottobre 1864, n. 1980 la *Direzione generale* venne ricostituita, per poi essere di lì a poco denominata - con R.D. 17 luglio 1866, n. 3071 - *Direzione superiore di pubblica sicurezza*, retta da un Direttore superiore ed articolata in due *Divisioni*. Con R.D. 23 aprile 1868, n. 4551, la *Direzione superiore di pubblica sicurezza* fu nuovamente abolita e le sue funzioni passarono direttamente alla *Divisione seconda / polizia giudiziaria e amministrativa*, mentre le competenze relative al personale passarono alla *Divisione prima*. Nel 1870 la *Divisione seconda* assunse il nome di *Divisione della pubblica sicurezza* e nel 1877, con R.D. 25 giugno, n. 3925, vi confluirono anche le competenze relative al personale. Successivamente al R.D. 7 ottobre 1880, n. 5668, i servizi di pubblica sicurezza vennero a loro volta ripartiti in due *Divisioni*: la seconda per la polizia giudiziaria e la polizia amministrativa e la terza per il personale di pubblica sicurezza; ad esse si affiancò un ufficio per la trattazione degli affari politici che assunse poi la denominazione di *Ufficio riservato*. Dal 1880 al 1887 un Prefetto in missione diresse i servizi di pubblica sicurezza, non essendo previsto nell'organico il ruolo di direttore dei servizi di pubblica sicurezza. Con R.D. 3 luglio 1887, n. 4707 venne nuovamente (e questa volta definitivamente) istituita la *Direzione generale di pubblica sicurezza*, retta da un Direttore generale, di solito un Prefetto. Negli anni successivi venne istituita la *polizia dell'emigrazione* ed un *Ufficio*

(345) Secondo l'allora previsione del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (TULPS), che confermava la dipendenza delle Questure dalle Prefetture, pur inserendole in uno speciale ruolo tecnico-operativo.

esplosivi, mentre la polizia amministrativa - in seguito all'ampliamento delle sue competenze - assunse la denominazione di *polizia amministrativa e sociale*. Nel 1917 venne creato un *ufficio centrale investigazioni*, quindi un *ufficio per la prevenzione e la repressione dell'abigeato* in Sicilia; vennero anche creati un *ufficio valori*, un *ufficio di polizia ferroviaria* ed un *ufficio del bollettino delle ricerche*. Con R.D.L. 9 ottobre 1919, n. 1846 i servizi della pubblica sicurezza furono ripartiti in cinque *Divisioni*: gabinetto e servizio ispettivo, affari generali e riservati (che subentrava all'ufficio riservato), polizia giudiziaria, polizia amministrativa e sociale, personale di pubblica sicurezza. Veniva istituito anche un *Ufficio informazioni*, poi *Ufficio confidenziale*. Dopo circa tre anni la Divisione polizia giudiziaria e la Divisione polizia amministrativa e sociale tornarono a confluire in un'unica Divisione di polizia.

Con il mutamento del regime politico nel 1922 **viene però meno la separazione istituzionale** tra vertice della Direzione generale (organo ausiliario del Governo) e vertice delle Forze dell'ordine dipendenti dal Ministero dell'Interno, **che trovava la sua ragion d'essere nel principio liberale della divisione dei poteri** e nella regola per cui gli organi esecutivi non possono mai coincidere con quelli di controllo: **con R.D. 11 novembre 1923, n. 2395 il Direttore generale della pubblica sicurezza assunse la denominazione di Intendente generale di polizia e di lì a poco, con R.D. 20 dicembre 1923, n. 2908, anche quella di Capo della polizia, cumulando le cariche.**

La ragion d'essere di tale commistione, come già evidenziato in ordine alla potestà ordinatoria del Prefetto, risiedeva nel venir meno della distinzione tra i Poteri legislativo ed esecutivo, con prevalenza funzionale di quest'ultimo.

Dalla *Divisione del personale* si staccarono, nel 1926, i *Servizi di gestione contratti e forniture*, che vennero elevati a Divisione; quindi, in considerazione dei nuovi e più ampi compiti preannunciati con circolare della *Direzione generale* n. 12982 del 25 settembre 1925, che sarebbero stati attribuiti alla polizia con l'approvazione del *Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza* (TULPS - del 1931) e della legge istitutiva del *Tribunale speciale per la difesa dello Stato* (legge 25 novembre 1926, n. 2008), a seguito del R.D.L. 9 gennaio 1927, n. 33 ("*Riordinamento del personale dell'Amministrazione della pubblica sicurezza e dei servizi di polizia*") si ebbe una nuova riorganizzazione dei Servizi della *Direzione generale*, che venne così strutturata: *Segreteria* del Capo della polizia da cui dipendevano ispettori generali e regionali, "*Divisione affari generali e riservati*", "*Divisione polizia politica*", "*Divisione polizia*", "*Divisione del personale*", "*Divisione polizia di terra e di mare*", poi detta "*di frontiera e trasporti*", "*Divisione Forze armate di polizia*" e "*Divisione gestione contratti e forniture*". Nello stesso anno passava alle dirette dipendenze del Capo del governo il Servizio stenografico, poi "*Servizio speciale riservato*", costituito nel 1925 nell'ambito del Ministero dell'Interno.

Il R.D. 15 aprile 1940, n. 452, relativo alla ripartizione degli uffici dell'Amministrazione centrale del Ministero - abrogato solo con l'art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 - **confermò infine che la Direzione generale della pubblica sicurezza fosse retta dal Capo della polizia.**

Con la fine del secondo conflitto mondiale si provvide alla soppressione di alcune strutture non ritenute più adeguate ai tempi (quali l'*Ufficio confino politico* e la *Divisione polizia politica*) e vennero gradualmente ricondotti nell'ambito della pubblica sicurezza i servizi di polizia ferroviaria, stradale, portuale, postelegrafonica espletati precedentemente dalla *Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale*. La legge 18 giugno 1955, n. 517 e il D.P.R. 25 ottobre 1955, n. 932 stabilirono inoltre le norme per la collaborazione tra l'Autorità giudiziaria e

quella di polizia; con legge 7 dicembre 1959, n. 1083 vennero poi istituiti i servizi di polizia femminile e con D.M. 24 aprile 1961 fu approvato l'*Ordinamento interno dei servizi della pubblica sicurezza*. Con successivo D.M. 6 ottobre 1965 la *Direzione generale* venne infine così organizzata: Segreteria; 14 Divisioni: affari riservati, affari generali, affari legislativi e documentazione, personale di pubblica sicurezza, Forze armate di polizia, Scuole di polizia, polizia amministrativa, polizia criminale, polizia di frontiera e dei trasporti, gestione contratti e forniture, accasermamento Forze di polizia, servizi tecnici e telecomunicazioni, motorizzazione, assistenza sociale; ispettorato di ragioneria, ispettorato del Corpo delle Guardie di pubblica sicurezza; Istituti superiori di istruzione. Dipendevano direttamente dalla *Direzione generale* l'Ispettorato generale di pubblica sicurezza presso la Presidenza della Repubblica, quello presso la Città del Vaticano e l'Ispettorato generale di pubblica sicurezza presso il Ministero dell'Interno.

Con la legge 121/81 la *Direzione generale di pubblica sicurezza* venne infine sostituita dall'omonimo *Dipartimento*.

Storicamente, la legge 121/81 succede ad un lungo equilibrio istituzionale (risalente almeno al 1925) che vedeva l'Autorità di polizia condivisa tra un Corpo di Pubblica Sicurezza (variamente denominato nel corso del tempo, con spiccate connotazioni di ordine pubblico e presente nei maggiori centri urbani del Paese) e l'Arma dei Carabinieri (operante in particolar modo nel settore della polizia giudiziaria, dell'attività informativa e della prevenzione dei reati), entrambi *funzionalmente* subordinati, in rapporto alle rispettive competenze, all'Autorità di governo (*id est*, l'Autorità ministeriale a livello centrale e quella prefettizia in provincia).

È importante, sul punto, chiarire alcuni profili della questione.

La creazione di un nuovo Corpo accanto ai Carabinieri Reali risale alla legge 11 luglio 1852, n. 1404, dettata dall'opportunità - manifestatasi nel corso dei moti insurrezionali del 1821 e del 1848 - di assicurare ai Questori di Torino e Genova (funzionari civili di Prefettura coadiutori del Prefetto, deputati - per suo conto - alla cura delle questioni di pubblica sicurezza del capoluogo) la disponibilità di una Forza armata cui gli stessi potessero *direttamente* ed immediatamente impartire degli ordini per l'esercizio delle funzioni loro assegnate, senza dover cercare ogni volta un preventivo accordo con i Comandi militari territoriali, che sino a quel momento avevano avuto il monopolio delle armi e non dipendevano in alcun modo dagli Intendenti provinciali e dai Prefetti (346).

(346) L'ordinamento di polizia sabauda (poi esteso al resto d'Italia, in seguito all'unificazione della Penisola) era infatti nato con le *Regie Patenti* del 13 luglio 1814, che avevano istituito la *Direzione del Buon Governo* (affidata, con le *Regie Patenti* del 18 gennaio 1815, al Corpo dei Carabinieri - che in tal modo si trovò ad avere insieme funzioni direttive ed esecutive - e quindi sostituita, nel 1816, da un *Ministero di Polizia*) ed i Carabinieri Reali, unica Forza di polizia a competenza generale del Regno di Sardegna, sin dall'origine dipendente *gerarchicamente* dall'Esercito e *funzionalmente* dall'Autorità civile. Nel 1821, a seguito dell'inefficienza manifestata nel corso dei moti del 1821, il *Ministero di Polizia* venne a sua volta abolito e le competenze trasferite a quello dell'*Interno*: l'organico allora adibito ad attività di polizia aveva ordinamento militare e la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico era affidata a Comandanti militari (nella specie, in sede periferica, ai *Governatori militari* ed in loro assenza ai *Comandanti generali*, alle cui dipendenze operava un funzionario civile denominato *Commissario di po-*

Il *Corpo delle Guardie di Pubblica Sicurezza* venne quindi istituito con l'intento di dar vita ad una sorta di "braccio armato" operativo della Prefettura/Questura, una Forza di polizia specifica per i centri urbani metropolitani con prevalenti attribuzioni di ordine pubblico (almeno sino al R.D. 14 agosto 1914, n. 1442, allorché venne creato il *Corpo degli Agenti di investigazione*, peraltro a composizione mista), attese le peculiarità ambientali (economiche e sociali, allora come oggi) di tali contesti rispetto al resto del Paese.

La natura "metropolitana" del Corpo trovò ulteriore sanzione nella legge 21 dicembre 1890, n. 7321, che significativamente ne mutò il nome in "*Corpo delle Guardie di Città*", mantenuto sino alla soppressione disposta con R.D. 2 ottobre 1919, n. 1790, a seguito del mutato regime politico nazionale.

Eco delle contingenze che l'hanno preceduta è la precisazione, al primo comma dell'art. 3, che "*l'Amministrazione della Pubblica Sicurezza è civile ed ha un ordinamento speciale*", inciso che però, in termini eminentemente pratici, non è particolarmente significativo, ove si consideri che si sta parlando (non dell'ordinamento di una singola Forza di polizia, bensì) dell'articolazione amministrativa di un Ministero, che per sua natura altro non può essere che "civile".

Per fare un esempio, lo stesso Ministero della Difesa e le sue strutture burocratiche hanno natura di organismo "civile" e non militare: una cosa, infatti, è lo *status* giuridico e disciplinare del personale che vi opera, un'altra la collocazione istituzionale dell'organo nel sistema dei Poteri dello Stato individuati a livello costituzionale: non a caso, del resto, diversamente dalle singole Forze armate - che però non partecipano della funzione di indirizzo politico, trattandosi di soggetti con competenze esecutive - neppure un organo costituzionale ed ausiliario quale il *Consiglio Supremo di Difesa* (347) può tecnicamente dirsi "militare".

La precisazione dell'art. 3 era prettamente simbolica, a rimarcare il processo di "smilitarizzazione" del disciolto *Corpo delle Guardie di Pubblica Sicurezza*, sancito proprio con la legge 121, ma già da questi passaggi emergono

lizia). Ciò spinse Carlo Alberto, nel 1841, a trasferire la direzione della polizia al *Ministero della Guerra e della Marina*. Peraltro, a seguito dei problemi operativi riscontrati nel corso dei moti del 1848, che ebbero epicentro proprio nelle aree metropolitane del Paese, il Governo avvertì l'esigenza di dotare i propri rappresentanti territoriali in tali contesti (gli *Intendenti provinciali*, funzionari civili antesignani dei Prefetti) di poteri operativi e di ordine analoghi a quelli dei Comandanti militari, da esercitarsi attraverso una struttura a ciò dedicata (non potendo gli stessi, chiaramente, impartire degli ordini alle Forze armate, che appartenevano ad altra branca dell'Amministrazione pubblica).

Venne quindi varato il R.D. 30 settembre 1848, n. 798, che prevedeva la devoluzione, anche a livello centrale, della direzione di polizia ad un organismo (denominato "*Amministrazione di sicurezza pubblica*") dipendente dal Ministero dell'Interno e, di seguito, la legge 11 luglio 1852, n. 1404, che all'art. 5 istituiva il *Corpo delle Guardie di Pubblica Sicurezza*, i cui comandanti erano appunto dislocati uno a Torino e l'altro a Genova. Con R.D. 25 luglio 1854 venne poi approvato il regolamento organico del Corpo, mentre le sue finalità istituzionali trovarono sanzione nel R.D. 21 settembre 1854. Con legge 13 novembre 1859, n. 3720, infine, l'ordinamento sabaudo fu progressivamente esteso ai vari Stati annessi al Regno d'Italia.

(347) La partecipazione di quest'ultimo alla funzione di indirizzo, seppur per il tramite indiretto dell'esercizio di un'alta funzione consultiva, emerge dall'art. 1 lett. b) della legge 18 febbraio 1997, n. 25 (cfr. adesso gli artt. 2-9 del D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66).

le criticità cui si faceva in precedenza cenno, dovute alla sovrapposizione, nello stesso corpo normativo, di materie tra loro assolutamente diverse.

L'aggettivo in questione sarebbe stato dunque più consono a descrivere l'ordinamento della neo-istituita Polizia di Stato, tanto più ove si consideri che l'apporto operativo alle politiche di pubblica sicurezza (implementate, per legge, attraverso l'omonimo Dipartimento) è per la maggior parte riconducibile a Forze ad ordinamento militare (Carabinieri e Guardie di Finanza (348)): l'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza* altro non è, infatti, *nel suo impianto amministrativo*, che un apparato burocratico del Ministero dell'Interno - dunque una struttura di governo - dato da un complesso di risorse umane ed uffici deputato all'attuazione ed esame delle strategie di ordine e sicurezza pubblici, per far fronte ad eventuali situazioni ambientali ingeneranti allarme sociale.

Una struttura che attualmente si articola - come già detto - a livello centrale nel *Dipartimento di Pubblica Sicurezza* ed a livello periferico in Prefetture e Questure (ribadendo sul punto quanto originariamente previsto nel TULPS), più altri uffici minori (inizialmente individuati dall'art. 31 della legge 121/81, poi sostituito dall'art. 2 del D.P.R. 22 marzo 2001, n. 208).

In particolare, l'art. 3 comma secondo della legge 121/81 dispone che *“le sue funzioni sono esercitate: a) dal personale addetto agli uffici del Dipartimento della P.S. ed agli altri uffici, istituti e reparti in cui essa si articola; b) dalle autorità provinciali, dal personale da esse dipendente nonché dalle autorità locali di pubblica sicurezza; c) dagli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza sotto la direzione delle autorità centrali e provinciali di pubblica sicurezza”*.

La norma sembra però presupporre un'inversione logica del fondamento *funzionalistico* (349) che ispira le politiche di sicurezza in ambito OSCE ed UE:

(348) Approssimativamente il 73,5% del totale delle segnalazioni di reati, nel 2011 (il 69,9-72% essendo riconducibile all'attività di presidio territoriale della sola Arma dei Carabinieri, alla quale è altresì riferibile il 54% circa dell'attività operativa svolta complessivamente sul territorio nazionale: dati pubblicati negli *Allegati* alla *Relazione al Parlamento* per il 2011 del Ministero dell'Interno, sull'«*Attività delle Forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata*»). Un *trend* analogo viene riscontrato nei Paesi OSCE dotati di apparati “misti” o “integrati” (civili/militari) di pubblica sicurezza.

(349) La connotazione in termini rigorosamente funzionali degli apparati tecnico-amministrativi dello Stato (quale indubbiamente è l'*Amministrazione di P.S.*) discende dalla distinzione tra poteri di indirizzo politico (riservati al Governo ed ai suoi organi di *diretta* rappresentanza territoriale) e poteri di gestione (attuativi dei suddetti indirizzi) riservati invece agli organi dell'apparato amministrativo dello Stato, proprio in ragione delle *funzioni* da questi concretamente svolte: tale regola, comunemente recepita a livello comunitario, è stata inizialmente formalizzata nell'art. 3 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e quindi negli artt. 4, 14 e 16 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, quale espressione dei principi di efficienza, trasparenza e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Sul tema della funzionalizzazione amministrativa nel diritto dell'Unione Europea si richiamano i lavori di IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione Europea*, Milano 2007; ANZON, *La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea*, in *Dir. Pubblico* 2003, pp. 787 ss.; AZZENA, *Il sistema delle competenze dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Istituzioni, diritti, economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Pisa 2004.

in sede sovranazionale, infatti, si ammette a contributi solo chi svolga - in base alla legge o anche di fatto (com'è il caso delle organizzazioni di volontariato) - una serie di specifiche attribuzioni considerate rilevanti dal legislatore, a prescindere dal suo assetto organizzativo o ordinamentale. Nel caso dell'art. 3, invece, sembra riconoscersi a priori l'esercizio di queste ultime ad una serie di soggetti, per il sol fatto di essere assegnati a determinati uffici.

La legge, inoltre, non specifica quali siano, in concreto, le "funzioni" dell'*Amministrazione di P.S.*

Per prassi potrebbe pensarsi all'esercizio delle potestà che singole norme di legge attribuiscono a determinati funzionari, di volta in volta, ai fini della cura dell'ordine e della sicurezza pubblici; se così fosse, però, l'impianto della legge 121 potrebbe dar adito ad un'incoerenza strutturale.

Il sistema è tripartito, dal momento che individua tre "insiemi" di soggetti chiamati, a vario titolo, ad esercitare le funzioni dell'*Amministrazione di P.S.*

La prima ipotesi, invero, non è scevra da perplessità: per regola generale (350) infatti, le potestà pubbliche non fanno capo ai singoli uffici, né ai singoli funzionari in quanto tali, bensì all'*organo* del quale gli stessi fanno parte, ovvero sia la persona o il complesso di persone (nel caso di organi collegiali) preposte ad un determinato centro di imputazione di competenza amministrativa, che in tale ruolo (e limitatamente ad esso) esercitano una pubblica potestà.

Organo in senso tecnico è solo quello che esercita una pubblica funzione (ad es. il Prefetto, il Ministro, etc.), ovvero sia un'attività che si connota per l'esercizio di poteri autoritativi; non anche il funzionario che svolga una mera attività materiale o esecutiva. La misura dei poteri e delle funzioni che ciascun organo è chiamato a svolgere ne individua infine la *competenza*.

La **lettera a)** dell'art. 3 sembra però ignorare tale criterio, nel momento in cui attribuisce - genericamente e senza ulteriori precisazioni di merito - a *tutto* il personale in servizio presso gli uffici che compongono il Dipartimento di P.S. l'esercizio delle suddette funzioni.

Significativamente, infatti, la norma non dice che le funzioni sono esercitate dagli uffici, quanto piuttosto - in generale - dal personale addetto a questi ultimi.

La mera appartenenza all'ufficio - e non tanto il tipo di potestà (eventualmente) esercitata - sembra dunque essere il titolo per cui queste persone rientrano nel gruppo *sub a)*.

Dal novero della lettera a) devono però essere esclusi gli appartenenti alla Polizia di Stato (che pacificamente rientrano nell'autonoma ipotesi *sub c)*, oltre a quanto previsto dall'art. 39 e che, altrettanto pacificamente, nell'esercizio della propria attività d'istituto hanno titolo ad esercitare determinate potestà nell'interesse pubblico), con la conseguenza che tale disposizione risulta alla fine depotenziata.

(350) Così VIRGA, *Diritto Amministrativo*, I, Milano 2001.

Per fare un esempio, il personale dell'*Amministrazione Civile* dell'Interno verrebbe a far parte dell'*Amministrazione della P.S.* solo qualora presti servizio in uno di questi uffici, anche nel caso in cui svolga delle funzioni meramente amministrative (e dunque pur non partecipi alla concreta gestione dell'ordine o della sicurezza pubblici ed all'esercizio delle correlate, tassative potestà).

Laddove il medesimo personale venga successivamente assegnato ad analoghe funzioni, ma presso un diverso Dipartimento (ad es. presso il Corpo dei Vigili del Fuoco, stesso Ministero e stessa attinenza alla tutela della sicurezza interna, secondo le linee-guida 2003 e 2010 dell'Unione Europea - cfr. *retro*), cesserà invece di farne parte.

Può dunque dirsi - sulla base della norma in esame - che non è l'esercizio di una particolare *funzione* a ricondurre o meno un soggetto all'*Amministrazione di P.S.*, bensì il fatto che questi, in un certo momento, presti il proprio servizio in uno degli uffici o reparti *sub* lett. a), a prescindere poi dall'attività in concreto espletata.

Sarebbe stato forse più corretto precisare, piuttosto, che le funzioni di pubblica sicurezza sono esercitate da soggetti appartenenti a determinati organismi (*in primis*, ovviamente, le Forze di polizia) in ragione - e nei limiti - della specifica attività dagli stessi svolta, anziché far riferimento ad un criterio generico quale l'appartenenza ad un mero ufficio amministrativo.

La **lettera b)** richiama invece le "*autorità provinciali*" ed il "*personale da esse dipendente nonché dalle autorità locali di pubblica sicurezza*".

Se la prima ipotesi non dà luogo a dubbi, in quanto riferita ad organi dello Stato (tali sono il Prefetto ed il Questore, in virtù delle funzioni pubblicistiche loro attribuite dalla legge), la seconda può dar adito a qualche incertezza: in effetti, una volta esclusi - ad evitare una duplicazione con la lettera c) - i funzionari e gli agenti della Polizia di Stato, in quanto "dipendenti" dal Questore, non resta che il personale della Prefettura-UTG, genericamente inteso.

In via interpretativa, alcuni Autori ritengono opportuno circoscrivere la portata della norma al solo personale che coadiuva il Prefetto nelle sue funzioni di Autorità provinciale di P.S., ma è pur vero che la disposizione di legge è formulata in termini ampi.

A beneficio d'inventario, si ricorda che attualmente sono Autorità provinciali di pubblica sicurezza, secondo un modello organizzativo risalente al 1907 (351), il Prefetto ed il Questore; è inoltre Autorità locale di pubblica sicurezza il funzionario distaccato o, dove questi manca, il Sindaco quale ufficiale di Governo.

(351) Allora, peraltro, il Questore non era un funzionario di polizia, bensì un funzionario civile (inizialmente scelto dai ruoli della magistratura) ausiliario del Prefetto. In particolare il R.D. 30 settembre 1847, n. 798, gli attribuiva un ruolo meramente esecutivo e privo di discrezionalità rispetto all'organo sovraordinato, limitandosi a prevedere che nelle città capoluogo di divisione amministrativa questi affiancasse l'*Intendente generale* operando alle sue dirette dipendenze, al pari degli altri funzionari civili.

Secondo parte della dottrina il personale dei Commissariati distaccati di P.S. rientrerebbe nell'ipotesi *sub a*), mentre i funzionari "dipendenti" dal Sindaco (*recte*, dall'Ente locale) non potrebbero comunque svolgere funzioni attinenti l'*Amministrazione della P.S.* (tranne gli appartenenti alla polizia locale, in determinate circostanze).

Il terzo insieme, *sub lettera c*), comprende gli "*ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza sotto la direzione delle Autorità centrali e provinciali di pubblica sicurezza*".

Per comprendere la portata della norma, occorre porre alcune premesse.

La legge 121/81, pur presentando elementi di novità rispetto alla normativa previgente, sul punto che ci occupa mutua l'impianto organizzativo del TULPS del 1932 (che infatti non ha subito abrogazioni né modifiche, con l'unica eccezione della sottrazione del Questore dalla dipendenza gerarchica nei confronti dei Prefetti, una volta ricondotto a tutti gli effetti nel distinto ruolo dei funzionari di polizia).

Ciò premesso, la lettera c) dà adito a perplessità interpretative.

La qualifica di "*ufficiale o agente di P.S.*" è data da speciali norme di legge, che la riservano ad alcuni soggetti (membri delle diverse Forze di polizia) non in ragione dell'appartenenza ad un'Amministrazione piuttosto che ad un'altra, ovvero allo *status* civile o militare, bensì **in virtù delle funzioni e potestà concretamente esercitate**.

Ai sensi dell'art. 17 del Regio Decreto 31 agosto 1907, n. 690, "*Sono agenti di pubblica sicurezza in servizio permanente i Carabinieri [reali] e le Guardie di città (352)*". Per il successivo art. 18 "*Sono pure agenti di pubblica sicurezza le Guardie di finanza forestali, le Guardie carcerarie, nonché le Guardie campestri, daziarie, boschive, ed altre dei comuni, costituite in forza di regolamenti, deliberati ed approvati nelle forme di legge, e riconosciute dal Prefetto*".

Attualmente, la legge attribuisce la qualità di ufficiale di P.S. agli appartenenti al ruolo dei commissari e dei dirigenti della Polizia di Stato ed agli ufficiali dei Carabinieri. Sono altresì sostituti ufficiali di P.S. i sostituti commissari e gli ispettori superiori della Polizia di Stato, i luogotenenti ed i marescialli aiutanti-SUPS dei Carabinieri.

Sono invece considerati agenti di P.S. tutti gli altri appartenenti all'Arma dei Carabinieri, alla Polizia di Stato, alla Guardia di Finanza, al Corpo forestale dello Stato (nei limitati casi in cui venga chiamato a concorrere ai servizi di ordine pubblico) ed ai Vigli del fuoco, nonché alla Polizia penitenziaria in quanto organo deputato al mantenimento dell'ordine pubblico negli Istituti di pena.

Altre categorie residuali ed eventuali sono indicate all'art. 5 del D.P.R.

(352) Il R.D. 2 ottobre 1919, n. 1790 sopprime il *Corpo delle Guardie di città* ed istituì in sua vece quello originalmente denominato *Corpo delle Guardie per la pubblica sicurezza*, da cui indirettamente deriva l'odierna Polizia di Stato.

28 maggio 2001, n. 311, *previo riconoscimento del Prefetto*.

Orbene, in base alla normativa vigente per rientrare nel gruppo *sub c)* dell'art. 3 legge 121/81 occorre avere attribuzioni di P.S. ed essere *contestualmente* sottoposto alla direzione di un'autorità di P.S. (attualmente il Prefetto ed il Questore); il che si verifica (limitatamente al personale non appartenente alla Polizia di Stato che di volta in volta venga eccezionalmente messo a disposizione dell'Autorità di P.S.) a seguito dell'adozione di un'ordinanza di servizio questorile ex art. 37 D.P.R. 782/85.

Se manca anche uno solo dei due requisiti il soggetto non rientra nel gruppo in questione.

Prendiamo in esame il caso di un Carabiniere che presti servizio al corpo di guardia del proprio Comando provinciale: in quanto Carabiniere, egli è agente di P.S., ma non essendo soggetto alla direzione né del Prefetto, né del Questore, né del Sindaco non rientra nell'insieme *sub c)*.

Non solo. Lo stesso Carabiniere non rientra in alcuna delle categorie individuate dall'art. 3 anche quando agisce istituzionalmente di pattuglia per il controllo del territorio (oppure opera in una squadra antiterrorismo, antidroga, etc.) e dunque, formalmente, anche in tali circostanze non svolge funzioni proprie dell'*Amministrazione della P.S.*

Se però un determinato giorno egli viene impiegato in un servizio allo stadio - purché regolamentato con ordinanza del Questore ("*sotto la direzione delle autorità centrali e provinciali di pubblica sicurezza*", come precisa la norma in esame) - viene a soddisfare entrambi i requisiti e dunque rientra tra i soggetti che svolgono le predette funzioni.

Analoga incertezza connota il ruolo del personale delle Forze armate diverse dall'Arma dei Carabinieri che - coerentemente alle linee-guida dell'Unione Europea in materia di sicurezza (cfr. *retro*) - viene impiegato a presidio di determinate aree (353) urbane ed extraurbane per dichiarate ragioni di ordine e sicurezza pubbliche, spesso in pattuglie miste con le Forze dell'ordine.

Anche la lettera *c)* sembra quindi ricalcare, nella sostanza, il limite già evidenziato *sub lett. a)*, in quanto non attribuisce rilevanza decisiva alle *funzioni* esercitate, bensì all'instaurarsi di un rapporto, per quanto provvisorio ed

(353) Si pensi all'operazione "*Vespri Siciliani*" - durata sei anni, dal 25 luglio 1992 all'8 luglio 1998, in appoggio alle Forze di polizia - indubitabilmente di ordine pubblico (e non di mero addestramento a pattugliamenti, come invece avvenuto per la coeva "*Forza Paris*" del luglio 1992 in Sardegna), ovvero alle pattuglie miste istituite in alcune realtà metropolitane dall'estate 2008 (cfr. gli artt. *7-bis* del D.L. 92/2008; 2 del D.L. 151/2008; 24, comma 74, del D.L. 78/2009): a tal fine, ancor oggi circa 4.500 militari dell'Esercito sono dispiegati nei maggiori centri urbani. Più di recente, si consideri la presenza dell'Esercito a presidio dei cantieri TAV della Val Susa ed il prossimo invio nella "Terra dei fuochi" in Calabria. Si veda altresì, in termini generali, l'art. 18 della legge 26 marzo 2001, n. 128, nel combinato disposto con l'art. 13 legge 121/81. Per una rassegna più puntuale, cfr. (peraltro critico) LETIZIA, *Tra richieste di riforma e pulsioni di controriforma*, in AA.VV. (a cura di CARRER), *La Polizia di Stato a trent'anni dalla legge di riforma*, Milano 2014, pp. 307 ss.

occasionale, di para-dipendenza (“*direzione*”, cosa diversa dal coordinamento - cfr. *retro*) da determinati organi amministrativi.

Deve quindi desumersi, da quanto sopra, che **nel sistema individuato dal legislatore del 1981 la più gran parte degli organici di polizia - nella quotidiana attività di repressione dei reati oggetto di denuncia - formalmente non svolgerebbero funzioni di pubblica sicurezza.**

La decisione di riformare l’*Amministrazione della Pubblica Sicurezza* sul finire degli anni ‘70 prese le mosse da un lungo dibattito che si proponeva di assicurare una gestione efficiente del “sistema sicurezza” alla luce del mutato quadro istituzionale, riservando all’Autorità politica (Ministro e Prefetto) le scelte di indirizzo, oltre alla disponibilità, al coordinamento ed al controllo delle Forze sul campo, ed attribuendo invece a queste ultime la concreta esecuzione delle direttive a carattere generale. Nel precedente sistema, ad avviso degli interessati, la dipendenza gerarchica dei dirigenti delle Questure dai Prefetti non avrebbe assicurato una piena espressione delle capacità di settore, determinando per contro un’impropria sovrapposizione tra esercizio di funzioni politiche e concreta attuazione delle stesse (354).

L’obiettivo di una maggior razionalizzazione del sistema incorse però in una duplice improprietà di metodo: da un lato, la scelta di far confluire nel medesimo testo di legge materie tra loro eterogenee (per di più senza suddividerle in maniera rigorosa all’interno dell’articolato normativo); dall’altro, la mancata revisione dell’intera disciplina di settore (pur rappresentata nei lavori preparatori della legge (355)) così da superare il precedente modello organizzativo del TULPS (356).

Mantenendo in larga parte invariata la normativa generale di P.S. (oggetto, tra l’altro, di strutturali censure dell’Alta Corte), con l’unica significativa eccezione di romperne l’equilibrio interno facendo venir meno il monopolio - quale Autorità di P.S. - del rappresentante del Governo, la mancata redistribuzione delle competenze tra i soggetti deputati all’amministrazione della sicurezza sul territorio fa apparire incompiuto - se non incongruo - il sistema tracciato dalla legge 121/81.

Quest’ultimo sconta un vizio di fondo, ovverosia l’aver tentato di innestare una riforma (che nelle intenzioni originarie avrebbe dovuto fondarsi sui principi dell’assoluta parità delle Forze di polizia a competenza generale e del coordinamento delle stesse ad opera di un organo

(354) In argomento, dell’epoca, cfr. LANZARA, *Autogoverno della polizia; precedenti storici dell’autonomia; capacità di auto amministrazione della polizia*, Riv. Polizia 1958, pp. 433 ss.; ID., *Il Prefetto è autorità di p.s. di nome e non di fatto*, in Riv. Polizia 1958, pp. 310 ss.; BONELLI, *Organizzazione delle Forze di polizia*, in Riv. Polizia 1966, pp. 358-359.

(355) Su http://legislature.camera.it/_dati/leg08/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?pdI=895.

(356) Che manteneva una coerenza logica nella misura in cui accentrava in capo ad un organo monocratico e politico (il Prefetto, proiezione territoriale dell’Autorità di governo) il reale potere di *governance* dell’intera materia, accentramento che sembra invece escluso dalla legge 121/81.

“terzo” di indirizzo, il cd. “*Segretariato generale della pubblica sicurezza*”, a composizione interforze e verosimilmente esterno al Ministero dell’Interno) nel solco tracciato dal TULPS, che si fondava su premesse ideologiche del tutto opposte.

Una delle contraddizioni più rilevanti è data dalla figura del Questore, organo che alle ordinarie competenze operativo-logistiche di un dirigente apicale di polizia aggiunge delle inedite attribuzioni burocratico-politiche (357) “ereditate” dalla sua precedente posizione di funzionario *civile* di Prefettura: tali attribuzioni, invero, avrebbero logicamente dovuto venir meno a seguito della radicale separazione (sancita dalla legge 121/81) di tale carica dal rapporto di dipendenza col Prefetto, ma nonostante ciò sono state mantenute poiché previste da una norma di legge non incisa dalla riforma, ossia il TULPS (più altre disposizioni speciali, anche successive).

Va peraltro evidenziato come - una volta “restituite” tali attribuzioni all’Amministrazione *civile* dell’Interno (*i.e.*, alla Prefettura) - verrebbe automaticamente meno ogni obiettiva ragione di mantenere la qualifica (pur essa risalente al TULPS e priva di corrispondenti a livello internazionale) di *Autorità* (tecnica) provinciale di P.S., seppur solo con funzioni di coordinamento (che, del resto, in base ai principi di diritto in precedenza enunciati a rigore dovrebbero competere solo ad un soggetto “terzo” rispetto agli organi esecutivi, quale appunto il Prefetto, unica vera “*Autorità*” decentrata di P.S.).

A ciò aggiungasi che a tali attribuzioni (si noti, del solo Questore *come organo* e non anche del Corpo di polizia che questi dirige) sono in in gran parte dovuti gli anomali carichi burocratici di Commissariati e Questure, che sottraggono a tali strutture - soprattutto nelle sedi minori - una gran parte della forza operativa.

A ciò aggiungasi una serie di incertezze formali, che portano a confondere l’*Amministrazione di P.S.* (per il fatto che si articola in Prefetture, Questure, Commissariati, etc., mantenendo cioè l’articolazione antecedente il TULPS) con la struttura di una delle Forze di polizia.

Incertezze che il legislatore talvolta ha addirittura amplificato, con l’utilizzo in modo promiscuo delle espressioni “*Amministrazione della pubblica sicurezza*” ed “*ordinamento della Polizia di Stato*”, quasi coincidessero: valga a tal pro l’esempio del D.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737 (“*Sanzioni disciplinari per il personale dell’Amministrazione di Pubblica Sicurezza e regolamenta-*

(357) Si pensi, a titolo d’esempio, alle attribuzioni in materia di rilascio di permessi di soggiorno o di provvedimenti di respingimento, le convalide dei certificati comunali di espatrio dei minori, il rilascio delle licenze per il porto di *determinati* tipi di arma (gli altri essendo di competenza del Prefetto) ovvero per l’acquisto, la collezione o la fabbricazione di armi, la ricezione della denuncia di cessioni immobiliari, i controlli amministrativi e disciplinari sugli Istituti privati di vigilanza, l’autorizzazione al trasporto ed all’uso di gas tossici, il rilascio dei passaporti, la ricezione dai datori di lavoro privati della segnalazione di infortuni sul lavoro, nonché di inizio attività per agenzie pubbliche di affari, di recupero crediti, pubblici incanti, pubbliche relazioni e per intermediazioni matrimoniali, etc.

(357 *bis*) Quest’ultimo, invero, non qualificava “*Autorità tecnico/operative di P.S.*” i Comandanti territoriali delle Forze di polizia, proprio perché gli stessi - a differenza del Questore - non facevano parte dell’Amministrazione civile dell’Interno, di talché non potevano configurarsi, formalmente, quali organi della struttura (territoriale) di governo; erano però *funzionalmente* subordinati ad essa, tant’è che il Prefetto, pur non potendo dar loro direttamente degli ordini, poteva pur sempre disporre, all’occorrenza, con ordinanza di necessità.

zione dei relativi procedimenti”, i cui artt. 28 e 30 chiariscono come ci si stia in realtà rivolgendo alla Polizia di Stato) ed ancor più il D.P.R. 28 ottobre 1985, n. 782 (“Approvazione del regolamento di servizio dell’Amministrazione della Pubblica Sicurezza”), che a dispetto del titolo si riferisce espressamente, in ciascun articolo, solo al personale della medesima Forza di polizia (358).

I Dipartimenti (359) dei Ministeri sono articolazioni della struttura del Governo, i cui organi di vertice hanno soprattutto compiti di indirizzo generale: le strutture amministrative che vi dipendono (tra cui anche le Forze di polizia, facenti capo a distinti Dicasteri, essendo la comune dipendenza dal Viminale solo di tipo *funzionale*), sono invece entità esecutive che, come tali, non partecipano delle funzioni di indirizzo politico, cui contribuisce il vertice del Dipartimento nell’esercizio delle sue attribuzioni ausiliarie.

Diversamente da quanto avviene negli altri Paesi europei (o, per meglio dire, negli ordinamenti improntati ai principi giuridici dell’OSCE), **la legge di riforma dell’ordinamento della pubblica sicurezza**, operando sul punto un semplice rinvio all’impianto istituzionale del TULPS, **considera l’Amministrazione della Pubblica Sicurezza - piuttosto che una struttura connotata dalle funzioni concretamente esercitate - una semplice articolazione territoriale in parte del Ministero dell’Interno ed in parte della Polizia di Stato**, amministrativamente suddivisa in Prefetture e Commissariati di polizia.

Il mutato assetto istituzionale dello Stato e delle Autonomie locali avrebbe peraltro potuto suggerire una soluzione “integrata” (tale da permettere ampie forme di decentramento, sul modello delle Forze di prossimità - cfr. *infra*), fondata su requisiti di carattere funzionale ed unificata, a livello centrale, da una superiore struttura tecnico-operativa interforze (sul modello, ad esempio, delle Agenzie di Sicurezza introdotte dalla legge 3 agosto 2007, n. 124), distinta ed indifferente all’ordinamento dei soggetti chiamati all’attuazione delle politiche di sicurezza ivi definite.

Va comunque evidenziato che il legislatore, nei successivi (360) interventi in materia, sembra aver impresso una svolta verso i modelli amministrativi di tipo integrato (o interforze), tentando di ricondurre all’Autorità di indirizzo politico (rappresentata dal Prefetto, a livello provinciale) le principali competenze di settore, oltre alla concreta *disponibilità* delle Forze sul campo: in tal senso va letta la legge 30 dicembre 1991 n. 410 (istitutiva della DIA), per proseguire con il D.L. 23 ottobre 1996, n. 554 (il cui art. 2 introduce il comma 2-*bis* nella legge 15 gennaio 1991, n. 16 (361)), oltre alle progressive aperture nell’organizzazione della stessa *Direzione Centrale della Polizia Criminale*

(358) A tali esempi va poi aggiunto il dettato dell’art. 31 legge 121/81, in seguito sostituito dall’art. 2 del D.P.R. 208/2001.

(359) Suddivisione organizzativa adesso imposta, in termini generali, dal D.lgs. 300/1999.

(360) A partire dal D.P.R. 11 giugno 1984 n. 423, recante il *Regolamento della Scuola di perfezionamento per le Forze di polizia* (in particolare gli artt. 13 ss.).

(ovverosia, la struttura portante del Dipartimento di P.S.) ed alla già richiamata riforma dei Servizi di Sicurezza dello Stato.

Sotto tale profilo l'impianto organizzativo di questi ultimi appare - anche a seguito della novella dell'agosto 2012 (362) - più coerente con i principi generali di diritto che informano l'ordinamento costituzionale, rispetto a quello, complessivo, della legge 121 e del TULPS: vi si distinguono infatti, con estrema precisione, tre livelli organizzativi e funzionali, ovverosia quello **politico di indirizzo** (nella specie, il Presidente del Consiglio dei Ministri, cui si affiancano il CISR ed il Sottosegretario di Stato delegato), quello di **coordinamento tecnico/amministrativo** (posto in essere dal Dipartimento interforze di riferimento, qui il DIS) ed infine quello **operativo**, dove opera concretamente il personale delle due Agenzie.

Tra il Dipartimento e gli organi esecutivi (AISI ed AISE) non sussiste alcun rapporto gerarchico ma, correttamente, solo una dipendenza funzionale, ladove la gerarchia opera tra l'Autorità politica di indirizzo (il Ministro) e l'organo ausiliario (il Dipartimento).

L'impostazione di fondo della riforma del 2007 appare inoltre più rispondente (rispetto al precedente della legge 121/81, sebbene ancora ampiamente incentrato sulla figura "terza" del Prefetto) ai presupposti della funzione di coordinamento come in precedenza individuati: è infatti evidente che solo un organo terzo ed imparziale rispetto alle "parti in causa" può effettivamente co-

(361) Istitutiva della "Direzione Centrale per i Servizi Antidroga". Il D.L. 554/96 introduce il principio per cui "alla Direzione Centrale è preposto, **secondo un criterio di rotazione**, con i rapporti di dipendenza operanti nell'ambito del Dipartimento della Pubblica Sicurezza **in ragione della funzione esercitata**, un dirigente generale della Polizia di Stato, un generale di divisione dell'Arma dei Carabinieri o un generale di divisione della Guardia di Finanza, che abbia maturato specifica esperienza nel settore". Il testo originario della legge 16/1991 è pubblicato sulla GU n. 16 del 19 gennaio 1991. In argomento, cfr. anche il D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, il Decreto Interministeriale (Interno/Tesoro) del 15 giugno 1991 e la legge 23 dicembre 1996 n. 653. Sotto tali profili, peraltro, **la normativa vigente anteriormente al varo della legge 121/81 appariva forse ancor più rispondente al moderno approccio "integrato"**, com'è vero che l'art. 7 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, che poneva direttamente alle dipendenze del Ministro - evidenziandone le funzioni di coordinamento e di indirizzo - l'allora "Ufficio di direzione e di coordinamento dell'attività di polizia volta alla prevenzione e alla repressione del traffico illecito delle sostanze stupefacenti o psicotrope", stabiliva come lo stesso fosse composto da "funzionari o ufficiali designati dalla Direzione generale della pubblica sicurezza, da ufficiali designati dal Comando generale della Guardia di Finanza, dal Comando generale dell'Arma dei Carabinieri, nonché da funzionari designati dal Ministro per la sanità, dal Ministro per la grazia e giustizia e dal Ministro per gli affari esteri".

