

ANNO LXVI - N. 4

OTTOBRE - DICEMBRE 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: *Giuseppe Albenzio, Domenico Andracchio, Francesco Maria Ciaralli, Alessandro Criscuolo, Pietro Garofoli, Paolo Marchini, Salvatore Messineo, Gabriele Pepe, Laura Raineri, Paolo Sciascia, Mario Antonio Scino, Antonio Tallarida, Annalisa Tricarico, Federica Varrone, Luca Ventrella, Angelo Vitale, Martina Zaccheo.*

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

<i>Nomina del Vice Avvocato Generale Massimo Massella Ducci Teri ad Avvocato Generale dello Stato</i>	pag.	1
<i>In ricordo di Carlo Bafile</i>	»	2
<i>Assemblea Generale della Corte Suprema di Cassazione. Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2015. Intervento del Vice Avvocato Generale dello Stato, Avv. Salvatore Messineo</i>	»	4
<i>Corte Costituzionale, Udienza pubblica 10 febbraio 2015</i>		
<i>Saluto del Presidente dott. Alessandro Criscuolo al signor Presidente della Repubblica Prof. Sergio Mattarella</i>	»	12
<i>Saluto del Vice Avvocato Generale Giuseppe Fiengo al signor Presidente della Repubblica Prof. Sergio Mattarella</i>	»	14
<i>Applicazione artt. 39 e 114 d.lgs. 159/11 e s.m.i. - eventuale patrocinio "obbligatorio" per le società di capitali a totale o maggioritaria titolarità pubblica delle quote confiscate - utilizzabilità onerosa dell'attività di liberi professionisti designati dall'Amministrazione, Circolare VAG 16 dicembre 2014 prot. 534052 n. 64</i>	»	16

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Giuseppe Albenzio, La posizione della parte pubblica nel processo dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Intervento al Convegno "L'accesso dei singoli alle Corti europee: attualità, problemi, prospettive"</i>	»	27
<i>Paolo Sciascia, Il precariato scolastico in Italia dopo l'intervento del giudice europeo. Prime riflessioni sulla sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2014</i>	»	39
<i>1.- I giudizi in corso della Corte di giustizia Ue</i>		
<i>Pietro Garofoli, Le concessioni del demanio marittimo al vaglio del diritto europeo, Causa C-458/14</i>	»	81
<i>Federica Varrone, Politica sociale. Ravvicinamento delle legislazioni, Causa C-160/14</i>	»	93
<i>Marina Russo, Ravvicinamento delle legislazioni. Proprietà intellettuale, industriale e commerciale, Causa C-471/14</i>	»	103

CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Paolo Gentili, Sulla sentenza n. 10/2015 della Corte Costituzionale</i>	»	105
<i>Luca Ventrella, Martina Zaccheo, Il reato di "concussione mediante induzione" alla luce delle novità normative introdotte dalla legge 190/2012. Prime applicazioni giurisprudenziali in sede di merito e di legittimità dell'art. 319 quater c.p. (Trib. Roma, Sez. dei Giudici per le Indagini Preliminari, sent. 17 gennaio / 16 aprile 2013 n. 138)</i>	»	120

Francesco Maria Ciaralli, <i>Sul potere del Giudice a pronunciarsi con mera sentenza dichiarativa di illegittimità ed ex officio risarcimento del danno. Rinvio all'Adunanza Plenaria</i> (Cons. St., Sez. V, ord. 22 gennaio 2015 n. 284).....	pag. 154
---	----------

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Paolo Marchini, <i>Potere sanzionatorio e tutela preventiva degli Enti parco contro l'abusivismo edilizio</i>	» 163
Angelo Vitale, <i>Sull'assegno vitalizio a favore di deputato regionale a seguito di interdizione perpetua dai pubblici uffici</i>	» 184
Mario Antonio Scino, <i>Modalità attuative di intervento per la bonifica e rivitalizzazione della c.d. "Terra dei Fuochi": la disciplina per i controlli antimafia</i>	» 188
Marina Russo, <i>Sull'attività di riscossione del prelievo supplementare previsto dal regime delle c.d. "quote latte"</i>	» 193

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Antonio Tallarida, <i>La provincia: ieri ed oggi. Un problema aperto</i>	» 199
Laura Raineri, <i>Mansioni nel pubblico impiego: assegnazione, svolgimento di fatto di mansioni superiori e demansionamento</i>	» 211
Domenico Andracchio, <i>Il regime giuridico dell'Agenzia Spaziale Italiana. Assetto organizzativo e profili funzionali</i>	» 246

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Annalisa Tricarico, <i>L'affidamento in concessione della gestione delle farmacie comunali alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali</i>	» 295
Gabriele Pepe, <i>La primazia negli organi collegiali pubblici: un tema da approfondire</i>	» 322

TEMI ISTITUZIONALI

NOMINA DELL'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO AVV. MASSIMO MASSELLA DUCCI TERI

Con deliberazione del Consiglio dei ministri del 3 marzo 2015 è stato conferito al Vice Avvocato Generale Massimo Massella Ducci Teri l'incarico di Avvocato Generale dello Stato.

Di seguito il decreto del Presidente della Repubblica.

Il Presidente della Repubblica

VISTI il Testo Unico delle leggi sull'Avvocatura dello Stato approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 ed il relativo Regolamento in pari data n. 1612, e successive modificazioni;

VISTA la legge 2 aprile 1979, n. 97;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

VISTA la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 3 marzo 2015;

SULLA PROPOSTA del Presidente del Consiglio dei Ministri;

DECRETA

Il Vice Avvocato Generale **Massimo MASSELLA DUCCI TERI** è nominato Avvocato Generale dello Stato, a decorrere dalla data del presente decreto.

Il presente decreto sarà trasmesso alla Corte dei conti per la registrazione.

Dato a ROMAAddi - 9 MARZO 2015

Sergio Mattarella

IN RICORDO DI CARLO BAFILE

Da: Segreteria Segretario Generale [mailto:segreteria.generale@avvocaturastato.it]

Inviato: lun 02/03/2015 13.26

A: Avvocati_tutti

Oggetto: I: Decesso avv. Bafile

Si comunica che nella giornata di ieri è deceduto in L'Aquila l'avvocato dello Stato a riposo Carlo Bafile, già avvocato distrettuale dell'Aquila e Vice Avvocato Generale dello Stato.

Da: Gesualdo D'Elia [mailto:gesualdo.delia@avvocaturastato.it]

Inviato: mer 04/03/2015 10.30

A: Avvocati_tutti

Oggetto: ricordo di Carlo Bafile