(362) Con l'eccezione, probabilmente, dei poteri di gestione unitaria accentrata (in capo al DIS, Dipartimento che provvede al coordinamento delle Agenzie) degli approvvigionamenti e dei servizi logistici comuni, adesso previsti dalla nuova lett. n-bis dell'art. 4 comma terzo ("ferme restando le competenze operative dell'AISE e dell'AISI"), ipotesi che, se può essere funzionale per i due organismi di cui si tratta, difficilmente però potrebbe essere estesa anche a strutture complesse ed articolate come le Forze di polizia nazionali, dotate di specialità diverse (tanto più ove si consideri che una di esse - coerentemente con il "modello europeo" di sicurezza - svolge anche compiti militari di Forza armata). Il testo della riforma è contenuto nella legge 7 agosto 2012 n. 133.

ordinarne l'azione in modo trasparente e responsabile, secondo parametri di economicità ed efficienza, fugando così il rischio di perseguire interessi di parte. Ciò vale innanzitutto per gli organi decisionali di vertice (svolgenti potestà ausiliarie ed abilitati a formare e manifestare all'esterno la volontà dell'Ente, venendo con ciò ad incidere sulle scelte governative di indirizzo politico), in posizione di terzietà rispetto ai soggetti chiamati - in esecuzione di tali indirizzi - ad operare sul campo, soggetti che operano in posizione reciproca di assoluta parità, autonomia e dignità istituzionale.

In questi termini, taluni Autori hanno letto nella riforma "ibrida" del Dipartimento di P.S. (in seno al Ministero dell'Interno) un'occasione persa rispetto all'iniziale progetto (363) di creare un Corpo civile di polizia in posizione paritetica all'Arma dei Carabinieri ed alla Guardia di Finanza, accanto all'istituzione di un *Segretario Generale delle Forze di polizia* in veste di organo terzo di coordinamento (364).

Complessivamente, può concordarsi con la dottrina che qualifica l'*Amministrazione della P.S.* come una specie di "contenitore" le cui dimensioni non sono definibili *a priori*, con intuibili ricadute in materia di programmazione ed efficienza: ciò accade, in particolar modo, non tanto per i gruppi *sub a)* e *b)* dell'art. 3 legge 121/81, ma soprattutto per l'insieme *sub c)*: in alcuni momenti essa è composta da un numero notevolissimo di soggetti (ad esempio durante una giornata elettorale), per poi nuovamente decrescere.

Ha dunque dimensioni variabili nel tempo, ed appare altresì di complessa collocazione all'interno dell'ordinamento vigente.

Alcuni soggetti si trovano al centro, presso il *Dipartimento della P.S.*, altri stanno in periferia (come i Sindaci) altri ancora (la maggioranza degli organici di polizia) solo occasionalmente ne esercitano le funzioni, pur appartenendo, in larga parte, ad Istituzioni cui la legge attribuisce competenze generali di polizia ed eventualmente impone (come nel caso dei Carabinieri) lo svolgimento permanente delle funzioni di pubblica sicurezza (365).

Esiste, allo stato attuale, una parte strutturata in uffici (Dipartimento ed altri uffici e reparti *sub art. 3 lett. a)*), una parte organizzata nel sistema delle Autorità provinciali e locali di P.S. (Prefetture, Questure e Commissariati) ed

(363) Nell'ottica dei suoi proponenti, il Corpo civile di polizia sarebbe nato dalla riforma e dalla smilitarizzazione del *Corpo delle Guardie di P.S.*, quale organismo civile dello Stato **incardinato in un'autonoma Direzione generale del Ministero dell'Interno**, diretto dal Capo della Polizia ed articolato sul territorio in Questure e Commissariati. In argomento, cfr. MOSCA, *Profili strutturali del nuovo ordinamento della Polizia italiana*, Latina 1981.

(364) Figura che, nell'intendimento di alcuni promotori, avrebbe rappresentato una sorta di corrispondente - relativamente al settore della sicurezza "interna" - del Segretario Generale della difesa (attualmente disciplinato dagli artt. 41 e 42 del D.lgs. 66/2010).

(365) Per i Carabinieri, ai sensi dell'art. 155 del D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66; per le Guardie di Finanza (prive peraltro di competenze generali al di fuori della materia economica e finanziaria), in base all'art. 6 del D.lgs. 19 marzo 2001, n. 68.

una parte variabile che rende l'*Amministrazione della P.S.* simile ad una nebulosa, dai tratti talvolta indistinti.

B.2) IL DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA.

Come già anticipato, l'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza* viene talvolta confusa con l'omonimo Dipartimento, se non addirittura con un vero e proprio Corpo di polizia. In realtà, in entrambi i casi si tratta di organismi diversi ma non estranei l'uno all'altro, in quanto legati da un particolare rapporto organizzativo.

L'art. 4 della legge 121 è dedicato al *Dipartimento di Pubblica Sicurezza*, il più importante tra quelli in cui è articolato il Ministero dell'Interno. La norma, in particolare, così dispone:

“Nell'ambito dell'Amministrazione della pubblica sicurezza è istituito il Dipartimento della pubblica sicurezza che provvede, secondo le direttive e gli ordini del Ministro dell'Interno: 1) all'attuazione della politica dell'ordine e della sicurezza pubblica; 2) al coordinamento tecnico-operativo delle Forze di polizia; 3) alla direzione e amministrazione della Polizia di Stato; 4) alla direzione e gestione dei supporti tecnici, anche per le esigenze generali del Ministero dell'Interno”.

A capo del Dipartimento è posto un Prefetto - generalmente uno dei 17 provenienti dal ruolo speciale dei Questori - che assume il contestuale incarico di Capo della Polizia di Stato (art. 5 comma secondo).

L'organizzazione del Dipartimento è prevista al successivo art. 5: *“Il Dipartimento della pubblica sicurezza si articola nei seguenti uffici e direzioni centrali: a) ufficio per il coordinamento e la pianificazione, di cui all'articolo 6; b) ufficio centrale ispettivo; c) direzione centrale della polizia criminale; d) direzione centrale per gli affari generali; e) direzione centrale della polizia di prevenzione; f) direzione centrale per la polizia stradale, ferroviaria, di frontiera e postale; g) direzione centrale del personale; h) direzione centrale per gli istituti di istruzione; i) direzione centrale dei servizi tecnico-logistici e della gestione patrimoniale; l) direzione centrale per i servizi di ragioneria; l-bis) direzione generale di sanità, cui è preposto, il dirigente generale medico del ruolo professionale dei sanitari della Polizia di Stato”.*

A questi va recentemente aggiunta la *DIA - Direzione Investigativa Antimafia*, a composizione interforze, istituita con legge 30 dicembre 1991 n. 410.

Dal combinato disposto delle due norme emerge nuovamente la sovrapposizione tra le articolazioni del Dipartimento in quanto organo ministeriale (una struttura che si basa sulla concreta gestione interforze della pubblica sicurezza, al di là dei limiti casistici dell'art. 3) e quelle che invece attengono all'organizzazione interna della sola Polizia di Stato: il che, oltre a generare confusione nell'interprete, appare poco razionale sia in termini di ottimizzazione delle risorse, sia ai fini del necessario coordinamento sul territorio degli operatori della sicurezza.

Già si è accennato, nella prima parte di questo lavoro, alle perplessità di parte della dottrina circa la rispondenza del sistema vigente alle sollecitazioni contenute nella raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 10/2001/REC (cd. "*Codice Etico delle Forze di polizia*"), il cui art. 13 esorta ad attribuire la responsabilità delle scelte di indirizzo in materia di sicurezza ai soli organi di indirizzo politico, quali Autorità "civili" dello Stato, sostanzialmente estromettendo da tale incombenza le Forze di polizia in ragione del loro specifico e distinto ruolo esecutivo e gestionale.

Distinzione che - già recepita nelle linee-guida dell'OSCE (cfr. *retro*) - appartiene in larga parte alle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri dell'UE.

Il principio di netta separazione della funzione di indirizzo politico da quella amministrativa ha trovato una prima sanzione formale, in Italia, nell'art. 3 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80; contemporaneamente, attenta dottrina (366) ha evidenziato alcuni aspetti della legge 121 che di fatto porterebbero ad attribuire al vertice del Dipartimento della Pubblica Sicurezza un ruolo (chiaramente politico) di *seconda* Autorità nazionale di P.S., *a latere* (se non prevalente, all'atto pratico) del Ministro dell'Interno. Una proiezione a parti invertite di quanto si verifica a livello provinciale, ivi dovuta alla professionalità della carriera prefettizia, rispetto all'onorarietà delle cariche governative.

In primo luogo, la citata lett. c) dell'art. 3 parla (al plurale) di "... *direzione delle Autorità centrali e provinciali*"; analogamente, l'art. 43, comma ventiquattresimo parla di "... *uffici dipendenti dalle Autorità nazionali e provinciali di P.S.*".

A ciò aggiungasi il fatto che il suddetto organo è definito dalla legge "Direttore generale *della pubblica sicurezza*" e non piuttosto "*del Dipartimento della Pubblica Sicurezza*", per tale preposto alla direzione generale di tutte le attività concernenti la suddetta materia: in virtù di ciò sarebbe logicamente destinato ad esercitare un potere di supremazia su tutte le Autorità provinciali di P.S., compreso il Prefetto, nonostante questi sia diretta espressione fiduciaria di un Potere indubbiamente sovraordinato al suddetto Direttore, quale è quello politico del Governo.

Non si dimentichi, sotto questo aspetto, che a rigore allo stesso Ministro dell'Interno è inibita - in materia - qualsiasi concreta attribuzione di ordine o direzione, potendo agire solo attraverso l'Amministrazione di cui si è detto.

L'art. 4 della legge 121/81 stabilisce che "*nell'ambito dell'Amministrazione di Pubblica Sicurezza è istituito il Dipartimento di Pubblica Sicurezza che provvede secondo le direttive e gli ordini del Ministro dell'Interno*". La norma va letta in connessione all'art. 1 comma secondo, in base al quale "*il Ministro dell'Interno adotta i provvedimenti per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica*".

(366) MOSCA, *Profili strutturali del nuovo ordinamento della Polizia italiana*, cit., p. 70.

Il Ministro dell'Interno, nell'ambito delle sue attribuzioni, può emanare direttive ed ordini; ai sensi dell'art. 2, comunque, “*espleta i propri compiti in materia di ordine e sicurezza pubblica avvalendosi dell'Amministrazione di pubblica sicurezza*”. In quanto articolazione dell'*Amministrazione della pubblica sicurezza*, il Dipartimento non ha competenze (*recte*, potestà) proprie, ma provvede secondo le direttive del Ministro.

Sempre l'art. 4 elenca le competenze del Dipartimento:

1) ai sensi del numero 1, provvede all'attuazione della politica dell'ordine e della sicurezza pubblica, ossia a mettere in pratica le decisioni, in materia, dell'Autorità ministeriale. Se le linee generali della politica dell'ordine e della sicurezza pubblica sono date dal Consiglio dei Ministri, il Ministro dell'Interno, quale Autorità Nazionale di P.S. e responsabile della sicurezza pubblica, adotta i provvedimenti per indicare le specifiche e concrete scelte istituzionali in materia.

Nel sistema previgente la legge 121/81, il Ministro dell'Interno *non* era Autorità nazionale di P.S., e come tale non aveva formalmente alcuna capacità provvedimentale (riservata all'allora *Direzione Generale di P.S.*).

2) Al numero 2 si parla invece di coordinamento tecnico-operativo delle Forze di polizia. Il coordinamento cui è deputato il Dipartimento è diverso da quello che già compete al Ministro dell'Interno, assumendo carattere tecnico operativo: il Dipartimento, dunque, non stabilisce la politica dell'ordine e della sicurezza pubblica, né coordina i compiti o le attività delle Forze di polizia. Il *coordinamento* è un'attribuzione nuova rispetto al sistema previgente, che non comporta compiti di direzione (il che spiega, secondo alcuni Autori, la decisione legislativa - ad evitare equivoci - di mutare la precedente denominazione di “*Direzione Generale*” in quella più neutra di “*Dipartimento*”). I compiti della struttura sono indicati al successivo art. 6.

3) In aggiunta alle precedenti funzioni “*super partes*”, il numero 3 gli attribuisce pure la direzione ed amministrazione della Polizia di Stato, mutuata dalla precedente *Direzione Generale*.

4) Infine, al numero 4, si indicano la direzione e gestione dei supporti tecnici, anche per le esigenze del Ministero dell'Interno. Formalizzata per la prima volta (in precedenza era prevista solamente in via di fatto), non attiene al coordinamento, bensì - come la precedente - al livello di direzione e gestione.

La funzione di coordinamento tecnico-operativo di diverse Forze di polizia (che mantengono - su un piano di parità istituzionale - i rispettivi ordinamenti e dipendenze) è una tipica funzione degli Enti cd. “regolatori” (nel cui ambito rientrano Agenzie specializzate, *Authorities* pubbliche, etc.), necessariamente neutrali - e non semplicemente imparziali - rispetto ai soggetti coordinati (o funzionalmente diretti). Sebbene di “neutralità” non sia possibile parlare, a legislazione vigente, secondo alcuni Autori la legge 121 assicurerebbe comunque un'adeguata separazione dei ruoli - pur con le sovrapposizioni di cui si è in precedenza detto - nel distinguere formalmente gli uffici

del *Dipartimento* che si occupano dell'amministrazione e direzione del personale e delle strutture della Polizia di Stato.

B.3) LE AUTORITÀ PROVINCIALI DI PUBBLICA SICUREZZA.

Il rapporto tra le Autorità di pubblica sicurezza rappresenta uno dei punti nevralgici della legge 121/81, che essendo stata promulgata "a TULPS invariato" ha finito col dar vita, nel corso del tempo, ad un singolare "sistema binario incrociato" recante serie criticità.

Per chiarire la questione, di rado affrontata negli studi di settore, occorre porre alcune premesse di carattere strettamente giuridico.

L'art. 3 del D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 - norma che per la prima volta (367) ordinava la dirigenza dello Stato secondo qualifiche e funzioni proprie - attribuiva ai Ministri una serie di poteri tipici del rapporto gerarchico, quale quello di "annullamento, revoca e riforma di ogni atto adottato da dirigenti entro il termine di quaranta giorni dall'adozione; revoca o modifica, per sopravvenute ragioni di pubblico interesse, degli atti dirigenziali aventi ad oggetto concessioni di durata pluriennale o rinnovabili o prorogabili; decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti; riserva in taluni casi". La regola aveva portata generale e come tale poteva essere derogata solo da disposizioni di legge a carattere speciale: tra queste vi era indubbiamente la normativa disciplinante l'ordinamento della carriera prefettizia, che ancor oggi prevede (368) la possibilità per il Ministro dell'Interno di esercitare una serie di ben più penetranti poteri gerarchici nei confronti degli atti adottati dal Prefetto, cui si aggiunge un distinto rapporto di dipendenza *funzionale* con i Ministri di volta in volta competenti per materia di intervento.

In occasione della riforma dell'ordinamento di P.S. - intervenuta nella vigenza del predetto D.P.R. 748/72 - il legislatore, a differenza di quanto previsto per i Prefetti, non attribuì al Ministro dell'Interno alcuno *specifico potere* di carattere gerarchico nei confronti dei Questori e dei funzionari di polizia, limitandosi a parlare di "responsabilità", "alta direzione", "coordinamento" e "direttive" (artt. 2, 3 e 4): significativamente, del resto, l'unica norma nella quale si parla (peraltro senza una precisa contestualizzazione) di "ordini" dell'Autorità ministeriale - l'art. 4 comma primo - indica genericamente quale destinatario di essi il "*Dipartimento della P.S.*" e non anche i singoli funzionari che ne fan parte, né il suo vertice.

Semplicemente l'art. 65 venne a precisare - stante l'allora vigenza, come già detto, del D.P.R. 748/72 - che "*Gli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione*

(367) Nella specie, il legislatore definiva i dirigenti "*organi con funzioni limitate*".

(368) Si pensi, a tacer d'altro, all'art. 2 comma secondo del TULPS, tuttora in vigore, che attribuisce al Ministro dell'Interno la potestà di decidere il ricorso gerarchico contro i provvedimenti adottati dal Prefetto "*per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*". Il principio trova conferma nel successivo art. 6.

zione della pubblica sicurezza hanno [generici - ndr] doveri di subordinazione gerarchica nei confronti: a) del Ministro dell'Interno; b) dei Sottosegretari di Stato per l'Interno, quando esercitano, per delega del Ministro, attribuzioni in materia di pubblica sicurezza; c) del Capo della polizia-Direttore generale della pubblica sicurezza. Restano salvi i doveri di subordinazione funzionali degli appartenenti all'Amministrazione della pubblica sicurezza verso il Prefetto e, nei casi previsti dalla legge, verso le altre Autorità dello Stato". A rigore, dunque, la legge 121 formalmente sembrava estendere a tutto il personale dell'Amministrazione di P.S. il vincolo gerarchico che il D.P.R. 748/72 prevedeva per i soli dirigenti, ma a differenza di quest'ultimo non chiariva - e qui sta il punto - in quali forme il Ministro avrebbe potuto esercitarlo.

Per tali ragioni il valore dell'art. 65 era prettamente simbolico, a ribadire cioè che il nuovo assetto dell'Amministrazione della pubblica sicurezza non aveva assunto caratteri autoreferenziali, nonostante il venir meno della subordinazione gerarchica ai Prefetti, poiché i suoi vertici dipendevano ancora fattivamente dall'Autorità di governo (la cd. "Civil Authority").

Questo stato di cose subì però un'alterazione nel momento in cui, anche sotto la spinta del diritto comunitario, il legislatore nazionale iniziò a distinguere sempre più nettamente le funzioni di indirizzo politico da quelle dirigenziali di gestione, quale corollario del principio costituzionale di buona amministrazione ex art. 97 Cost. (369): l'autonomia dirigenziale fu in un primo momento prevista per le sole Amministrazioni non statali (con legge 3 aprile 1990, n. 142), ma di lì a poco divenne regola generale del diritto amministrativo con il D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (cd. "prima privatizzazione" del pubblico impiego) e soprattutto con il D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (cui seguirà il D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, attualmente in vigore).

Venuta meno la maggior parte delle disposizioni del D.P.R. 748/72 per incompatibilità (370) - da ultimo - con quelle del D.lgs. 165/01 (ai sensi dell'art.

(369) La dottrina non ha mancato di evidenziare alcune contraddizioni insite nella stessa Carta Costituzionale riguardo al ruolo gerarchico o meno del Ministro, in *primis* tra gli artt. 95 e 97, laddove il primo afferma che "i Ministri sono responsabili ... individualmente degli atti dei propri dicasteri", con ciò apparentemente optando per un ordinamento amministrativo statale accentrato e gerarchizzato, nel quale il Ministro tiene sotto controllo l'azione burocratica del proprio dicastero. Per contro l'art. 97, nel disporre che "nell'ordinamento dei pubblici uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari", sembrerebbe prevedere una distinzione tra il momento della scelta politica e quello della sua attuazione amministrativa, demandata a funzionari autonomi e responsabili del proprio agire. In questi termini, COLAPIETRO, *Governo e amministrazione (I). La dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico*, Torino 2004, pp. 50-51. In argomento si veda anche il contributo di DAMIANO, *La dirigenza pubblica tra politica e amministrazione*, Napoli 2008 (su http://www.fedoa.unina.it/3447/1/Damiano_Antonio.pdf).

(370) Nel senso dell'immediata abrogazione implicita (ex art. 15 disp. prel. cc. - almeno fin dall'entrata in vigore del D.lgs. 80/1998 - per l'evidente incompatibilità tra i due sistemi) sono la dottrina prevalente e la giurisprudenza. Sul punto, cfr. D'ORTA, *Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità*, in AA.VV. (a cura di CARINCI), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche*, Milano 1995, p. 229.

72, comma 1 lett. “b” di quest’ultimo), vennero correlativamente meno gli *specifici* poteri sino a quel momento riconosciuti al Ministro anche nei confronti dei vertici del Dipartimento di P.S.: in effetti l’art. 3 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 fa sì salve eventuali disposizioni speciali dettate per determinate categorie di pubblici funzionari, tra le quali “*le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera ... prefettizia*”, ma tale eccezione attualmente permane, in concreto, solo per i Prefetti (in base alle norme speciali che li riguardano) e non anche per il restante personale dell’*Amministrazione di P.S.*, dal momento che - come già evidenziato - l’art. 65 della legge 121/81 in realtà non attribuisce, nei riguardi di quest’ultimo, alcun potere *specifico* e concreto al Ministro.

Una sintesi della materia aiuterà a comprendere la questione.

Nell’ordinamento vigente, l’Autorità di pubblica sicurezza è, ai sensi dell’art. 1 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), un’entità deputata: “*al mantenimento dell’ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l’osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni; ... per mezzo dei suoi ufficiali, e a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati*”. Ha dunque il compito di garantire le condizioni di pace sociale, prevenendo i fattori che potenzialmente la minacciano ed eliminando gli stati di turbativa già in atto.

L’Autorità di pubblica sicurezza è una funzione di governo, che si articola a livello nazionale, provinciale e locale.

Le attribuzioni dell’*Autorità nazionale di pubblica sicurezza* sono attualmente esercitate dal Ministro dell’Interno (371), al quale l’art. 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121 ha attribuito la responsabilità della tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica. Non può però esercitarle autonomamente ed a propria discrezione, ma deve farlo per il tramite del *Dipartimento della Pubblica Sicurezza*, articolazione del proprio Ministero.

A capo di tale Dipartimento vi è un organo individuale - il Direttore - che formalmente non è qualificato dalla legge come *Autorità* (nazionale) *di P.S.*, ma che di fatto, in ragione del vincolo sopra evidenziato, ha il reale monopolio della materia. Un monopolio accentuato dalla circostanza che per tale organo - unico nell’ordinamento nazionale e probabilmente europeo - non vale il principio generale della separazione tra le funzioni di indirizzo e quelle esecutive.

La stessa persona fisica viene infatti a ricoprire, contemporaneamente e con pienezza di poteri (372), *sia* le funzioni di capo di una singola Forza di polizia (avente cioè attribuzioni esecutive, essendo chiamato con altri a dare attuazione alle linee di indirizzo formate in sede governativa), *sia* quelle di Capo del Dipartimento che tale indirizzo implementa e coordina (*id est*, un organo ausiliario del Ministro e come tale partecipa della predetta attività di indirizzo). Tale compenetrazione di funzioni finisce quindi per attribuirgli - contemporaneamente (e paradossalmente) - il ruolo sia di controllore che di controllato, nel medesimo contesto operativo.

Compenetrazione sottolineata dall’ulteriore circostanza che, in caso di impedimento, il Direttore della P.S. viene sostituito non da uno qualsiasi dei suoi tre vice-capi (che possono

(371) Laddove altri ordinamenti le attribuiscono invece al Capo del Governo, attesa la sua naturale funzione di organo di coordinamento politico-amministrativo.

anche provenire dalla carriera civile prefettizia), ma da quello delegato a dirigere la *Direzione centrale della polizia criminale*, che per legge deve provenire dalla carriera della Polizia di Stato.

Ai sensi del R.D. 6 maggio 1940, n. 635 (*Regolamento per l'esecuzione del TULPS*) l'Autorità di P.S. è poi anche "provinciale e locale": in particolare, le attribuzioni dell'*Autorità provinciale di pubblica sicurezza* sono esercitate dal Prefetto e dal Questore (quest'ultimo solamente sotto il profilo operativo): il Prefetto dipende gerarchicamente dal Ministro dell'Interno, in via diretta, mentre il Questore dipende *funzionalmente* dal Prefetto (quale autorità di pubblica sicurezza, alla pari di tutte le altre Forze di polizia operanti sulla provincia) e gerarchicamente dal *Capo della polizia - Direttore generale della pubblica sicurezza*.

La situazione che ne risulta dà vita al singolare (ed in parte anomalo) schema di rapporti istituzionali che in precedenza è stato definito "binario/incrociato", per le ragioni che seguono: come anticipato, il Prefetto dipende gerarchicamente dal Ministro dell'Interno, in via diretta, mentre il Questore (che non ha un'analoga dipendenza dal Ministro) dipende solo *funzionalmente* dal Prefetto (quale Autorità "generale" di pubblica sicurezza) e gerarchicamente dal Capo della Polizia. Quest'ultimo, però, contestualmente è anche, a sua volta, *Direttore Generale della Pubblica Sicurezza* e, se da un lato la sua dipendenza gerarchica dal Ministro è ormai solo nominale (sia come Capo della Polizia di Stato che come Capo del Dipartimento), dall'altra - pur essendo un organo amministrativo, per quanto di grado apicale - finisce per essere *funzionalmente* (373) sovraordinato (in quanto, seppur non formalmente "Autorità", pur sem-

(372) Entrambi i ruoli sono caratterizzati da piena effettività di poteri: da tale organo-persona fisica dipendono infatti, direttamente, la *Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere*, la *Direzione centrale per le risorse umane*, la *Direzione centrale di sanità*, la *Direzione centrale per gli istituti di istruzione*, la *Direzione centrale dei servizi tecnico-logistici e della gestione patrimoniale*, la *Direzione centrale per i servizi di ragioneria*, l'*Ufficio centrale Interforze per la sicurezza personale*, la *Scuola di perfezionamento per le Forze di polizia* e la *Scuola superiore di polizia*; indirettamente (per il tramite cioè di un vicedirettore generale - Direttore centrale della polizia criminale), la *Direzione centrale della polizia criminale*, l'*Ufficio per il coordinamento e la pianificazione delle Forze di polizia*, l'*Ufficio centrale ispettivo*, la *Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato*, la *Direzione centrale per i servizi antidroga*, la *Direzione investigativa antimafia*, la *Direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato*, la *Direzione centrale della polizia di prevenzione* e la *Direzione centrale per la polizia stradale, ferroviaria, delle comunicazioni e per i reparti speciali della Polizia di Stato*.

(373) Secondo DI RAIMONDO (*Il sistema della pubblica sicurezza*, Padova 1984, p. 234) non si potrebbe parlare di un rapporto di sovraordinazione (gerarchica) tra il *Direttore generale della pubblica sicurezza* (nonché Capo della Polizia di Stato) e le Autorità provinciali e locali di P.S., dal momento che l'art. 5 della legge 121/81, pur ponendo il primo al vertice dell'*Amministrazione di P.S.*, significativamente non gli attribuisce formalmente la qualifica di Autorità di pubblica sicurezza. Tale ricostruzione, motivata dall'esigenza di sottrarre i Prefetti ad un'anomala inversione dei ruoli (appunto quali subordinati - all'atto pratico - dell'organo di vertice della Polizia), non appare del tutto convincente, poiché finisce per collegare l'esistenza o meno di un rapporto gerarchico (seppur circoscritto a specifici ambiti delle competenze prefettizie) ad un semplice dato nominalistico anziché - come si conviene - all'effettività dei poteri e delle funzioni svolte. Inoltre sembra dimenticare che il Questore - anch'egli Autorità provinciale di P.S. - indubbiamente dipende, gerarchicamente, dal proprio organo apicale, che attualmente coincide anche con il suddetto Direttore generale. Sostiene la tesi della *mera relazione funzionale* DE PAOLA (*Il ruolo del Prefetto nel sistema della sicurezza pubblica*, cit., p. 43), in forza della quale "il Dipartimento si pone come la sede in cui vengono definiti, in conformità all'indirizzo politico, i diversi piani generali

pre “*Direttore della Pubblica Sicurezza*” a livello nazionale) proprio al Prefetto (quale Autorità “periferica” di P.S.), nonostante questi sia un organo di diretta emanazione del potere politico - del Governo e del Ministro dell’Interno - che in tale veste esercita istituzionalmente un potere di indirizzo (374).

Il Prefetto, infatti, è sì un’*Autorità* di P.S., ma solo a livello provinciale, dunque pur sempre riferita ad un ambito di competenze (politiche ed operative) ridotto rispetto a quello nazionale.

A ciò aggiungasi che lo stesso Ministro dell’Interno non ha un reale potere di direzione nei confronti del Capo del Dipartimento di P.S. (laddove lo ha invece nei confronti del Prefetto, il quale è però, in concreto, subordinato a quest’ultimo) o di autotutela, né è in grado di intervenire direttamente nell’attuazione delle politiche di sicurezza da lui stesso definite, posto che a tal fine deve esclusivamente avvalersi, per legge, proprio del medesimo Dipartimento.

In questi termini, il sistema italiano presenta un’anomalia strutturale assente negli **altri ordinamenti del cd. “gruppo G6”** dell’Unione, che **distinguono tra Autorità di indirizzo** (ricomprendendo in tale categoria, oltre al Ministro competente in materia ed eventuali Sottosegretari di Stato, anche l’organo di vertice operativo dell’*Amministrazione di P.S.*, in ragione delle sue funzioni ausiliarie e di alta amministrazione) **ed apparati operativo/gestionali** (nella specie, le singole Forze dell’ordine ed altre strutture di settore: ad es. Vigili del fuoco, Protezione civile, etc.).

Volendo limitarci ad alcune indicazioni di massima, nell’ordinamento francese il vertice dell’*Amministrazione di P.S.* risiede (art. 3 del *Décret* n. 85-1057 del 2 ottobre 1985 (375)) nel “*Secrétaire général*” del Ministero dell’Interno (un funzionario dell’*Amministrazione civile*, generalmente un Prefetto), che esercita le funzioni di coordinamento dell’insieme dei servizi e delle strutture della sicurezza nazionale, oltre a rilevanti attribuzioni di indirizzo (cfr. commi 5 e 6: “*Il est chargé des affaires politiques. - Il est chargé*

attinenti all’ordine e alla sicurezza pubblica, di cui all’art. 6 della legge n. 121/81 e le relative competenze del Prefetto”. Presupposto della ricostruzione proposta dall’Autore è che il Prefetto non possa considerarsi un elemento organico all’*Amministrazione della P.S.*, pur integrandosi *funzionalmente* e necessariamente in essa: tale (mera) integrazione spiegherebbe il collegamento con il Dipartimento ed il suo vertice. Di conseguenza, in occasione “*dell’elaborazione dei Piani, il Capo della Polizia potrà influire sull’azione dei Prefetti, che dovranno attenersi alle direttive da questi impartite per la loro corretta esecuzione in provincia. Tuttavia, questo potere del Capo della polizia non potrà menomare la competenza del Prefetto riguardo all’attuazione dell’indirizzo politico governativo a livello provinciale*”.

(374) Sempre DE PAOLA (*op. ult. cit.*, p. 40) rileva che la “politicità” del Prefetto non si traduce in un autonomo potere di elaborazione dell’indirizzo politico, che in materia di pubblica sicurezza spetta esclusivamente al Consiglio dei Ministri ed al Ministro dell’Interno. Per “politicità” dovrebbe piuttosto intendersi una competenza generale di attuazione di tale indirizzo, che non si estrinsechi in una mera esecuzione delle direttive degli organi politici, quanto piuttosto nell’interpretazione dello stesso e nella traduzione in atti d’indirizzo per le Forze di polizia, alla luce delle specificità della realtà locale.

(375) Su http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=2903D196155A93581F50EF789D0DB5CF.tpdjo15v_1?cidTexte=LEGITEXT000006064688&dateTexte=20121231.

de coordonner la politique du Ministère de l'Intérieur en matière de titres sécurisés ...”), totalmente distinto dai vertici e dalle strutture delle Forze di polizia a carattere generalista (*Police Nationale e Gendarmerie Nationale*: artt. 5 e 5-bis), che da questi neppure dipendono.

In Spagna, l'organo amministrativo di vertice è la *Secretaría de Estado de Seguridad*, anch'essa separata (ai sensi dell'art. 1, comma sesto, lett. “a” del *Real Decreto* n. 400 del 7 febbraio 2012 (376)) dalle strutture e dai vertici (tra loro autonomi) delle due Forze di polizia generaliste, che fanno invece capo alle distinte (377) ed equiordinate “*Dirección General de la Policía*” e “*Dirección General de la Guardia Civil*”: cfr. gli artt. 3 e 4, nonché la “*Disposición adicional cuarta*” e “*quinta - lett. c*” e la “*Disposición transitoria tercera*”), analogamente agli ulteriori servizi del settore sicurezza (si veda l'art. 11 per la “*Protección Civil y Emergencias*” e l'art. 5 relativamente alla “*Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*”).

Il *Secretario de Estado de Seguridad*, ai sensi dell'art. 2, anch'esso (come già in Francia (378)) un funzionario dell'Amministrazione civile posto all'immediata dipendenza gerarchica del Ministro dell'Interno, ha parimenti compiti di “*dirección, coordinación y supervisión*” delle strutture ed organismi della pubblica sicurezza nazionale (379): attraverso tale *Secretaría* il Ministro dell'Interno svolge anche le proprie funzioni istituzionali di coordinamento (art. 2 comma quinto: “*Está adscrita al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, la Comisión Ejecutiva de Coordinación, como órgano estratégico de coordinación ejecutiva de dicha Secretaria de Estado*”).

Anche nei sistemi tedesco (380) ed inglese, la cui organizzazione federale

(376) Testo consolidato su <http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/18/pdfs/BOE-A-2012-2396.pdf>.

(377) Il tentativo di unificare i vertici delle due Direzioni generali (con *Real Decreto* n. 991/2006), nella dichiarata prospettiva di conseguire ipotetiche riduzioni di spesa, dopo circa sei anni venne abbandonato per ritornare al precedente regime, reintrodotta con il *Real Decreto* n. 400 del 7 febbraio 2012, causa le gravi inefficienze cui la novella aveva dato - in concreto - origine.

(378) Anche ex art. 4 del *Décret* n. 2012-771 del 24 maggio 2012, relativo alle attribuzioni del Ministro dell'Interno.

(379) Precisamente, il comma 1 lett. b) dell'art. 2 attribuisce al vertice dell'Amministrazione di P.S. spagnola “*L'esercizio del comando delle Forze e dei Corpi di sicurezza dello Stato, il coordinamento e il monitoraggio dei servizi e delle missioni di loro competenze*” (testualmente: “*El ejercicio del mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la coordinación y la supervisión de los servicios y misiones que les corresponden*”). Occorre ricordare, al proposito, che la Spagna presenta un ordinamento con fortissime autonomie territoriali che giustificano - in un'ottica di equilibrio istituzionale - un così marcato accentramento operativo delle funzioni nazionali di sicurezza: tra le attribuzioni della *Secretaría de Estado de Seguridad* vi sono inoltre le classiche incombenze di indirizzo politico, individuate dal comma terzo, p.to 1, della medesima norma nei termini che seguono: “*Desarrollar estrategias específicas de lucha contra la criminalidad y elaborar planes conjuntos de actuación en materia de seguridad ciudadana, coordinando la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en este ámbito, así como de éstos con las Policías Autonómicas y Policías Locales*”.

(380) Per un'introduzione, cfr. DUQUE QUICIOS, *Modelo de seguridad aleman*, in *Cuadernos de la Guardia Civil XXXVII/2008*, pp. 35 ss..

delle Forze dell'ordine è oltremodo complessa (cfr. la prima parte di questo lavoro, nota 53), vi è una netta distinzione tra le competenze dell'*Amministrazione di P.S.* e le strutture operative che ne fanno parte o che comunque vi collaborano: in Germania le principali funzioni federali fanno capo al "Dipartimento-ÖS" ("*Abteilung Öffentliche Sicherheit*") del Ministero dell'Interno (381), retto da un Segretario di Stato (382) e da cui dipendono anche la *Bundeskriminalamt* nonché i servizi dell'antiterrorismo. Svolge inoltre le funzioni di coordinamento tra le numerose Forze dell'ordine operanti nel territorio federale e tra queste e le Agenzie strumentali dell'UE.

A sua volta, il diverso ed autonomo "*Dipartimento-B*" ("*Abteilung Bundespolizei*") - facente comunque capo al medesimo Segretario di Stato - supervisiona e gestisce le operazioni della Polizia federale (*Bundespolizei*) nonché (con funzioni di coordinamento e controllo) le "*Unità miste di pronto intervento*" ("*Bereitschaftspolizei*").

Anche nel modello tedesco (sia a livello federale che di singoli *Länder*) si dà atto della compartecipazione degli organismi di vertice dell'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza* (383) alle funzioni di indirizzo politico (resa ancor più esplicita dal fatto che a tali strutture sono direttamente preposti dei Segretari di Stato di nomina politica), derivandone come conseguenza la netta separazione rispetto alle strutture aventi carattere operativo (tra cui le Forze dell'ordine e gli apparati di sicurezza).

In termini strettamente giuridici, la base normativa del sistema operativo della pubblica sicurezza federale tedesca è data da sette testi organici di legge: 1) la "*Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten - BKAG*" [cd. "*Bundeskriminalamtsgesetz*" (384)]; 2) la "*Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz - BVerfSchG*" [cd. "*Bundesverfassungsschutzgesetz*" (385)]; 3) la "*Gesetz über die Bun-*

(381) Cfr. http://www.bmi.bund.de/DE/Ministerium/Struktur-Abteilungen/struktur-abteilungen_node.html.

(382) Proveniente dai ruoli dell'Amministrazione civile dello Stato (ad es. un magistrato) o anche un politico di carriera.

(383) "*State secretaries are the highest-ranking civil servants in a federal Ministry. They are responsible for ensuring that the Ministry is able to carry out its tasks in line with the Minister's directions and guidance; they also represent the minister as head of this supreme federal authority within the Ministry and beyond. Because this position requires a high level of agreement with the minister's policy and subject-related objectives, State secretaries are "political" civil servants, that is, the Federal President may suspend their appointment at any time following the recommendation of the Federal Minister, who does not need to provide any reasons for this recommendation*" (così nell'introduzione del portale istituzionale del BMI - *Bundesministerium des Innern*, novembre 2013).

(384) Testo consolidato su http://www.gesetze-im-internet.de/bkag_1997/index.html. Si tratta della legge su ordinamento e funzioni della polizia criminale federale e sulla cooperazione tra questa e le autonome polizie criminali dei singoli *Länder*. Cfr. AHLF-DAUB-LERSCH-STÖRZER, *Bundeskriminalamtgesetz* (BKAG), *Kommentar*, Stuttgart 2000.

despolizei - BpolG” [cd. “*Bundespolizeigesetz*” (386)]; 4) la “*Vereinsgesetz - VereinsG*” (387); 5) la “*Waffengesetz - WaffG*” (388); 6) la “*Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe - Sprengstoffgesetz*.” [cd. “*SprengG*” - (389)] e 7) la “*Zollfahndungsdienstgesetz - ZFdG*” (390). A loro volta, i singoli *Länder* hanno competenze legislative esclusive in merito all’ordinamento della pubblica sicurezza “interna”, distinta - seppur con essa coordinata - da quella federale (391).

La struttura dell’apparato operativo di polizia riflette quella federale dello Stato, nella quale la maggior parte delle competenze (comprese quelle di pubblica sicurezza) appartiene ai singoli *Länder*, residuando alla Federazione solamente la cura degli affari esteri, del Tesoro, delle Forze armate e della protezione delle frontiere, settori cui si sono recentemente aggiunti il controllo e la sicurezza degli aeroporti e delle stazioni ferroviarie, la lotta alla delin-

(385) Testo consolidato su <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfsg/BjNR029700990.html>. Legge sull’*Ufficio federale per la protezione dell’ordinamento costituzionale* e sulla collaborazione tra i Governi federale e dei singoli *Länder* in materia. In argomento cfr. KROGER, *Bundesverfassungsschutzgesetz*, München 1995.

(386) Testo consolidato su http://www.gesetze-im-internet.de/bgsg_1994/BjNR297900994.html. Si tratta della legge che istituisce e regola la *Bundespolizei* (o “Polizia federale”, specializzata in antiterrorismo ed ordine pubblico, nata dall’incorporazione della precedente Polizia di frontiera). In merito si vedano DREWES-MALMBERG-WALTER, *Bundespolizeigesetz BPolG. Zwangsamwendung nach Bundesrecht VwVG/UZwG*, Stuttgart 2010.

(387) Su <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/vereinsg/gesamt.pdf>. È la legge federale sulla libertà di associazione, emendata nel 2007. Cfr. anche <http://www.gesetze-im-internet.de/vereinsg/index.html>. Si veda ERBS-KOHLHAAS, *Strafrechtliche Nebengesetze. Kommentar*, München 2012.

(388) Testo consolidato su http://www.gesetze-im-internet.de/waffg_2002/index.html. Legge federale sulle armi. Si vedano BUSCHE, *Kompendium Waffensachkunde*, Kiel 2009 ed HELLER-SOSCHINKA, *Waffenrecht. Handbuch für die Praxis*, München 2008. Cfr. anche <http://www.gesetze-im-internet.de/awaffv/index.html>.

(389) Testo consolidato su http://www.gesetze-im-internet.de/sprengg_1976. Legge federale sulle sostanze esplosive. In argomento STEINDORF-PAPSTHART, *Waffenrecht: Waffengesetz, Sprengstoffgesetz, Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen und Durchführungsvorschriften*, München 2012.

(390) Testo consolidato su <http://www.gesetze-im-internet.de/zfdg/index.html>. Legge federale sui servizi di investigazione doganale. In argomento cfr. FEHN-LENZ, *Zollfahndungsdienstgesetz (ZFdG): Handkommentar*, Baden-Baden 2003.

(391) *Bayerischen Polizei* (PAG); *Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz* (LStVG); **Berlin**: *Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz* (ASOG Bln); **Brandenburg**: *Brandenburgisches Polizeigesetz* (BbgPolG); **Bremen**: *Bremisches Polizeigesetz*; **Hamburg**: *Hamburger Sicherheits- und Ordnungsgesetz* (SOG); **Hessen**: *Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (HSOG); **Mecklenburg-Vorpommern**: *Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (SOG M-V)*; **Niedersachsen**: *Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (Nds. SOG); **Nordrhein-Westfalen**: *Nordrhein-Westfälisches Polizeigesetz* (PolG NRW); *Ordnungsbehördengesetz* (OBG NRW); **Rheinland-Pfalz**: *Rheinland-Pfälzisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz* (POG); **Saarland**: *Saarländisches Polizeigesetz* (SPolG); **Sachsen**: *Sächsisches Polizeigesetz* (SächsPolG); **Sachsen-Anhalt**: *Sachsen-Anhaltisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz* (SOG LSA); **Schleswig-Holstein**: *Schleswig-Holsteinisches Landesverwaltungs-gesetz* (LVwG); **Thüringen**: *Thüringer Polizei-aufgabengesetz* (unitamente al par. 17 del *Thüringer Ordnungsbehördengesetz*). Testi consolidati sui singoli portali istituzionali, raccolti nell’archivio <http://www.justiz-und-recht.de/Gesetze/landesrecht.html>.

quenza organizzata, al traffico di stupefacenti ed al terrorismo (392).

Due sono le caratteristiche del sistema di polizia tedesco, la separazione verticale dei poteri e l'assoluta autonomia dei *Länder* nelle proprie decisioni di indirizzo (393): correlativamente, a fronte di una normativa processual-penalistica unitaria data a livello federale, che detta la disciplina da seguire nel contrasto alle attività criminali (in particolare, le regole dell'attività investigativa di polizia), ogni *Land* approva un'autonoma legge (amministrativa) organica di polizia (*Polizeigesten*) che disciplina missioni, competenze, funzioni ed organizzazione di ciascuna delle proprie Forze dell'ordine.

Nel Regno Unito, a livello "centrale" si colloca l'*Home Office* (già "*Home Department*", corrispondente al Ministero dell'Interno (394)) e retto da un "*Home Secretary*" (equivalente del Ministro) supportato da un "*Permanent Secretary*" (funzionario di carriera dell'Amministrazione civile) e da alcuni "*Ministers*" (Sottosegretari di Stato, di provenienza politica) preposti alle singole Direzioni generali ed Agenzie in cui si articola l'*Amministrazione di P.S.*

Anche questo sistema prevede una netta distinzione tra gli organismi di indirizzo e le singole strutture di polizia, ad essi sottordinate.

A differenza della maggior parte degli altri modelli europei (strutturati su una pluralità di Forze di polizia, tra loro autonome ed equiordinate nel rapporto di dipendenza funzionale dall'Autorità di governo), quello polacco viene invece generalmente ricondotto ad uno schema "monistico", fondato cioè su un'unica Forza di polizia a competenza generale (o, per meglio dire, "integrale"), ripartita al suo interno in una pluralità di Reparti e Specialità dotati di autonomia operativa più o meno marcata.

Tale presupposto non è però corretto, poiché anche il "sistema sicurezza" polacco è articolato secondo una pluralità di Forze dell'ordine, tra loro autonome: in particolare - oltre alla più nota *Policja* civile - la Guardia di frontiera (*Stráž Graniczna/SG*, il cui ordinamento venne inizialmente dato dalla legge 12 ottobre 1990 (395)) e l'Ufficio per la sicurezza del Governo (*Biuro Ochrony*

(392) La Costituzione, peraltro, attribuisce alla Federazione ulteriori competenze, quali quelle di polizia giudiziaria, la difesa dell'integrità dello Stato, quella delle frontiere ed il contrasto alla delinquenza internazionale, laddove sia idonea a compromettere gli interessi comuni federali.

(393) Unico elemento "unificatore", la formazione comune dei quadri superiori delle varie Forze dell'ordine (appena il 2% del totale degli organici) presso i medesimi centri di istruzione (in particolare, l'Accademia di polizia di Hilltrup).

(394) Si veda il portale istituzionale <http://www.homeoffice.gov.uk/about-us/our-organisation>. Per una sinottica rassegna in materia, cfr. FORD, *ACPO UK Police Directory*, Hove 2014. Elementi di interesse si possono trarre anche dal rapporto *The Strategic Policing Requirement*, HMIC/London 2014.

(395) Pubblicata su Dz.U. 1990, n. 78 voce 462, quindi - con emendamenti - su Dz.U. 2005, n. 234, voce 1997 (l'ultima modifica risale al 2009: cfr. Dz.U. 2009, n. 168, voce 1323). Testo consolidato su <http://isap.sejm.gov.pl/Download?id=WDU19900780462&type=3>. Le attribuzioni di tale Corpo (autonomo e non una Specialità della polizia civile, com'è invece il caso della Polizia di frontiera italiana) sono analoghe, sotto diversi profili, a quelle originarie della Guardia di Finanza (prevenzione e repressione dei reati fiscali, etc.). Pur giuridicamente qualificabile come Forza di polizia a *status* civile, a dif-

Rządu / BOR, regolamentato da ultimo con legge 16 marzo 2001 (396)), peraltro non inquadrabile come Forza di polizia, a differenza dell'*ABV - Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego* (397). Ad esse vanno poi aggiunte la *Straż Ochrony Kolei* (polizia ferroviaria), a competenza specialistica e *status* paramilitare (398), la *Służba Celna* (polizia doganale, dipendente dal Ministero delle Finanze (399)) e l'*Inspekcja Transportu Drogowego* (equivalente della polizia stradale (400)).

Considerazione a parte merita infine la *Służba Więzienna* (polizia penitenziaria), dipendente dal Ministero della Giustizia, la cui disciplina ordinamentale riposa nella legge 9 aprile 2010 (401), che nell'ordinamento polacco - in deroga agli ordinari *standard* internazionali - viene espressamente qualificata come Corpo armato (di polizia, in ragione delle sue attribuzioni di pubblica sicurezza (402)).

L'autonomia istituzionale delle diverse Forze trova una prima sanzione nell'art. 14, commi 4 e 5, del Testo Unico del 6 aprile 1990 (403) sulla polizia statale, laddove si precisa che (solo) *in via eccezionale* quest'ultima può avvalersi, per la propria attività, anche dei riscontri informativi della SG e dei servizi interni di sicurezza, trattandosi di strutture preposte alla cura di propri obiettivi specifici.

Riscontri informativi, val la pena precisare, che sono attualmente gestiti

ferenza degli altri Corpi fa uso di gradi di tipo militare. Altre autonome Forze di polizia di frontiera europee sono, a titolo d'esempio, la *Derzhavna Prykordonna Sluzhba* ucraina (a statuto militare), la *Rajavartiolaitos* finlandese (a statuto militare), la *Határórség* ungherese, la *Politsei- ja Piirivalveamet* estone, la *Politiia de Frontieră* rumena, la *UK Border Agency (UKBA)* britannica, etc. Tutte fanno riferimento, a livello di Unione Europea, al FRONTEX.

(396) In precedenza questo organismo era disciplinato in via autonoma con legge 22 dicembre 1999, avente ad oggetto la temporanea subordinazione - a tal fine - di alcune unità militari, separate dalle strutture della *Policja* civile.

(397) Seppur dotata di personale in uniforme, si tratta in realtà di un'Agenzia di sicurezza, istituita con l. 24/5/2002 (su Dz.U. 2010, n. 29 voce 154 - <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20100290154>).

(398) Cfr. sito istituzionale <http://www.kgsok.pl/>. È regolamentata dalla legge sul trasporto ferroviario, in Dz.U. 2003 n. 86, voce 789 (<http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20030860789>).

(399) Polizia istituita con legge 24 luglio 1999 (su Dz.U. 1999, n. 72 voce 802 - <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19990720802>).

(400) Istituita con legge 6 settembre 2001 sul trasporto su strada, dipende dal Ministero delle Infrastrutture (maggiori dettagli sul sito istituzionale <http://www.gitd.gov.pl/>).

(401) La disciplina ordinamentale della *Służba Więzienna* è pubblicata in Dz.U. 2010, n. 79 voce 523 (<http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20100790523>).

(402) Testualmente, l'art. 1 della legge 9 aprile 2010 così recita: "*Służba Więzienna jest umundurowaną i uzbrojoną formacją apolityczną podległą Ministrowi Sprawiedliwości, posiadającą własną strukturę organizacyjną*" ("la Polizia penitenziaria è una formazione armata ed in uniforme alle dipendenze del Ministero della Giustizia, con propria struttura organizzativa"). A sua volta, l'art. 2, comma 2 n. 6 attribuisce a tale Corpo - tra l'altro - il compito di mantenere, in ambito carcerario, l'ordine e la sicurezza pubblici ("*zapewnienie w zakładach karnych i aresztach śledczych porządku i bezpieczeństwa*").

(403) Pubblicato su Dz.U. 2002, n. 7 voce 58 (versione emendata): testo consolidato su <http://isap.sejm.gov.pl/Download?id=WDU20020070058&type=3>

da una struttura centrale interforze, il “*Krajowe Centrum Informacji Kryminalnej*” (KCIK (404)), deputato a svolgere una fondamentale funzione di raccolta, elaborazione e comunicazione dei dati e delle informazioni di carattere penale, quale organismo terzo di coordinamento operativo.

Tutte e tre le strutture (unitamente alle due Agenzie di sicurezza, interna ed esterna, poste alle dirette dipendenze del Primo Ministro anche sotto il profilo gerarchico) sono formalmente subordinate al Capo del Governo, che ne nomina i vertici. Intercorre invece una dipendenza *funzionale* con il Ministro dell’Interno, per ragioni eminentemente operative, fermo restando che la competenza a definire obiettivi e linee-guida in materia di sicurezza interna ed esterna del Paese spetta solamente al Consiglio dei Ministri (art. 146, par 4, p.tti 7 e 8).

In particolare, in base al *Decreto* del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 248 del 18 novembre 2011 (405), l’esercizio delle funzioni generali in materia di pubblica sicurezza, individuate dalla legge 21 giugno 1996, n. 421 (406), viene affidato (di fatto, una sorta di delega) al neo-istituito Ministero dell’Interno (in precedenza “*Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji*”) che a tal pro si avvale, ai fini operativi e pianificatori, di un apposito Dipartimento amministrativo (“*Działem Administracji Rządowej - Sprawy Wewnętrzne*”) le cui attribuzioni sono previste all’art. 29 della legge 4 settembre 1997 (407): tra queste, in particolare, la protezione della sicurezza e dell’ordine pubblico (“*ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego*”), concretamente svolta con il concorso di una serie di strutture operative (tra cui il Comando in Capo della Polizia interna (408), quello della Polizia di frontiera (409) e dei Vigili del fuoco, nonché la Direzione della Difesa Civile Nazionale), tra loro autonome ed equiordinate.

Così come in altri ordinamenti europei, anche nel sistema polacco, per assicurare un sostanziale equilibrio tra le Forze, queste vengono formalmente subordinate non ad uno specifico Ministro, bensì direttamente al Capo del Governo.

Per contro, non vi è un organismo centrale che coordini le attività di tutti i servizi: ad esempio, la *Policja*, la Guardia di frontiera e l’Ufficio per la sicu-

(404) Istituito ai sensi della legge 6 luglio 2001 (su Dz.U. 2001, n. 154, voce 1800). Per l’accessibilità a questo servizio anche da parte della gendarmeria, l’art. 40-a del relativo Testo Unico prevede che “*la Polizia militare può, nella misura necessaria per svolgere le sue funzioni di legge, far uso delle informazioni raccolte dal Centro Nazionale Informazioni Criminali*” (“*Żandarmeria Wojskowa może, w zakresie koniecznym do wykonywania jej zadań ustawowych, korzystać z informacji kryminalnej zgromadzonej w Krajowym Centrum Informacji Kryminalnych*”).

(405) Testo consolidato su <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20112481491>.

(406) Testo consolidato su <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19961060491>.

(407) Testo consolidato su <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20070650437>.

(408) La cui disciplina ordinamentale è data, da ultimo, dal Testo Unico 14 ottobre 2011 n. 1687 (su <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20112871687>).

(409) La cui disciplina ordinamentale è data, da ultimo, dal T.U. 11 maggio 2011, n. 675 su <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20111160675>.

rezza del Governo fanno riferimento al Ministro dell'Interno, mentre i due servizi di sicurezza (interna ed estera) nati dalla divisione dell'ex-Ufficio di protezione dello Stato (*Urząd Ochrony Państwa - UOP*), sino al 2002 (410) alle dipendenze del Ministero dell'Interno, rispondono adesso direttamente al Primo Ministro e sono coordinati, nello svolgimento della loro attività, da un apposito *Comitato* costituito in seno al Consiglio dei Ministri (cui l'art. 146 cit. della Costituzione attribuisce collegialmente la competenza a definire la politica di sicurezza dello Stato (411)).

La Gendarmeria, infine, nelle ipotesi in cui concorre al mantenimento dell'ordine pubblico al di fuori della compagine militare, se da un lato viene a partecipare di tutte le potestà attribuite *ex lege* alla *funzione* di polizia civile, mantiene pur sempre la propria specificità ordinamentale e di stato (412), anche quanto a dipendenza funzionale e gerarchica.

L'assenza di un organismo centrale di coordinamento verrebbe però in qualche modo "attenuata" dall'attività svolta dal *Consiglio sulla Sicurezza nazionale*, istituito presso il Consiglio dei Ministri ed esercitante funzioni (prevalentemente consultive) in materia di programmazione, supervisione e coordinamento delle attività dei due Servizi di sicurezza nazionali, dei servizi segreti militari (*Wojskowe Służby Informacyjne - WSI*), della polizia statale, della Guardia di frontiera e della gendarmeria (in breve, dei principali soggetti che esercitano funzioni di pubblica sicurezza (413)).

(410) Con l'intervento della legge di riforma del 24 maggio 2002 (pubblicata su Dz.U. 2002, n. 74 voce 676).

(411) Su Dz.U. n. 78 voce 483. Testualmente, "*W zakresie i na zasadach określonych w Konstytucji i ustawach Rada Ministrów w szczególności: ... 7) zapewnia bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz porządek publiczny; 8) zapewnia bezpieczeństwo zewnętrzne państwa; ...*" (trad. "Nell'ambito e secondo i principi definiti dalla Costituzione e dalle leggi, il Consiglio dei Ministri in particolare ... assicura la sicurezza interna dello Stato e l'ordine pubblico; 8. assicura la sicurezza esterna dello Stato").

(412) Da un lato, infatti, l'art. 18/a del Testo Unico sulla Polizia statale del 6 aprile 1990 (cit.) prevede che la gendarmeria venga ad assumere le potestà tipiche della polizia civile su disposizione del Primo Ministro (previo concerto dei Ministri dell'Interno e della Difesa); dall'altro, l'art. 66 del Testo Unico sull'ordinamento della Gendarmeria nazionale (legge 24 agosto 2001, pubblicata in Dz.U. 2001, n. 123 voce 1353 - testo su <http://isap.sejm.gov.pl/Download?id=WDU20011231353&type=3>) stabilisce in termini generali che "*L'art. 76 della legge 4 settembre 1997 sull'organizzazione del Governo (Dz.U. 1999, n. 82 voce 928) è sostituito dal seguente: «Il Presidente del Consiglio, su richiesta del Ministro degli Affari Interni, del Ministro della Difesa nazionale del Capo dell'Ufficio per la Sicurezza dello Stato [nel 2002 l'Agenzia è stata divisa in due autonomi servizi (segreti) per la sicurezza interna ed esterna - ndr] dispone, con decreto, la ripartizione delle competenze tra la Polizia, l'Ufficio per la sicurezza del Governo, la Guardia costiera, la Polizia di frontiera, l'Autorità nazionale di protezione civile, la Gendarmeria nazionale, le Forze dell'ordine ed i servizi di sicurezza, unitamente alle modalità della loro cooperazione»*".

(413) Per quanto concerne, in particolare, il coordinamento della gendarmeria polacca con le altre Forze dell'ordine si richiama l'art. 14 del Testo Unico sull'ordinamento della Gendarmeria nazionale, ai sensi del quale quest'ultima, nello svolgimento delle sue funzioni (di cui al precedente art. 4) interagisce con l'Agenzia per la sicurezza interna, la Polizia civile, le Guardie di frontiera, le Autorità doganali, quelle di controllo, etc.. Modalità e portata di tale interazione vengono definite con apposito regolamento del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 14 comma 2).

In ragione delle sue attribuzioni (in particolare, nel rendere i richiesti pareri tecnico/consultivi sui disegni di legge inerenti la sicurezza dello Stato, con particolare accento sulle forme di cooperazione tra le Forze dell'ordine nazionali), il *Consiglio* partecipa della funzione di indirizzo politico e di alta amministrazione (quest'ultima legata soprattutto alla nomina dei responsabili dei servizi di sicurezza).

Il *Consiglio* è composto dal Primo Ministro, da un Segretario del Consiglio, dal Ministro degli Affari Interni e dell'Amministrazione, dal Ministro degli Affari Esteri, dal Ministro della Difesa Nazionale, dal Ministro delle Finanze, dal Capo del Ufficio presidenziale per la sicurezza nazionale (BBN), dai vertici dei servizi segreti (ABW, AW e WSI), nonché dal Presidente del Comitato parlamentare per i servizi di sicurezza. Il Presidente della Repubblica può delegare un proprio rappresentante a partecipare alle riunioni del *Consiglio*.

Sotto molti profili affine al sistema polacco, anche l'ordinamento lituano distingue in modo rigido le strutture operative dagli organi ausiliari del Governo (*in primis* il "*Dipartimento dell'Amministrazione Interna*"), cui spettano funzioni di coordinamento e controllo - seppur non così marcate come altrove - e dunque di sovraordinazione (funzionale) agli organi di vertice delle prime.

Tra gli organismi con competenze di pubblica sicurezza vanno indicati i "servizi di sicurezza" propriamente detti (VSD e SIT, quest'ultimo deputato alla lotta alla corruzione nella Pubblica amministrazione), che nel sistema lituano non sono subordinati alle contingenti maggioranze di governo, dipendendo direttamente dal Presidente della Repubblica (nella sua qualità di Capo dello Stato, carica tendenzialmente stabile e "terza" rispetto all'Esecutivo, non essendo la Lituania una Repubblica presidenziale (414)) e dal Parlamento; ad essi si affiancano le Forze di polizia tradizionalmente dette (cinque più la gendarmeria, che ha però limitate competenze di polizia civile), ovvero la *Lietuvos Policija* (a competenza generale, articolata sui tre settori di polizia criminale, polizia stradale e polizia di sicurezza (415)), il VSAT (*Valstybės sienos apsaugos tarnyba* - Servizio di protezione delle frontiere, Corpo a *status* militare funzionalmente dipendente dal Ministero dell'Interno (416)), il VPGT (in realtà un servizio di protezione civile a tutti gli effetti, non limitato alla

(414) Il VSD è disciplinato dalla legge 20 gennaio 1994 e posto alle dirette dipendenze del Presidente della Repubblica. Il SIT, costituito nel 1997, ha visto la sua autonomia riconosciuta con legge 2 maggio 2000, che lo assoggetta direttamente al Presidente della Repubblica ed al Parlamento.

(415) Cfr. l'art. 13 della legge sulla Polizia dell'11 dicembre 1990, n. I-851 (emendata l'11 maggio 2006).

(416) Inizialmente posto alle dipendenze del Ministero della Difesa, al momento della sua costituzione con risoluzione 3 aprile 1990 dell'allora *Soviet* Supremo della Lituania. Successivamente, con legge di riforma del 10 ottobre 2000 (e successiva risoluzione governativa del 22 febbraio 2001), venne posto alle dipendenze funzionali (di supervisione e controllo) del Ministero dell'Interno, pur mantenendo l'organizzazione militare (in caso di guerra, la legge prevede che venga a fare integralmente parte delle Forze Armate: cfr. Cap. I Sez. I art. 2; Sez. 2 art. 5 e Sez. III art. 12 della legge sul Servizio della Guardia di Frontiera, 10 ottobre 2000 n. VIII-1996).

prevenzione degli incendi come la sua denominazione darebbe ad intendere (417)), il VAD (Servizio di protezione delle personalità) ed il FNIT (Servizio di investigazione sui crimini finanziari).

Alle Forze di polizia propriamente dette va poi aggiunta la Polizia penitenziaria (dipendente dal Ministero della Giustizia) cui anche l'ordinamento lituano attribuisce funzioni di pubblica sicurezza.

Come già nel sistema polacco, la Forza di gendarmeria (*Viesojo Saugumo Tarnyba - VST*, che di conseguenza partecipa ad EUROGENDFOR nella veste di *Partner*) non ha attualmente competenze generali di polizia civile, operando principalmente quale polizia militare.

La regola fondamentale della netta separazione tra strutture (governative) di indirizzo e strutture (operative) delle Forze dell'ordine trova poi accogliamento anche negli altri ordinamenti europei quali quello del Portogallo, del Belgio, dell'Olanda, dell'Austria, etc..

Il sistema italiano, invece, sotto questo profilo rappresenta un *unicum* che sembra trovare ormai giustificazione più nella casualità della successione normativa che in un'effettiva *ratio* di politica legislativa. Ciò ha spinto parte della dottrina (confortata dalla prassi legislativa che dagli anni '90 in poi mira a diversificare strutturalmente le *funzioni* operative e di gestione da quelle di indirizzo) a suggerire un intervento normativo che separi anche in Italia le due cariche attualmente cumulate dal *Direttore Generale della P.S.*, devolvendo tale attribuzione ad un funzionario dell'Amministrazione civile dello Stato e restituendo alla Polizia quell'autonomia di ordinamento e gestione cui da decenni non partecipa, unica tra le Forze dell'ordine, con creazione di un suo specifico Dipartimento in seno al Ministero dell'Interno (418).

Tale era, del resto, l'originaria *ratio* del sistema sicurezza italiano, sino allo stravolgimento del precedente sistema liberale negli anni Venti e Trenta del secolo scorso, culminato - organizzativamente - con la moltiplicazione delle Questure quali duplicazioni/sovrapposizioni dei Comandi territoriali dei Carabinieri Reali e normativamente con l'adozione del TULPS (più la disciplina di attuazione e dettaglio).

La necessaria separazione tra organi ausiliari di indirizzo ed organi esecutivo/gestionali dovrebbe peraltro valere tanto a livello centrale quanto periferico (*id est*, provinciale), pena un'evidente anomalia di sistema, con la conseguenza (di per sé coerente con la struttura organizzativa e le origini storiche del Corpo, presente in forze solo nei centri maggiori) di superare la predetta duplicazione territoriale, ripristinando la presenza delle Questure (e dei

(417) La sigla VPGT sta per *Valstybinė priešgaisrinė gelbėjimo tarnyba* (Servizio antiincendi e di soccorso).

(418) Evidenzia la necessità di separare le due distinte funzioni anche MANCINI PROIETTI, *Libertà (fondamentali) e (poteri dell') autorità in una possibile riforma dell'organizzazione e dell'ordinamento della pubblica sicurezza*, in AA.VV., *La Polizia di Stato a trent'anni dalla legge di riforma*, cit., p. 103.

relativi Commissariati di P.S.) nelle sole città metropolitane (419).

Ciò consentirebbe anche di risolvere le perplessità suscitate dal cd. “sistema binario incrociato”, poiché da un lato si verrebbe ad incardinare il vertice del Dipartimento - in quanto organo ausiliario del Ministro - alla diretta dipendenza (anche gerarchica) da quest’ultimo, mentre dall’altro il rapporto di dipendenza dei Prefetti “territoriali” verrebbe nuovamente ricondotto all’interno di una medesima “linea di comando”, nell’ambito cioè dell’Amministrazione civile dell’Interno.

In alternativa, ovviamente, vi sarebbe anche la soluzione più “radicale” (adottata in alcuni Stati aderenti all’OSCE) di sottrarre al Ministero dell’Interno le scelte di indirizzo (420) in materia di pubblica sicurezza - con conseguente soppressione del relativo Dipartimento - devolvendole al Presidente del Consiglio dei Ministri (come già accade per le Agenzie di sicurezza), tramite la creazione di un Dipartimento (politico/tecnico interforze) *ad hoc*.

Le attribuzioni di indirizzo del Capo del Dipartimento della P.S. trovano ulteriore riscontro nella “Direttiva per l’attuazione del coordinamento e della direzione unitaria delle Forze di polizia”, adottata dal Ministro dell’Interno a seguito della riforma di cui alla legge 31 marzo 2000 n. 78: “**Nella logica istituzionale delineata dalla legge n. 78/2000, il Dipartimento della pubblica sicurezza si colloca in una posizione di snodo tra l’Autorità politica e le Forze di polizia che svolgono compiti tecnico-operativi ed alle quali in ultima analisi spetta in concreto di assicurare la compiuta realizzazione della preminente finalità pubblica della tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica sull’intero territorio nazionale ... Altra peculiare funzione del Dipartimento della pubblica sicurezza è quindi quella di elaborare e arricchire dei necessari contenuti di progettualità attuativa, le direttive impartite dal Ministro dell’Interno in modo da individuare le linee programmatiche lungo le quali le Forze di polizia sono tenute a sviluppare, secondo parametri di efficienza ed economicità, la loro attività squisitamente operativa**” (421).

Il sistema può quindi dirsi “binario” poiché coinvolge due distinti centri di Autorità pubblica, ed “incrociato” per descrivere il sovrapporsi delle rispettive funzioni - a livello nazionale e decentrato - con modalità però ben poco coerenti con il principio di diritto che vuole l’Autorità esecutiva posta

(419) Di cui all’art. 114 Cost. ed all’art. 23 TUEL. Da ultimo, cfr. anche l’art. unico della legge 7 aprile 2014, n. 56. Tale soluzione, giustificata dalle peculiarità ambientali di tale contesto (si tratta, infatti, di conurbazioni che superano ciascuna il milione di abitanti) e dall’opportunità di disporre di specifiche strutture di polizia ad esse dedicate, sarebbe altresì in linea con i rilievi espressi nella “Relazione Giarda” su talune irrazionalità nell’allocazione della spesa pubblica (cfr. *retro*).

(420) Riservandogli invece quelle operative connesse (già oggi) alla gestione della Polizia di Stato oltre che dei vari servizi di emergenza e soccorso (Vigili del fuoco, in parte la Protezione civile, ufficiali del Governo, etc.) e relative esigenze logistiche.

(421) Testo integrale su http://ssai.interno.it/download/allegati1/instrumenta_13_18_direttiva.pdf.

sotto la responsabilità di quella di governo e non viceversa.

Si consideri, in particolare, la posizione assunta dal Prefetto nella legge di riforma (la 121/81): il terzo comma dell'art. 13, sviluppando quanto previsto nel precedente art. 3, secondo comma, lett. *b*) e riconoscendo a tale figura una funzione di indirizzo e supervisione per ogni questione attinente la sicurezza, dispone che lo stesso *“Assicura unità di indirizzo e coordinamento dei compiti e delle attività degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza nella provincia, promuovendo le misure occorrenti”*.

La norma è un'evidente proiezione dell'art. 1, secondo cui (come già visto) il Ministro dell'Interno dovrebbe coordinare a livello generale i compiti e le attività delle Forze di polizia in materia di ordine e sicurezza pubblica; il Prefetto, in effetti, a sua volta coordina in provincia le attività ed i compiti degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza (art. 13).

Il legislatore assegna quindi al Prefetto un ruolo di “filtro” fra la linea politica indicata dal Ministro (art. 1, secondo comma) e la gestione tecnico-operativa del Questore (a sua volta non adespota ma vincolata a quanto deciso in sede di *Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica*) ed in tale veste gli attribuisce il compito di attuare le singole direttive ministeriali armonizzando la valutazione politica nazionale alle esigenze locali, coordinando i compiti e le attività degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza e promuovendo le misure occorrenti.

A sua volta l'art. 14, a mente del quale *“Il Questore ha la direzione, la responsabilità e il coordinamento, a livello tecnico-operativo, dei servizi di ordine e di sicurezza pubblica”*, va letto alla luce del precedente art. 13 comma 2, secondo cui il Prefetto *“sovraintende all'attuazione delle direttive emanate in materia”*. Ne emerge una responsabilità tecnica del Questore nei confronti del Ministro, mediata dalla supervisione/valutazione politica del Prefetto: in questi termini, i principi ispiratori della legge presuppongono che la gestione tecnico-operativa dell'evento resti agganciata alla direttiva prefettizia da cui trae esistenza e dalla quale, in maniera significativa, dev'essere orientata.

Esaminando più nel dettaglio la disciplina di settore, sempre al Prefetto (art. 13) viene attribuita *“la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia e sovraintende all'attuazione delle direttive emanate in materia. Assicura unità di indirizzo e coordinamento dei compiti e delle attività degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza nella provincia, promuovendo le misure occorrenti. - A tali fini il Prefetto deve essere tempestivamente informato dal Questore e dai Comandanti provinciali dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica nella provincia. - Il Prefetto dispone della Forza pubblica (422) e delle altre Forze*

(422) Per “Forza pubblica”, in assenza di un'espressa definizione di legge (la prima menzione è contenuta nel Capo IX della legge 13 novembre 1859, n. 3720, sull'ordinamento dell'*Amministrazione*

eventualmente poste a sua disposizione in base alle leggi vigenti e ne coordina le attività. - Il Prefetto trasmette al Ministro dell'Interno relazioni sull'attività delle Forze di polizia in riferimento ai compiti di cui al presente articolo”.

Nello svolgimento di queste funzioni è affiancato da un fondamentale organo ausiliario consultivo - vero e proprio strumento di decisione e coordinamento - il *Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica*.

Con la riforma dell'ordinamento di P.S., come già detto, è venuta meno l'originaria unitarietà delle funzioni di pubblica sicurezza in capo al rappresentante del Governo, dal quale - sino all'entrata in vigore della legge n. 121/1981 - dipendevano gerarchicamente il Questore e solo funzionalmente i vertici delle altre Forze dell'ordine, ai sensi dell'art. 3 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635.

L'originaria dipendenza gerarchica del Questore dal Prefetto va collocata nell'esatta prospettiva giuridica e storica, per comprendere le ragioni (e le criticità) dell'odierno ordinamento della pubblica sicurezza che, come già detto, è stato riformato “a TULPS invariato”. La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato B, recependo l'organizzazione della pubblica sicurezza sperimentata precedentemente nel Regno di Sardegna, istituì degli uffici di Questura nelle sole città con popolazione superiore a sessantamila abitanti, attribuendo al capo dell'ufficio, il Questore (un funzionario dell'Amministrazione civile - inizialmente proveniente dall'Ordine giudiziario - e non un poliziotto) l'esercizio dei poteri del Sottoprefetto nel circondario metropolitano in cui esercitava le proprie attribuzioni. In quanto Amministrazioni periferiche statali, anche le Questure erano direttamente subordinate alle Prefetture, con le quali esisteva un rapporto particolarmente stretto (rappresentando le prime la “*longa manus*” operativa delle seconde in materia di ordine pubblico).

Con legge 21 dicembre 1890, n. 7321 venne istituito in ogni capoluogo di provincia, alle dipendenze del Prefetto, un Ufficio provinciale di pubblica sicurezza, ed in ogni capoluogo di circondario, alle dirette dipendenze del Sottoprefetto, un Ufficio circondariale di pubblica sicurezza; peraltro, solo nelle città capoluogo con più di 100.000 abitanti all'ufficio provinciale poteva essere preposto un Questore.

È fondamentale sottolineare, per comprendere l'origine dell'odierno assetto della pubblica sicurezza in Italia, che **l'Ufficio provinciale di pubblica sicurezza - fosse o meno sede di Questura - non era altro che una divisione della Prefettura, alla pari dei servizi amministrativi o di quello sanitario, ed il Questore, quale ufficiale di pubblica sicurezza, era semplicemente uno dei vari collaboratori interni del Prefetto** (nella specie, era equiparato ad un Sottoprefetto): in quanto tale, coerentemente era posto alla dipendenza gerarchica di quest'ultimo, al pari del restante personale civile.

di P.S. del Regno di Sardegna), si intende convenzionalmente l'insieme dei Corpi armati (di cui all'art. 16 legge 121/81) posti a disposizione dell'Autorità di governo (prefettizia), ossia le Forze di polizia dello Stato, nonché le Forze armate allorché esercitino funzioni di pubblica sicurezza. Anteriormente al riordino dell'*Amministrazione della P.S.*, per la dottrina le componenti erano essenzialmente due, l'Arma dei Carabinieri ed il Corpo delle Guardie di P.S.; per correttezza, va però ricordato che all'epoca l'unica precisazione normativa dei soggetti facentine parte (l'art. 1 della legge 23 aprile 1959, n. 189) menzionava un terzo Corpo, pur sprovvisto di specifiche attribuzioni di pubblica sicurezza, ovverosia la Guardia di Finanza.

La legge n. 7321 confluisce successivamente nel Testo Unico sugli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza (**R.D. 21 agosto 1901, n. 409**) che definì l'assetto organizzativo dell'*Amministrazione della pubblica sicurezza* a livello periferico: nelle pochissime province sedi di Questura, questa era contemporaneamente ufficio circondariale e provinciale di pubblica sicurezza, ed il Questore (come già detto, un funzionario della carriera civile) era Autorità di pubblica sicurezza per il primo circondario e capo di divisione della Prefettura per il resto; nelle altre province era invece il Prefetto che provvedeva direttamente agli affari di pubblica sicurezza, coadiuvato ai soli fini operativi dal capo dell'Ufficio provinciale di pubblica sicurezza (un Commissario, anch'esso appartenente ai ruoli civili dell'Amministrazione).

Le attribuzioni di direzione e comando in materia di pubblica sicurezza erano riservate ai funzionari civili dell'Amministrazione dell'Interno, com'è vero che l'art. 4 (ripreso più tardi dal successivo R.D. 690/07) chiariva che *“Il Questore, nel circondario di sua residenza, ha tutte le attribuzioni di pubblica sicurezza spettanti [ordinariamente - ndr] al Sottoprefetto, e può avere alla sua dipendenza uffici di sezione”*.

Con R.D. 31 agosto 1907, n. 690 venne infine approvato un nuovo Testo Unico relativo agli ufficiali ed agli agenti di pubblica sicurezza, il cui art. 1 precisava che *“Il servizio di pubblica sicurezza dipende dal Ministero dell'Interno e, subordinatamente, dai Prefetti e dai Sottoprefetti, ed è eseguito, sotto la loro direzione, dagli ufficiali e dagli agenti di pubblica sicurezza, coadiuvati da un personale d'ordine e di servizio”*; l'art. 5 ribadiva invece che *“Gli uffici provinciali e circondariali di pubblica sicurezza fanno parte degli uffici di Prefettura e di Sottoprefettura. Le spese di affitto per i locali di ufficio provinciale e circondariali di pubblica sicurezza sono a carico della provincia”*. Il primato della *“Civil Authority”* trovava quindi sanzione nella regola per cui **gli ufficiali di pubblica sicurezza dovevano dirigere il servizio di polizia sotto la dipendenza dell'Autorità pubblica** (il Prefetto o il Sottoprefetto, che la legge qualificava rappresentanti territoriali dell'Autorità di governo).

Con il mutamento di regime politico in Italia - analogamente a quanto occorso nel 1923 per la *Direzione generale per la pubblica sicurezza* (cfr. *retro*) - il sistema istituzionale subisce alcune modifiche strutturali, mediante provvedimenti governativi: con R.D.L. 2 gennaio 1927, n. 1 vengono soppresse le Sottoprefetture e subito dopo, con R.D.L. 14 aprile 1927, n. 593 (recante la riforma delle Autorità di pubblica sicurezza) **il Questore e il suo ufficio acquisiscono il rango di Autorità provinciale**, a fianco (e sia pur alle dipendenze) del Prefetto.

In questa fase i Questori erano ancora funzionari del ruolo civile dell'Interno e non di quello “di polizia”, di talché l'attribuzione della qualifica di “Autorità” di P.S. non alterava formalmente il principio di separazione tra gli organi di indirizzo e controllo e quelli esecutivo-gestionali.

Nello stesso tempo, però, per contrastare l'autorità regia in materia (che si esprimeva attraverso la capillare diffusione del Corpo dei Carabinieri Reali, i cui ufficiali non dipendevano dai Prefetti (423), né prestavano giuramento al Capo del Governo) ed assicurare una maggior pervasività del controllo operato dalle strutture dal regime, sempre con R.D.L. 593/27 **viene istituito un ufficio di Questura in ogni capoluogo di provincia**. Tali finalità trovarono ulteriore sanzione nel TULPS del 1931 e soprattutto nel suo *Regolamento di esecuzione* (R.D. 635/1940), il cui art. 3, pur confermando la dipendenza del Questore dal Prefetto, dichiarò

(423) L'art. 17 del R.D. 690/1907 faceva infatti riferimento ai soli *“Carabinieri”*, cioè la truppa ed i sottufficiali.

che il primo dovesse assumere *“la direzione tecnica di tutti i servizi di polizia e di ordine pubblico nella provincia”* (424).

Il fenomeno della moltiplicazione degli Uffici di Questura, le cui numerose attribuzioni burocratiche rappresentano in larga parte una condivisione/duplicazione di quelle originarie delle Prefetture, ha comportato nel tempo delle criticità organizzative e finanziarie (soprattutto nelle realtà minori, dove l'aliquota fissa di personale necessario per il loro disbrigo finisce spesso per coincidere con ampia parte dei funzionari in servizio, conseguentemente distratti dallo svolgimento di funzioni operative di P.S.). Tale anelasticità verso economie di scala emerge anche dal recente *“Rapporto Giarda”* del marzo 2013, avente ad oggetto *“Analisi di alcuni settori di spesa pubblica”* (425) che, pur con i dichiarati limiti euristici dell'indagine condotta, pone in evidenza (p. 105) un'ipotesi di inefficienza gestionale (con correlato eccesso di spesa) dovuta all'attuale articolazione su base provinciale, pari a 4.604 addetti per il 2011 (426), in un sistema ordinamentale (p. 115) nel quale il numero di questi ultimi - verosimilmente a causa della fissità di cui si è detto - *“non risponde comunque a variazioni nel numero degli addetti”* delle altre Forze dell'ordine presenti sul territorio (per le quali, invece, tale rigidità non opera), sia complessivamente che per aree di suddivisione amministrativa dello stesso.

Il Questore, in base all'art. 14 della legge 121/81 (che riprende sul punto l'impianto del TULPS), è anch'esso *“Autorità provinciale di pubblica sicurezza.*

(424) Non ha però la direzione di alcuni importanti servizi della Polizia di Stato quali la Polfer e la Polizia postale, nonché la Polizia stradale (la cui linea di comando è strutturata secondo autonomi Compartimenti regionali): quest'ultima, in particolare, generalmente dispone - anche nelle province con minor consistenza d'organico - di caserme e centrali operative distinte da quelle cui fanno capo - spesso nello stesso conteso urbano - i servizi automontati della Squadra mobile (che invece dipendono dal Questore). Al riguardo l'art. 34 legge 121/81 (poi abrogato) prevedeva che *“Gli uffici di polizia stradale, ferroviaria, postale e di frontiera provvedono, ai livelli di propria competenza territoriale, alla direzione e al coordinamento operativo dei rispettivi uffici in cui si articolano ... Ai fini dell'attuazione del coordinamento di cui al capo primo, i dirigenti degli uffici suddetti devono riferire al Questore relativamente alle questioni concernenti l'ordine e la sicurezza pubblica”*. Cfr. adesso l'art. 4 del D.P.R. 208/2001.

(425) Su http://www.sitiarcheologici.palazzochigi.it/www.governo.it/aprile/%202013/www.governo.it/rapporiparlamento/documenti/rapporto_spending.pdf.

(426) Testualmente: *“L'inefficienza istituzionale (originata dalla adozione dei confini provinciali come strumento di definizione delle unità operative decentrate) “costa” 4.604 addetti. L'eccesso di spesa nelle tre regioni Friuli, Calabria e Sicilia vale 3.382 addetti in più”*. Inoltre, pur trattandosi di grandezze non necessariamente sommabili tra loro, poiché originate da fenomeni diversi, *“l'eccesso di spesa associato a singole osservazioni (equivalente a 2.639 addetti) richiama l'attenzione sulla ipotesi di inefficienza gestionale: singole strutture di produzione organizzate a livello provinciale che hanno spese superiori agli standard incorporati in altri territori”*. Ulteriori diseconomie sarebbero poi riscontrabili nei Reparti speciali, per un'eccedenza complessiva stimata in ben 9.918 addetti (p. 99). La scelta politica (consolidata nel TULPS e ripresa dalla legge 121/81) di calibrare i servizi di sicurezza su base provinciale e regionale produrrebbe diseconomie di scala anche per l'Arma dei Carabinieri, che non deriverebbero però da fattori di inefficienza gestionale (assorbibili dalla sua struttura reticolare), bensì dai costi fissi delle strutture di comando, create *ex lege* in funzione dei confini politici territoriali, piuttosto che del bacino di popolazione da servire (cfr. p. 56).

Per contro, secondo lo studio in questione (che non si prefigge di indicare soluzioni organizzative o gestionali), la diversa struttura organizzativa dell'Arma, se da un lato presenta una forte concentrazione di personale nelle regioni meridionali del Paese rispetto ad una media nazionale fondata sull'allocazione minima della Lombardia, consentirebbe pur sempre la correzione di eventuali criticità organizzative senza doversi strutturalmente incidere sulla sua complessiva dislocazione territoriale.

Ha la direzione, la responsabilità ed il coordinamento, a livello tecnico operativo, dei servizi di ordine e di sicurezza pubblica e dell'impiego a tal fine della Forza pubblica e delle altre Forze eventualmente poste a sua disposizione. A tale scopo viene tempestivamente informato dai comandanti locali dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica”.

Secondo un'interpretazione sistematica della norma (letta nel combinato disposto degli artt. 13 e 20 legge 121/81), l'obbligo di informazione di cui trattasi non avrebbe carattere generale ed assoluto (come invece accade nei riguardi del Prefetto, verso il quale è significativamente obbligato anche il Questore), ma varrebbe nei limiti in cui quest'ultimo abbia titolo ad adottare un'ordinanza ex art. 37 D.P.R. 782/85, ossia previa determinazione del Prefetto (ex art. 13 comma 4 cit.) su valutazione del Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica, ex art. 20 ult. cit.

L'art. 14, infatti, precisa che l'obbligo informativo vale solo “*a tale scopo*” (ovverosia, nei limitati casi in cui il Questore ha “*la direzione, la responsabilità e il coordinamento, a livello tecnico operativo, dei servizi di ordine e di sicurezza pubblica e dell'impiego a tal fine della forza pubblica e delle altre Forze eventualmente poste a sua disposizione*”) e non anche “*in qualsiasi caso*”, come invece previsto dall'art. 13, comma terzo legge 121/81 per le notizie da riferire al Prefetto; la differente disciplina appare peraltro giustificata, dal momento che nel secondo caso l'obbligo di informazione - strumentale alla cura dell'interesse pubblico alla sicurezza sociale - è *generale* ed incondizionato proprio perché finalizzato a consentire l'esercizio di una “*responsabilità (parimenti) generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia*”, attribuita dalla legge solo all'organo prefettizio.

Il Questore è invece una figura a competenza tecnico-operativa che esercita una serie di attività proprie della polizia di sicurezza ed amministrativa, concretizzate in ordinanze, diffide, permessi, licenze ed autorizzazioni. Peraltro, in quanto anche dirigente della Polizia di Stato (in parallelo a quanto accade con il Direttore del Dipartimento di P.S.), dirige e coordina autonomamente l'attività della Questura e delle sue eventuali articolazioni in ambito provinciale: in tale veste - non quindi quale Autorità di P.S. - prende parte al *Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica*, presieduto dal Prefetto.

Come generalmente riconosciuto dalla dottrina, l'attuale modello di amministrazione periferica della P.S. è frutto di un compromesso tra la volontà delle Questure di emanciparsi dalla tutela prefettizia (427) e la necessità di riservare comunque all'Autorità politica (di cui il Prefetto è espressione, seppur

(427) In argomento, cfr. LANZARA, *Autogoverno della polizia*, cit., pp. 433 ss.; ID., *Il Prefetto è autorità di p.s. di nome e non di fatto*, cit., pp. 310 ss.; BONELLI, *Organizzazione delle Forze di polizia*, cit., pp. 358-359.

tecnica, in quanto rappresentante locale del Governo) la decisione ultima sulle linee-guida cui improntare le scelte di ordine e sicurezza pubblica sul territorio nazionale.

Non volendosi incidere anche sul TULPS (posto che già la riforma dell'alora *Direzione Centrale di P.S.* rappresentava un *quid pluris* rispetto all'originario disegno di legge), si preferì mantenere l'impostazione della doppia Autorità provinciale di P.S., già prevista dal R.D. 6 maggio 1940, n. 635, il cui art. 1 così recitava: "*L'Autorità di pubblica sicurezza è provinciale e locale. Sono Autorità provinciali il Prefetto ed il Questore. È Autorità locale, in ciascun Comune, il funzionario preposto all'ufficio di pubblica sicurezza. Nei Comuni dove non esiste un ufficio di pubblica sicurezza, è Autorità locale il Sindaco o chi ne fa le veci*".

Il suddetto *Regolamento*, però, se da un lato formalmente attribuiva al Questore (art. 3) "*la direzione tecnica* [ma non invece quella *operativa*, che permaneva alle singole Forze dell'ordine nell'ambito dei propri ordinamenti e funzioni - ndr] *di tutti i servizi di polizia e d'ordine pubblico nella provincia*", dall'altro precisava che ciò doveva comunque avvenire "*alla dipendenza del Prefetto*", e dunque riconduceva le "nuove" attribuzioni - al di là della condivisibilità o meno, nel merito, di tale scelta - ad una coerente unità di sistema.

Col venir meno del rapporto di dipendenza gerarchica l'art. 3, seppur non formalmente abrogato, cessa di fatto di avere efficacia ed il precedente modello unitario (o "monistico", secondo alcuni) viene parzialmente eroso: solo parzialmente, però, dal momento che il Prefetto conserva una tendenziale centralità nel sistema sicurezza ed addirittura vede accrescere alcune attribuzioni rispetto al precedente regime del TULPS. Per contro, la figura del Questore assume dei contorni piuttosto sfocati, poiché diventa sì autonomo rispetto all'Amministrazione civile dell'Interno (della quale sino a quel momento faceva parte, nel solco della riforma del 1925), ma con poteri di fatto non esorbitanti quelli del responsabile di una Forza di polizia, al pari degli altri suoi omologhi (428).

Generalmente la dottrina (429) non si sofferma sulla questione, ma pone

(428) In effetti, se è vero che la legge 121/81 introduce, *ex novo* rispetto al TULPS, una doppia incombenza per i Comandanti provinciali di Carabinieri e Guardia di Finanza, che devono informare non solo più il Prefetto, ma pure il Questore (trattandosi, nei fatti, di un'ulteriore Autorità operante sul territorio, rispetto al passato) "*su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica*" - seppur nei limiti sopra precisati - è anche vero che il Questore non ha alcun diretto ed autonomo potere di ordine o di direzione nei confronti delle altre Forze dell'ordine, in quanto dirigente territoriale della sola Polizia di Stato (la potestà di direzione e coordinamento, non a caso, testualmente non è riferita agli *organici* che compongono tali Forze, bensì *ai servizi* di ordine e sicurezza pubblica ed *all'impiego*, a tal fine, della Forza pubblica: coordina e dirige cioè le modalità di impiego della Forza, ma non anche gli organici che la compongono).

(429) ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano 1959, p. 70. Il tema viene ripreso da LUZZI, *Il nuovo ordinamento dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza*, Firenze 1981, pp. 39-40: "*Con la ricostituzione del Corpo delle Guardie di P.S., in base al citato R.D. 687/1943, con stato militare*

l'accento su alcuni aspetti della riforma ritenuti particolarmente positivi, *in primis* l'apparente ripristino del sistema "a doppio binario" voluto proprio dal legislatore del 1925 (430). Tale chiave di lettura si presta però ad alcuni rilievi, poiché non è contestualizzata alle profonde differenze ordinali nel frattempo intervenute: secondo i suddetti Autori, invero, con l'entrata in vigore della legge 121/81 si sarebbe recuperata la tradizionale conformazione del nostro ordinamento giuridico, che vedrebbe coesistere - con evidenti vantaggi per il mantenimento degli equilibri democratici nazionali - una Forza di polizia ad assetto civile (sia pure a carattere speciale), quale la nuova Polizia di Stato, con una Forza di polizia ad ordinamento militare (l'Arma dei Carabinieri, destinata al servizio permanente di pubblica sicurezza oltre che ai compiti tipici di una Forza armata), la cui conformazione sarebbe meno sensibile - al pari di analoghi modelli esteri - a particolarismi e condizionamenti di natura politico/ideologica (come del resto testimoniato dall'esperienza del XX secolo).

Non si tiene però conto del fatto che tale equilibrio, rispetto al precedente preso in considerazione, risulta inciso dalla riduzione dei poteri gerarchici del Prefetto (ovverosia, proprio dell'Autorità territoriale *di governo*), a fronte della quale il legislatore non sembra aver operato una qualche forma di bilanciamento, ad esempio disponendo una generale redistribuzione delle attribuzioni tecnico-operative tra tutte le Forze dell'ordine.

In estrema sintesi, il legislatore ha ridotto i poteri della "Civil Authority" (il Prefetto, occorre ricordarlo, quale Autorità di P.S. agisce come rappresentante del Governo, e non nella veste di funzionario amministrativo), seppure nell'intento di separarne i compiti di indirizzo da quelli puramente gestionali, ma a tale riduzione non è corrisposto un riequilibrio delle competenze operative del settore sicurezza (essendo intervenuta a TULPS invariato).

Per il resto, la figura prefettizia conserva pressoché intatta la sua posizione

e soggezione alla giurisdizione penale militare, si ebbe ... un notevole cambiamento in quella che era stata la posizione dei due Corpi di pubblica sicurezza (Arma dei Carabinieri e Corpo degli Agenti di P.S.), secondo le disposizioni anteriori ... che garantivano una polizia come servizio civile e svincolato dall'Autorità militare, estranea, sotto ogni verso, al servizio stesso".

(430) Con R.D.L. 2 aprile 1925, n. 383 - rivelatosi fallimentare l'accorpamento (operato con R.D. 31 dicembre 1922, n. 1680) del Corpo della *Regia Guardia per la Pubblica Sicurezza* (a sua volta nata dallo scioglimento delle *Guardie di Città*, disposto con R.D. 2 ottobre 1919, n. 1790) in seno all'Arma dei Carabinieri - venne ricostituito il vecchio *Corpo degli Agenti di P.S.*, risalente al 1848, ma privo di dirigenti di provenienza "interna" e posto alle dipendenze (quanto ad inquadramento e servizio di polizia) di "ufficiali di P.S.", in realtà funzionari civili dell'*Amministrazione di Pubblica Sicurezza* (come tali gerarchicamente dipendenti dal Prefetto). In precedenza il sistema della pubblica sicurezza in Italia era tendenzialmente monistico anche sotto il profilo operativo, riconoscendo la centralità dei *Carabinieri Reali* (Corpo a competenza generale, a differenza della *Gendarmerie* francese, ed unico nato come militare per vocazione, anche a garantirne l'indipendenza dalle Autorità civili a beneficio delle quali svolgeva l'attività, in quanto subordinato solo alla legge), cui si affiancavano alcuni Corpi minori con competenze di settore (ad es. il *Corpo delle Guardie doganali* del 1861, poi evolutosi nel *Corpo della Regia Guardia di Finanza* del 1881, militarizzato nel 1907-1914). Per un'efficace analisi storica si veda TINTI, *Dai Reali Carabinieri alla 121*, Perugia 1999, pp. 13 ss.

di primazia rispetto al Questore ed - ovviamente - ai vertici delle altre Forze dell'ordine.

In effetti, rispetto al contenuto dell'art. 1 del TULPS e dell'art. 2 del R.D. 635/40, i compiti del Prefetto risultano non solo più circostanziati, ma ampliati (art. 13, commi 3 e 4 legge 121/81) alla luce degli obblighi sanciti per i vertici di tutte le Forze di polizia di tenerlo tempestivamente informato "*su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica nella provincia*", nonché per la disponibilità (che a lui solo compete e non anche al Questore) della Forza pubblica, con le correlate attribuzioni di coordinamento.

La primazia del Prefetto nei confronti degli uffici periferici dell'Amministrazione statale (ivi comprese le Forze di polizia) è funzionale alla conservazione dell'ordine pubblico nel quadro della legalità istituzionale (data *in primis* dall'equilibrio dei poteri): invero, nell'attuale assetto costituzionale la figura di un organo legato da un vincolo fiduciario con il Governo e da un rapporto gerarchico con il Ministro dell'Interno ("*Alta Autorità Nazionale di P.S.*" (431)) appare ineliminabile, atteso che a livello territoriale l'amministrazione dell'ordine pubblico - pur dovendo necessariamente essere affidata ad un organo di indirizzo politico, in ragione del rango degli interessi coinvolti (432) - non appare efficacemente gestibile da organi elettivi locali, che naturalmente tenderebbero a rispondere più ai propri elettori che al Governo ed al Ministro (titolari dell'esclusiva responsabilità in materia).

Quella esercitata dal rappresentante del Governo è infatti una funzione di equilibrio che - al di là delle forme amministrative in cui venga concretamente tradotta - non può mancare in un sistema statale compiuto.

In questi termini, le molteplici competenze prefettizie devono essere inquadrare nella logica unificante della funzione di rappresentanza del Governo sul territorio, che altresì giustifica il carattere generale delle relative attribuzioni.

Ciò spiega l'eccezionale rapporto di servizio che lega il Prefetto al Governo, simile per molti aspetti a quello degli Ambasciatori, vincolati all'Esecutivo - prima ancora che da un rapporto di dipendenza gerarchica - da un legame fiduciario (433) che assicura loro una sfera di autonomia (anche di indirizzo politico), nel cui esercizio sono però integralmente chiamati a rispondere delle decisioni assunte.

Particolarità che viene riconosciuta dalla normativa vigente laddove, nell'articolato assetto delle Autorità (nazionali, provinciali e locali) preposte

(431) Il rapporto è invece *funzionale* con gli altri Ministri, che per suo tramite emanano le direttive rivolte alle proprie Amministrazioni periferiche.

(432) Si tratta, in effetti, di funzioni essenziali per la vita dello Stato, che necessariamente richiedono l'individuazione di un'Autorità responsabile unitaria. In questi termini, più diffusamente, già SANTORO, *La riforma costituzionale dello Stato. Lo Stato delle autonomie e l'istituto prefettizio*, Roma 1978, pp. 17 ss..

(433) Così, testualmente, MEOLI, *op. ult. cit.*, p. 393.

all'elaborazione ed all'attuazione delle politiche di ordine e sicurezza pubblica (*ex lege* 121/81, che ribadisce sul punto le attribuzioni *ex art.* 19 TULCP), il Prefetto, quale rappresentante del Potere Esecutivo in provincia, è chiamato ad attuare l'indirizzo politico trasmesso dal Ministro dell'Interno - Autorità nazionale di P.S. (434).

Per contro, appare evidente l'improprietà di concentrare nelle mani di un solo apparato amministrativo (sia esso una Forza di polizia, un Corpo militare o quant'altro) un potere che è eminentemente politico.

Per queste ragioni l'impostazione di fondo della legge 121 appare in parte incompleta, in parte incoerente con le sue stesse premesse: da un lato, infatti, correttamente l'art. 13 attribuisce al Prefetto (in quanto Autorità - anche politica - di indirizzo) non solo la "*responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica*" in ambito provinciale, ma pure la sovrintendenza all'attuazione delle direttive adottate in materia, il che comporta che *tutte* le Forze competenti sono tenute a tenerlo "*tempestivamente informato ... su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica nella provincia*", dando applicazione al principio generale del primato dell'Autorità politica di governo (la "*Civil Authority*", secondo l'accezione anglosassone utilizzata anche dal Consiglio d'Europa - cfr. *retro*) su quella amministrativa (435).

(434) L'art. 13 della legge 121/81 gli conferisce infatti la *responsabilità generale* dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia, oltre alla potestà di sovrintendere all'attuazione delle direttive emanate in materia. A ciò aggiungasi quanto previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge 12 luglio 1991 n. 203, a mente del quale lo stesso "*assicura l'unità di indirizzo ed il coordinamento dei compiti e delle attività degli ufficiali e degli agenti di P.S. promuovendo le misure occorrenti*", misure che possono "*in qualche modo sostanziare anche un diretto coinvolgimento del Prefetto nella determinazione delle modalità di attuazione concreta dei servizi di polizia*" (cfr. MEOLI, *op. ult. cit.*, p. 398). Per le stesse ragioni un emendamento governativo al progetto di riforma dell'ordinamento di P.S. del 2001 (il n. 17.15), poi ritirato, coerentemente prevedeva un riequilibrio delle competenze prefettizie rispetto a quelle del Questore, giustificato dalla preponderante posizione di organo di indirizzo politico del primo: "*Acquisite le proposte e gli altri elementi forniti dai componenti del Comitato [di cui all'art. 20 - ndr], il Prefetto individua, nell'ambito delle direttive emanate in materia, gli interventi da effettuarsi, anche da parte delle altre amministrazioni interessate, per incrementare la sicurezza nelle diverse aree del territorio provinciale e definisce gli obiettivi da conseguirsi da parte delle Forze di polizia operanti nella provincia e delle altre forze messe a sua disposizione, adottando gli atti di indirizzo o le intese occorrenti e verificando periodicamente i risultati conseguiti*".

Il Prefetto predisporre, in attuazione delle direttive ministeriali (dunque con ampio margine di discrezionalità amministrativa), piani coordinati di controllo del territorio che i responsabili delle Forze di polizia devono attuare nel rispetto della propria autonomia. Nella formulazione di questi, come più in generale nell'attuazione dell'attività di coordinamento, il Prefetto si avvale del "*Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica*", organo consultivo del quale fanno parte il Questore, il Comandante Provinciale dei Carabinieri ed il Comandante di Gruppo della Guardia di Finanza, la cui composizione, estensibile anche a soggetti esterni all'*Amministrazione della P.S.*, contribuisce a rendere trasparente e compiuta la natura della funzione di coordinamento.

(435) Il ruolo primario del Prefetto emerge dalla complessità delle sue competenze, che giustificano l'attribuzione esclusiva - quale strumentale complemento - delle funzioni di ordine e sicurezza pubblica: secondo l'art. 11 del D.lgs n. 300/1999 (principio ripreso dal D.P.R. 180/06), ferme restando le proprie incombenze (attribuite da specifiche norme di legge), "*assicura l'esercizio coordinato dell'attività ammini-*

Di converso, una volta appurato che per evidenti ragioni di opportunità funzionale il legislatore ha inteso attribuire in via esclusiva agli organi operativi la concreta attuazione delle indicazioni prefettizie, non si spiega la parallela, mancata ri-organizzazione di siffatte attribuzioni tra le diverse Forze presenti sul campo, tanto più ove si consideri che le politiche di decentramento attuate in Italia a partire dagli anni Settanta - un decennio prima del varo della riforma - a rigor di logica avrebbero presupposto un'evoluzione del modello operativo di pubblica sicurezza verso forme di gestione capillare e decentrata, cui sarebbe risultata ben più adeguata una struttura "reticolare" rispetto a quella ("policentrica") accentrata del TULPS.

L'improprietà della tecnica normativa si riflette infine nella parziale sovrapposizione che caratterizza il rapporto tra le due Autorità provinciali di P.S.

Si consideri, ad esempio, che l'art. 14 attribuisce al Questore - parallelamente alle competenze "politiche e di indirizzo" del Prefetto - *"la direzione, la responsabilità ed il coordinamento a livello tecnico operativo dei servizi di ordine e sicurezza pubblica"*, il che può concretamente tradursi - nell'ipotesi non infrequente (soprattutto nei capoluoghi non metropolitani, dove l'organico della Polizia di Stato è sovente inferiore a quello delle altre Forze dell'ordine) di dover ricorrere all'apporto di personale "esterno" per lo svolgimento di determinati servizi, laddove risulti insufficiente quello della locale Questura. Personale che tendenzialmente dovrebbe anch'esso provenire dagli organici della Polizia di Stato (tale sembrerebbe essere la *ratio* dell'art. 38 D.P.R. 782/85 - *"Regolamento di Servizio dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza"*), ma che per ragioni di praticità in concreto risulta spesso attinto dai contingenti locali delle altre Forze dell'ordine, a seguito di intese con i rispettivi Comandi intercorse in sede di *Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica*.

In tal caso la valutazione in ordine alla richiesta di tale ulteriore personale spetta al Prefetto, ai sensi dell'art. 38 cit., che però - una volta ottenutolo - non potrà poi concretamente dirigerne l'attività, né coordinarne operativamente

*strativa degli uffici periferici dello Stato e garantisce la leale collaborazione di tali uffici con gli enti locali". Nell'esercizio di quest'attività di coordinamento, il Prefetto "può richiedere ai responsabili delle strutture amministrative periferiche dello Stato l'adozione di provvedimenti volti ad evitare un grave pregiudizio alla qualità dei servizi resi alla cittadinanza anche ai fini del rispetto della leale collaborazione con le autonomie territoriali. Nel caso in cui non vengano assunte nel termine indicato le necessarie iniziative, il Prefetto, previo assenso del Ministro competente per materia, può provvedere direttamente, informandone preventivamente il Presidente del Consiglio dei Ministri". In tale contesto, è coadiuvato da una Conferenza provinciale permanente, da lui presieduta e composta dai responsabili di tutte le strutture amministrative periferiche dello Stato che svolgono attività nella provincia, nonché da rappresentanti degli enti locali. Il Prefetto titolare della Prefettura-UTG nel capoluogo della regione è altresì coadiuvato da una Conferenza permanente composta dai rappresentanti delle strutture periferiche regionali dello Stato, alla quale possono essere invitati i rappresentanti della Regione. Per un comprensivo studio sul tema, cfr. LEGA, *Prospettive di riordino dell'amministrazione periferica dello Stato: il valore aggiunto dell'UTG*, Roma 2008 (in http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/15/0254_valore_aggiunto_UTG.pdf).*

l'azione (ove provenga da diverse Forze di polizia), dovendolo invece mettere a disposizione del Questore (l'altra Autorità provinciale di pubblica sicurezza) ai fini del coordinamento, con evidente duplicazione di passaggi (436).

Ancora, tanto il Prefetto quanto il Questore, nel proprio ruolo di Autorità di P.S., sono titolari del potere di emettere ordinanze: l'art. 2 TULPS, in particolare, attribuisce al Prefetto la capacità di emanare ordinanze *contingibili ed urgenti* per far fronte a situazioni di improvvisa necessità che mettano in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, laddove non sia possibile ricorrere agli ordinari mezzi di tutela predisposti dal legislatore.

Caratteristica delle ordinanze prefettizie è la capacità di innovare, seppur temporaneamente, l'ordinamento giuridico, potendo anche derogare, entro certi limiti, ad alcune disposizioni di legge. Per tale ragione, **la possibilità di adottarle viene riservata all'Autorità politica** (*recte*, di governo), presupponendo un bilanciamento di interessi che esula dall'attività prettamente amministrativa.

Il potere di ordinanza del Questore - dovuto invece alla necessità di coordinare, in eccezionali frangenti, anche il personale di altre Forze di polizia da lui non dipendenti - è più limitato e riferibile al solo personale inserito, *ratione temporis*, nell'*Amministrazione di P.S.* (e non anche alle altre Forze di polizia nel loro complesso (437)); un potere, in pratica, circoscritto alle tipiche ordinanze di servizio ex art. 37 D.P.R. 782/85, con cui il Questore stabilisce le modalità di espletamento dei servizi in materia di ordine e sicurezza pubblica. Non può quindi trovare accoglimento l'interpretazione di quella dottrina che vorrebbe equiparare, quanto a natura giuridica ed efficacia, le ordinanze questorili a quelle prefettizie.

La legge 1° aprile 1981 n. 121 ha formalmente attribuito la *responsabilità* (politica) della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica al Ministro dell'Interno, al quale è stata riconosciuta la qualifica di *responsabile nazionale* di pubblica sicurezza.

In detta veste, però, questi non ha alcuna autonomia operativa, posto che nello svolgimento concreto delle proprie funzioni deve avvalersi di un complesso di uffici costituenti l'*Amministrazione della Pubblica Sicurezza*, di cui fanno parte, a livello centrale, il *Dipartimento della Pubblica Sicurezza* ed a

(436) Duplicazione del resto poco comprensibile anche in termini di trasparenza amministrativa, ove si consideri la terzietà del Prefetto rispetto alle Forze in campo, a differenza del Questore (che è a capo di una di esse).

(437) La dottrina (GULLOTTI, *Riflessioni sul coordinamento delle Forze di polizia in ambito provinciale*, in *Riv. Polizia* 12/1996, p. 820) evidenzia come la legge n. 121/81 abbia **circoscritto la direzione del Questore ai soli servizi di ordine e sicurezza pubblica e non più a "tutti i servizi di polizia" nella provincia**. Inoltre, il coinvolgimento delle altre Forze nei servizi di ordine e sicurezza pubblica viene deciso dal Prefetto: invero, se venisse invece deciso dal Questore si sarebbe in presenza di un ordine illegittimo, poiché dato in violazione dell'art. 16 della legge n. 121/1981 che mantiene fermi gli ordinamenti e le dipendenze di ciascun Corpo o Forza di polizia.

livello provinciale (ed eventualmente locale) le Autorità di P.S. ed il personale che da queste dipende.

In tale contesto, a livello provinciale il Prefetto svolge un duplice ruolo (438) quale preposto all'attuazione delle direttive ministeriali ed al coordinamento (pur non operativo) delle Forze di polizia, nonché quale responsabile provinciale dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Il Prefetto non appartiene alla struttura gerarchica che fa riferimento al Capo della Polizia (e di cui fa invece parte il Questore) ma è per contro vincolato gerarchicamente al Ministro (a differenza, *de facto*, degli ultimi due, per i quali attualmente non opera più alcuna norma speciale che concretamente attribuisca *specifici poteri* gerarchici al Ministro, in deroga al regime generale del D.lgs. 165/01): questo singolare "incrocio" di dipendenze porta di fatto a marginalizzare le funzioni del Ministro rispetto a quelle esercitate dal proprio organo dipartimentale ausiliario, che infatti non solo non è legato al primo da un diretto vincolo di subordinazione gerarchica (potendo per contro prevalere sul Prefetto territoriale, perlomeno sul piano funzionale), ma pure ha l'esclusivo potere di tradurre in pratica le indicazioni generali del Ministro, che operativamente (*ex lege*) non può farne a meno.

B.4) SICUREZZA URBANA E POTERI DEL SINDACO QUALE RAPPRESENTANTE DEL GOVERNO. IL MODELLO DELLA CD. "SICUREZZA PARTECIPATA".

L'art. 6 del D.L. 92/2008, modificando l'art. 54 del D.lgs. 267/2000 (TUEL - *Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali*), ha ampliato le attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale, che attualmente sovrintende anche alle seguenti incombenze: a) emanazione di atti in materia di ordine e sicurezza pubblica; b) svolgimento di funzioni in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria; c) vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, informandone il Prefetto.

Svolge inoltre compiti in materia elettorale, di stato civile, leva militare e statistica.

Laddove nel Comune non sia presente un Commissario distaccato di P.S. è anche Autorità locale (sussidiaria) di P.S., peraltro piuttosto anomala posto che, pur essendo indiscutibilmente un'Autorità politica (439), in tale veste deve pur tuttavia informare il Questore di eventuali pubbliche riunioni non preavvisate, provvedendo, in caso di urgenza, ad impedire che queste abbiano luogo o a vigilarne lo svolgimento (art. 28 R.D. 635/40).

(438) Più in generale, le aree funzionali di competenza del Prefetto sono quattro, ossia l'amministrazione generale, la pubblica sicurezza, l'amministrazione civile e la protezione civile, che riassumono la molteplicità delle funzioni tipiche dell'Autorità "civile" di governo, rappresentata a livello territoriale da tale organo. In argomento si veda MEOLI, *Prefetto*, in *Dig. Disc. Pubbl.* XII, Torino 1997, pp. 392 ss.

(439) Nell'esercizio delle funzioni di P.S. agisce, del resto, quale ufficiale del Governo.

Nello schema della legge 121, in realtà, il Sindaco è inquadrato in una posizione di subordinazione funzionale nei riguardi del Prefetto e del Questore, dai quali può essere chiamato a collaborare (nei limiti delle competenze dell'Ente locale) per un miglior espletamento della funzione di P.S.

L'art. 54 TUEL, nel confermarne la precedente potestà di adottare provvedimenti *contingibili ed urgenti* per prevenire o eliminare situazioni di grave pericolo che minaccino l'incolumità pubblica - potestà riconosciuta proprio in quanto Autorità politica, nonché ufficiale del Governo - estende tale potere ordinatorio ad una nuova materia, la "sicurezza urbana", da esercitarsi *"nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento"*.

Le ordinanze indicate all'art. 54, comma settimo TUEL possono essere rivolte ad una generalità di destinatari, come pure a soggetti determinati; in questo secondo caso, per l'ipotesi di inottemperanza, il Sindaco può provvedere d'ufficio, a spese degli interessati.

Nella versione *ante-riforma* della norma (che non contemplava la "sicurezza urbana"), la giurisprudenza amministrativa aveva tentato di definire gli ambiti ed i presupposti dell'intervento ordinatorio sindacale: dall'esistenza di un concreto ed effettivo pericolo per la pubblica incolumità alla circostanza che tale pericolo non fosse affrontabile con i normali strumenti di amministrazione attiva (Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2007, n. 2109); dall'esigenza di un'adeguata istruttoria (TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 febbraio 2007, n. 1352) al rispetto dei principi generali dell'ordinamento (TAR Umbria, 16 aprile 2007, n. 314); dalla verifica dei presupposti di urgenza (TAR Veneto, sez. III, 6 marzo 2007, n. 637) alla necessità di tenere ben distinti scopi e natura degli istituti giuridici, evitando che rimedi finalizzati, ad esempio, ad assicurare la sicurezza della circolazione, potessero essere utilizzati, all'opposto, per intervenire in materia di ordine pubblico (Cassazione, sez. I civ., sent. 5 ottobre 2006, n. 21432, in relazione all'esercizio della prostituzione).

Con la novella del 2008, secondo la relazione al decreto legge (che riprende i contenuti del d.d.l. presentato nella precedente legislatura *sub* A.C. n. 3278), si mirava a potenziare *"gli strumenti a disposizione del Sindaco per il contrasto della criminalità locale"*, in un nuovo *"bilanciamento tra le prerogative statali in tema di sicurezza pubblica e l'esigenza di valorizzare, anche in tale ambito materiale, il ruolo degli enti locali"*. Centrale, in questo contesto (440), è quindi

(440) In base al riparto delle funzioni contenuto nel Titolo V della Costituzione, è possibile individuare: A) una riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, nella materia *"ordine pubblico e sicurezza"* (articolo 117, secondo comma, lett. h), materia che, chiarisce la Corte Costituzionale, riguarda la prevenzione dei reati ed il mantenimento dell'ordine pubblico e nella quale l'attribuzione in via esclusiva consente allo Stato di dettare una disciplina anche di dettaglio (sent. n. 218 del 1988); B) una competenza concorrente in una serie di materie particolarmente rilevanti (residuando in tal ambito, al legislatore statale, la sola determinazione dei principi fondamentali), che vanno dal governo del territorio alla tutela della salute (art. 117, comma 3); C) in terzo luogo, si stabilisce che ogni materia non

la nozione di “sicurezza urbana” contenuta nel successivo decreto del Ministro dell’Interno 5 agosto 2008 (in attuazione della delega contenuta all’art. 4-bis del D.L. 92/2008 (441)), a mente del quale “*Ai fini di cui all’art. 54 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ... per incolumità pubblica si intende l’integrità fisica della popolazione e per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell’ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale*”.

A differenza di quanto previsto per l’*incolumità pubblica*, nel secondo caso il legislatore fa uso di una nozione piuttosto generica, che coniuga le condizioni di vivibilità dei centri urbani con due ulteriori finalità: richiamando testualmente la più recente letteratura sul tema (442), “*nello schema del provvedimento all’indicazione dell’ambito concettuale delle due nozioni dovrebbe far seguito l’indicazione delle fattispecie applicative in relazione alle*

riservata allo Stato sia di competenza legislativa delle Regioni (art. 117, comma 4), tranne la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che riguardano i diritti civili e sociali, che è comunque riservata, in maniera uniforme sull’intero territorio nazionale, allo Stato (art.117, secondo comma, lett. m). Tra le materie che dunque rientrano nella competenza propria delle Regioni vi è espressamente la polizia amministrativa locale nonché - in virtù del silenzio serbato dalla Carta Costituzionale - ambiti quali, ad esempio, i servizi sociali.

A quest’ordine di competenze fa riferimento il decreto 5 agosto 2008 del Ministro dell’Interno, nel definire la nozione di *sicurezza urbana*, precisando che la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica è riservata esclusivamente allo Stato.

In termini del tutto diversi si presenta, in Costituzione, il riparto delle *funzioni* amministrative.

La riforma del 2001 ha infatti abbandonato l’originario parallelismo tra la titolarità di competenze legislative ed amministrative, per adottare due autonomi sistemi: 1) uno basato sul riparto per materie, per quanto attiene le funzioni legislative (art. 117); 2) l’altro sul principio di sussidiarietà, per quelle amministrative (art. 118). Per l’effetto, queste ultime spettano primariamente al Comune, salvi i casi in cui questo risulti inadeguato: “*Le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato*”. Allo Stato viene comunque riservata la competenza a fissare e determinare le funzioni fondamentali dei Comuni (art.117, secondo comma, lett. p), funzioni che però non sono state ancora definite.

Sempre in materia di sicurezza si richiama infine il terzo comma dell’art. 118 Cost. che prevede, in determinati settori (quali l’immigrazione e la tutela dei beni culturali), che la legge statale disciplini forme di coordinamento tra Stato e Regione: esigenza, questa, fortemente connessa alle cd. politiche integrate per la sicurezza, tipiche del modello UE, secondo una concezione che configura la pubblica sicurezza come un risultato complessivo coinvolgente più settori dell’Amministrazione (e non solo), al quale devono quindi concorrere competenze ed istituzioni politiche diverse.

(441) Attenta dottrina (PAJNO, *La Sicurezza Urbana*, Santarcangelo di Romagna 2010, pp. 40 ss.) - nel ricordare che la sicurezza urbana è pur sempre una funzione statale (secondo la lettura fornita da Corte Cost. 1° luglio 2009, n. 196) - evidenzia l’atipicità di tale rinvio, per effetto del quale la legge rischia di tradursi in una “norma in bianco” il cui ambito di applicazione verrebbe determinato da un atto di natura “*sub legislativa*”, qual è un decreto ministeriale: eventualità potenzialmente illegittima ai sensi del secondo comma dell’art. 117 Cost., che riserva comunque una serie di competenze alla *legislazione* dello Stato, come pure del secondo comma dell’art. 118 Cost., che parimenti fa riferimento a funzioni conferite *con legge*, mentre nel caso di specie si sarebbe erroneamente in presenza di un rinvio *integrale* ad una fonte non legislativa.

(442) PAJNO, *op. ult. cit.*, pp. 38 ss..

quali i Sindaci dovrebbero esser chiamati ad esercitare i propri poteri di ordinanza: in realtà fra le due disposizioni ... esiste uno squilibrio significativo, sia perché in esse diversa sembra essere l'idea di sicurezza urbana che le ispira, sia perché gli interventi indicati all'art. 2 sembrano riferirsi esclusivamente alla sicurezza urbana e non anche alla pubblica incolumità”.

La sicurezza urbana non viene considerata un semplice problema di ordine, ma piuttosto una prestazione pubblica cui corrisponde l'interesse del cittadino ad un “godimento” della città. Una concezione che in parte si discosta da quella individuata all'art. 54 TUEL, sia dall'impianto di fondo del TULPS, in quanto caratterizzata non solo da interventi di tipo preventivo e repressivo, ma anche di carattere promozionale della qualità della vita (443).

Va comunque ricordato che la **“sicurezza urbana” è materia di esclusiva competenza statale** (444).

I poteri del Sindaco, infatti, sono ad esso attribuiti solo in qualità di ufficiale del Governo (art. 54 TUEL, che nella nuova formulazione riconduce le attribuzioni del sindaco all'esercizio di *funzioni* statali e non più, come nel vecchio testo, di *servizi* statali) e non invece quale Autorità amministrativa e/o politica locale (ex art. 50 TUEL).

Poiché rientrano nel più vasto ambito della sicurezza pubblica, a seguito della riforma del 2008 tutte le ordinanze contingibili ed urgenti adottate dal Sindaco devono essere comunicate al Prefetto, anche (ma non solo) ai fini della loro attuazione.

La novità non è marginale. In precedenza, quando le ordinanze potevano essere emanate solo per minacce all'incolumità dei cittadini, non sussisteva alcun obbligo di comunicazione ed il Sindaco poteva darvi diretta esecuzione, richiedendo l'assistenza della Forza pubblica solo in caso di effettiva necessità.

A seguito della novella, invece, la predisposizione degli strumenti per l'attuazione di una qualsiasi ordinanza sindacale ex art. 54 TUEL è in ogni caso rimessa al Prefetto, che deve anche valutare se la stessa possa produrre conseguenze sui Comuni vicini e, in caso affermativo, indire un'apposita conferenza dei soggetti interessati.

Se il Ministro dell'Interno può adottare dei generali atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dall'art. 54 TUEL da parte del Sindaco, per contro il Prefetto può direttamente esercitare - con proprio provvedimento - un potere di avocazione, sostituzione ed annullamento anche nei casi di iner-

(443) In questi termini, già SELMINI (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bologna 2004.

(444) Depone in tal senso anche la circostanza che sin dalle premesse del provvedimento si richiama - a fondamento del potere esercitato - proprio l'art. 117 comma 2 lett. h) Cost., che ribadisce appunto la competenza esclusiva statale, come pure la successiva lettera m), dovendosene dedurre che il provvedimento del Sindaco trova giustificazione nel “*fine di assicurare uniformità su tutto il territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*”, attribuito quest'ultimo della sola Amministrazione statale.

zia: ciò poiché il Sindaco, *nella sua qualità di ufficiale del Governo*, opera come organo dello Stato in rapporto di dipendenza gerarchica dal Prefetto (da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3076/08).

Quanto sopra trova decisiva conferma nella sentenza n. 196 del 2009 della Corte Costituzionale, che ha inquadrato i “nuovi” poteri del Sindaco tra quelli finalizzati alla prevenzione e repressione dei reati, con ciò riconducendoli alla materia “*sicurezza pubblica*” prevista dall’art. 117, comma 2, lett. h) Cost. - di competenza statale - escludendo per contro che si tratti di funzioni di polizia amministrativa, attribuite alla competenza normativa regionale; conclusione ribadita dall’Alta Corte con le successive sentenze nn. 226 e 274 del 2010.

In esse viene chiarito che la nozione di “sicurezza urbana” comprende anche le attività di prevenzione e repressione dei reati, come implicitamente desumibile dall’art. 40 del D.L. 92/2008, a mente del quale “*I Sindaci, previa intesa con il Prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale*”. Il successivo art. 42 attribuisce preferenza alle associazioni costituite da personale in congedo delle Forze dell’ordine, delle Forze armate o di altri Corpi dello Stato, precisando che le loro segnalazioni vanno indirizzate esclusivamente alle Forze di polizia.

Trattandosi di materia estranea alle attribuzioni regionali, non trovano spiegazione i virtuosismi dialettici di alcune normative regionali che tentano di incidere su segmenti di potere statale argomentando su un “*sistema di sicurezza pubblica integrata*” e/o di “*sicurezza pubblica negoziata*”.

In materia di sicurezza urbana, inoltre, la Corte Costituzionale (sentenza 4 aprile 2011, n. 115) ha stabilito che il Sindaco, in base all’art. 54 TUEL, può emanare unicamente ordinanze contingibili ed urgenti, sempre che ne ricorrano i tassativi presupposti: il Giudice delle Leggi ha quindi dichiarato l’illegittimità di sistema dell’art. 54 comma quarto del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (come novellato dal D.L. 92/2008) poiché lo stesso avrebbe conferito al Sindaco il potere di emettere ordinanze anche al di fuori dei presupposti di necessità ed urgenza, con discrezionalità sostanzialmente illimitata (445).

Ciò violerebbe il principio secondo cui “*in ogni conferimento di poteri amministrativi deve essere osservato il principio di legalità sostanziale*”, che non consente “*l’assoluta indeterminatezza*” del potere conferito e la conseguente totale libertà d’azione dell’Autorità amministrativa; ad avviso della Corte, l’illegittimità va ravvisata nel contrasto con gli artt. 23 e 97 Cost., dai quali può dedursi che “*la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre*

(445) Nella precedente sentenza n. 196 del 2009 la Corte aveva evidenziato come il tenore della norma si prestasse anche all’adozione di provvedimenti di “ordinaria amministrazione” a tutela dell’incolumità e della sicurezza urbana.

una prestazione non lascia all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione". La mancata previsione, nell'art. 54 comma quarto TUEL, di limiti alla discrezionalità amministrativa viola quindi l'art. 23 Cost. (446).

Ad ulteriore conferma che il D.L. 92/2008 si mantiene saldamente all'interno della logica statutale vi è poi la circostanza che il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 54 rinvia ad un Decreto del Ministro dell'Interno (cioè proprio all'Autorità nazionale di pubblica sicurezza), che determini l'ambito di applicazione del nuovo potere di ordinanza ed i concetti di "incolumità pubblica" e di "sicurezza urbana".

A ciò aggiungasi la devoluzione, allo stesso Ministro, del potere di adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dall'art. 54.

Va infine escluso che il Sindaco possa delegare ad un assessore o altra persona l'esercizio del potere ex art. 54 TUEL, dal momento che solo chi *sostituisce* istituzionalmente il Sindaco può esercitarne le funzioni di competenza statale, laddove per contro il potere di ordinanza non rientra tra quelli che, ai sensi del comma 10 della norma, possono essere delegati.

La nozione di "sicurezza urbana" è cosa del tutto distinta dalla "polizia urbana", che invece attiene alla polizia amministrativa locale.

Il nuovo comma 2 dell'art. 54 TUEL stabilisce inoltre che il Sindaco, nell'esercizio delle funzioni di competenza statale, "concorre ad assicurare anche la cooperazione della polizia locale con le Forze di polizia statali, nell'ambito delle direttive di coordinamento impartite dal Ministro dell'Interno - Autorità nazionale di pubblica sicurezza": diversamente da quanto previsto all'art. 3 della legge 65/1986 ("Legge quadro sull'ordinamento della polizia municipale"), la collaborazione di quest'ultima - in prospettiva - non dovrebbe più limitarsi ad ipotesi eccezionali, nell'ambito di operazioni specifiche, per divenire istituzionale ed ordinaria.

In pratica, quando venga a cooperare nell'ambito delle direttive dell'Autorità nazionale di P.S., la polizia municipale verrebbe ad agire nell'ambito di competenze statali di pubblica sicurezza (come tale verrebbe posta a disposizione del dirigente del servizio, a seconda dei casi un funzionario di polizia o un ufficiale dell'Arma dei Carabinieri) e per l'effetto dipenderebbe (447) *funzionalmente* dal Prefetto, *operativamente* dal Questore e *gerarchicamente* dal proprio Comando.

(446) Un ulteriore profilo di censura viene individuato *sub* art. 3 Cost., posto che "gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci". L'imparzialità della P.A. (ex art. 97 Cost.), inoltre, nel sistema dell'art. 54 TUEL non verrebbe garantita per l'assenza di una previsione normativa "posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza".

(447) Si tratta peraltro di un'ipotesi *in fieri*, attesa l'estrema complessità della formazione del personale da destinare ai servizi di ordine pubblico (cui sono, non a caso, dedicate apposite specialità delle principali Forze di polizia nazionali) a fronte dell'assenza di capacità specifiche delle polizie locali, ordinariamente dedite a funzioni amministrative e per di più frammentate sul territorio.

Va evidenziato, sotto questo punto di vista, che a differenza dell'art. 3, comma secondo, lett. c) legge 121/81, il nuovo art. 54 TUEL (norma speciale rispetto alla prima) non limita tale possibilità ai soli funzionari in possesso della qualifica di agenti di pubblica sicurezza: ne discende però non tanto un'apertura del legislatore verso una maggiore collaborazione interforze (verosimile *ratio* della novella legislativa), ma piuttosto un'ulteriore incoerenza di sistema, dovuta al fatto che si è operato un isolato "innesto" sulla normativa preesistente, senza coordinarlo con la disciplina da questa presupposta (ovverosia la legge 121/81 ed il TULPS).

In effetti, proprio il carattere speciale della previsione di cui all'art. 54 comma secondo TUEL, unitamente al fatto che si tratta di norma sopravvenuta a quella contenente i limiti di cui si è detto (l'art. 3 cit.) consente, a rigore, di sostenere che **ancora una volta il sistema della pubblica sicurezza, così come descritto dalla legge 121, pare relegare in secondo piano i requisiti funzionali dei soggetti che vi partecipano**, per privilegiarne altri di carattere più propriamente amministrativo.

Ciò premesso, la riforma dell'art. 54 TUEL non ha mancato di sollevare altre questioni, legate in particolare alla logica di decentramento che la ispirerebbe.

Parte della dottrina (448) ha infatti letto in tale operazione una concreta erosione, da parte dell'Autorità di governo, di attribuzioni amministrative che per loro natura avrebbero dovuto competere ai Consigli comunali: premesso che la legge non consente di attribuire a questi ultimi (organi dell'Ente locale) alcun potere in materia di sicurezza pubblica, non sono infatti rari i casi in cui le ordinanze dell'ufficiale di Governo hanno concretamente operato a prescindere dalle competenze dell'organo consiliare, soprattutto in materia di polizia urbana, materia attribuita alla potestà regolamentare del Comune.

In tal modo lo Stato, lungi dall'attribuire (decentrare) nuove competenze (e potestà) al vertice politico dell'Ente locale, in realtà avrebbe utilizzato la stessa persona fisica - stavolta in veste di ufficiale del Governo - per attrarre competenze che ai sensi dell'art. 117 comma sesto Cost. avrebbero dovuto essere disciplinate in sede consiliare.

Alla base di ciò vi sarebbe addirittura un'erronea concezione di "sicurezza locale" che - anziché riferirsi alla prevenzione di fenomeni *non criminali*, ma pur sempre idonei a generare un diffuso senso di disagio ed insicurezza (si pensi all'abusivismo commerciale, al degrado ambientale, etc.), al fine di assicurare il *pacifico godimento* del contesto urbano (449) - sarebbe stata ricondotta nell'ambito dell'ordine pubblico (con ciò rafforzando la figura del Sindaco quale organo periferico dello Stato anziché del Comune).

(448) PAJNO, *op. ult. cit.*, pp. 33 ss..

(449) L'espressione è utilizzata da BONFIGLIO, *Sicurezza integrata e sicurezza partecipata*, DSR/Roma 2011.

Il D.M. 5 agosto 2008 sembrerebbe porre un correttivo a tale impostazione, attribuendo al Sindaco un'articolata serie di potestà che indubbiamente si riferiscono innanzitutto alle sue funzioni amministrative e che comunque hanno un contenuto preventivo, piuttosto che repressivo: emblematiche le lett. b) e c) dell'art. 2, relative alla fruibilità del patrimonio urbano, ovvero ad incuria, degrado ed occupazione abusiva degli immobili.

Resta però il fatto, innegabile, che i poteri di ordinanza di cui si tratta spettano all'ufficiale del Governo, e non al Primo cittadino del Comune.

In tale contesto, come già ricordato, con sentenza del 4 aprile 2011 n. 115 (450) la Corte Costituzionale ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui ogni attribuzione di poteri *amministrativi* deve essere conforme al principio di legalità sostanziale, che ne presuppone la *tipicità* e *tassatività*, escludendone per contro l'indeterminatezza.

Come si è avuto modo di anticipare, il sistema dell'*Amministrazione di pubblica sicurezza* tracciato nel TULPS poteva dirsi "policentrico", in quanto costruito - in parte anche sotto il profilo operativo (451) - attorno alla figura dei Prefetti, uno per provincia, tra loro autonomi pur se accomunati dal vincolo di dipendenza dal Ministro dell'Interno; policentrismo che nella visione iniziale del legislatore del 1931 non era però espressione di "decentramento" (che di per sé implica, *in nuce*, l'esercizio di scelte discrezionali *di merito* da parte delle collettività amministrate), quanto piuttosto della necessità di rafforzare il potere centrale dello Stato anche sulle aree periferiche del Paese. In questi termini si spiega la sottoposizione dei Sindaci al potere gerarchico del Prefetto (nonché ai controlli del suo ausiliario tecnico, il Questore), laddove eccezionalmente chiamati a svolgere funzioni in materia e, di converso, la tendenza a circoscrivere quanto più possibile l'autonomia operativa delle singole Forze dell'ordine, ad evitare che per tale via potessero consolidarsi delle realtà autonome di controllo sociale in grado di entrare in concorrenza con l'Autorità di governo (452).

In questi termini, è **significativo che nel TULPS** (così come nel suo Regolamento di esecuzione) **non venga mai menzionata la funzione di "coordinamento", che non solo presuppone - come si è visto - un rapporto paritetico tra i soggetti da coordinare, ma soprattutto implica la terzietà del coordinatore**, escludendo per contro che lo stesso possa generalmente incidere sulla concreta esecuzione delle funzioni operative, con poteri di ordine o direzione.

(450) Per una rappresentazione delle questioni affrontate dalla Consulta, si veda VACCARELLA, *Il potere di ordinanza sindacale ex art. 54 del TUEL n. 267/2000 come modificato dalla legge 24 luglio del 2008 n. 125 dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 115 del 7 aprile 2011*, in www.giustamm.it, pp. 107 ss..

(451) Stante l'allora dipendenza gerarchica da questi ultimi del Questore (e dunque, nella sostanza, delle Forze precipuamente deputate al mantenimento dell'ordine pubblico).

(452) Esigenza particolarmente pressante per il regime allora in essere, se solo si considera che le Forze armate (nel cui ambito ricadevano pure i Carabinieri) prestavano giuramento di fedeltà al Re, anziché al Capo del Governo o ai suoi Ministri.

Un'evoluzione si avrà solo con la legge 121/81, che se da un lato correttamente devolve tale attribuzione al Prefetto (in quanto soggetto "terzo" rispetto alle Forze dell'ordine che operano in ambito provinciale, a seguito della sottrazione delle Questure alla sua sfera di potestà gerarchica), dall'altro ha l'evidente limite di aver per il resto mantenuto intatto l'impianto di base del TULPS, finendo così col generare una duplicazione dei centri di autorità rispetto al passato, sia a livello nazionale che territoriale.

4. Elementi di diritto comparato nella prospettiva del "modello Europeo". La c.d. gestione "di prossimità". Sintesi e conclusioni.

Grande limite della riforma del 1981 - di cui implicitamente dà atto lo stesso legislatore, nel momento in cui interviene ad apportarvi dei significativi correttivi nelle successive "novelle" di settore (453) - è la mancata distinzione tra *funzioni di indirizzo* (spettanti ad organi che siano diretta emanazione dell'Autorità di governo) e *funzioni di gestione* o esecutive (di competenza invece degli organi operativi e/o amministrativi: Forze dell'ordine, etc.), distinzione che *ratione temporis* era totalmente estranea all'impostazione del TULPS, nella cui prospettiva ordinamentale ben si può collocare, al netto di taluni aspetti esteriori, la stessa legge 121.

La logica del TULPS dichiaratamente si contrapponeva al precedente sistema liberale, basato su una netta divisione dei poteri, per abbracciare piuttosto una visione nella quale la distinzione tra organi legislativi ed esecutivi tendeva a dissolversi, a favore di una prospettiva unitaria ed organica del potere statale.

In questi termini, parte della dottrina sostiene che il principale aspetto da riformare sia quello della pluralità delle Forze di polizia (pluralità del resto "canonizzata" proprio dalla legge 121, e comunque caratteristica necessaria di tutti i moderni ordinamenti democratici, stante l'evidente inopportunità di forme di concentrazione - sia sul piano operativo che funzionale - in un settore tanto decisivo per le libertà civili); in subordine si parla anche di un loro più stretto coordinamento, generalmente senza però precisarne modalità ed obiettivi.

Tali prospettive ermeneutiche, però, non solo ignorano le incoerenze sistemiche di cui si è detto (omissione del tutto inspiegabile, se si pensa che tali criticità sono generalmente assenti negli altri ordinamenti nazionali dell'UE, caratterizzati dalla netta separazione tra le funzioni esecutive e quelle di indi-

(453) Da ultimo, seppur in prospettiva generale, si richiama l'art. 6 della legge 4 marzo 2009, n. 15 disponente principi e criteri "al fine di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e confronto spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza ... regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo".

rizzo), ma neppure sembrano porsi il problema già solo di spiegare le ragioni storico-istituzionali di tale “pluralità” e delle connesse, possibili sovrapposizioni operative nell’esercizio dell’attività della polizza di sicurezza, dando così forma ad una lettura incompleta e decontestualizzata della normativa vigente.

I limiti metodologici di tale impostazione possono essere ricondotti, in buona sostanza, ad una serie di luoghi comuni, parte dei quali già anticipati nella prima parte di questo lavoro.

A prescindere dall’uso improprio della nozione giuridica di “*Autorità civile*” (454), per cui si rinvia a quanto in precedenza esposto, è soprattutto nel tormentato rapporto Prefetture /Questure che si svela l’incoerenza costituzionale di tali ricostruzioni, che all’atto pratico finiscono per riproporre - sotto il profilo operativo/sistemico - la *ratio* sottostante agli interventi normativi disposti dal regime negli anni venti e trenta del secolo scorso, in un certo qual senso addirittura peggiorandola.

Non è quindi un caso che risultino, alla fine, in contrasto con i fondamenti dello Stato di diritto.

Si pensi, in primo luogo, all’incredibile volontà di estromettere definitivamente l’Autorità di governo (rappresentata a livello provinciale dal Prefetto, organo caratterizzato da specifica professionalità in materia di pubblica sicurezza) dalla concreta gestione del settore, non però a beneficio degli organi esecutivo/gestionali nel loro insieme (e dunque, a vantaggio della relativa *funzione*), bensì di uno solo di essi.

Questi, infatti, assumerebbe non solo la veste di dirigente di una delle Forze di polizia, ma pure quella - inedita a livello internazionale - di direttore o superiore funzionale di tutte le altre, delle quali verrebbe a disporre a sua discrezione. Un organo per di più sottratto al controllo di legittimità dei propri atti, com’è vero che uno dei punti qualificanti di tale impostazione (455) consisterebbe nell’eliminare perfino la possibilità di impugnare in via amministrativa (*ex lege* 1199/71, secondo la procedura nota in dottrina col nome di “*ricorso gerarchico*”) i relativi atti, al più residuando il lungo ed oneroso ricorso giurisdizionale.

Seguendo questa prospettiva, la figura del Questore finirebbe con l’assumere carattere autoreferenziale, in netto contrasto non solo con quanto espresso dal (pur non vincolante) art. 13 della Raccomandazione COE n. 10/2001, ma innanzitutto con i principi cogenti di cui agli artt. 95 e 97 Cost.

Appare quindi assai discutibile giustificare quanto sopra con una presunta esigenza di superare un non meglio definito “*accentramento amministrativo e totalitario*”, se solo si pensa che **proprio il D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 - che ha introdotto la distinzione tra funzioni ed organi di indirizzo politico e funzioni (ed organi) di gestione - espressamente sal-**

(454) In questi termini, di recente, MANCINI PROIETTI, *Libertà (fondamentali) e (poteri dell’) autorità*, cit., pp. 69 ss. (ivi, in particolare, p. 71, nell’ottica ermeneutica a suo tempo smentita dell’art. 13 della Raccomandazione 10/2001/REC del COE).

(455) Ad esempio, cfr. MANCINI PROIETTI, *op. ult. cit.*, p. 128. Testualmente ivi si legge “... sarebbe allora auspicabile che non fosse più possibile da parte del prefetto **ingerirsi** nella direzione tecnica di un servizio, quanto piuttosto collocarsi in un momento successivo di controllo del pieno rispetto degli indirizzi ricevuti. Controllo che nei casi più gravi potrebbe anche sfociare in una corrispondente richiesta urgente di sostituzione dell’organo. Il prefetto dovrebbe quindi solo indirizzare l’attività del questore ... ne discenderebbe l’impossibilità e l’incompatibilità con il sistema delineato dalla l. n. 121/81, la possibilità di ricorrere (gerarchicamente) al prefetto contro gli atti del questore in materia di sicurezza pubblica”.

vaguarda, quale suo immanente corollario - all'art. 9 comma terzo (456) - il potere di annullamento ministeriale (in termini generali) e, nello specifico, **quello prefettizio per ragioni di legittimità**.

Invero, la concreta attuazione del principio sovra esposto non solo renderebbe ancor più inestricabile il sistema "binario incrociato" di cui si è in precedenza detto, ma darebbe vita all'inedita anomalia costituzionale di un organo esecutivo che verrebbe contemporaneamente a svolgere il ruolo di controllore e di controllato, privo di controlimiti operativi (essendo controllore-direttore di tutte le altre Forze in campo) e sostanzialmente incensurabile negli atti. A fronte di ciò, fiduciosamente si suggerisce che, nei casi più gravi di mala gestione, l'Autorità di governo potrebbe al più *chiederne* la sostituzione, ma neppure in questo caso ad un organismo terzo, bensì alla stessa Amministrazione dalla quale questi dipende (ad esempio, al Questore del capoluogo di regione) ...

Invero, secondo i fautori di questa impostazione, l'Autorità (civile) di governo dovrebbe rinunciare pure alla sovraordinazione *funzionale* nei confronti delle Forze dell'ordine, posto che *"il rapporto di dipendenza funzionale (non gerarchica) della forza pubblica rispetto all'organo prefetto ... andrebbe infatti per coerenza istituzionale riservata alla sola Autorità tecnica di polizza, da esercitarsi attraverso l'attuale potere di ordinanza"* (457), seppur con la conclusiva chiosa per cui tale inedita funzione di direzione e coordinamento *"dovrebbe ovviamente essere svolta nell'ambito ed in ossequio di quelle che sono le linee di indirizzo e di direttiva di volta in volta proimate dall'organo prefetto"*.

È appena il caso di evidenziare come una tale costruzione teorica si ponga in contrasto con i fondamenti dello Stato di diritto in materia di pubblica sicurezza: non solo, infatti, pretende nei fatti di sovraordinare un organo amministrativo ed esecutivo all'Autorità di indirizzo politico (spogliando quest'ultima, in concreto, di ogni mezzo reale di controllo e sanzione, in punto di legittimità ed opportunità degli atti), con buona pace della comune sottoposizione di *tutte* le Forze di polizia (e non certo solo di quelle ad ordinamento militare) alla responsabilità della *"Civil Authority"*, ma nientemeno teorizza l'assurdo di una Forza di polizia che dirige le altre, anziché essere dalle stesse reciprocamente controllata, richiamando il *modus operandi* dei totalitarismi occidentali del Ventesimo secolo, nella sistematica e progressiva opera di duplicazione / sovrapposizione / sostituzione dei Corpi di polizia dello Stato (cfr. *retro*, Cap. I).

Il tentativo di spostare il baricentro delle politiche di sicurezza dall'organo di indirizzo

(456) Recita la norma: *"... Il Ministro non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti. In caso di inerzia o ritardo il Ministro può fissare un termine perentorio entro il quale il dirigente deve adottare gli atti o i provvedimenti. Qualora l'inerzia permanga, o in caso di grave inosservanza delle direttive generali da parte del dirigente competente, che determinino pregiudizio per l'interesse pubblico, il Ministro può nominare, salvi i casi di urgenza previa contestazione, un commissario ad acta, dando comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri del relativo provvedimento. Resta salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 3, lettera p) della legge 23 agosto 1988, n. 400. Resta altresì salvo quanto previsto dall'articolo 6 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni ed integrazioni, e dall'articolo 10 del relativo regolamento emanato con regio decreto 6 maggio 1940, n. 635. Resta salvo il potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità"*. A mente dell'art. 6 TULPS, infine, *"Salvo che la legge disponga altrimenti, contro i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza è ammesso il ricorso in via gerarchica nel termine di giorni dieci dalla notizia del provvedimento"*.

(457) Così MANCINI PROIETTI, *op. ult. cit.*, p. 129.

ad uno esecutivo trova ulteriore spunto nella sottolineatura che quest'ultimo - pur essendo a tutti gli effetti un ufficiale di polizia - sarebbe pur tuttavia esonerato - in via del tutto eccezionale - dal rivestire anche la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, circostanza che denoterebbe l'intento del legislatore di "sottrarre la predetta autorità da particolari vincoli nei confronti dell'autorità giudiziaria, stanti le sue funzioni eminentemente tecnico-amministrative ..."; anche tale notazione non sembra però convincente, non essendo tale esclusione, in realtà, specifica della figura del Questore ma valendo pure per i generali dei Carabinieri (ai sensi dell'art. 178 D.lgs 15 marzo 2010, n. 66) e della Guardia di Finanza; del resto, neppure è chiara - se si tien conto delle funzioni realmente svolte dai soggetti coinvolti - l'esatta ragione della preferenza accordata al vertice provinciale dell'una piuttosto che dell'altra Forza dell'ordine, salvo voler riproporre la screditata esegesi dell'art. 13 della *Raccomandazione* 10/2001/REC del COE, di cui si è detto nella prima parte di questo lavoro.

Analoghi limiti si riscontrano in quegli Autori che pensano invece di individuare una prospettiva di maggior coordinamento nell'unificazione non già delle Forze di polizia, ma (perlomeno) delle loro Centrali operative. Ora, anche a prescindere dalla circostanza che nel medesimo ambito territoriale (provinciale) spesso si assiste a duplicazioni non tanto tra le diverse Forze dell'ordine (che oltre ad avere competenze autonome, si vedono comunque assegnate dai *Piani coordinati di controllo del territorio* delle pertinenze territoriali specifiche), quanto piuttosto all'interno di una stessa Forza (si pensi alla coesistenza - nella medesima città capoluogo - tra le Centrali operative della Questura/Squadra mobile e quelle della Polizia stradale), una tale prospettiva appare del tutto avulsa dalla realtà.

Richiamando la definizione contenuta in un sito istituzionale, la Centrale operativa di una Forza di polizia è tutt'altro che un centralino telefonico (o un *call-center*) che riceve chiamate di soccorso e le "gira" ai vari operatori sul territorio, competenti ad intervenire: se così fosse, infatti, non vi sarebbero evidenti controindicazioni pratiche - ma al più, addirittura, dei vantaggi in termini di spesa - a fonderle tutte in un'unica struttura, magari a composizione interforze per *par condicio*.

In realtà la Centrale operativa è il centro motore del comando, lo strumento fondamentale per l'insacco, lo sviluppo ed il completamento di *tutta l'attività istituzionale* della Forza interessata, nonché la sede appropriatamente organizzata, ove pervengono al comandante, in continuità, le notizie di interesse e da cui egli esprime - personalmente e per il tramite del personale addetto - gli ordini per la risoluzione dei problemi contingenti.

Tramite questa struttura viene assicurata l'interoperatività continua (c.d. "H24") tra il dirigente e/o ufficiale responsabile (o altro delegato) e gli organici disponibili alle sue dipendenze, nonché il flusso di informazioni tra il centro di comando e la periferia, le banche-dati interforze ed i servizi di sicurezza (strumenti questi ultimi il cui accesso va limitato alle Forze dell'ordine, attesa la natura riservata e sensibile delle aree di riferimento). Inoltre, dal 1999 le Centrali operative delle due Forze di polizia a competenza generale sono tra loro interconnesse in videoconferenza, al fine di assicurare, sempre mediante procedure condivise, l'intervento del personale in grado di agire più tempestivamente, nonché di quello delle altre organizzazioni/istituzioni (sanitarie, Vigili del fuoco, protezione civile, etc.) la cui opera è ritenuta necessaria per un efficace soccorso.

A ciò si aggiunga che una Centrale operativa, per poter funzionare correttamente, non può riferirsi ad un bacino territoriale troppo ampio, pena il venir meno della reale possibilità di un effettivo controllo, circostanza che da sola porta ad escludere ipotetiche *reductiones ad unum* (già solo su base provinciale).

In estrema sintesi, tramite la Centrale operativa si decide (con ordine vincolante) *chi, quando e come* deve porre in essere una determinata attività operativa, e si ha il vero polso del controllo del territorio. Ne discende che un loro ipotetico “accorpamento” si tradurrebbe necessariamente nella sottrazione della linea di comando ad una o più Forze, per cederla ad altre. Né potrebbe pensarsi - semplicisticamente - di creare Centrali operative con pluralità di Comandanti o magari interforze “a rotazione”, dal momento che - oltre all’inevitabile confusione - risulterebbe violato il principio generale (alla base dello Stato di diritto) per cui gli organi appartenenti ad una determinata Amministrazione non possono impartire ordini a strutture inserite in Amministrazioni diverse (tale è, indubbiamente, il rapporto tra le diverse Forze di polizia e tra queste e le Forze armate), stante l’inconfigurabilità giuridica - nei loro reciproci rapporti - di un vincolo gerarchico.

Alla luce delle considerazioni che precedono ben si spiega quindi la ragione per cui, contrariamente a quanto talvolta si sostiene, **il legislatore non ha mai previsto nulla del genere, ma semmai il contrario**: l’art. 21 della legge 121/81 (rubricato “*Collegamenti e sale operative comuni tra le Forze di polizia*”) si limita infatti a dettare una disciplina **eventuale ed eccezionale** nei termini che seguono: “*Il Ministro dell’Interno, nell’esercizio delle sue attribuzioni di coordinamento, impartisce direttive ed emana provvedimenti per stabilire collegamenti [e non unificazioni - ndr] tra le sale operative delle Forze di polizia e istituisce, in casi di particolare necessità, con proprio decreto di concerto con i Ministri interessati, sale operative comuni*”.

La norma prevede quindi due distinte ipotesi, l’una avente carattere generico, l’altra eccezionale (il legislatore parla, significativamente, di una **necessità** che dev’essere addirittura *particolare*, ovvero di “inevitabilità altrimenti” nel noto significato giuridico del termine). Circa i prefigurati (e non meglio definiti) “collegamenti”, si tratta delle forme di interconnessione tra gli operatori, già esistenti da anni, laddove già solo per assicurare la concreta attuazione della richiamata Direttiva 2002/22/CE, le Centrali operative del 112 dei Carabinieri svolgono attività strumentale anche per le altre Forze dell’ordine, secondo i cd. “*Piani coordinati di controllo del territorio*”. La seconda ipotesi ha invece, generalmente, carattere occasionale e temporaneo, com’è stato il caso delle speciali Centrali operative comuni interforze in concomitanza di eventi di particolare rilevanza nazionale (manifestazioni sportive e *meetings* internazionali, ricorrenze pubbliche, etc.).

Storicamente, la duplicazione delle *funzioni* di polizia rappresenta una tipica manifestazione del passaggio da un regime liberale a forme di governo autoritarie; in Italia, principale espressione di ciò fu - dopo la creazione di due nuovi Corpi di polizia (la *Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale*, con R.D. 14 gennaio 1923, n. 31 ed il *Corpo degli Agenti di Pubblica Sicurezza*, ricostituito con R.D.L. 2 aprile 1925, n. 383, che andavano di fatto a contrapporsi ai Carabinieri Reali ed ai precedenti Corpi specializzati minori (458)) -

(458) Inequivocabili sono, sul punto, le stesse parole del capo del regime, nello scritto *Il tempo del bastone e della carota. Storia di un anno (ottobre 1942 - settembre 1943)*, supplemento al *Corriere della Sera* n. 190 del 9 agosto 1944, p. 40: “*Nell’Esercito vi era un’Arma che aveva soprattutto carattere esclusivamente dinastico: l’Arma dei Carabinieri. Era questa l’Arma del re. Anche qui il fascismo cercò di organizzare una polizia che desse garanzie dal punto di vista politico e vi aggiunse una organizzazione*

la moltiplicazione delle Questure, una per ogni capoluogo di provincia, disposta con R.D.L. 14 aprile 1927, n. 593.

Tali uffici, come già accennato, erano stati creati nel Regno di Sardegna nel XIX secolo e poi estesi al resto d'Italia, progressivamente al processo di unificazione, quali articolazioni ausiliarie delle Prefetture per le sole aree "metropolitane" (i capoluoghi con popolazione superiore ai 60.000 abitanti - ossia Torino e Genova), essendo finalizzate ad assicurare un più coordinato presidio di pubblica sicurezza nelle maggiori conurbazioni del Paese, la cui rapida industrializzazione e l'elevata concentrazione della popolazione comportavano - come comportano ancor oggi - degli specifici problemi di ordine pubblico, tali da giustificare l'istituzione di strutture amministrative *ad hoc*.

Tale eccezionalità veniva confermata dall'art. 4 del R.D. 31 agosto 1907, n. 690 (a sua volta riprodotto dall'art. 4 della legge 21 agosto 1901, n. 409), che alla luce del nuovo contesto nazionale ed a cinquant'anni dall'unità, significativamente aveva elevato la predetta soglia minima a ben 100.000 abitanti, anziché ridurla.

Di lì a pochi anni, però, a seguito del mutato regime istituzionale, le Questure vennero ad assumere un ruolo completamente diverso, quali centri del controllo ideologico e politico a livello territoriale (viepiù incentrato sugli apparati di sicurezza) su cui verrà a strutturarsi, di lì a poco, l'impianto complessivo del TULPS (459); significativa di tale rinnovata funzione, in luogo di quella originaria e naturale di presidio di pubblica sicurezza metropolitano, la prevalenza accordata agli uffici del "controllo politico" e gli organici quasi sempre inferiori a quelli dei preesistenti Comandi territoriali dei Carabinieri (con conseguente inidoneità a svolgere un'analoga attività di presidio territoriale, situazione che in larga parte perdura tutt'oggi).

Precisato quanto sopra, per tornare sul piano comparato, in aggiunta ai sintetici richiami già effettuati agli ordinamenti degli Stati del "G6-UE", si può prendere in considerazione - tra gli altri - il sistema portoghese di P.S. (460), che presenta una ripartizione delle competenze generali di polizia di si-

segreta: l'OVRA". Sulla centralità - anche numerica - dei Carabinieri Reali rispetto alle altre Forze si vedano i dati riportati da BONINO, *La polizia italiana nella seconda metà dell'Ottocento. Aspetti culturali e operativi*, Roma 2005, pp. 30, 59 e 63. Inoltre TINTI, *Dai Reali Carabinieri alla 121*, cit.

(459) Con le riforme di polizia degli anni Venti (che in qualche modo accentuavano alcune decisioni del precedente Ministero Crispi) venne creata una struttura fortemente centralizzata, incentrata sulla *Direzione della Pubblica Sicurezza* e quindi sulla figura del neo-istituito Capo della polizia, il quale operava in periferia mediante Ispettori regionali e generali di pubblica sicurezza. Questi ultimi erano preposti ad organismi alle sue dipendenze (come l'OVRA) ovvero destinati ad incarichi speciali. Col R.D.L. n.1903 del 6 novembre 1926 venne anche istituito il servizio speciale di investigazione politica, avente per scopo la difesa dell'ordine costituito dello Stato.

(460) Per un'introduzione sull'implementazione portoghese delle politiche europee di sicurezza, cfr. DE MELO PALMA, *European by Force and by Will: Portugal and the European Security and Defence Policy*, *Eu Diplomacy Papers* 7/2009 (su http://aei.pitt.edu/11868/1/EDP_7_2009_Palma-3.pdf). Inoltre ROBINSON, *Assessing the Europeanisation of Portuguese Foreign and Security Policy*, Bruges 2010.

curezza (quella giudiziaria essendo rimessa ad un distinto organismo) tra un Corpo civile ed uno ad ordinamento miliare (la *Guarda Nacional Republicana* - *GNR*, una Forza di gendarmeria).

In merito a quest'ultima, per inciso, il legislatore nazionale appare consapevole della natura "integrata" secondo i già richiamati *standards* internazionali, precisando (art. 1 della *Lei* 6 novembre 2007, n. 63 (461)) che si tratta di una Forza di polizia a statuto militare, destinata per tale ad assolvere le generali funzioni di pubblica sicurezza, di tutela dei diritti civili ed altresì a contribuire alla difesa militare dello Stato: in tale veste opera funzionalmente (art. 2) alle dipendenze del Ministero concretamente responsabile della sicurezza interna dello Stato (462) e, nelle ipotesi previste dalla legge, alle dipendenze operative del Capo di Stato Maggiore delle Forze armate.

Caratteristica che ancor più trova sanzione all'art. 2 del *Decreto-Lei* 14 ottobre 2009, n. 297 (*Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana* (463), laddove si precisa che il militare della *Guarda* - definito significativamente "*soldado de la lei*" - nell'esercizio delle sue funzioni è agente di forza pubblica, nonché autorità ed organo di polizia a tutti gli effetti (464).

Il sistema portoghese si ispira tendenzialmente al "modello europeo" dell'*Amministrazione di P.S.*: da un lato, il carattere "inclusivo" ed "integrato" è evidente nella composizione del "*Conselho Superior de Segurança Interna*", l'organo consultivo (interministeriale ed interforze) in materia di pubblica sicurezza, presieduto dal Primo Ministro e comprendente - dal lato governativo "di indirizzo" - i Ministri dell'Interno, della Difesa, della Giustizia, delle Finanze, delle Opere pubbliche, dei Trasporti e delle comunicazioni, oltre ai rappresentanti del Parlamento e delle Autonomie locali, nonché il summenzionato *Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna* (nonché quello competente per i Servizi segreti), mentre sul lato "operativo" include i Comandanti delle tre Forze di polizia, il Direttore dei Servizi di informazione strategica, le Autorità militari marittima ed aeronautica, il Direttore generale dei Servizi peni-

(461) Testualmente "*A Guarda Nacional Republicana, adiante designada por Guarda, é uma força de segurança de natureza militar, constituída por militares organizados num corpo especial de tropas e dotada de autonomia administrativa. 2 - A Guarda tem por missão, no âmbito dos sistemas nacionais de segurança e protecção, assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, bem como colaborar na execução da política de defesa nacional, nos termos da Constituição e da lei*". Testo su http://www.gnr.pt/documentos/Legislacao/LEI_ORGANICA.pdf. Le attribuzioni generali di polizia della GNR (tra cui quelle che in Italia fanno capo alla Guardia di Finanza - comma 2 lett. d - ed al Corpo Forestale dello Stato - comma 2 lett. a - analogamente a quanto si verifica in altri ordinamenti quali quello spagnolo e francese) sono previste all'art. 3.

(462) Non è infatti corretto sostenere che la GNR sia specificamente posta alle dipendenze del Ministero dell'Interno piuttosto che ad un altro Dicastero, posto che l'art. 2 comma primo della *Lei* 6 novembre 2007, n. 63, in ottica funzionalista, precisa che "*A Guarda depende do membro do Governo responsável pela área da administração interna*".

(463) Testo consolidato su <http://www.gnr.pt/documentos/Legislacao/EMGNRNovo.pdf>

(464) Analogo principio trova espressione agli artt. 10 e 11 della *Lei* 63/2007.

tenziari, il Responsabile nazionale dei servizi di protezione e soccorso, etc. (art. 12). In circostanze particolari può anche prendervi parte il Procuratore generale della Repubblica.

La centralità del Primo Ministro nel “sistema sicurezza” portoghese emerge anche dall’art. 9 comma primo legge 53/2008, ai sensi del quale il Capo del Governo - politicamente responsabile per la direzione delle politiche di pubblica sicurezza - ha tra l’altro l’incarico di proporre al Consiglio dei Ministri il piano di coordinamento, controllo e comando operativo delle Forze e dei Servizi di sicurezza nazionali.

Ai sensi dell’art. 13, il CSSI assiste il Primo Ministro nell’esercizio delle sue competenze in materia di sicurezza interna (previste all’art. 9): questi, in particolare - a differenza dei modelli italiano, tedesco e francese che attribuiscono tale competenza al Ministro dell’Interno, che in tali contesti non ha un ruolo meramente esecutivo e politicamente subordinato - è l’organo politicamente responsabile per la direzione delle politiche di pubblica sicurezza, elaborate dal Governo nel suo complesso (ex art. 8: “*A condução da política de segurança interna é, nos termos da Constituição, da competência do Governo*”).

Ma è l’inquadramento delle funzioni di direzione e coordinamento delle Forze di polizia (e più in generale dei vari operatori del “sistema sicurezza”, in un moderno approccio olistico ed integrato) a segnare la differenza con i risalenti modelli del “policentrismo autarchico”, quale quello tracciato dal TULPS e dalla legge 121/81.

Dopo aver definito, all’art. 1, la nozione di “sicurezza interna” in termini funzionali quale (465) “*attività dello Stato finalizzata a garantire la pace, l’ordine e la sicurezza pubblica, nonché proteggere le persone ed i beni, prevenire e reprimere la criminalità e contribuire a garantire il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche, il regolare esercizio dei diritti, delle libertà e delle garanzie fondamentali dei cittadini ed il rispetto per la legalità democratica*”, l’art. 6 enuncia - tra i principi fondamentali - la regola per cui “*Le Forze ed i servizi di sicurezza svolgono la propria attività conformemente ai principi, agli obiettivi, alle priorità, alle linee-guida ed alle misure individuate dalle politiche di sicurezza interna, nell’ambito delle rispettive attribuzioni. 2 – Fermo quanto disposto al comma precedente, le Forze ed i servizi di sicurezza cooperano tra di loro, in particolare attraverso lo scambio di informazioni che non rilevino esclusivamente ai fini del perseguimento degli specifici obiettivi di ciascuna di esse, ma risultino indispensabili a consentire*

(465) Testualmente: “*A segurança interna é a actividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática*”.

anche il raggiungimento di quelli degli altri, nel rispetto delle norme sul segreto istruttorio e sul segreto di Stato” (466).

In questo quadro teorico si iscrivono l'attività e le funzioni del principale organo ausiliario dell'*Amministrazione di P.S.* portoghese - di nomina politica e legato al Primo Ministro da un rapporto fiduciario - ossia il "*Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna*" (artt. 14 ss.), posto alla diretta dipendenza (gerarchica) dal Primo Ministro e solo eventualmente dal Ministro dell'Interno, che però in tanto può esercitare una qualche potestà nei suoi confronti, in quanto sia stato espressamente delegato dal primo a farlo.

Di converso, il legislatore riconosce che tale organo, in quanto ausiliario del Governo, obiettivamente partecipa all'esercizio del potere di indirizzo - seppur sotto un profilo più prettamente tecnico - equiparandolo a tutti gli effetti legali ad un Sottosegretario di Stato (467); inoltre, in ragione della sua terzietà rispetto alle forze in campo gli viene attribuita la funzione di coordinamento, direzione e controllo operativi (art. 15: "*tem competências de coordenação, direcção, controlo e comando operacional*" (468)). Una terzietà che non esclude - a differenza di quanto invece accade in altri ordinamenti nazionali -

(466) Testualmente: "*As forças e os serviços de segurança exercem a sua actividade de acordo com os princípios, objectivos, prioridades, orientações e medidas da política de segurança interna e no âmbito do respectivo enquadramento orgânico. 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as forças e os serviços de segurança cooperam entre si, designadamente através da comunicação de informações que, não interessando apenas à prossecução dos objectivos específicos de cada um deles, sejam necessárias à realização das finalidades de outros, salvaguardando os regimes legais do segredo de justiça e do segredo de Estado*".

(467) Art. 14, comma secondo: "*O Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna é equiparado, para todos os efeitos legais, excepto os relativos à sua nomeação e exoneração, a secretário de Estado*". Inoltre il successivo comma terzo precisa che il *Secretário-Geral* si avvale di un gabinetto tecnico di appoggio (di cui peraltro è prevista la soppressione), al quale è integralmente applicabile il regime giuridico dei gabinetti ministeriali ("*ao qual é aplicável o regime jurídico dos gabinetes ministeriais*").

(468) Recita a sua volta l'art. 17: "*Competências de direcção: 1 - No âmbito das suas competências de direcção, o Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna tem poderes de organização e gestão administrativa, logística e operacional dos serviços, sistemas, meios tecnológicos e outros recursos comuns das forças e dos serviços de segurança.*

2 - Compete ao Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna, no âmbito das suas competências de direcção:

a) Facultar às forças e aos serviços de segurança o acesso e a utilização de serviços comuns, designadamente no âmbito do Sistema Integrado de Redes de Emergência e Segurança de Portugal e da Central de Emergências 112; b) Garantir a interoperabilidade entre os sistemas de informação das entidades que fazem parte do Sistema de Segurança Interna e o acesso por todas, de acordo com as suas necessidades e competências, a esses sistemas e aos mecanismos de cooperação policial internacional através dos diferentes pontos de contacto nacionais; c) Coordenar a introdução de sistemas de informação georreferenciada sobre o dispositivo e os meios das forças e dos serviços de segurança e de protecção e socorro e sobre a criminalidade; d) Proceder ao tratamento, consolidação, análise e divulgação integrada das estatísticas da criminalidade, participar na realização de inquéritos de vitimação e insegurança e elaborar o relatório anual de segurança interna; e) Ser o ponto nacional de contacto permanente para situações de alerta e resposta rápidas às ameaças à segurança interna, no âmbito dos mecanismos da União Europeia".

la possibilità, in concreto, di sceglierlo anche tra i membri (469) delle Forze dell'ordine, ma che anche in tal caso viene garantita dall'impossibilità di continuare ad esercitare, in costanza d'incarico, le precedenti attribuzioni, e soprattutto dalla rigorosa separatezza (sia sotto il profilo organizzativo che funzionale) tra l'Ufficio del *Secretário-Geral* e le strutture da lui coordinate.

La terzietà dell'Ufficio del *Secretário-Geral* rispetto agli operatori del settore sicurezza è evidenziata dalla scelta di incardinarlo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (analogamente a quanto accade in Italia per il DIS, che però ha competenze limitate all'attività di *intelligence*), in virtù del fatto che ad essa compete il coordinamento dell'azione dei singoli Ministri per assicurare la realizzazione delle politiche di governo, comprese quelle di pubblica sicurezza.

Nel quadro delle sue responsabilità di coordinamento, il *Secretário-Geral* ha il compito di concertare misure, piani ed operazioni tra le diverse Forze di polizia, nonché tra queste ed altri soggetti o servizi pubblici e privati, oltre a curare la cooperazione con le organizzazioni internazionali e le Forze dell'ordine straniere, conformemente ad un "*piano di coordinamento, di controllo e di comando operativo delle Forze e dei Servizi di sicurezza*".

Quest'ultimo, definito dal Presidente del Consiglio dei Ministri sulla base dell'apporto paritetico di tutti gli attori coinvolti sul campo, viene approvato dal Governo ed ha lo scopo di garantire la miglior collaborazione possibile tra le Forze operative sul territorio, nonché una formazione per quanto possibile fondata su principi comuni, secondo il modello "integrato" (civile/militare) dell'UE, sul quale viene posta particolare enfasi nell'articolazione del comma terzo (470); del resto, la *ratio* ispiratrice "europea" della riforma dell'*Amministrazione di P.S.* portoghese emerge con chiarezza al comma secondo, lett.

(469) Indifferentemente intesi, senza che cioè il legislatore pretenda dei requisiti minimi di attribuzioni o grado, ovvero lo *status* militare o civile dell'interessato. Di tale eventualità dà implicitamente conto l'ultimo comma dell'art. 14, riferendosi al trattamento economico.

(470) In specie, "*a) Garantir a articulação das forças e dos serviços de segurança com o sistema prisional [la norma, parlando di coordinamento tra tali strutture, si conforma al principio internazionalistico - cfr. retro - che, diversamente dal sistema italiano della legge 121/81, esclude la riconducibilità dei servizi penitenziari a quelli della polizia di sicurezza; ndr] de forma a tornar mais eficaz a prevenção e a repressão da criminalidade; b) Garantir a articulação entre as forças e os serviços de segurança e o Sistema Integrado de Operações de Protecção e Socorro; c) Estabelecer com o Secretário-Geral do Sistema de Informações da República Portuguesa mecanismos adequados de cooperação institucional de modo a garantir a partilha de informações, com observância dos regimes legais do segredo de justiça e do segredo de Estado, e o cumprimento do princípio da disponibilidade no intercâmbio de informações com as estruturas de segurança dos Estados membros da União Europeia; d) Garantir a coordenação entre as forças e os serviços de segurança e os serviços de emergência médica, segurança rodoviária e transporte e segurança ambiental, no âmbito da definição e execução de planos de segurança e gestão de crises; e) Garantir a articulação entre o Sistema de Segurança Interna e o planeamento civil de emergência; f) Articular as instituições nacionais com as de âmbito local, incluindo nomeadamente as polícias municipais e os conselhos municipais de segurança; g) Estabelecer ligação com estruturas privadas, incluindo designadamente as empresas de segurança privada*".

d) della norma, laddove si precisa che compete al *Secretário-Geral* “*Sviluppare sul territorio nazionale i piani d’azione e le strategie dello «Spazio Europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia» (settore FSJ, cfr. retro - ndr), che implicano un’azione integrata delle Forze e dei Servizi di sicurezza*” (471).

Parallelamente ai poteri di coordinamento - che per tali non incidono su attribuzioni, dipendenze e specificità (472) delle singole Forze di polizia - il *Secretário-Geral* si vede attribuite delle specifiche potestà di direzione (art. 17), ovviamente non riferite all’attività operativa di queste ultime bensì (cfr. *retro*, in materia, la riforma 2012 del DIS) all’organizzazione e gestione amministrativa e logistica: in breve, alla materia degli approvvigionamenti di servizi strumentali (tipo pulizie e vettovagliamento), dotazioni logistiche e tecniche comuni alle Forze dell’ordine ed ai Servizi di *intelligence*, etc.

Infine, l’art. 18 attribuisce all’organo ausiliario una serie di specifici poteri di controllo.

Neppure la previsione eccezionale di cui all’art. 19 (“*Competências de comando operacional*”), nell’attribuire formalmente al *Secretário-Geral* un potere di comando operativo in presenza di catastrofi nazionali che debbano essere affrontate con l’utilizzo congiunto di tutte le Forze disponibili, ivi compreso il “*Sistema Integrato delle Operazioni di Protezione Civile e Soccorso*” (473), realmente incide sull’autonomia operativa delle Forze dell’ordine (nei reciproci rapporti tra di esse e nei riguardi dell’Autorità di governo), com’è vero che tali poteri non vengono esercitati direttamente nei confronti degli operatori o delle strutture coinvolte, ma attraverso direttive rivolte ai rispettivi vertici istituzionali (474), nel rispetto cioè della loro autonomia linea di comando.

In ogni caso, gli ulteriori poteri del *Secretário-Geral* devono essere esercitati pur sempre nel quadro del “*piano di coordinamento, di controllo e di*

(471) Testualmente: “*Desenvolver no território nacional os planos de acção e as estratégias do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça que impliquem actuação articulada das forças e dos serviços de segurança*”.

(472) Al riguardo va ricordato che anche l’esercizio dei poteri di controllo del *Secretário-Geral* (di cui all’art. 18) **non può mai tradursi in un’ingerenza dell’organo ausiliario nell’ordinamento e nelle attribuzioni specifiche delle Forze di polizia** (salvaguardate dalla terzietà dell’organo coordinatore e dall’assenza di un rapporto di subordinazione gerarchica nei suoi confronti), dovendo sempre essere esercitati per il tramite dei Comandanti delle suddette Forze (ex art. 18 comma secondo) e dunque nel rispetto delle rispettive linee di comando interne. Lo stesso dicasi per l’eccezionale attribuzione di un potere di “comando operativo”, a fronte delle circostanze di cui all’art. 19.

(473) Il “*Sistema Integrato de Operações de Protecção e Socorro - SIOPS*” è attualmente disciplinato dal *Decreto-Lei* n. 134 del 25 luglio 2006. Si vedano anche la *Lei* n. 27 del 3 luglio 2006 (Legge Fondamentale della Protezione Civile) ed il *Decreto-Lei* n. 75 del 29 marzo 2007, su attribuzioni e struttura dell’*Autoridade Nacional de Protecção Civil*. Per l’elenco delle basi legali, cfr. <http://www.proteccaocivil.pt/Legislacao/Pages/LegislacaoEstruturante.aspx>.

(474) “... *estes são colocados na dependência operacional do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna, através dos seus dirigentes máximos*”.

comando operativo delle Forze e dei Servizi di sicurezza”.

La funzione di coordinamento esplicata dal *Secretário-Geral* vale - in ottica chiaramente “integrata” ed “interforze” - per tutte le Forze di polizia nazionali e non solo, come si evince a contrario dall’art. 25 comma secondo che richiama, nella categoria generale delle “Forze e Servizi di sicurezza”, “*A Guarda Nacional Republicana; b) A Polícia de Segurança Pública; c) A Polícia Judiciária; d) O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras; e) O Serviço de Informações de Segurança. 3 - Exercem ainda funções de segurança, nos casos e nos termos previstos na respectiva legislação: a) Os órgãos da Autoridade Marítima Nacional; b) Os órgãos do Sistema da Autoridade Aeronáutica”.*

L’alta funzione di coordinamento operativo delle politiche di sicurezza - attualmente delegata al Ministro dell’Interno - alla quale consegue una netta distinzione tra gli apparati di vertice del Ministero e quelli dei soggetti coordinati (e relative funzioni), codificata da ultimo all’art. 14 del *Decreto-Lei* n. 86-A del 12 giugno 2011 (475), trova sanzione anche nell’art. 5 della *Lei Organica* 63/2007, a mente del quale, in caso di attività simultanee compiute dalla *Polícia de Segurança Pública* (l’altra Forza a competenza generale, presente nelle maggiori aree urbane del Paese), i settori di competenza della *Guarda* vengono definiti da un decreto del Ministro (476).

Il principio di netta separazione tra la funzione di indirizzo e coordinamento e quella di gestione (e relativi organi) trova ulteriore riscontro nel *Decreto-Lei* n. 126-B del 29 dicembre 2011 (477), recante la riforma organizzativa del *Ministério da Administração Interna* (MAI), il cui art. 6 comma terzo (da leggere nel combinato disposto con l’art. 4, che riconduce nell’ambito dei servizi di diretta competenza statale, svolti sotto la responsabilità del MAI, l’attività operativa delle Forze dell’ordine) chiarisce che entrambi i Corpi di polizia di cui si è detto “... *regem -se por legislação própria, que define o seu regime, designadamente quanto à sua organização, funcionamento, estatuto de pessoal e protecção social*”; correlativamente, l’art. 2 lett. i) (478) attribuisce alle strutture del MAI il compito di adottare misure esecutive e regolamentari con cui attuare le politiche di sicurezza interna adot-

(475) “*O Ministério da Administração Interna é o departamento governamental que tem por missão a formulação, coordenação, execução e avaliação das políticas de segurança interna, do controlo de fronteiras, de protecção e socorro, de segurança rodoviária e de administração eleitoral*”. Testo consolidato su <http://dre.pt/pdf1s/2011/07/13201/0000200007.pdf>.

(476) In relazione all’attuale assetto dell’Amministrazione della pubblica sicurezza portoghese si richiamano anche le indicazioni contenute nel *Relatório Anual de Segurança Interna 2011*, pubblicato su http://www.portugal.gov.pt/media/555724/2012-03-30_relatoRIO_anual_seguran_a_interna.pdf.

(477) Testo consolidato su http://www.portugal.gov.pt/media/381580/lo_mai.pdf.

(478) Testualmente “*Na prossecução da sua missão, são atribuições do MAI: ... i) Adotar as medidas normativas adequadas à prossecução das políticas de segurança interna definidas pela Assembleia da República e pelo Governo, bem como estudar, elaborar e avaliar a execução das medidas normativas integradas na área da administração interna*”.

tate da Parlamento e Governo, valutandone altresì la concreta esecuzione.

Più nel dettaglio, la riforma di cui al *Decreto-Lei* n. 86-A dell'11 luglio 2011 (successivamente emendato con *Declaração de Retificação* n. 29 del 2 settembre 2011) individua nel MAI il Dipartimento governativo “*incaricato di formulare, coordinare, eseguire e valutare le politiche di sicurezza interna, del controllo delle frontiere, di protezione e soccorso, di sicurezza stradale e di amministrazione elettorale, mantenendo così nella sua sfera di attuazione, le aree tradizionalmente consacrate, in una linea di stabilità evolutiva anziché di partizione*”, al quale viene altresì ricondotta la maggior parte delle competenze dei soppressi “*Governos Civis*” territoriali.

Il “sistema di sicurezza interna” portoghese è autonomamente disciplinato con *Lei* 29 agosto 2008, n. 53 (479), che all'art. 13 individua tre organi deputati alla sua attuazione, il “*Conselho Superior de Segurança Interna*”, il “*Secretário-Geral*” e il “*Gabinete Coordenador de Segurança - GCS*”, tutti inseriti - a garanzia di imparzialità rispetto alle Istituzioni ed agli operatori in campo - non presso il MAI bensì nella struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri; quest'ultima, peraltro, è stata recentemente oggetto di riforma con *Decreto-Lei* n. 126-A/2011, il cui art. 47 prevede la futura soppressione del GCS, da attuarsi con apposita novella, nonché la ristrutturazione - sempre in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - del Gabinetto dell'Autorità nazionale di pubblica sicurezza (di cui all'art. 21 comma nono).

Nel sistema portoghese vi è dunque una netta distinzione tra attribuzioni di indirizzo politico, che spettano al Governo ed in via derivata - ai fini del coordinamento - al Primo Ministro (nonché, indirettamente, al suo organo ausiliario), funzioni esecutive di alta amministrazione (*recte*, di pianificazione), di competenza del Ministro dell'Interno e funzioni direttamente operativo/esecutive, o di gestione, proprie delle Forze dell'ordine.

Conseguentemente non vi è alcuna sovrapposizione tra le strutture e gli organi di queste ultime e quelli del Ministero di riferimento.

Né, significativamente, l'ordinamento portoghese prevede un accentramento delle funzioni di comando delle Forze di polizia in seno ad un unico Dicastero, in ragione degli evidenti limiti di efficienza e trasparenza che un tale assetto verrebbe a comportare: in effetti, se è vero che - per tradizione storica - la *Policia de Segurança Pública* (ad ordinamento civile) e la *Guarda Nacional Republicana* (a statuto militare) attualmente dipendono organicamente da quest'ultimo (la GNR limitatamente all'esercizio delle sue - pur preponderanti - funzioni di polizia “civile” (480)), è altresì vero che la terza Forza di polizia portoghese (la *Policia Judicial*) dipende invece, organicamente, dal solo Ministero della Giustizia (481), ma nonostante ciò è a tutti gli effetti par-

(479) Testo sul portale istituzionale <http://legislacao.mai.gov.info/i/lei-de-seguranca-interna/>.

tecipe delle politiche si sicurezza interna dello Stato, coordinandosi con gli altri soggetti coinvolti.

Analoghi rilievi possono farsi per quel che riguarda l'esercizio e la pianificazione dell'attività di pubblica sicurezza a livello territoriale (o decentrato): nel caso da ultimo trattato, le competenze che a livello centrale spettano all'Autorità governativa (ministeriale) sino al 2011 (482) erano in parte devolute ai *Governadores Civis* (espressione della medesima funzione propria dell'Autorità "civile" di governo), analogamente a quanto tuttora accade in Francia con i Prefetti, in Spagna con i *Delegados e Subdelegados del Gobierno* nelle *Comunidades Autónomas*, etc..

Ultimo aspetto da considerare, la diffusione più o meno capillare, sul territorio, delle varie Forze dell'ordine. Se sul piano comparato da tempo si parla di "polizia di prossimità", su quello interno il legislatore ha previsto, in parallelo al decentramento di talune funzioni amministrative di pubblica sicurezza, di cui si è detto, degli ulteriori "strumenti" di gestione territoriale dell'ordine e sicurezza pubblici, quali i "patti per la sicurezza".

Si tratta, in estrema sintesi, di accordi di collaborazione e solidarietà stipulati tra lo Stato e gli Enti locali (Province e soprattutto Comuni) che prevedono l'azione congiunta di più livelli di governo e la promozione di interventi, anche in via sussidiaria e nell'ambito delle responsabilità di ciascuno, per rendere effettivo il diritto ad una sicurezza diffusa. O, a fronte del progressivo deteriorarsi delle condizioni della finanza pubblica, per mantenere almeno il livello di sicurezza sino ad allora raggiunto.

Tali accordi non derogano alle competenze centralizzate delle Autorità di P.S., né prevedono una loro gestione in via delegata: obiettivo dei "patti" è la progressiva eliminazione delle aree di degrado e di illegalità, nel rispetto delle competenze delle Autorità di settore, ottimizzando l'integrazione con le poli-

(480) La dipendenza, in tempo di pace, della GNR dal *Ministério da Administração Interna* risale formalmente al Decreto del 3 maggio 1911, che peraltro recupera la disciplina già precedentemente data nel 1801 per la *Guarda Real da Polícia de Lisboa* e quindi, nel 1834-35, per la *Guarda Municipal de Lisboa e Porto*. Invero, in ragione della sua natura di Forza militare di sicurezza, la GNR ha in realtà una doppia dipendenza, dal *Ministro da Defesa* e dal *Ministro da Administração Interna* (attuale responsabile della sicurezza interna dello Stato, ex art. 2 comma primo della *Lei* 63/2007).

(481) Già dipendente dal Ministero dell'Interno, transitata alla Giustizia nel 1945. Si tratta della Polizia criminale (e non di quella penitenziaria), avente per missione di collaborare con i Pubblici ministeri nell'attività di indagine (art. 2 comma primo: "*A PJ tem por missão coadjuvar as autoridades judiciárias na investigação, desenvolver e promover as acções de prevenção, detecção e investigação da sua competência ou que lhe sejam cometidas pelas autoridades judiciárias competentes*"), la cui organizzazione è data dalla *Lei* 6 agosto 2008, n. 37 (emendata con legge 30 agosto 2010 n. 26). In argomento, cfr. il portale istituzionale <http://www.policiajudiciaria.pt/>.

(482) A seguito della riforma del 2011, che ne ha disposto la soppressione, tali competenze sono state in parte ri-accentrate in capo al Ministero dell'Interno, in parte devolute ad altre Amministrazioni pubbliche.

tiche di sicurezza delle autonomie territoriali ed impegnando maggiormente le polizie locali (483).

In breve, uno strumento operativo mediante il quale dare attuazione al modello “integrato” della pubblica sicurezza che contraddistingue il “modello europeo”, coordinando tra loro gli operatori di settore di volta in volta interessati: i “patti” spesso consistono in piani che prevedono lo stanziamento di fondi o l’impiego di maggiori risorse umane, oppure azioni mirate per affrontare, ad esempio, la questione di insediamenti abusivi o reati di contraffazione, di sfruttamento della prostituzione, di abusivismo commerciale, etc.

A rigore - pur nel rispetto delle competenze proprie di ciascuna Forza di polizia - possono anche comportare la riorganizzazione dei presidi delle Forze dell’ordine, l’intensificazione dell’utilizzo dei cd. “poliziotti di quartiere”, etc.

I “patti per la sicurezza” non rappresentano però un modello alternativo alle funzioni di coordinamento prefettizie tracciate dalla legge 121/81, ma si inseriscono nel sistema vigente, tentando di superare il rigido schematismo burocratico del TULPS - come “filtrato” dalla legge 121/81 - per dar vita ad un ordinamento più articolato: in concreto, infatti, sono definiti da protocolli e programmi congiunti condivisi tra la Prefettura, il *Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica* (organo di coordinamento per eccellenza), nonché il Comune o la Provincia interessati, volti ad individuare delle specifiche modalità di pianificazione e/o collaborazione “interforze” coerenti con le decisioni assunte in seno al suddetto *Comitato Provinciale* e con i piani coordinati di controllo prefettizi.

L’art. 7 del D.L. 92/2008 ha poi esteso la predisposizione di piani coordinati di controllo del territorio, per specifiche esigenze, anche ai Comuni minori ed alle forme associative sovracomunali, per potenziare la capacità di intervento della polizia locale nelle attività ordinarie.

Sempre nell’ottica di una gestione della pubblica sicurezza quanto più vicina al cittadino ed al territorio si collocano infine le dottrine della cd. “polizia di prossimità”, nate nel particolare contesto degli ordinamenti anglosassoni (*in primis*, negli USA degli anni ‘60) che non conoscevano l’esperienza storica delle Forze di gendarmeria territoriali (484).

Negli anni Ottanta il modello venne poi esteso, in Francia, soprattutto

(483) Sull’argomento si veda PAJNO, *La sicurezza urbana*, cit., pp. 142 ss.

(484) Tipiche invece dell’Europa continentale, tra cui si possono menzionare i Corpi di *Mare-chaussées* fiamminghi e francesi, da cui si sono evolute - almeno in parte - le moderne gendarmerie. Sull’argomento si vedano gli studi di LUC, *Gendarmerie, État et Société au XIX siècle*, cit., EMSLEY, *Gendarmes and the State in nineteenth-century Europe*, Oxford 1999, pp. 27 ss. e LORGNIER, *Quand le Gendarme juge. Maréchaussée, histoire d’une révolution judiciaire et administrative*, Paris 1994. Cfr. anche CODRONCHI, *Sul riordinamento della P.S. in Italia*, in *Nuova Antologia* CXLIII, 1895, pp. 215 ss., nonché JENSEN, *Liberty and Order: The Theory and Practice of Italian Public Security Policy, 1848 to the Crisis of the 1890s*, New York 1991.

alla *Police Nationale* (Forza di polizia allocata nei maggiori centri abitati e nelle metropoli), nonché in Olanda, Belgio e Spagna (qui soprattutto per contrastare particolari fenomeni di terrorismo locale).

Nei Paesi scandinavi, caratterizzati da un'esigua densità demografica e, soprattutto in passato, da una relativa pace sociale (con conseguente elaborazione di una peculiare dottrina della pubblica sicurezza su base comunitaria), il modello in questione si confonde con le più ampie politiche di prevenzione, che affiancano alle tradizionali misure della polizia di sicurezza degli articolati interventi - su base locale - di sostegno economico ed assistenziale, implementati da *Consigli di Prevenzione locali* che danno vita ad un sistema integrato di forze politiche e sociali, in collaborazione tra loro, secondo un programma nazionale di prevenzione della criminalità.

In ambito UE, come già evidenziato, è centrale il modello "integrato" ed "olistico", compendiato nelle conclusioni della *Riunione* dei Ministri dell'Interno di Italia, Francia e Germania del 30 aprile 2001 - di poco posteriore al Consiglio UE di Feira - avente per tema "*La sicurezza per la libertà*", per cui "*L'efficacia delle politiche di sicurezza e di tranquillità si basa su un'impostazione globale che prevede al prevenzione, la dissuasione e la sanzione, mettendo insieme tutti gli attori pubblici e non, in una co-produzione di sicurezza*". Tale concetto, "riletto" alla luce del principio comunitario di sussidiarietà, si pone alla base di quello di "prossimità".

In realtà, nella tradizione amministrativa europea possono individuarsi almeno due sistemi generali che mirano ad attuare, per quanto possibile, una diretta collaborazione tra Forze dell'ordine e cittadini: il primo è quello, del tutto peculiare, della *Community policing* anglosassone, in base al quale le Forze di polizia vengono assegnate a specifiche aree geografiche, al fine di stabilire diretti legami con le comunità ivi residenti e le rispettive formazioni sociali (associazioni religiose, di quartiere, gruppi giovanili, etc.).

Il modello si basa sull'idea che quando la polizia viene interamente coinvolta nella vita della comunità non è più avvertita come un'entità "terza" - assegnata dallo Stato al sol fine di far rispettare la legge - e che la prevenzione del crimine può essere meglio perseguita attraverso un'interazione positiva tra le Forze dell'ordine e la comunità locale: per l'effetto, anche i cittadini finiscono per partecipare alla pianificazione ed alla supervisione delle attività di polizia, le cui responsabilità di comando vengono operativamente trasferite ai gradi inferiori.

Tale modello presuppone però un assetto dello Stato ed una formazione delle sue classi dirigenti funzionali ad una gestione locale del potere e delle strutture comuni, con conseguente venir meno degli organi di intermediazione tra Governo centrale e periferia (per fare un esempio, in Italia e Francia il Prefetto).

Il secondo modello, di origine francese, è quello dell'*ilôtage* (ossia dell'isolato, porzione del centro urbano delimitato da strade), adottato a suo tempo per l'attività della *Police nationale* nei maggiori centri urbani (la *Gendarmerie*

già essendo una tipica polizia territoriale di prossimità): con tale politica, sviluppata a partire dal 1998 (485), si voleva assicurare anche in tali realtà una più capillare visibilità delle Forze dell'ordine, per fronteggiare il crescente senso di insicurezza dei cittadini.

Il modello venne tuttavia gradualmente abbandonato a partire dal 2003, per essere definitivamente dismesso nel 2010.

In Italia, con l'espressione "*Polizia di prossimità*" (486) si intende, dal 2002 in poi, un settore della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e della Polizia municipale particolarmente legato al territorio e composto da operatori che prendono il nome evocativo di Poliziotti, Carabinieri e Vigili "di quartiere".

In realtà, una questione di radicamento si pone solo per la prima delle tre componenti, stante la tipica connotazione territoriale delle altre due; vero è, peraltro, che i servizi in esame vengono utilizzati non nei centri abitati di medie dimensioni (dove la Polizia di Stato è generalmente assente), bensì nei capoluoghi di provincia e nei centri maggiori, dove anche la diffusione capillare dei Carabinieri deve confrontarsi con un tessuto sociale ed urbano spesso disgregato e impersonale.

Nell'ottica di un maggiore "avvicinamento" ai cittadini, affinché percepiscano anche visivamente la presenza dello Stato, il Poliziotto ed il Carabiniere di quartiere si associano, a piedi, all'attività svolta dalle pattuglie "automontate" che si occupano del controllo del territorio. Dal punto di vista organizzativo, sono collocati - non a caso - nell'organico dell'*Ufficio Prevenzione generale e Soccorso pubblico* (U.P.G.S.P.) della Questura, ovvero presso i Comandi Stazione Carabinieri.

Gli operatori in questione svolgono la loro attività in "zone" o "quartieri", individuati in sede prefettizia ed aventi una popolazione non superiore ai 30.000 abitanti circa, al fine di favorire un contatto più diretto con i residenti.

Al di là dell'apparenza, la logica sottesa al modello "di prossimità" mira a qualificare l'attività della polizia di sicurezza in termini particolarmente complessi, mutuando per le realtà urbane di maggiori dimensioni il modello di rapporto con il pubblico tipico della Stazione dei Carabinieri: la vicinanza fisica dell'operatore di polizia ne è solo l'aspetto esteriore, poiché tale modello storico, in realtà, presuppone (per poter funzionare e non ridursi a mera apparenza) un continuo ed immediato adattamento delle procedure operative alle diverse realtà sociali presenti sul territorio (che dunque vanno preventivamente

(485) Tale modello era già stato individuato con la *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* del 21 gennaio 1995. In argomento cfr. FERRET, *Police de proximité en France, Une expérience de recherche institutionnelle à l'IHESI entre 1998 et 2001*, in *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 46/4, (Paris 2001) pp. 97-118.

(486) Sull'argomento, per un'introduzione generale, si veda CARRER, *La polizia di prossimità: la partecipazione del cittadino alla gestione della sicurezza nel panorama internazionale*, Milano 2003.

vissute), così da garantire al cittadino adeguate forme di collaborazione, concretando l'operatore di polizia la propria funzione di rappresentante dello Stato nel senso più autentico del termine.

In difetto di tali presupposti, il modello in questione rischia di tradursi in una mera duplicazione delle funzioni, fonte di inefficienze destinata al fallimento.

Un articolato modello teorico di "polizia di prossimità" è presente anche nella *Raccomandazione* 31 marzo 2007, n. 216, del *Congresso dei Poteri Locali e Regionali* del Consiglio d'Europa (487), utile ai fini descrittivi benché priva di qualsiasi valore vincolante: in questi termini, la polizia di prossimità rappresenta una componente - applicabile ai maggiori centri urbani o negli Stati privi di una Forza di polizia territoriale a competenza generale - del più ampio modello della cd. "sicurezza partecipata" (coinvolgente cioè un numero di soggetti e strutture maggiore rispetto a quelle tradizionali di pubblica sicurezza), che si estende oltre i fatti penalmente rilevanti sino a comprendere manifestazioni di diverso genere ma che pur sempre incidono sulla tranquillità sociale e sulla percezione stessa della sicurezza. In pratica, un concorso fattivo di tutti i soggetti - pubblici e privati - che con il loro intervento possono rendere più efficace il lavoro delle Forze dell'ordine.

Alcuni Autori teorizzano che la polizia "di prossimità" possa rappresentare il primo passo per la realizzazione di una polizia "di comunità", intesa come reale collaborazione di tutte le Istituzioni responsabili di qualche aspetto della "sicurezza sociale", evitando la compartimentazione tra gli Enti territoriali, quelli preposti alla prevenzione sociale o quelli deputati alla prevenzione e repressione criminale (Forze di polizia a competenza generale e speciale, Prefetture, magistratura), etc., compartimentazione che invece ancora informa l'impianto organizzativo del TULPS, il cui rigido modello monistico delle Autorità provinciali di P.S. solo in parte è stato scalfito dalle più recenti riforme legislative.

In Italia le politiche della sicurezza ispirate alla "nuova prevenzione" si sono indirizzate verso il sistema dei "Protocolli d'intesa", un variegato insieme di iniziative e forme di "partenariato" che il Ministero dell'Interno ha progressivamente sviluppato con gli Enti locali, soprattutto per reperire maggiori risorse, con iniziative rivolte in particolare alle categorie di cittadini più a rischio: anziani, donne, portatori di *handicap*, etc.. Gli strumenti di attuazione sono risultati essere, col tempo, i più vari ed atipici, quali contratti sociali, protocolli, convenzioni, ordinanze, etc., al fine di regolamentare, innanzitutto, le relazioni tra Amministrazioni centrali e locali, per intervenire direttamente sui fenomeni che in uno specifico contesto destano particolare allarme sociale.

(487) Testo integrale, nella versione ufficiale francese, su <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1145663>.

All'atto pratico, però, va rilevata la sostanziale crisi di tale modello, incompatibile con il vigente assetto dell'*Amministrazione di P.S.*: non solo, infatti, è privo di una definita base legale, ma soprattutto - in considerazione dei noti e persistenti problemi della finanza pubblica - non si attaglia alla distribuzione territoriale frammentaria (al di fuori delle aree metropolitane) della Forza a competenza generale alla quale avrebbe dovuto realmente applicarsi. Invero, la Circolare 23 dicembre 2010 n. 225/B/2010/91482/U della *Direzione Centrale Anticrimine* della Polizia di Stato (488), avente ad oggetto la riorganizzazione dell'*Ufficio Prevenzione generale e Soccorso pubblico* (UPG-SP – settore che coordina la centrale operativa e le volanti della Squadra mobile), nel creare, in seno ai Commissariati di P.S. sezionali e distaccati il nuovo "*Ufficio Controllo del Territorio*" (UTC), destinato ad assorbire tutte le altre organizzazioni interne diversamente denominate ed a divenire il "*terminale di una rete provinciale coordinata dall'UPG e SP*", precisa che "*Il servizio polizia di quartiere viene organicamente unificato in seno all'UPG e all'SP, quale ulteriore momento strumentale all'operatività, anche perché il conseguimento di alcuni obiettivi di prevenzione richiede spesso lo sviluppo di progetti di prossimità di "impatto" da svolgere in tutte le zone in maniera uniforme e con metodologie omogenee ...*".

Viene inoltre correttamente precisato che ai fini delle assegnazioni di personale "*deve essere valutata la generale diminuzione di risorse ed il venir meno dell'unità di riserva del poliziotto di quartiere. In tale ottica non potrà escludersi la necessità di una riduzione del numero di aree coperte dal servizio*" e comunque "*la riorganizzazione in argomento non deve determinare 'migrazioni' logistiche di strutture e di risorse umane tali da inficiare l'efficacia dell'azione delle pattuglie ...*".

A ciò aggiungasi che la natura subordinata e strumentale dell'UTC rispetto alle strutture "centrali" della Questura, unitamente all'esigua presenza di presidi della Polizia di Stato al di fuori dei maggiori centri urbani del Paese, sebbene coerente con il vigente impianto del TULPS appare poco funzionale alla necessità di una gestione "reticolare" ed "integrata" del controllo di pubblica sicurezza, presupposte dal modello della polizia "di prossimità" e dalle linee-guida europee.

A questo punto del discorso si possono trarre alcune conclusioni.

Secondo l'insegnamento dell'Alta Corte (489), già richiamato in precedenza, nell'ordinamento costituzionale vigente per pubblica sicurezza deve intendersi "*la funzione inerente al mantenimento dell'ordine pubblico, cioè*

(488) Circolare sul sito non istituzionale http://www.anfp.it/gestionale/upload/cms/elementi_portale/news/documenti/attivita_controllo_progetto_uct.pdf

(489) Corte Cost., sent. 7 aprile 1995, n. 115 (cit.). Per uno studio sui profili giuridici della materia, cfr. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica*, cit.

alla tutela dei beni giuridici fondamentali o degli interessi pubblici primari sui quali si regge la civile convivenza". La relativa competenza è riservata allo Stato, ai sensi dell'art. 4 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 382, nonché dell'art. 117, comma secondo lett. d) Cost.

Non siamo quindi in presenza di un *modulo organizzativo* - civile, militare o misto - bensì di una *funzione* che prescinde del tutto dalle caratteristiche ordinamentali degli operatori che vi attendono, rilevando solamente gli obiettivi, le modalità ed i limiti della loro azione.

Si tratta, in particolare, di una funzione "preventiva", a carattere prettamente amministrativo, con la quale lo Stato mira ad anticipare e colpire specifiche attività in grado di mettere in pericolo l'ordine pubblico: in sintesi, tende ad assicurare la pacifica convivenza tra i cittadini e l'ordinato svolgersi delle relazioni sociali attraverso l'imposizione di limiti, vincoli e prescrizioni per tutelare - da danni e pericoli eventuali - tanto i consociati quanto le Istituzioni pubbliche.

Ad essa si collega, strumentalmente, l'attività della "polizia di sicurezza" (490), branca della "polizia amministrativa" (491) deputata ad esplicare prevalentemente un'attività di prevenzione, impedendo lo svolgimento di atti ed attività in grado di mettere in pericolo l'ordinata convivenza civile (492).

Cosa diversa è la funzione di "polizia giudiziaria", avente natura prevalentemente repressiva e legata, per contro, all'attività giurisdizionale sia sotto il profilo organizzativo/formativo che sotto quello funzionale: ai sensi dell'art. 55 cpp "*La polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori ... Svolge ogni indagine e attività disposta o delegata dall'Autorità giudiziaria*". A differenza di quelle precedentemente citate, le funzioni di polizia giudiziaria vengono svolte alle dipendenze e sotto la dire-

(490) In argomento si veda CORSO, *Polizia di sicurezza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino 1996, pp. 319 ss. In merito all'ordinamento previgente, RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (a cura di ORLANDO), IV/1, Milano 1904, pp. 205 ss.. Per un'esposizione compendiativa dei concetti e delle funzioni di polizia si rinvia a CHIAPPETTI, *Polizia (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir. XXXIV*, Milano 1985, pp. 120 ss. nonché all'efficace studio comparativo di BERTACCINI, *I modelli di polizia*, cit.

(491) Per tale intendendosi l'attività di polizia volta ad attuare le misure amministrative, preventive e repressive necessarie affinché i privati pongano in essere le proprie attività senza arrecare danno alla società: in questi termini si pone anche la definizione riportata all'art. 159 del D.lgs 31 marzo 1998, n. 112. In argomento, per un'introduzione generale (sebbene antecedente a tale precisazione normativa) si veda NOVA, *Polizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino 1996, pp. 315 ss.

(492) Storicamente, la legge 20 marzo 1865 n. 2248, Allegato B (che stabilì la dipendenza *funzionale* delle Forze di polizia dal Ministro dell'Interno - a livello nazionale - ed a livello provinciale dal Prefetto) rappresenta l'antecedente poi ripreso dall'art. 1 del TULPS nel definire le funzioni di pubblica sicurezza in termini di "*mantenimento dell'ordine pubblico, sicurezza dei cittadini, loro incolumità e tutela della proprietà; ... osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità*".

zione dell'Autorità giudiziaria (493) e generalmente vengono ricondotte - sul piano internazionale (494) - alle attribuzioni del Ministero della Giustizia.

Le distinzioni di cui sopra, al di là delle finalità compilative, riflettono le diverse attribuzioni - a monte - degli apparati *di indirizzo* dello Stato e sono strumentali ad un ordinato riparto delle connesse funzioni esecutive, ad evitare improprie sovrapposizioni che - prima ancora dell'efficacia e della trasparenza dell'azione amministrativa - possano attingere gli stessi presupposti materiali del principio della divisione dei Poteri, cardine dello Stato di diritto: eventualità tutt'altro che peregrina, se solo si considera la scrupolosa attenzione dei vari legislatori europei nell'evitare reciproche "invasioni di campo" nel settore della pubblica sicurezza.

Atteso l'autonomo rilievo assunto dalla funzione amministrativa nei modelli costituzionali dell'Europa continentale (495), si spiega la necessità di una sua netta differenziazione dalla funzione di indirizzo, che rappresenta un fondamentale attributo non solo dell'amministrazione cd. "attiva", ma pure dell'iniziativa legislativa: esigenza che, seppur entrata solo in tempi relativamente recenti nell'agenda legislativa italiana, pur tuttavia è oggetto di qualificati riscontri, da ultimo l'art. 6 della legge 4 marzo 2009, n. 15 che contiene principi e criteri "*al fine di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e confronto spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza ... regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo*".

Nell'assetto istituzionale presupposto dalla divisione dei Poteri, la struttura di Governo - composta dai vari Dicasteri - non esplica funzioni operativo/gestionali, bensì di indirizzo politico ed iniziativa legislativa: per l'effetto,

(493) Dovendosi peraltro distinguere tra *Servizi di P.G.* - istituiti presso le strutture delle singole Forze dell'ordine e dipendenti dall'ufficiale di P.G. preposto agli stessi (unico responsabile verso il Procuratore della Repubblica dell'operato della struttura) - e *Sezioni di P.G.*, istituite presso ciascuna Procura della Repubblica (a composizione interforze) e direttamente dipendenti dal Procuratore (cfr. gli artt. 56 e 59 cpp).

(494) Basti ricordare la Raccomandazione 10/2001/REC del Consiglio d'Europa (cfr. *infra*) e le fonti OSCE (*idem*). Nel sistema italiano, per contro, talune attribuzioni permangono in capo al Ministero dell'Interno.

(495) Rilievo sancito, nell'Europa continentale, a seguito delle grandi codificazioni ottocentesche. L'individuazione di un autonomo Potere esecutivo, distinto ed equiordinato rispetto a quello legislativo e giudiziario, è successiva alla Rivoluzione francese e riposa sull'idea giacobina per cui l'Amministrazione è un soggetto sovraordinato rispetto ai privati cittadini, proprio in ragione delle sue *funzioni* naturali, in quanto deputato alla promozione e tutela dell'interesse generale, da ritenersi comunque prevalente. In argomento, cfr. BURDEAU, *Histoire du droit administratif de la Révolution au début des années 1970*, Paris 1995 e REDOR, *De l'État legale à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1874-1914*, Paris 1992. Il termini più ampi, ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in AA.VV. (a cura di COSTA-ZOLO), *Lo Stato di diritto. Storia, teorica, critica*, Milano 2002.

se da un lato si avvale di organi ausiliari che - nell'esercizio delle funzioni di amministrazione generale - operano quale "anello di congiunzione" con gli organi esecutivi dell'Amministrazione statale, dall'altro non può integrare al suo interno parte di questi ultimi, pena una contraddizione di sistema e la confusione tra gli organi di coordinamento e controllo ed i soggetti sottoposti a quest'ultimo.

Tale distinzione, sia organizzativa che funzionale, rappresenta il tratto caratteristico degli ordinamenti dell'*Amministrazione di pubblica sicurezza* dei vari Stati europei, a prescindere dalle particolarità storiche di ciascuno di essi e, sostanzialmente, valeva anche in Italia, sino ai mutamenti istituzionali dei primi anni Venti del secolo scorso.

Per contro, il sistema italiano ha invece salvaguardato - quasi a contrappeso - un ulteriore principio fondamentale di democrazia classica, anch'esso presente nella maggior parte degli ordinamenti continentali seppur con minor evidenza, ovvero la netta distinzione tra la dipendenza *organizzativo/ordinamentale* delle varie Forze dell'ordine (suddivisa tra diversi Dicasteri, in ragione della natura di ciascuna di esse, oltre che per evidenti ragioni di equilibrio istituzionale) rispetto alla loro comune dipendenza *funzionale* da quello dell'Interno, per le (sole) attività di pubblica sicurezza (496).

Soluzione che, come riconosciuto anche a livello internazionale, non solo risponde alle naturali differenze tra i vari operatori del settore, ma soprattutto garantisce la trasparenza ed il costante monitoraggio di un contesto assai delicato, non a caso stimato però tra i più efficienti e versatili - operativamente parlando - a livello mondiale.

Tale soluzione, del resto, è di tutta evidenza la più conforme al cd. "modello europeo" che, oltre a privilegiare un approccio "integrato", è strutturato in chiave rigorosamente "funzionale": in questi termini, ciò che rileva è l'esercizio istituzionale di determinate incombenze nel rispetto di ben precisi *standard* qualitativi, e non invece l'organizzazione accentrata o decentrata di una struttura, ovvero l'ordinamento civile piuttosto che militare, una dimensione generalista o circoscritta per luogo ed oggetto, etc.

(496) Altri ordinamenti, quali quello portoghese (cfr. *retro*), nei quali alla dipendenza funzionale si associa anche, in modo più o meno marcato, la dipendenza ordinamentale di più Forze dell'ordine (ma non di tutte) dal medesimo Dicastero, la salvaguardia dell'equilibrio istituzionale è stata ricercata nella devoluzione ad un organo terzo - quale il Presidente del Consiglio dei Ministri (in ragione del suo ruolo istituzionale di coordinamento dell'indirizzo di governo: il Portogallo è un regime semi-presidenziale di tipo parlamentare, nel quale il ruolo del Primo Ministro, nominato dal Presidente della Repubblica e vincolato alla fiducia del Parlamento, entrambi eletti a suffragio diretto, è tendenzialmente residuale) - delle potestà di pubblica sicurezza, eventualmente delegabili al Ministro dell'Interno ma solamente sotto il profilo tecnico. Soluzione che invece risulta impropria in un sistema presidenziale pieno (quale quello francese, dove la parziale riforma del 2009 ha dato adito a seri spunti critici), poiché finisce per determinare - analogamente a quanto accadrebbe nei regimi parlamentari, per ragioni speculari - delle concentrazioni di attribuzioni poco coerenti con i principi di trasparenza e controllo.

Questi aspetti possono al più attenere a questioni ulteriori, legate a valutazioni di efficienza ed efficacia, nonché alla capacità dei suddetti organismi di soddisfare il secondo requisito-cardine del modello sovranazionale, ossia l'attitudine ad inserirsi organicamente in un'azione integrata (multidisciplinare o interforze); aspetto, quest'ultimo, che ha portato le Istituzioni dell'Unione a riconoscere un ruolo determinante e decisivo alle cd. "Forze ibride" - tanto sul piano della sicurezza interna che di quella esterna - nell'implementazione delle politiche comuni.

Il presupposto della distinzione delle funzioni e dei poteri si presenta però in modo variabile nei singoli ordinamenti europei.

L'idea di una differenziazione qualitativa nelle forme di esercizio dell'autorità pubblica risale, secondo alcuni, già ai Glossatori del Trecento, che con BALDO DEGLI UBALDI scomposero l'*imperium absolutum* del *Princeps* dalla sfera della *iurisdictio*, propria dei soli magistrati subordinati; in realtà, di una consapevole distinzione delle funzioni pubblicistiche si può incominciare a parlare solo nel Sei-Settecento nel mondo anglosassone, ove vennero però ridotte a quella del *legiferare* e dell'*eseguire* (espressione con la quale ci si riferiva solamente all'odierna attività *giurisdizionale* dell'applicazione delle leggi).

Va infatti ricordato - anche a definitivo chiarimento della nozione-chiave, nel settore che qui ci occupa, della "*Civil Authority*", con la quale abbiamo significativamente introdotto questo lavoro - che nel sistema inglese non viene generalmente riconosciuta un'autonoma funzione esecutiva (sul modello "tripartito" dell'Europa continentale), in ragione del ruolo autocratico e supremo di quella legislativa, a fronte della quale vi è solamente un generale obbligo di vigilanza.

Le ragioni di ciò risiedono nella particolare evoluzione istituzionale di un ordinamento che già nel 1265 vide il *Ruler "de facto" of England*, Simone di Montfort, convocare il primo Parlamento elettivo dell'Europa medievale che, non a caso, da subito assunse il controllo dell'Esercito, sottraendolo al monarca, con ciò reclamando le funzioni militari all'Autorità (cd. "civile", da *civitas*) dello Stato ed anticipando così un principio politico che sul Continente troverà sanzione con BODIN e MACHIAVELLI.

Come osserva la dottrina (497), sul piano interno gli organi amministrativi hanno qui il compito di assicurare il rispetto della legge, al più provvedendo alla nomina dei magistrati, all'esecuzione delle loro sentenze ed all'occorrenza all'emanazione di norme integrative (cd. "*proclamations*"): al di fuori di que-

(497) Così, testualmente, MANNORI, *op. ult. cit.*, p. 123. In argomento si veda anche l'ampio studio di VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis 1968 (online all'indirizzo http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=677&Itemid=28), in particolare il terzo capitolo.

sto ristretto ambito rimane solo la tipica funzione giurisdizionale, dal momento che “*la legge è sempre concepita come un comando rivolto ai sudditi, che non lascia altro spazio agli organi dello Stato se non quello di vigilare sulla sua corretta osservanza e di irrogare ai contravventori le sanzioni del caso. In questa prospettiva, l’esecuzione della legge è in primo luogo rimessa ai membri del corpo sociale ed in subordine agli apparati giudiziari preposti a constatare il mancato rispetto dei precetti legali. Fu così che la raggiunta percezione di un «potere esecutivo» non corrispose affatto all’emergere di una «funzione esecutiva», intesa come un terzo genere di attività pubblica individuabile sulla base di contenuti giuridici specifici rispetto alla legislazione ed alla giurisdizione*”.

In un sistema concettuale nel quale il “Potere esecutivo” altro non è che “*the Power of the Sword*”, secondo la celebre definizione di DALLISON (498), ossia il potere/dovere di proteggere lo Stato dai nemici esterni, e dunque attiene al comando dell’Esercito ed alla cura delle relazioni internazionali (in breve, a quelle prerogative che LOCKE riassume nel termine “*Federative Power*” (499)), ben si spiega la particolare accezione che assume la nozione di “*Civil Authority*”: non dunque una forma organizzativa, bensì **una funzione di indirizzo e di scopo**, centrale nel pensiero dei costituzionalisti inglesi da LAWSON in poi.

Se già il titolo della “*Politica Sacra et Civilis*” (500) anticipa l’idea che essa si sostanzia nel potere dell’Autorità statale di dettare le leggi, ossia i lineamenti fondamentali dell’indirizzo politico dello Stato, nel successivo svolgimento (501) verrà canonizzata l’essenza del correlato *potere* “civile”, laddove “*There is a threefold power civil, or rather three degrees of that power. The first is legislative. The second judicial. The third executive*” e - significativamente - “*Legislation, Judgement and Execution by the Sword, are the three essential acts of supreme Power civil in the administration of the State*” (502).

(498) DALLISON, *The Royalist's Defence*, London 1648, tesi poi ripresa da Lawson. È significativo - tanto più nella prospettiva di questo lavoro - rilevare come tale principio rappresenti uno dei capisaldi della teoria della “*Balanced Constitution*”, che trae origine dalla distinzione di BRACON (De legibus et consuetudinibus Angliae, 1210-1268 ca.) tra scelte di indirizzo politico, svincolate dal diritto vigente (*gubernaculum*) e *iurisdictionis* (la successiva fase esecutiva, nella quale vengono prodotte ed applicate le norme giuridiche, con decisioni vincolate al diritto). Sullo svolgimento delle teorie costituzionaliste inglesi nel periodo della guerra civile, si veda il classico di WORMUTH, *The origins of the modern constitutionalism*, New York 1949.

(499) LOCKE, *Two Treaties on Government* (1680-1690), II, 12, par. 146: “*This, therefore, contains the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth, and may be called federative if any one pleases. So the thing be understood, I am indifferent as to the name*”.

(500) LAWSON, *Politica Sacra et Civilis*, London 1660.

(501) Che sul punto riprende quanto già sviluppato nel precedente *An Examination of the Political Part of Mr. Hobbs his Leviathan*, London 1657, p. 8.

(502) LAWSON, *An Examination*, cit., p. 8.

Un potere “civile” che non è dunque minimamente contrapposto a quello “militare” (503), bensì lo ricomprende quale sua naturale, immanente funzione, finalizzata al pari dei suoi altri attributi - la potestà legislativa e quella giudicante - ad assicurare il rispetto delle leggi e la salvaguardia dell’ordine pubblico generale.

(503) Come invece un secolo dopo avverrà nella dottrina statunitense, che a differenza di quella inglese non tanto concepiva il potere “civile” come detentore della suprema autorità militare, bensì - di fatto - quasi come un antagonista di quest’ultima. Tale linea di sviluppo può trovare una spiegazione sia nell’influenza dell’utilitarismo puritano, sia nella mancata creazione, all’origine dello Stato, di una Forza militare nazionale con finalità aggreganti (secondo un modello teorizzato in Europa già da Machiavelli), che venne invece “surrogata” - soprattutto per le esigenze di ordine pubblico - da disorganiche milizie regionali soggette sì ai Governi locali, ma spesso impopolari per la presenza, nelle loro fila, di un gran numero di avventurieri e sbandati.

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Le notifiche nel processo civile telematico alla luce dei più recenti decreti ministeriali

*Alfonso Contaldo**
*Michele Gorga***

SOMMARIO: 1. Le notifiche nel processo civile telematico: le prime previsioni normative. - 2. Il regime delle comunicazioni e delle notifiche telematiche nel processo civile. - 3. Le notifiche a mezzo posta elettronica ex art. 149-bis c.p.c. - 3.1 Le notifiche tramite PEC alla luce del Decreto ministeriale 3 aprile 2013 n. 48. - 3.2 Gli indirizzi PEC utilizzabili per le notifiche. - 4. Le pronunce di merito e di legittimità in tema di notifiche telematiche nel processo civile.

1. Le notifiche nel processo civile telematico: le prime previsioni normative.

Con le norme di modifica al codice di procedura civile, introdotta con l'art. 51 del decreto-legge del 25 giugno 2008 n. 112, convertito in legge n. 133 del 6 agosto 2008, nel quadro più generale di riforma del rito civile il nostro legislatore non solo ha introdotto importanti novità in tema di comunicazioni e notificazioni telematiche (1) ma si è anche preoccupato - per rendere obbligatorio l'utilizzo della telematica - di prevedere che a decorrere dalla data fissata con decreto del Ministro della Giustizia, tutte le notificazioni e le comunicazioni nel corso del procedimento alla parte costituita e al consulente, che non abbiano comunicato l'indirizzo elettronico, saranno fatte direttamente presso la cancelleria del Tribunale. Le notificazioni e le comunicazioni di cui

(*) Avvocato, Docente a c. di Informatica giuridica - Università di Perugia.

(**) Avv. Prof., Cassazionista. Docente a c. presso la S.S.P.L. dell'Università del Molise per il modulo sul Processo Civile Telematico.

(1) Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., GORGA M., *Le comunicazioni e le notifiche di cancelleria per via telematica anche alla luce delle più recenti novità normative*, in *Cyberspazio e diritto*, 2009, 63 ss.

al primo comma dell'art. 170 e dell'art. 192, dovranno essere, quindi, effettuate per via telematica all'indirizzo elettronico comunicato dagli avvocati ai sensi dell'art. 7 13 febbraio 2001, n. 123.

In forza di detta previsione quindi ai sensi dell'art. 170 c.p.c., dopo la costituzione in giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni relative allo svolgimento del processo (comunicazione delle ordinanze rese fuori udienza dal giudice; provvedimenti del giudice istruttore; provvedimenti del collegio e comunicazione della sentenza), dovranno essere fatte, dalle cancellerie, ai procuratori costituiti (2) solo ed esclusivamente per via telematica. Identica procedura seguiranno le cancellerie per la notifica dell'ordinanza al consulente tecnico *ex art.* 192 c.p.c., per quanto attiene all'invito a comparire all'udienza fissata per il conferimento dell'incarico e l'assegnazione dei quesiti. Dette comunicazioni saranno effettuate, quindi, dalle cancellerie, nel primo caso, per gli avvocati costituiti nel giudizio, all'indirizzo elettronico comunicato da questi, al Consiglio dell'ordine di appartenenza, e da quest'ultimo reso disponibile mediante comunicazione al Ministero della giustizia. Questi indirizzi elettronici degli avvocati, così come quelli degli uffici giudiziari e degli uffici notifiche (UNEP), saranno resi consultabili, anche in via telematica, secondo le modalità operative stabilite ai sensi dell'art. 3, comma 3 d.P.R. n. 123 del 2001. La cogenza della norma (3) in esame è stata, poi, rafforzata dalla previsione che a decorrere dalla data fissata in decreto (o nei decreti) del Ministero della Giustizia tutte le notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento alla parte costituita e al consulente, che non ha comunicato l'indirizzo elettronico (4), saranno fatte direttamente presso la cancelleria (5) del Tribunale. Per

(2) Vedi CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1961, 142, in cui l'A. esplicita che: "Per poter esercitare il "ministero" del difensore rappresentante bisogna che questi, a differenza del difensore assistente, sia munito di "procura" scritta (art. 83 cpc): per questo la legge distingue il "difensore con procura" (art. 86) che rappresenta la parte, dal difensore "senza procura" che per incarico che può essere puramente verbale, si limita ad assisterla".

(3) L'art. 51 prevede al 4° comma che a decorrere dalla data fissata ai sensi del comma 1, le notificazioni e le comunicazioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 17 d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, si effettuano ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile. Al 5° co., poi in materia di modifica alla legge sulla professione degli avvocati prevede che all'articolo 16 del regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo il primo comma è aggiunto il seguente: «Nell'albo è indicato l'indirizzo elettronico attribuito a ciascun professionista dal punto di accesso ai sensi dell'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 2001, n. 123»; b) il quarto comma è sostituito dal seguente: «A decorrere dalla data fissata dal Ministro della giustizia con decreto emesso sentiti i Consigli dell'Ordine, gli albi riveduti debbono essere comunicati per via telematica, a cura del Consiglio, al Ministero della giustizia nelle forme previste dalle regole tecnico-operative per l'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile». Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., GORGA M., *Il Processo Civile Telematico (PCT) come occasione della diffusione delle best practices nel settore giustizia*, in *Rass. Adv. Stato*, 2009, n. 4, 382 ss.

(4) L'indirizzo di posta elettronica avrà valenza quindi di domicilio legale. Per la distinzione si veda: TEDESCHI V., *Domicilio, residenza e dimora*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, 652 ss.

i soggetti diversi dagli avvocati, e cioè per i CTU e per gli altri esperti ed ausiliari del giudice, l'indirizzo elettronico sarà quello comunicato da quest'ultimi ai propri ordini professionali o all'albo dei consulenti tenuto dai singoli Tribunali. Per tutti gli altri soggetti, invece, quali ad esempio la parte stessa; gli informatori; i testi ecc., l'indirizzo elettronico al quale le cancellerie dovranno inviare le comunicazioni, e fare le notificazioni sarà quello dichiarato al certificatore della firma digitale al momento della richiesta di attivazione della procedura informatica di certificazione della firma digitale, ove reso disponibile nel certificato, da parte di detti soggetti. L'attuazione della norma in esame tuttavia richiede oltre ad una necessaria preliminare fase d'intesa fra il Ministro della Giustizia e l'Avvocatura Generale dello Stato; Consiglio Nazionale Forense e Consigli dell'Ordine degli Avvocati interessati, anche una necessaria verifica territoriale delle infrastrutture telematiche (6). Quindi nel corso del processo le comunicazioni saranno effettuate dalle cancellerie agli avvocati costituiti in giudizio, all'indirizzo elettronico da essi comunicato al Consiglio dell'ordine di appartenenza. Sicché ogni eventuale eccezione di non conoscenza dell'atto sarà improponibile in quanto già adesso la giurisprudenza più volte si è espressa negativamente in materia. Fra le più rilevanti decisioni va ricordata quella della Corte di Cassazione Civile la n. 4061 del 2008 (7), con la quale è stato affermato la validità della comunicazione della cancelleria via *e-mail* all'indirizzo elettronico dell'avvocato dichiarato al proprio consiglio dell'ordine al quale il destinatario aveva dato risposta non in automatico ma con ricevuta documentata dalla relativa stampa cartacea. Deve poi essere segnalata anche l'ordinanza del 1° febbraio 2008 del Tribunale di Milano con la quale si è affermato che è valida la procura alle liti spedita all'interno della busta telematica sottoscritta con firma digitale dall'avvocato che ha presentato e depositato telematicamente il ricorso (8).

È stata anche prevista una preliminare necessaria fase di verifica della funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici, nei singoli uffici giudiziari, nonché l'individuazione dei circondari dei Tribunali nei

(5) Vedi ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, 430 ss., per il quale il difetto della dichiarazione o dell'elezione (qui da intendere come difetto di inserimento nell'atto dell'indirizzo elettronico) ha per conseguenza non già che le notificazioni e le comunicazioni possano eseguirsi presso la cancelleria del giudice adito, ma che non debbano eseguirsi affatto.

(6) Nella trasmissione di documenti informatici nell'ambito del processo civile trovano applicazione tutte le prescrizioni contenute nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nel D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, e successive modificazioni. I documenti informatici prodotti nel processo civile sono sottoscritti con firma digitale, nei casi previsti dall'art. 4, comma 3, del d.P.R. 3 febbraio 2001, n. 123. Vedi al riguardo le analisi di COROSANITI G., *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Milano, 2003, 221 ss.

(7) Corte di Cassazione, Sez. I civ., sentenza 12 luglio 2008 n. 4061. Sul punto vedi ancora CONTALDO A., GORGA M., *Le comunicazioni e le notifiche di cancelleria per via telematica alla luce della più recenti novità normative*, cit., 68 ss.

(8) Vedi al riguardo BUONOMO G., *Il processo telematico (commento al d.P.R. n. 123/2001)*, in *Codice di procedura civile. Commentario*, a cura di PICARDI N., V ed., Tomo III, Milano, 2011, 341 ss.

quali dovrà essere data applicazione alle disposizioni sulle comunicazioni e sulle notificazioni telematiche. Rispetto a tali verifiche territoriali non è da escludere che si potrebbe avere una diffusione a macchia di leopardo nell'avvio delle comunicazioni e delle notifiche telematiche nei processi. Anche in questo settore si corre il rischio di una discriminazione informatica ossia del *digital divide* per singoli Tribunali di diverse zone del paese a secondo del livello infrastrutturale delle singole realtà locali. La notifica *on-line* è, quindi, alle porte per tutti gli avvocati, nessuno escluso dato che l'alternativa prevista, per tutti coloro che non si adegueranno all'utilizzo nell'attività forense agli strumenti informatici e telematici, è, per legge, il recapito della posta elettronica presso le cancellerie degli uffici giudiziari dove gli avvocati nell'orario d'ufficio in fila potranno chiedere delle notifiche elettroniche a loro recapitate. Sulla base dei decreti ministeriali autorizzativi (9), quindi, cancellerie e studi professionali dovranno dialogare, in via prioritaria, attraverso il solo *personal computer*. Dopo la prima esperienza "passivizzante" del *Polisweb*, che ha permesso agli avvocati di consultare i propri fascicoli direttamente dallo studio legale tramite il pc e la normale rete internet, nell'immediato futuro, in tutto il territorio nazionale, avvocati e uffici giudiziari diventeranno "attori" e dovranno scambiarsi "normalmente" documenti per via telematica.

2. Il regime delle comunicazioni e delle notifiche telematiche nel processo civile.

Con la legge del 6 agosto 2008 n. 133 (10) il nostro legislatore aveva introdotto importanti novità in tema di comunicazioni e notificazioni per via telematica (11). Queste novità sono state recentemente rivisitate dalla legge di riforma al codice di procedura civile che ha modificato la seconda parte del-

(9) Con D.M. del 26 maggio 2009, n. 57, pubblicato in Gazzetta ufficiale n. 124 del 30 maggio 2009 con decorrenza dal 1 giugno 2009, si applicano, nel circondario del tribunale di Milano, le disposizioni di cui all'art. 51, co. 1, 3 e 4 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133 secondo il quale le notificazioni e le comunicazioni in corso di causa (*ex artt. 170 e 192 cpc*) sono effettuate unicamente per via telematica all'indirizzo elettronico, ossia alla CPECPT del punto di accesso.

(10) Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., GORGA M., *Il processo telematico*, Torino, 2012, 221 ss. ed alla bibliografia colà citata.

(11) Vedi BIAVATI P., *Diritto Processuale dell'Unione Europea*, Milano 2005, 155 ss. Una caratteristica di notevole importanza è che nel processo dell'Unione tutte le notificazioni sono effettuate d'ufficio, a cura del cancelliere (art. 20, co. 3, statuto; art. 79, par. 1°, co. 1, reg. proc. Corte; art. 100, par. 1°, co. 1°, reg. Proc. Trib.). Le forme della notificazione sono molteplici. Prima di tutto, è prevista la notificazione a mani o per mezzo del servizio postale. Il cancelliere può infatti curare che sia consegnata una copia dell'atto, verso ricevuta, oppure che la copia sia spedita in plico raccomandato con ricevuta di ritorno. Le più recenti novellazioni hanno poi introdotto, come strumento corrente di notificazione, il fax (telescopia) e ogni altro mezzo tecnico di comunicazione (posta elettronica art. 79, par. 2° reg. proc. Corte). L'ammissibilità di questa forma di notificazione è subordinata al consenso del destinatario, che può essere unicamente un avvocato. In tal senso si veda anche art. 2 D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 (sul nuovo rito societario).

l'art. 137 stabilendo che se l'atto da notificare o da comunicare è costituito da un documento informatico e il destinatario non possiede indirizzo di posta elettronica certificata, l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante consegna di una copia dell'atto su supporto cartaceo, da lui dichiarata conforme all'originale, e conserva il documento informatico per i due anni successivi. Inoltre "se richiesto, l'ufficiale giudiziario invia l'atto notificato anche attraverso strumenti telematici all'indirizzo di posta elettronica dichiarato dal destinatario della notifica o dal suo procuratore, ovvero consegna ai medesimi, previa esazione dei relativi diritti, copia dell'atto notificato, su supporto informatico non riscrivibile". Se la notificazione non può essere eseguita a mani proprie del destinatario, tranne che nel caso previsto dal secondo comma dell'art. 143 c.p.c., l'ufficiale giudiziario consegna o deposita la copia dell'atto da notificare in busta che provvede a sigillare e su cui trascrive il numero cronologico della notificazione, dandone atto nella relazione in calce all'originale e alla copia dell'atto stesso. Sulla busta non possono essere apposti segni o indicazioni dai quali possa desumersi il contenuto dell'atto. È disposto poi che predette disposizioni si applicano anche alle comunicazioni effettuate con biglietto di cancelleria ai sensi degli artt. 133 e 136 c.p.c. Orbene le norme qui in parola sono state ampiamente modificate dall'art. 4 decreto legge 29 dicembre 2009 n. 193 (12), il quale prevede che a decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana dei decreti con il quale il Ministro autorizza i singoli distretti di Corte di Appello per le notifiche telematiche, negli uffici giudiziari autorizzati, le notificazioni e le comunicazioni di cui all'art. 170 comma 1 e art. 192 c.p.c. e ogni altra comunicazione al consulente devono essere effettuate per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata di cui all'articolo 16 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2 (13). Inoltre dispone la novella che allo stesso modo si procede per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale. È stato poi previsto che la notificazione o la comunicazione che contiene dati sensibili deve essere effettuata solo per estratto e contestualmente deve essere messo a disposizione, sul sito internet individuato dall'amministrazione, l'atto integrale al quale il destinatario può accedere mediante gli strumenti di cui all'art. 64 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (14). Inoltre con uno o più decreti aventi natura non regolamentare e previa audizione dell'Avvocatura generale dello Stato, del Consiglio Nazionale Fo-

(12) Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., GORGA M., *Il processo telematico*, cit., 222 ss.

(13) Vedi BARALE M., *Il processo civile telematico di cognizione: uno sguardo sul futuro*, in *Corr. Giur.*, 2012, 285 ss.

(14) Vedi BASSOLI E., *Fondamenti di diritto della comunicazione elettronica*, Padova, 2014.

rense e dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati interessati, il Ministro della giustizia accerta la funzionalità dei servizi di comunicazione, ed individua gli uffici giudiziari nei quali trovano applicazione le disposizioni che autorizzano alle notifiche telematiche. Dopo che saranno emanati, ed entrati in vigore, i decreti autorizzativi per ogni singolo distretto le notificazioni e le comunicazioni nel corso del procedimento alle parti costituite o agli altri soggetti che non avranno provveduto ad istituire ed a comunicare ai relativi ordini l'indirizzo elettronico, le comunicazioni e le notifiche, saranno fatte presso la cancelleria o la segreteria dell'ufficio giudiziario precedente dove i procuratori e gli altri soggetti dovranno recarsi per ritirale. La novella in esame poi ha modificato anche il co. 2 dell'art. 16 R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, in quanto è stato previsto che nell'albo tenuto dai Consigli degli Ordini forensi è indicato, oltre al codice fiscale (15), che è una novità assoluta per la tenuta dell'albo, anche

(15) Tribunale di Varese, Sezione I Civile Ordinanza del 16 aprile 2010 proc. civ. n. 83/2010. «L'omessa indicazione del codice fiscale non comporta nullità. In tal senso. Negli atti del difensore e nella procura manca il codice fiscale. Il ricorso è stato depositato sotto la vigenza del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193 (in G.U. del 30 dicembre 2009 ed entrato in vigore il 31 dicembre 2009, ex art. 5) convertito dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24, che ha modificato l'impianto del codice di rito, per quanto qui interessa, negli artt. 125, 163, 167 c.p.c., introducendo nelle disposizioni processuali richiamate l'obbligo di inserimento del codice fiscale: per l'attore (art. 163, comma III, n. 2 c.p.c.), per il convenuto (art. 167, comma I, c.p.c.) e per il difensore (art. 125, comma I, c.p.c.).

Va precisato che l'art. 163, comma III, n. 2 richiede anche l'indicazione del codice fiscale delle persone che "rappresentano o assistono" le parti: ma tale aggiunta non va intesa come riferimento agli avvocati (per cui, infatti, è stato appositamente modificato l'art. 125 c.p.c.) bensì come richiamo agli istituti della rappresentanza e dell'assistenza di cui all'art. 182 c.p.c. e, dunque, ai soggetti che, in virtù di specifiche disposizioni normative, agiscono come sostituti processuali o rappresentanti legali (ad es. v. art. 273, comma I, c.c.). L'omessa indicazione del codice fiscale non può tradursi in una ipotesi di nullità. In primo luogo, non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge (art. 156, comma I, c.p.c.); in secondo luogo, il raggiungimento dello scopo, comunque preclude l'insorgere della patologia invalidante (art. 156, comma III, c.p.c.).

È vero che l'art. 164, comma I, c.p.c. afferma essere la citazione nulla se omesso o assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'art. 163 c.p.c. (e proprio nel n. 2 si innesta la modifica legislativa con introduzione dell'obbligo di indicazione del codice fiscale): ma tale inciso va ricondotto all'identificazione "della persona della parte", secondo una interpretazione che sia coerente con il sistema ed impedisca mere nullità formali non giustificate dalla violazione del diritto di difesa altrui. Ed, allora, sulla scorta di una giurisprudenza ben consolidata, la nullità della citazione, ai sensi dell'art. 163 n. 2, può essere pronunciata soltanto se e quando l'omissione determini una incertezza assoluta in ordine alla individuazione della parte, altrimenti l'omissione costituisce una violazione meramente formale che si traduce in una irregolarità non invalidante l'atto giudiziale. Vi è, poi, che la grave sanzione della nullità, per l'omessa indicazione del codice fiscale, costituirebbe anche un'aporia nella teoria generale delle nullità processuali. Il codice fiscale, infatti, ha la precipua funzione di identificare in modo univoco a fini fiscali le persone residenti sul territorio italiano (iscrivendo, dunque, il contribuente nel registro dell'anagrafe tributaria, v. decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 605 e d.P.R. 2 novembre 1976, n. 784).

Esso, pertanto, non afferisce ai rapporti tra le parti o tra il giudice e le parti ma alla relazione tra queste ultime e l'amministrazione finanziaria, cosicché la violazione di una norma che disciplina un rapporto estraneo al processo non può riverberare i suoi effetti sul procedimento. In effetti, volendo fornire un'

l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato ai sensi dell'art. 16, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, che è una ulteriore novità, ma relativa in quanto già gli ordini forensi, indipendentemente dalla previsione normativa, da tempo forniscono nell'albo anche gli indirizzi *e-mail* degli avvocati che lo comunicano. Gli indirizzi di posta elettronica certificata ed i codici fiscali sono aggiornati "con cadenza giornaliera, sono resi disponibili per via telematica al Consiglio nazionale forense ed al Ministero della giustizia nelle forme previste dalle regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione".

Sempre la novella in esame al comma 4 modifica l'art. 40 Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (dPR 30 maggio 2002, n. 115), aggiungendo un ulteriore comma - *1 bis* - il quale, agendo sul costo delle copie, ha lo scopo precipuo di disincentivare il rilascio di copie in formato cartaceo con l'espressa previsione che "l'importo del diritto di copia rilasciata su supporto cartaceo è fissato in misura superiore di almeno il cinquanta per cento di quello previsto per il rilascio di copia in formato elettronico". Tuttavia subito dopo al successivo comma 5 si prevede che fino all'emanazione del regolamento di cui all'art. 40 dPR 30 maggio 2002, n. 115, i diritti di copia, di cui all'All. 6 dello stesso, sono aumentati del cinquanta per cento ed i diritti di copia rilasciata in formato elettronico degli atti esistenti nell'archivio informatico dell'ufficio giudiziario, sono determinati in ragione del numero delle pagine memorizzate, nella misura precedentemente fissata per le copie cartacee. Qui il legislatore in verità effettua una manovra tanto vessatoria quanto ingiustificata in quanto da un lato dà l'apparente sensazione di voler incentivare il ricorso alle copie in formato elettronico poste ad un costo inferiore del 50% rispetto a quelle cartacee, dall'altro poi subito

interpretazione coerente e sistematica, deve ritenersi che l'art. 4 d.l. 193/09 (come convertito), introducendo l'obbligo di indicazione del codice fiscale in seno agli atti di cui agli artt. 125, 163, 167 abbia di fatto provocato una estensione dell'ambito applicativo dell'art. 6 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 605 (che indica gli "atti nei quali deve essere indicato il numero di codice fiscale").

Ed, allora, l'omessa indicazione del codice fiscale non è sanzionata con la nullità processuale, ma con le sanzioni speciali previste dalla legislazione vigente (es. art. 13 d.P.R. 605/73, come prima modificato dall'art. 1, D.P.R. 23 dicembre 1977, n. 955, poi dall'art. 20, L. 30 dicembre 1991, n. 413 ed infine come sostituito dall'art. 20, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 473). Non può, peraltro, essere sottaciuto che, invero, secondo la giurisprudenza tributaria, le irregolarità meramente formali, che non comportano evasione di imposta, quale l'omessa indicazione del codice fiscale, non sono più sanzionabili ex art. 10, comma 3 legge 27 luglio 2000 n. 212 (Statuto del contribuente: v., ad es. Commissione Tributaria Centrale, Sez. IX, 13 agosto 2001, n. 5983): sarebbe, allora, eccentrico sanzionare in seno al diritto processuale civile, con la nullità, una condotta che in seno al suo alveo naturale, quello tributario, non trova più - in linea di principio - alcuna sanzione. Per i motivi sin qui esposti, in caso di omessa indicazione del codice fiscale, delle parti, di chi li rappresenta o assiste oppure dei difensori, il giudice non deve pronunciare la nullità dell'atto ma può, tutt'al più, sollecitare una condotta che vada a rimuovere l'irregolarità. P.q.m. Visti gli artt. 175 c.p.c., 4 d.l. 193/2009 conv. il l. 24/2010 invita i difensori che non lo abbiano ancora fatto ad indicare il codice fiscale richiesto dagli artt. 125, 163, 167 c.p.c., negli atti ivi indicati».

si appresta ad aumentare il diritto di copia nella stessa misura del 50% per le copie informatiche annullando, di fatto, il dichiarato vantaggio ed incentivo sia pure fino all'emanazione del regolamento *ex art. 40* dPR n. 115 del 2002.

È previsto poi che il maggior gettito derivante dall'aumento dei diritti di cui ai commi 4 e 5 dovrà essere riassegnato, per la quota parte eccedente rispetto a quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, lettera b), ad appositi capitoli del Ministero della giustizia per il funzionamento e lo sviluppo del sistema informatico, con esclusione delle spese di personale. Quindi il maggior gettito dovrà essere investito solo ed esclusivamente nelle infrastrutture informatiche e telematiche nell'ambito del principio di solidarietà nazionale e redistribuzione su base nazionale. Il Ministero della giustizia all'uopo potrà avvalersi di Consip Spa (16), anche sulla base di apposita convenzione, anche in qualità di centrale di committenza per l'attuazione delle iniziative in tema di digitalizzazione dell'Amministrazione della giustizia e per le ulteriori attività di natura informatica individuate con decreto del Ministero della giustizia.

3. Le notifiche a mezzo posta elettronica ex art. 149-bis c.p.c.

Sempre con il decreto legge n. 193 del 2009 (17), convertito in legge nel 2010 n. 24, al codice di procedura civile sono state apportate ulteriori modifiche nel senso che in relazione al comma 1 dell'art. 125 c.p.c. è stato previsto l'inserimento negli atti di parte del codice fiscale del difensore, mentre in relazione all'art. 163, comma 3 le parole: «il cognome e la residenza dell'attore» sono state sostituite con «il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore» e le parole: «il nome, il cognome, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono» sono sostituite con: «il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono». Infine l'art. 167 comma 1 le generalità e il codice fiscale devono essere indicate nella comparsa di risposta. È stato poi inserito un nuovo articolo il 149-*bis* relativo alle notifiche a mezzo posta elettronica. Prevede quest'ultimo articolo che se non è fatto espresso divieto dalla legge, la notificazione può eseguirsi a mezzo posta elettronica certificata, anche previa estrazione di copia informatica del documento cartaceo. La notifica a mezzo posta elettronica certificata è stata introdotta nel nostro ordinamento, quindi, come notifica "ordinaria" in quanto alla stessa deve farsi sempre ricorso salvo che sia espressamente disposto diversamente per un altro tipo di notificazione quale ad esempio: per posta ordinaria, a mani proprie o per pubblici proclami. Inoltre per notifica mediante PEC si deve procedere

(16) Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., *La contrattazione telematica e la pubblica amministrazione*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di VALENTINO D., Napoli, 2011, 488 ss.

(17) Ci si permette di rinviare ancora a CONTALDO A., GORGA M., *Il processo telematico*, cit., 231 ss.

anche quando dal documento cartaceo presentato per la notifica si estrae copia informatica per la notifica. Quando l'ufficiale provvede per via telematica alla notifica dell'atto mediante posta elettronica certificata ne trasmette copia informatica dell'atto sottoscritta con firma digitale all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario risultante da pubblici elenchi. In questo caso è essenziale rilevare che la norma prevede che in tale modalità la notifica si intende perfezionata nel momento in cui il gestore rende disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario. La notifica si perfeziona quindi con la consegna al gestore essendo irrilevante che il destinatario ne abbia o no conoscenza, basta che egli possa accedervi e la notifica si deve intendere legalmente effettuata e conosciuta. Nelle notifiche telematiche poi l'ufficiale giudiziario deve redigere la relazione di notifica di cui al comma 1 dell'art. 148 c.p.c., mediante la certificazione dell'eseguita attività datata e sottoscritta apposta in calce all'originale e alla copia dell'atto notificato, e ciò su documento informatico separato, sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, che saranno individuati con un apposito decreto del Ministero della giustizia. Anche nell'inciso "congiunzione dell'atto a cui si riferisce" il legislatore riproduce la norma già introdotta con la n. 69 del 2009 in tema di procura informatica, ma qui con l'intenzione di eliminare in radice, ogni possibile interpretazione in ordine alla congiunzione degli atti informatici. È stato poi previsto che la relazione che contiene le informazioni di cui all'art. 148, comma 2, comporta la sostituzione - ovviamente - del luogo della consegna con l'indirizzo di posta elettronica presso il quale l'atto è stato inviato. Infine si prevede che al documento informatico originale o alla copia informatica del documento cartaceo sono allegate, come per la relata, mediante strumenti informatici, le ricevute di invio e di consegna previste dalla normativa concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici trasmessi in via telematica. Eseguita la notificazione, l'ufficiale giudiziario restituisce all'istante o al richiedente, anche per via telematica, l'atto notificato, unitamente alla relazione di notificazione e agli allegati ossia le ricevute dell'avvenuta consegna presso il gestore della posta elettronica certificata. Qui però si pongono non pochi problemi, cui facciamo solo alcuni cenni. Prima di tutto viene in rilievo il comma 4 che rimanda a successivi Decreti Ministeriali le regole tecniche volte ad assicurare che le comunicazioni e le notificazioni per via telematica siano effettuate, nei casi consentiti, mediante posta elettronica certificata, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, del d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68. Gli effetti immediati della previsione consistono nel passaggio dalla Casella di Posta Elettronica Certificata per il Processo Telematico (18) (CPECPT)

(18) Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., GORGA M., *E-Law Le professioni legali la digitalizzazione delle informazioni giuridiche e il processo telematico*, Soveria Mannelli (CZ), 2006, spec. 122 ss.

alla Posta Elettronica Certificata (PEC) di cui al decreto legge n. 185 del 2008, convertito nella legge n. 2 del 2009 (19), con il conseguente mutamento del gestore del Punto di accesso di cui all'art. 11 del D.M. 17 luglio 2008, dato che lo diventano tutti i gestori iscritti nell'elenco CNIPA (ora DigitPA). Si pongono quindi non secondari problemi in ordine alle minori garanzie di certezza sulla certificazione dello *status* dei titolari della PEC, da qui la logica previsione sull'aggiornamento giornaliero degli indirizzi di PEC degli iscritti per via telematica (20), da parte dei Consigli degli Ordini forensi Locali, al Consiglio Nazionale Forense ed al Ministero della Giustizia.

3.1 Le notifiche tramite PEC alla luce del Decreto ministeriale 3 aprile 2013 n. 48.

Con l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali durante il processo stesso (21) di cui all'art. 1 comma 19 d.l. 18 ottobre 2012, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, si è dovuto apportare delle nuove previsioni altresì alle modalità per definire le notificazioni tramite PEC degli avvocati autorizzati. Il D.M. 3 aprile 2013, n. 48, ha modificato l'art. 18 delle regole tecniche del processo telematico (D.M. n. 44 del 2011) sotto più aspetti che attengono le copie informatiche da notificare come allegati alla PEC. Bisogna ricordare come l'art. 3 *bis* utilizzi impropriamente l'espressione "copia informatica", perché in realtà si riferisce alla "copia informatica

(19) Ancora BASSOLI E., *op. loc. supra cit.*

(20) La norma qui riproduce la previsione già fatta con il decreto legge n. 112 del 2008 ma qui introduce, ed è questa la sua differenza, l'inserzione su un apposito sito Internet di atti contenenti dati sensibili.

(21) Questa norma entra in vigore per i tribunali dal 30 giugno 2014 e negli altri uffici giudiziari diversi dai tribunali dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti, aventi natura non regolamentare, con i quali il Ministro della giustizia, previa verifica, accerta la funzionalità dei servizi di comunicazione. Dispone in concreto la nuova norma quindi che per i tribunali che, a decorrere dal 30 giugno 2014 nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione il deposito degli atti processuali e dei documenti di parte, dei difensori e dei loro consulenti e delle parti in precedenza già costituite deve avvenire esclusivamente nella modalità telematica. Il deposito si ha per avvenuto al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della giustizia. Nel processo esecutivo il deposito telematico degli atti nel processo si effettua sempre con decorrenza successiva al deposito cartaceo con il quale si dà inizio all'esecuzione, così come nelle procedure il deposito telematico è da intendere esclusivamente riferibile al deposito degli atti e dei documenti da parte del curatore, del commissario giudiziale, del liquidatore, del commissario liquidatore e del commissario straordinario. Sempre con decorrenza dal 30 giugno 2014, per il procedimento di ingiunzione, escluso il giudizio di opposizione, il deposito dei provvedimenti, degli atti di parte e dei documenti dovrà avvenire esclusivamente con modalità telematiche sempre però nel pieno rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Il presidente del tribunale può tuttavia autorizzare anche il deposito con modalità non telematiche quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti laddove sussista però urgenza altrimenti non rinviabile indifferibile ovvero può ordinare il deposito di copia cartacea di singoli atti e documenti per ragioni specifiche.

per immagine”: ciò si desume dal rinvio all’art. 22, comma 2, del CAD (22) che riguarda, appunto, le attestazioni di conformità di questa tipologia di copie informatiche “per immagine”.

L’avvocato che intenda notificare per via telematica un atto cartaceo ai sensi dell’art. 3 *bis*, deve estrarre, mediante scansione, una copia informatica “per immagine”, attestandone la conformità all’originale ai sensi dell’art. 22, comma 2, del CAD e, quindi, allegando l’atto alla PEC. Bisogna però considerare che l’art. 22, comma 2, CAD prevede che sia un pubblico ufficiale ad attestare tale conformità, con dichiarazione allegata al documento informatico e asseverata secondo le regole tecniche di cui all’art. 71 CAD (23). L’avvocato, dunque, per la norma in esame, può assumere le vesti del pubblico ufficiale, ai sensi dell’art. 6 della legge n. 53 del 1994, perché, quanto rilevato, che a causa della mancanza delle regole tecniche di cui all’art. 71 CAD la notifica tramite PEC di copie informatiche per immagine era dubbia, oggi, invece è possibile grazie alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 59 del 12 marzo 2014 delle regole tecniche sui sistemi di conservazione dei documenti informatici. Quindi l’avvocato può effettuare, ai sensi dell’art. 3 *bis* della legge n. 53 del 1994, la notifica via PEC di copie informatiche per immagine di originali cartacei così come può effettuare la notifica via PEC di documenti informatici “nativi”.

L’incidenza su tale quadro normativo del nuovo art. 18 Regole tecniche del PCT è rilevante; al nuovo comma 4 dell’art. 18, l’avvocato che estrae copia informatica per immagine dell’originale cartaceo compie l’asseverazione di cui all’art. 22, comma 2, CAD, inserendo la dichiarazione di conformità all’originale nella relata di notifica, ai sensi dell’art. 3 *bis*, comma 5, della legge n. 53 del 1994. Ora, l’art. 18 riformulato sembra innovare, eludendo l’asseverazione dal richiamo alle regole tecniche di cui all’art. 71 CAD, e stabilendo che tale asseverazione sia fatta, dall’avvocato, inserendo la dichiarazione di conformità nella relata (anche se suscita qualche riserva che un regolamento tecnico possa disciplinare la materia diversamente dalla legge, considerando per giunta che il D.M. n. 48 del 2013 è stato emanato proprio per adeguare l’art. 18 delle regole tecniche del PCT alle modifiche della legge n. 53 del 1994).

Occorre peraltro notare che l’art. 18 precisa che l’inserimento, da parte dell’avvocato, della dichiarazione di conformità nella relata deve essere effettuato a norma dell’art. 3 *bis*, comma 5, della legge 53/1994; quindi, secondo quest’ultima norma, la relata di notifica deve essere redatta dall’avvocato su

(22) Vedi al riguardo CASSANO G., GIURDANELLA C., *Il codice della pubblica amministrazione digitale*, Milano, 2005, 131 ss.; MACRI I., MACRI U., PONTAVOLPE G., *Il nuovo codice dell’amministrazione digitale*, Milano, 2011, 110 ss.

(23) Ancora MACRI I., MACRI U., PONTAVOLPE G., *op. supra cit.*, 208 ss.

documento informatico separato, sottoscritto con firma digitale e allegato alla PEC; tuttavia, lo stesso comma 5, nell'elencare gli elementi che costituiscono il contenuto obbligatorio della relata, indica anche l'attestazione di conformità di cui all'art. 22, comma 2, CAD, cioè quella che allo stato non è possibile attivare per la mancanza delle regole tecniche ex art. 71 CAD.

Quindi l'avvocato può inserire nella relata di notifica la dichiarazione di conformità all'originale cartaceo e allega la relata alla PEC, unitamente alla copia per immagine, ritenendo con ciò soddisfatti sia il requisito dell'asseverazione, sia quello dell'allegazione, ma ignorando i rinvii alle regole tecniche di cui all'art. 71 CAD (con il rischio peraltro che ciò sia rilevato da un giudice, forse eccessivamente "rigido", chiamato a verificare la regolarità della notifica).

L'art. 18 riformulato dispone altresì che l'avvocato notificante allegi alla PEC "documenti informatici o copie informatiche, anche per immagine", di originali cartacei: ciò significa che l'avvocato potrebbe notificare anche una copia informatica (non per immagine). Qui, ammesso che non siano stati utilizzati impropriamente i termini relativi alle copie informatiche, si apre un grosso problema: infatti, le copie informatiche (non per immagine) sono attività tipiche del pubblico ufficiale depositario, ai sensi dell'art. 22, comma 1, CAD, che non è richiamato da alcuna norma della legge n. 53 del 1994, la quale non prevede quindi che, per tale attività, l'avvocato possa assumere la veste del pubblico ufficiale (mentre ciò è previsto per le copie informatiche per immagine di cui all'art. 22, comma 2, CAD).

Appare inoltre singolare che il "nuovo" art. 18 contempli la possibilità di estrarre copia informatica (non per immagine) dell'originale cartaceo, senza prevedere alcuna regolamentazione tecnica di tale possibilità che, per quanto ci concerne, non può trovare applicazione.

Per quanto riguarda la firma digitale (24), il nuovo testo dell'art. 18 delle Regole tecniche del processo telematico vincola l'avvocato notificante in maniera assai peculiare. L'art. 18 comma 4 prevede che l'avvocato, dopo aver estratto la copia informatica per immagine dell'originale cartaceo, firmi digitalmente la relata contenente la dichiarazione di conformità, ma non la copia informatica per immagine (a differenza della versione precedente dell'art. 18): quindi, leggendo (solo) il comma 4, la soluzione appare la seguente: l'avvocato notificante allega alla PEC la scansione dell'originale cartaceo senza firma digitale, e la relata con la sua firma digitale.

(24) Vedi ZANELLI P., *Funzione notarile e firma digitale*, in *Contr. Impr.*, 2005, 232 ss.; FINOCCHIARO G., *Tecniche di imputazione della volontà negoziale: le firme elettroniche e la firma digitale*, in *I contratti informatici*, a cura di CLARIZIA R., *XIII Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO P. e GABRIELLI E., Torino, 2007, 201 ss.; MAGGIPIANTO A., NIGER S., *Documento informatico e firme elettroniche*, in *La posta elettronica: profili giuridici e tecnico-informatici*, a cura di BASSOLI E., IASELLI M., QUADRELLI M., Roma, 2007, spec. 42 ss.

Questa soluzione potrebbe lasciare smarriti: perché il comma 4 sembra aver eliminato la firma digitale dell'avvocato notificante dalla scansione dell'originale cartaceo, riservandola alla relata. In realtà tale soluzione non dovrebbe sorprendere, in un contesto tecnico-giuridico in cui sia accuratamente regolamentato il profilo del documento informatico separato contenente l'attestazione di conformità, ove occorre obbligatoriamente la firma digitale. Inoltre occorre considerare che la copia informatica per immagine contiene l'acquisizione digitale delle sottoscrizioni autografe dell'originale cartaceo, e ciò si inserisce nel solco della nuova disciplina del documento informatico, richiamata dal comma 3 *bis*, comma 1, della legge n. 53 del 1994.

Sembrerebbe, quindi, che l'avvocato notificante possa procedere alla notifica solo con la firma digitale della relata, congiunta alla scansione dell'originale cartaceo mediante PEC. Attenzione, però, al comma 1 dell'art. 18: purtroppo la scelta infelice di costruire una disciplina inedita e delicata, quale quella delle notifiche telematiche degli avvocati, attraverso continui rimandi normativi, anziché precisi dettagli informatico-giuridici, genera dannose incertezze: infatti, se è vero che il comma 4 dell'art. 18 prevede la firma digitale solo sulla relata e non sulla scansione dell'atto, il comma 1 precisa che anche le scansioni informatiche da notificare devono essere redatte nei formati consentiti dalle specifiche tecniche del processo telematico. Queste ultime, all'art. 12, prevedono che l'atto del processo sia, tra l'altro, in formato PDF con firma digitale p7m (il PDF non firmato è previsto invece per gli allegati degli atti processuali). Pertanto si potrebbe sostenere che la firma digitale del documento informatico contenente la scansione, abrogata dalla previsione normativa di un comma, riviva grazie alla previsione normativa di un altro comma dello stesso articolo.

L'avvocato prudente, considerato quanto sopra, apporrà la sua firma digitale alla scansione dell'atto originale cartaceo, allegando alla PEC anche il PDF non firmato, fermo restando che comunque non potranno essere rispettati altri requisiti dell'art. 12 delle specifiche tecniche, quali le informazioni strutturate in XML e, naturalmente, il divieto della scansione per immagini.

Nell'ipotesi in cui l'atto informatico da notificare sia originato dall'avvocato, e quindi non sia generato attraverso la copia di un atto cartaceo, il nuovo art. 18 stabilisce solo che il documento informatico sia privo di elementi attivi e redatto nei formati consentiti dalle specifiche tecniche del processo telematico, già esaminate sopra per le copie informatiche. In tal caso, peraltro, non essendoci l'esigenza di trasformare in digitale un originale cartaceo, si potrà rispettare il divieto di scansione di immagini: il PDF sarà quindi strutturato come testo, oltre ad essere privo di elementi attivi. L'eventuale procura potrà essere contenuta in un documento informatico separato, ottenuto anche mediante scansione dell'originale cartaceo, ed allegato alla PEC ai sensi del nuovo comma 5 dell'art. 18. Una volta formato l'atto in PDF, l'avvocato notificante

dovrà apporre la sua firma digitale, naturalmente con certificato valido, e allegare l'atto così firmato alla PEC, avendo cura di impostare la ricevuta completa di avvenuta consegna, ora prevista dal comma 6 dell'art. 18.

Il nuovo art. 18 si riferisce genericamente a documenti informatici nativi che l'avvocato potrebbe notificare, quindi in tale ambito possono essere compresi anche quelli non formati dall'avvocato, ma provenienti dall'ufficio giudiziario, come i provvedimenti del giudice. Tuttavia su tali documenti si registra il silenzio sia del nuovo art. 18, sia della legge n. 53 del 1994, che per questa tipologia di atti non attribuiscono la qualità di pubblico ufficiale all'avvocato notificante. Pertanto non è praticabile la notifica in proprio di questi atti, se non quando sarà percorribile la strada della richiesta e del rilascio delle copie autentiche informatiche (o duplicati) degli originali informatici da parte delle cancellerie, come previsto dalle regole e dalle specifiche tecniche del processo telematico.

3.2 Gli indirizzi PEC utilizzabili per le notifiche.

Per individuare gli indirizzi PEC utilizzabili per le notifiche degli avvocati autorizzati, dobbiamo esaminare l'art. 3 *bis* della legge n. 53 del 1994, in quanto richiamato dal nuovo art. 18. L'art. 3 *bis* precisa che le notifiche si possono eseguire soltanto tramite indirizzi PEC risultanti da pubblici elenchi; tali elenchi, utilizzabili ai fini delle notifiche, sono indicati dall'art. 16 *ter* decreto legge n. 179 del 2012 e sono i seguenti: a) domicili digitali dei cittadini inseriti nell'anagrafe nazionale della popolazione residente (art. 4 decreto legge n. 179 del 2012); b) elenco degli indirizzi PEC delle P.A. formato dal Ministero della Giustizia (art. 16, comma 12, decreto legge n. 179 del 2012); c) INI-PEC (indice nazionale degli indirizzi PEC di imprese e professionisti) di cui all'art. 6-*bis* CAD; d) elenchi di indirizzi PEC di cui all'art. 16 decreto legge n. 185 del 2008; e) REGINDE (registro generale degli indirizzi elettronici) del processo telematico. L'art. 16 *ter* stabilisce, poi, che tali elenchi si considerano pubblici, ai fini delle notifiche.

È innegabile che l'utilizzo della posta elettronica certificata comporta vantaggi che sono di carattere economico, ma anche di sicurezza e rapidità nella trasmissione e nella ricezione degli atti. La integrità e la mole dei dati trasmessi, la possibilità di un invio multiplo, cioè a più destinatari contemporaneamente, comporta innegabili vantaggi. La tracciabilità della casella mittente e quindi del titolare, la possibilità di consultare il proprio indirizzo *e-mail* anche da postazioni diverse da quella del proprio ufficio o dall'abitazione, e la permanenza in memoria del messaggio e di quanto allegato, sempre accessibile, è un innegabile vantaggio anche organizzativo.

Inoltre si tenga presente che il gestore ha l'obbligo di archiviare sia i Log dei messaggi PEC che gli allegati, per un periodo di trenta mesi conservando la traccia di ogni singola operazione, in modo tale che qualora il mittente che

abbia smarrito le ricevute, possa comunque ricostruire le operazioni effettuate.

Tuttavia nonostante questi innegabili vantaggi sulla base di un'analisi scientifica delle disposizioni giuridiche sulla posta elettronica certificata (25), sono da evidenziare criticità e problematiche che mettono in dubbio la legittimazione giuridica del sistema di posta e la sua utilizzabilità nel processo civile telematico, problematiche che hanno la loro radice dal confuso e disorganico processo di produzione normativa volto più alla propaganda del risparmio che dell'evoluzione tecnologica di una P.A. informatizzata (26) e di un processo civile telematico non più rinviabile mentre con norme contraddittorie si vanno ad annullare quelle che erano le poche certezze del processo telematico secondo la previsione di caselle di poste certificate solo per il processo telematico con altrettanti, limitati, punti di accesso.

4. Le pronunce di merito e di legittimità in tema di notifiche telematiche nel processo civile.

Con riguardo alla notifica, telematica, si sono formati diversi orientamenti giurisprudenziali, ancorati, al concetto di inesistenza, di nullità e di irregolarità, dell'attività. Alla conclusione dell'inesistenza della notifica è pervenuto il Tribunale di Monza, che, con ordinanza in data 30 dicembre 2004 (27), ha sottolineato come il legislatore, facendo riferimento al fax ed alla posta elettronica, in termini di mere modalità operative, non abbia, in realtà, dato alcuna indicazione "circa il soggetto legittimato all'utilizzo di tali mezzi di trasmissione". Per questa decisione quindi la "forma legale" della notificazione non può prescindere dal fatto che deve essere, comunque, eseguita dall'organo deputato a tali atti e cioè dall'ufficiale giudiziario e non sarebbe consentita (al di fuori delle regole tecniche previste) la trasmissione diretta tra difensori. È stato evidenziato, infatti, che lo <<scambio diretto tra difensori>> costituisce una valida forma di notifica nel rito societario solo se attestato da una fisica <<sottoscrizione per ricevuta sull'originale>> (art. 17) mentre non pare essere consentito per le forme di trasmissione a mezzo fax o posta elettronica, a meno che non si rispettino le norme <<concernente la sottoscrizione e trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi>>. In forza di detta decisione sarebbe anche possibile la notifica per posta elettronica, che costituisce l'equivalente dello scambio diretto tra difensori di cui all'art. 17, I comma lett. c) del rito societario, solo se entrambi i difensori siano, come è ovvio, certificati,

(25) BASSOLI E., *op. loc. supra cit.*

(26) Sul punto vedi BOMBARDELLI M., *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 991 ss.; ci si permette di rinviare a CONTALDO A., *Dalla teleamministrazione all'E-Government: una complessa transizione in fieri*, in *Foro. Amm. - CdS*, 2002, 696 ss.; IDEM, *Le politiche pubbliche per la Società dell'informazione*, Padova, 2012, 112 ss.

(27) Trib. Monza, Ord. 30 dicembre 2004 (Giudice D'Aietti), in *Giur. it.*, 2005, 2330 ss., citata in BUONOMO G., *Il nuovo processo telematico*, Milano, 2009, 176 ss.

ovvero abilitati a trasmettere documenti con firma digitale e con attestazione informatica di trasmissione e se dotati di casella di posta elettronica certificata. In questi casi, ovviamente, la reciproca attestazione informatica di trasmissione e ricezione degli atti costituirebbe l'equivalente digitale della fisica sottoscrizione per ricevuta sull'originale dell'atto scambiato.

In modo diametralmente opposto si è espresso il Tribunale di Bari (28) che ha, invece, ravvisato, nell'art. 17 d.lgs. n. 5 del 2003, l'intenzione del legislatore di legittimare forme di notificazioni e comunicazioni ulteriori e diverse rispetto a quelle di cui agli artt. 136 e seguenti, eliminando così l'esclusiva competenza dell'ufficiale giudiziario, ciò in quanto lo stesso art. 137, 1 comma, c.p.c. stabilisce che le notificazioni sono eseguite dall'ufficiale giudiziario "quando non è disposto altrimenti". Quest'ultima previsione renderebbe quindi compatibile la notifica effettuata anche da altri soggetti. Con predetta ordinanza è stato poi, verificato anche se la notifica effettuata a mezzo posta elettronica sia rispondente al tipo normativo. In merito ha ritenuto il Tribunale che la novella legislativa (*lex specialis*) prevede l'utilizzo di mezzi alternativi di trasmissione degli atti processuali è che la parte, attraverso il proprio difensore che aveva comunicato formalmente le proprie coordinate tecniche, che ne assicuravano la reperibilità attraverso tali mezzi di comunicazione, in costanza della dichiarazione del difensore di volersi avvalere di quei mezzi alternativi faceva ritenere sanata la notificazione che, pur invalida, in quanto avvenuta con l'inosservanza della normativa concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici o teletrasmessi, aveva comunque raggiunto lo scopo. La notificazione alternativa per posta elettronica, con esclusione del tramite dell'ufficiale giudiziario, ma con il rispetto delle modalità descritte per legge, prevede, quale elemento essenziale l'assunzione di responsabilità del difensore destinatario dell'atto. Lo stesso Tribunale ha, poi, precisato che anche se l'*e-mail* è forma scritta, quale documento informatico, provvista di firma elettronica leggera o "debole" ciò tuttavia non ne garantisce l'immodificabilità, la integrità e la sicurezza nella provenienza dal soggetto che ne appare l'autore ed è proprio ciò che la rende radicalmente differente con il sistema della posta elettronica certificata.

Il Tribunale di Roma (29), ha esaminato la questione della trasmissione per posta elettronica con riferimento alla memoria di replica, sancendone la nullità della notifica ai sensi dell'art. 160 c.p.c. (30). Nella stessa direzione è andato anche il Tribunale di Milano, sia con la sentenza del 14 dicembre 2005

(28) Trib. Bari, Ordinanza 2 giugno 2005 (Giudice D'Alessandro). Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., GORGA M., *L'arringa elettronica. Il foro virtuale come strumento di trasparenza e doverosa pubblicità nell'attività amministrativa di supporto all'esercizio del potere giurisdizionale*, in *Dir. econ. mezzi com.*, 2010, n. 1, 42 ss.

(29) Sentenza in data 23 maggio 2005, riportata in CONTALDO A., GORGA M., *Il processo telematico*, cit., 214 ss.

che con l'Ordinanza del 1 marzo 2006 (31), che vanno segnalate in quanto il Tribunale, sempre in materia di processo societario, ha ritenuto che anche se la notifica è fatta su supporto informatico sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. n. 123 del 2001, attraverso il sistema informatico del S.I.C.I. (32), reso operativo dal d.m. 14 ottobre 2004 con la previsione del Gestore Centrale, presso il ministero, ed i Gestori Locali, presso le sedi degli Uffici Giudiziari e gli uffici UNEP all'indirizzo elettronico dichiarato, ai sensi dell'art. 7, richiede pur sempre la collaborazione dell'Ufficiale Giudiziario. Nello stesso solco deve essere segnalata anche la decisione del Tribunale di Torino assunta con ordinanza del 18 aprile 2006 (33) che in relazione all'art. 17 del d. lgs. n. 5 del 2003 ha ritenuto che l'utilizzo di posta elettronica certificata soddisfa i requisiti imposti dall'art. 14 dPR 28 dicembre 2000 n. 445 (34) e quindi è validamente effettuata la notifica della comparsa di risposta tra i difensori a mezzo fax o posta elettronica certificata. In senso contrario, ma solo sotto il profilo non già dell'inesistenza della notifica bensì della nullità si è espresso il Tribunale dell'Aquila con l'ordinanza del 22 febbraio 2006 (35). Quest'ultimo Tribunale sempre in relazione agli atti notificati direttamente tra difensori nel rito societario, per il quale vi è espresso utilizzo del fax, ha ritenuto nulla tale notifica per incertezza assoluta sulla data di trasmissione. Sempre nel senso della nullità della notifica a mezzo fax si è pronunciato anche il Tribunale di Bologna con l'Ordinanza del 15 giugno 2005 (36). In modo analogo si era poi già espressa la Cassazione con la Sentenza 25 marzo 2003 n. 4319 (37). La Corte di Cassazione, ha individuato alcuni casi di inesistenza della notifica laddove l'atto era manchevole di requisiti indispensabili, come la firma dell'ufficiale giudiziario (38), l'omessa indicazione della data (39) nella relata, o nell'ipotesi di consegna al legale privo della rappresentanza

(30) In tal senso anche il Tribunale di Biella. Sentenza del 22 marzo 2006, in *Giur. merito* 2007, 1692. Nella stessa direzione anche il Tribunale di Napoli, ord. 8 maggio 2006, in *Società*, 2008, 361.

(31) Ci si permette di rinviare ancora a CONTALDO A., GORGA M., *Il processo telematico*, cit., 222 ss.

(32) Ci si permette di rinviare a CONTALDO A., GORGA M., *Il processo civile telematico come occasione della diffusione delle best practices nel settore giustizia*, in *Rass. Avv. Stato*, IV, 2009, 322 ss.

(33) Tribunale di Torino Ordinanza del 18 aprile 2006 in *Giur. merito* 2007, 1690.

(34) Vedi BOMBARDELLI M., *Il testo unico delle disposizioni sulla documentazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2001, 664 ss.; FERRARA M., MIELE T., PANASSIDI G., VOLPE I., *La documentazione amministrativa*, Milano, 2001, 92 ss.

(35) Tribunale de l'Aquila Ordinanza del 22 febbraio 2006 in *Foro it.* 2006, 1, 1551.

(36) Tribunale di Bologna Ordinanza del 15 giugno 2005, in *Giur. it.* 2006, 1242.

(37) Cassazione civile 25 marzo 2003 n. 4319, *Foro it.*, 2003, I, 2358 secondo cui, tale forma di di notificazione sebbene autorizzata dall'A.G. non può prescindere dai requisiti essenziali della notificazione, quali la certificazione per iscritto delle attività dell'ufficiale giudiziario, la consegna di copia conforme dell'atto, l'osservanza di formalità idonee a garantire la conoscenza legale del medesimo e un grado di certezza non inferiore a quello offerto dai procedimenti ordinari, con la conseguente inesistenza della notifica effettuata via fax.

(38) Cass. civ., I sez., sentenza n. 6377/1988.

(39) Cass. civ. II sentenza, n. 3068/1987.

processuale (40). Per la Corte di Cassazione la nullità dell'atto processuale si determina quando la violazione di norme attinenti ai requisiti formali, sia così grave da rendere l'atto non idoneo al raggiungimento del suo scopo processuale cui è destinato, fatto comunque salvo il raggiungimento dello scopo nel caso concreto. E proprio nell'ambito della categoria della nullità, e non dell'inesistenza, la Suprema Corte ha iscritto la notifica di un atto processuale effettuata da soggetto non abilitato, in quanto al di fuori della previsione di cui alla legge n. 53 del 1994, che consente all'avvocato munito di regolare procura ed alle specifiche condizioni ivi previste, di procedere a notifica, in via del tutto eccezionale ed in deroga alla notifica a mezzo ufficiale giudiziario (41). Quindi anche l'attività di notificazione svolta dagli avvocati ai sensi della legge n. 53 del 1994, in assenza dei requisiti previsti dalla legge, determina nullità della notifica, sanabile con la costituzione (42).

Orbene tutta questa contraddittoria giurisprudenza e l'incertezza dottrinale pare trovare fondamento nella non corretta comprensione della natura dell'*e-mail* (43). Si ritiene, pertanto, utile illustrare in questa sede alcune nozioni fondamentali e preliminarmente sulla PEC, che eliminando in radice l'incertezza genetica dell'*e-mail* ne ha reciso ogni possibile fraintendimento in ordine al suo valore legale. Orbene *internet* può qui essere rappresentato come un binario (telefonico) sul quale, così come sul binario dei treni, passano più convogli tra loro diversi benché sempre sugli stessi binari, così anche sul canale telefonico possono passare servizi tra loro diversi. Di questi servizi che passano sulla rete Internet i più noti sono il *Word Wide Web* (www), *Chat*, *Mailing List*; la *e-mail* e tanti altri che per comodità espositiva qui non elenchiamo. Ora venendo al nostro discorso è da dire che la *e-mail* è costruita, come protocollo, da un nome utente - che individua il soggetto registrato - da un *at @* (o chiocciolina) che sta ad indicare che l'utente è presso un determinato indirizzo IP ossia un dominio comunemente elencato sotto le forme di .it (per la nazionalità o paese di riferimento), .com (per quanto attiene ad una attività commerciale), .org (se una organizzazione, che sta a rappresentare appunto, secondo la scelta fatta o la nazionalità o il tipo di servizio reso). Già l'art. 45 CAD aveva previsto che i documenti trasmessi con qualsiasi mezzo informatico o telematico soddisfano il requisito della forma scritta, tuttavia è solo con l'art. 48 CAD (44) che è stato previsto che la trasmissione del docu-

(40) Cass. civ. I sentenza, n. 12002/1998.

(41) *Idem* Tribunale di Foggia 21 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 692, secondo la quale decisione la notifica telematica a mezzo *e-mail* o *fax* non richiede il necessario intervento dell'ufficiale giudiziario.

(42) Cass. civ. I sentenza, n. 10208/2004.

(43) *Mail* in Inglese significa posta, *e-mail* significa posta elettronica che viaggia tramite Internet. Per una panoramica giuridica delle problematiche al riguardo vedi BASSOLI E., *Fondamenti di diritto della comunicazione elettronica*, cit., 208 ss.

mento informatico per posta elettronica certificata equivale, nei casi consentiti dalla legge alla notificazione per mezzo della posta. Quindi con la PEC la trasmissione dà certezza legale ma lo è solo per i casi in cui tale trasmissione sia considerata forma legale in modo espresso da una disposizione di legge.

(44) Vedi BELISARIO E., *La disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni nel Codice dell'amministrazione digitale*, in *Inform. Dir.*, 2005, n. 1-2, 165 ss.

Le nuove procedure di conciliazione dopo il Collegato lavoro e la riforma Fornero

Matteo Maria Mutarelli*

SOMMARIO: 1. La conciliazione nei rapporti di lavoro. Considerazioni preliminari. - 2. Cenni sull'evoluzione del tentativo di conciliazione. - 3. La nuova conciliazione amministrativa dopo la l. n. 183/2010. - 4. Le novità per la conciliazione sindacale e giudiziale. - 5. Le residue ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione. - 6. Il nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione antecedente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

1. La conciliazione nei rapporti di lavoro. Considerazioni preliminari.

In mancanza di una definizione legislativa univoca di conciliazione, appare opportuno descriverne il contenuto in relazione all'obiettivo di tale strumento, ovvero la composizione di una lite, attraverso la partecipazione di un soggetto terzo indipendente, alternativamente ai procedimenti giudiziari cui l'ordinamento normalmente devolve la tutela dei diritti e la definizione delle relative controversie. È evidente che con il termine «conciliazione» ci si può riferire a due diverse fattispecie: 1) la conciliazione-procedimento, ovvero l'attività, variamente procedimentalizzata attraverso interventi regolatori, per mezzo della quale le parti possono trovare una composizione dei propri divergenti interessi; 2) la conciliazione-negozio, ossia l'atto negoziale, che si compie a valle del procedimento conciliativo, il quale determina la risoluzione della controversia e che al suo interno può contenere variegati tipi di atti giuridici (ad esempio rinunzie e transazioni, negozi di accertamento, riconoscimenti debitori).

Sul piano generale si distingue tra diverse tipologie di conciliazione in relazione alla sede (giudiziale/extragiudiziale), alla composizione dell'organo conciliativo (collegiale/monocratica), al ruolo svolto dal conciliatore (facilitativa/aggiudicativa), alla eventuale correlazione con la successiva fase processuale (facoltativa/obbligatoria).

Nel diritto del lavoro le conciliazioni assumono un particolare rilievo in relazione alle previsioni contenute nell'art. 2113 c.c. (come risultanti a seguito dell'intervento di riforma operato dalla legge n. 533/1973). Com'è noto tale disposizione stabilisce, *da una parte*, che le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni in-

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Il presente scritto è la Relazione dell'Autore al Convegno «La conciliazione e l'arbitrato in materia di lavoro», promosso da C.L.A.A.I. - Associazione dell'artigianato e della piccola e media impresa. Napoli 3 dicembre 2013. L'Autore ringrazia Teleconsul.

derogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide; *dall'altra parte*, che l'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia e della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima; *dall'altra parte ancora*, che le predette rinunzie e transazioni possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà di porre nel nulla tali atti. Ebbene, il comma 4 dell'art. 2113 c.c. stabilisce che le norme contenute nei primi tre commi della disposizione non si applicano alle conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 c.p.c., nonché a quelle intervenute ai sensi degli artt. 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c. (le ultime due fattispecie sono state inserite a seguito dell'intervento della legge n. 183/2010, c.d. Collegato lavoro). Inoltre, ai sensi di quanto oggi espressamente previsto dagli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 124/2004, i primi tre commi dell'art. 2113 c.c. non si applicano neanche al verbale sottoscritto dalle parti nell'ambito della conciliazione monocratica o della conciliazione promossa a seguito di diffida accertativa. In tutte queste ipotesi, pertanto, la conciliazione è inoppugnabile e rende intangibili i rapporti obbligatori come definiti dalle parti (salvi, naturalmente, *sul piano oggettivo*, i diritti assolutamente indisponibili e, *sul piano soggettivo*, i vizi della volontà).

2. Cenni sull'evoluzione del tentativo di conciliazione.

Va evidenziato come, nel sistema originariamente delineato dalla legge n. 533/1973, le esclusioni previste dal quarto comma dell'art. 2113 c.c. riguardassero, oltre la conciliazione giudiziale, due forme di conciliazione facoltativa: quella sindacale, da sempre variamente disciplinata dalla contrattazione collettiva, e quella amministrativa, introdotta proprio dalla legge n. 533/73.

Negli anni '90 del secolo scorso, tuttavia, il legislatore ha introdotto l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in sede sindacale ed amministrativa, dapprima limitatamente all'impugnazione giudiziale dei licenziamenti individuali nei rapporti di lavoro alle dipendenze di imprese che occupano sino a 15 dipendenti (art. 5, legge n. 108/1990), poi generalizzando tale scelta per tutte le controversie di lavoro (art. 36, d.lgs. n. 80/1998, e art. 19, comma 8, d.lgs. n. 387/1998, che hanno riscritto gli artt. 410 e ss. c.p.c.) ed anche per le controversie dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (assoggettati, tuttavia, ad una specifica disciplina con larghi tratti differenziali, artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001). Il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui al rinnovato art. 410 c.p.c. si configurava, quindi, quale condizione di procedibilità della domanda, la cui carenza, cioè, comportava la sospensione del processo in attesa dell'esperimento della procedura conciliativa e della successiva riassunzione.

L'applicazione pratica del tentativo obbligatorio di conciliazione, tuttavia,

ha evidentemente fallito il suo scopo. Da una parte, durante la sua vigenza, i benefici deflattivi si sono rivelati assai modesti, dall'altra l'istituto della conciliazione obbligatoria ha di fatto realizzato una dilatazione dei tempi del processo. Sostanzialmente l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione si risolveva nell'assolvimento di un mero adempimento burocratico.

Da più parti, dunque, si è invocata una riforma del tentativo di conciliazione che fosse in grado di rilanciare la funzione deflattiva dell'istituto, e in questo quadro è intervenuto l'art. 31 della legge n. 183/2010, il quale ha definito una disciplina ampiamente innovativa (concretizzatasi, sul piano delle fonti, nella riscrittura degli artt. 410, 411, 412, 412-ter e 412-quater c.p.c. e del comma 4 dell'art. 2113 c.c., e nell'abrogazione degli artt. 410-bis e 412-bis c.p.c.) che ne ha, *da una parte*, reintrodotto la facoltatività, *dall'altra*, moltiplicato le sedi conciliative (art. 31, comma 13, legge n. 183/2010) e, *dall'altra ancora*, dettato una disciplina uniforme per il lavoro pubblico e privato (gli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001 sono stati, infatti, abrogati).

3. *La nuova conciliazione amministrativa dopo la l. n. 183/2010.*

Per l'attivazione della procedura prevista per il nuovo tentativo di conciliazione in sede amministrativa è necessario che l'istante faccia pervenire alla Commissione di Conciliazione, da individuarsi con i criteri di competenza stabiliti dall'art. 413 c.p.c., una comunicazione scritta. Tale comunicazione va consegnata oppure inviata per raccomandata a.r. ed una copia va parimenti consegnata o spedita con raccomandata a.r. anche alla controparte. È possibile, altresì, l'inoltro per il tramite di una associazione sindacale, tuttavia è sempre necessario che la parte sottoscriva l'istanza personalmente (art. 410, comma 5, c.p.c.).

Le Commissioni di conciliazione sono presiedute dal direttore della Direzione territoriale del lavoro o da un suo delegato, oppure da un magistrato collocato a riposo; gli altri componenti sono costituiti da quattro rappresentanti effettivi e quattro supplenti dei datori di lavoro, 4 rappresentanti effettivi e 4 supplenti designati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale. Ove se ne manifesti l'opportunità, è altresì consentito alle Commissioni di articolarsi in sottocommissioni, che devono rispettare la composizione paritaria dei rappresentanti delle diverse parti ed essere comunque presiedute dal direttore o da un suo delegato. In ogni caso per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante dei datori di lavoro e dei lavoratori.

La richiesta di esperire il tentativo di conciliazione deve contenere (art. 410, comma 6, c.p.c.): i dati anagrafici e la residenza dell'istante e del convenuto ovvero la denominazione e la sede per le persone giuridiche, le associazioni e i comitati; il luogo dove il rapporto di lavoro è sorto, o dove si trova l'azienda o la dipendenza alla quale è (o era) addetto il lavoratore, necessario

ai fini di determinare la competenza territoriale *ex art.* 413 c.p.c.; il luogo dove devono essere fatte alla parte istante le comunicazioni relative alla procedura; l'esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa. Deve rilevarsi, a tale ultimo proposito, come la norma abbia ommesso di indicare tra i contenuti essenziali dell'istanza il *petitum*; non può non ritenersi, tuttavia, che l'oggetto della domanda debba essere sempre determinato nell'istanza, sia pure con margini di elasticità.

Quanto agli effetti sostanziali e processuali, ai sensi dell'art. 410, comma 2, c.p.c., la comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende ogni termine decadenziale per tutta la durata del tentativo di conciliazione nonché per i venti giorni successivi. La previsione non chiarisce se la produzione di tali effetti consegua all'invio della comunicazione *sia* alla Commissione di conciliazione *sia* alla controparte. In proposito, in applicazione delle regole civilistiche che disciplinano in generale gli istituti della prescrizione (artt. 2943 e ss. c.c.) e della decadenza (artt. 2965 e ss. c.c.), sembra potersi distinguere tra l'effetto interruttivo della prescrizione, che potrà prodursi anche ove la comunicazione sia inviata esclusivamente alla controparte (sempre che, naturalmente, dall'istanza risulti adeguatamente determinabile l'oggetto della domanda), e la sospensione della decadenza, per la quale sarà sempre necessario trasmettere la richiesta alla Commissione di conciliazione.

Per la valida instaurazione del contraddittorio è necessario il deposito presso la Commissione da parte della controparte di una memoria difensiva, contenente difese ed eccezioni in fatto e in diritto nonché l'eventuale domanda riconvenzionale, entro venti giorni dal ricevimento della copia dell'istanza. In mancanza il tentativo si riterrà implicitamente non accettato e, decorsi i venti giorni, ciascuna parte è libera di adire l'autorità giudiziaria (art. 410, comma 7, c.p.c.). Deve ritenersi ammissibile, altresì, che la controparte, anticipatamente rispetto allo spirare dei venti giorni decorrenti dalla ricezione della copia dell'istanza, formalizzi espressamente il proprio rifiuto alla Commissione ed anche alla parte istante, determinando così l'anticipata cessazione del tentativo e dei suoi effetti.

In caso di accettazione del tentativo di conciliazione, entro dieci giorni la Commissione fissa la comparizione delle parti da tenersi entro i successivi trenta giorni e, ove il tentativo abbia esito positivo, sia pure parzialmente, se ne redige verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della Commissione. Il verbale non costituisce titolo esecutivo ma assume tale efficacia a seguito del decreto del giudice emesso su istanza di parte (art. 411, comma 1, c.p.c.).

In caso, invece, di esito negativo del tentativo, la Commissione deve procedere alla formulazione di una proposta transattiva che, se non accettata, è riassunta in un verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti (art. 411, comma 2, c.p.c.). È evidente che la funzione del verbale di mancato

accordo è quella di cristallizzare l'emersione delle responsabilità. Il giudice dell'eventuale giudizio successivamente instaurato, infatti, per espressa previsione normativa, deve tenere conto «in sede di giudizio» della proposta formulata dalla Commissione qualora non accettata senza adeguata motivazione, ossia - è da ritenersi - deve tenerne conto per la determinazione delle spese (art. 91 c.p.c.) ed anche per trarne argomenti di prova (art. 116 c.p.c.).

Inoltre, in qualunque fase del tentativo di conciliazione le parti possono accordarsi per la risoluzione arbitrale della lite, affidando alla stessa Commissione innanzi alla quale si sta tenendo il tentativo di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia (art. 412 c.p.c.).

Infine, va rimarcato come l'art. 31, comma 13, l. n. 183/2010, abbia esteso la possibilità di esperire il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. anche presso le sedi degli organi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, ovvero gli enti bilaterali (territoriali e/o nazionali), le province, le università pubbliche e private comprese le fondazioni universitarie, la Direzione generale del Ministero del lavoro (in talune ipotesi), i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro.

4. Le novità per la conciliazione sindacale e giudiziale.

Tra le norme riscritte dall'art. 31, l. n. 183/2010, ve ne sono due che si occupano espressamente delle conciliazioni sindacali, l'art. 411, comma 3, e l'art. 412-ter c.p.c.

L'art. 412-ter c.p.c. stabilisce che la conciliazione può essere svolta presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative. Tale norma, dunque, innanzitutto ribadisce la piena legittimità e l'efficacia delle conciliazioni sindacali, previsione rafforzata da quanto si legge nell'art. 411, comma 3, c.p.c., secondo il quale se il tentativo si è svolto in sede sindacale ad esso non si applicano le previsioni di cui all'art. 410 c.p.c., previsione quest'ultima dalla quale sembra potersi desumere una sorta di completa immunità delle conciliazioni sindacali rispetto al procedimento della conciliazione amministrativa che, se *da una parte* appare idonea ad esaltarne la duttilità, *dall'altra* lascia facilmente preconizzare una preferenza per il ricorso a tale strumento da parte degli operatori.

A ben guardare, comunque, dal rinnovato assetto normativo emerge anche una maggiore formalizzazione rispetto al passato, in quanto dalle disposizioni di legge si desume la necessità che le conciliazioni sindacali si svolgano nel pieno rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi in ordine *sia* alle sedi *sia* alle modalità procedurali del tentativo di conciliazione. Per il conseguimento degli effetti di cui all'art. 2113, comma 4, c.c., inoltre, risultano abilitate solo le conciliazioni sindacali previste dai contratti collettivi

sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, requisito evidentemente imposto dal legislatore, in considerazione della più ampia attendibilità di tale soggetti, al fine di contrastare prassi lassiste largamente emerse in passato. Quanto al livello, nazionale, territoriale o aziendale, dei contratti collettivi, nel silenzio della legge appare preferibile, anche in virtù di elementari esigenze di affidabilità, ritenere che la norma si riferisca esclusivamente alle procedure di conciliazione sindacale introdotte dai contratti collettivi nazionali.

Naturalmente, anche dopo l'intervento della legge n. 183/2010, devono ritenersi ferme le acquisizioni giurisprudenziali in tema di conciliazione sindacale, e in particolare la necessità per la piena validità della conciliazione della biunivocità ed effettività dell'assistenza sindacale ricevuta dalle parti. Sul punto, da ultimo, si è espressa Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024, la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: «per il combinato disposto dell'art. 2113 c.c. e degli artt. 410 e 411 c.p.c., le rinunzie e le transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore derivanti da disposizioni inderogabili della legge o di contratti collettivi, contenute in verbali di conciliazione sindacale, non sono impugnabili *ex art. 2113 c.c.*, commi 2 e 3, solo a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali sia stata effettiva, consentendo al lavoratore di sapere a quale diritto rinuncia ed in che misura, e, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto si evinca la *res dubia* oggetto della lite (in atto o potenziale) e le "reciproche concessioni" in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 c.c.».

In caso di esito positivo della conciliazione sindacale, l'art. 411, comma 3, c.p.c. dispone la redazione del verbale ed il suo successivo deposito presso la Direzione territoriale del lavoro, anche per il tramite dell'associazione sindacale; quindi il Direttore della DTL, accertatane l'autenticità, deve provvedere al deposito presso la cancelleria del Tribunale competente. Anche in tal caso, per l'attribuzione al verbale dell'efficacia di titolo esecutivo, è necessario il decreto del giudice, che potrà provvedere su istanza di parte e previo accertamento della regolarità formale del verbale (così, ancora, l'art. 411, comma 3, c.p.c.).

La conciliazione giudiziale, a sua volta, è disciplinata dagli artt. 185 e 420, comma 1, c.p.c. Si tratta della conciliazione che il giudice del lavoro, all'udienza di discussione, tenta dopo aver interrogato liberamente le parti presenti. Anche per tale istituto vi sono alcune novità. L'art. 31, comma 4, legge n. 183/2010, innanzitutto, ha inserito all'art. 420, comma 1, c.p.c. la previsione secondo cui il giudice non può più limitarsi a facilitare l'eventuale "spontanea" conciliazione delle parti o a registrarne la volontà negativa ma deve formulare ad esse anche una propria proposta transattiva. Se ne desume un significativo cambiamento del ruolo del giudice, il quale assume anche una funzione valutativa, la quale si presenta alquanto opinabile in relazione alla necessaria im-

parzialità e terzietà degli organi giudicanti. Naturalmente la proposta transattiva giudiziale può essere diversa da quella emersa nell'eventuale fase conciliativa precedente.

Il secondo periodo del comma 1 dell'art. 420 c.p.c., come modificato dall'art. 31, comma 4, legge n. 183/2010, stabilisce, poi, che il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio, formula con la quale, non diversamente da quanto osservato in relazione al verbale di mancato accordo redatto a seguito del tentativo di conciliazione amministrativa, il legislatore ha inteso riferirsi alla determinazione delle spese di giudizio (art. 91 c.p.c.) ed agli argomenti di prova desumibili dal contegno processuale delle parti (art. 116 c.p.c.).

Se la conciliazione riesce si redige verbale, che ha immediatamente efficacia di titolo esecutivo (art. 420, comma 3, c.p.c.) senza necessità di ulteriori adempimenti data la sede in cui si realizza.

Infine, va segnalata l'introduzione ad opera della legge n. 183/2010 di una conciliazione del tutto innovativa, quella prevista dal rinnovato art. 412-*quater* c.p.c. che disciplina la possibilità per le parti di ricorrere ad un Collegio di conciliazione ed arbitrato. In proposito può osservarsi come, in realtà, la norma disciplini una particolare modalità di devoluzione della controversia ad arbitri, con la procedimentalizzazione di un previo tentativo di conciliazione che il Collegio deve espletare.

5. Le residue ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione.

A fronte della generalizzata eliminazione del carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione, disposta in favore della facoltatività dal nuovo art. 410 c.p.c. introdotto dal Collegato lavoro, il comma 2 dello stesso art. 31, legge n. 183/2010 precisa che «il tentativo di conciliazione di cui all'art. 80, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è obbligatorio».

Si tratta del previo tentativo di conciliazione prescritto a carico di chi intenda ricorrere in giudizio contro la certificazione, introdotto dal legislatore del 2003 come variante del tentativo obbligatorio di conciliazione all'epoca prescritto per tutte le controversie di lavoro, caratterizzato dalla circostanza di doversi necessariamente svolgere innanzi alla stessa commissione di certificazione responsabile dell'emissione dell'atto in contestazione.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore del Collegato lavoro a salvaguardare espressamente la natura obbligatoria di tale tentativo di conciliazione vanno inquadrare nell'ambito del più generale disegno di rilancio dell'istituto della certificazione perseguito dalla legge n. 183/2010.

Tuttavia, modalità, procedimento ed effetti interruttivi e sospensivi del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, non trovano nella legge una specifica disciplina, per cui devono ri-

tenersi applicabili, nei limiti di compatibilità, le regole disposte in generale per il tentativo facoltativo oggi vigente. Considerata, poi, la natura obbligatoria del tentativo, appare scontato che il giudice adito debba rilevarne d'ufficio l'eventuale mancato esperimento.

Il legislatore, tuttavia, avrebbe fatto bene ad occuparsi espressamente delle conseguenze dell'omissione di tale tentativo di conciliazione, dal momento che l'abrogazione dell'art. 412-*bis* c.p.c., disposta dall'art. 31, comma 16, l. n. 183/2010, ha tranciato di netto la disciplina di riferimento.

In mancanza di norme di riferimento, innanzitutto, non sembra potersi dubitare che tale tentativo di conciliazione sia prescritto a pena di improcedibilità, e non di improponibilità, della domanda. In questo senso milita innanzitutto la circostanza che, quando è stato introdotto, lo speciale tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie inerenti alle certificazioni rappresentava un segmento del tentativo obbligatorio di conciliazione di applicazione generalizzata per tutte le controversie di lavoro, della cui riconducibilità alle condizioni di procedibilità non poteva dubitarsi stante il chiaro dettato dell'art. 412-*bis*, comma 1, c.p.c. Pertanto, in mancanza di esplicite indicazioni normative in senso contrario, sembra logico ritenere che il legislatore abbia inteso preservare l'istituto così com'era. Una tale conclusione, poi, appare obbligata ove si ritenga il condizionamento dell'azione connesso all'improponibilità in contrasto con i principi costituzionali. Com'è noto, infatti, in caso di improcedibilità la litispendenza sopravvive al vizio e, a seguito della sanatoria, attraverso un semplice atto di impulso (ossia la riassunzione) il processo può riprendere il suo corso, con conseguente consolidamento di tutti gli effetti riconducibili alla domanda al momento della sua originaria formulazione; in caso di improponibilità, invece, la litispendenza cessa e, con essa, tutti gli effetti sostanziali e processuali della domanda, i quali possono conservarsi esclusivamente qualora il processo si concluda con una sentenza di merito. Se ne deduce che il meccanismo dell'improponibilità, a differenza dell'improcedibilità, si pone in contrasto con il dettato dell'art. 24 Cost., comportando l'espropriazione di un mezzo della tutela giurisdizionale dei diritti come la domanda e l'immediatezza dei suoi effetti, volti ad impedire che il decorso del tempo possa estinguere un diritto soggettivo (in termini già Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82).

Quanto alle conseguenze dell'omissione, poi, è necessario colmare in via interpretativa il vuoto determinato dall'abrogazione dell'art. 412-*bis* c.p.c. circa la sospensione del giudizio, la fissazione di un termine per l'assolvimento del tentativo, l'obbligo di riassunzione del processo, dovendosi ritenere in insanabile conflitto con il diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost. una sospensione del processo *sine die*. Invero, come già prospettato in altra sede, sembra possibile l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 443 c.p.c. (a grandi linee coincidente con quella già prevista dall'abrogato art. 412-

bis, comma 2, c.p.c.): tale disposizione, che trova applicazione in relazione alle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, stabilisce: a) l'improcedibilità della domanda fino all'esaurimento dei procedimenti per la composizione in sede amministrativa (ovvero fino al decorso dei termini per il loro compimento); b) che il giudice che rileva l'improcedibilità deve sospendere il giudizio e fissare (solo) all'attore un termine perentorio di sessanta giorni per rimuovere la condizione di improcedibilità; c) che il processo deve essere riassunto, a cura dell'attore, nel termine perentorio di 180 giorni decorrente dalla cessazione della causa della sospensione.

Infine, per completezza, va affrontata la questione se il dissolversi della generale obbligatorietà del tentativo di conciliazione lasci riemergere o meno il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie relative a licenziamenti nelle imprese minori contenuto nell'art. 5, legge n. 108/1990, che si riteneva implicitamente abrogato per effetto della sopravvenuta generalizzazione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione conseguente alla riscrittura degli artt. 410 e ss. c.p.c. operata dal d.lgs. n. 80/1998.

Alla problematica sembra doversi rispondere negativamente, in quanto l'avvenuta abrogazione, ad opera della legge n. 183/2010, della norma abrogatrice (ossia il testo dell'art. 410 c.p.c. come novellato dal d.lgs. n. 80/1998) non appare idoneo a determinare la reviviscenza dell'art. 5, legge n. 108/1990. Infatti deve escludersi il ritorno in vita di norma abrogata da norma a sua volta abrogata in considerazione della natura istantanea, definitiva e non retroattiva dell'effetto abrogativo, inidoneo perciò a rimuovere gli effetti prodotti da una precedente legge abrogatrice, potendosi al più ammettere la reviviscenza di una norma abrogata solo allorché venga disposta testualmente dal legislatore oppure nel caso in cui la norma abrogativa abbia come suo unico oggetto diretto una precedente norma espressamente ed esclusivamente abrogativa. In conclusione, può serenamente escludersi che l'intervento della legge n. 183/2010 abbia comportato la "risurrezione" del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie relative ai licenziamenti nelle imprese minori.

6. Il nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione antecedente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

L'art. 1, comma 40, della legge n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), attraverso l'integrale riscrittura dell'art. 7 della legge n. 604/1966, ha istituito una nuova procedura conciliativa da espletarsi obbligatoriamente prima dell'intimazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Essa presenta l'evidente finalità, *da un lato*, di deflazionare il contenzioso e, *dall'altro lato*, di restringere gli spazi di aleatorietà dell'eventuale giudizio, anticipando ad un momento antecedente al licenziamento l'emersione di elementi che altrimenti potrebbero manifestarsi solo in sede di contenzioso (quali, ad esempio, le circostanze di fatto idonee a dimostrare la

sussistenza e la non pretestuosità della ragione posta a base del licenziamento o, per altro verso, la presenza di eventuali posti disponibili per l'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*).

Il nuovo tentativo di conciliazione ha una applicazione generalizzata nell'area coperta dalla tutela reintegratoria di cui all'art. 18 St. lav., con le sole esclusioni dei licenziamenti per superamento del periodo di comporta, per fine lavoro nel settore edile e per quelli seguiti da nuove assunzioni nei cambi di appalto (art. 7, comma 6, legge n. 604/1966, come riscritto dall'art. 7, comma 4, d.l. n. 76/2013, conv. dalla legge n. 99/2013).

Merita di essere preliminarmente chiarito come tale procedimento condizioni solo la legittimità, non la validità, dell'eventuale licenziamento per giustificato motivo oggettivo disposto dal datore. Sotto il profilo sanzionatorio, poi, qualora il licenziamento risulti effettuato in violazione della procedura conciliativa obbligatoria, il datore potrà essere condannato solo al pagamento di una indennità risarcitoria compresa tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 18, comma 6, St. lav. come modificato dalla legge n. 92/2012, con esclusione, dunque, della reintegrazione (salva, naturalmente, la sussistenza di ulteriori profili relativi alla carenza della giustificazione del licenziamento stesso).

La procedura deve essere avviata dal datore di lavoro con comunicazione scritta, *da una parte*, trasmessa alla Direzione territoriale del lavoro competente in base al luogo di svolgimento dell'attività lavorativa, e, *dall'altra parte*, inviata per conoscenza al lavoratore interessato.

La comunicazione datoriale deve esplicitare l'intenzione di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo e deve includere i motivi del licenziamento nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore art. 7, commi 1 e 2, legge n. 606/1966. La comunicazione, dunque, ha ad oggetto l'intenzione di procedere al licenziamento e deve necessariamente precedere l'effettiva intimazione dello stesso.

Una volta ricevuta la richiesta del datore di lavoro, la DTL deve convocare le parti entro il termine, espressamente definito perentorio, di sette giorni dalla ricezione della richiesta, indicando giorno e ora dell'incontro da svolgersi innanzi alla Commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. (art. 7, comma 3, legge n. 606/1966).

La mancata convocazione nel termine di sette giorni non inficia la legittimità del licenziamento successivamente disposto e, qualora la convocazione sia disposta tardivamente, viene meno l'obbligo per le parti di intervenire all'incontro. In sostanza, in caso di convocazione tardiva da parte della DTL, l'esperimento del tentativo di conciliazione da obbligatorio si trasforma in facoltativo, essendo del tutto rimessa alle parti la scelta se prendervi parte o meno. Ad ogni modo, la procedura conciliativa si estingue entro 20 giorni,

comprensivi dei giorni necessari alla consegna delle raccomandate, che decorrono dal momento in cui la DTL ha effettuato la convocazione per l'incontro. Tale termine può essere prorogato per un massimo di quindici giorni esclusivamente in caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a partecipare alla riunione, ovvero, stavolta senza limitazioni temporali, dalle parti di comune accordo ove queste ultime ravvisino l'opportunità di proseguire gli incontri in vista del raggiungimento dell'accordo. In altre parole, secondo quanto è possibile inferire dalla formulazione dell'art. 7, comma 6, della legge n. 604/1966, indipendentemente dai risultati concretamente conseguiti nel corso della procedura, il decorso dei termini, *vuoi* per la convocazione, *vuoi* per lo svolgimento del tentativo di conciliazione, consente al datore di lavoro di intimare il licenziamento senza il rischio di subire la sanzione prevista dall'art. 18, comma 6, St. lav.

Le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza alle quali siano iscritte o abbiano conferito mandato, da un componente della rappresentanza sindacale che opera sul luogo di lavoro (r.s.a. o r.s.u.), da un avvocato o da un consulente del lavoro (art. 7, comma 5, legge n. 604/1966).

Esse possono esaminare nell'ambito del tentativo conciliativo soluzioni alternative al recesso come, ad esempio, la risoluzione consensuale. Tale soluzione è incentivata dalla previsione (art. 7, comma 7, legge n. 604/1966) che, equiparando la condizione del lavoratore che abbia consensualmente risolto il contratto a quella del disoccupato involontario, gli garantisce la fruizione dell'Aspi in deroga alla disciplina generale. In tal caso è anche prevista la possibilità di affidare il lavoratore, al fine di favorirne la ricollocazione professionale, ad una delle agenzie per il lavoro disciplinate dall'art. 4, comma 1, lett. *a)* e *b)* del d.lgs. n. 276/2003. Infine, sempre con riferimento alla risoluzione consensuale conclusa nell'ambito del nuovo tentativo di conciliazione di cui all'art. 7, legge n. 604/1966, il Ministero del lavoro, con la circolare 16 gennaio 2013, n. 3, ha chiarito che ad essa non si applica la nuova procedura di convalida di cui all'art. 4, comma 17, legge n. 92/2012.

La Commissione di conciliazione è tenuta a formulare una propria proposta conciliativa ed a redigere un apposito verbale di conciliazione, come si desume dal comma 8 dell'art. 7, legge n. 604/1966. La stessa disposizione stabilisce altresì che il giudice dell'eventuale giudizio successivamente instaurato deve tener conto del comportamento delle parti nella fase conciliativa, oltre che per la definizione delle spese legali (art. 91 c.p.c.), anche per la determinazione della nuova indennità risarcitoria per il licenziamento ingiustificato prevista dall'art. 18, comma 7, St. lav.

Infine, allo scopo di prevenire possibili comportamenti opportunistici od ostruzionistici da parte del lavoratore, l'art. 1, comma 41, della legge n. 92/2012, ha stabilito che il licenziamento intimato all'esito del nuovo procedimento conciliativo produce comunque effetto a partire dal giorno della co-

municazione con cui il tentativo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al periodo di preavviso ovvero alla relativa indennità sostitutiva, e che gli effetti del licenziamento restano sospesi solo in caso di impedimento del lavoratore derivante da infortunio sul lavoro ovvero in relazione alle sospensioni disposte dal d.lgs. n. 151/2001 (Testo unico per la tutela della maternità e paternità).

Finito di stampare nel mese di maggio 2014
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma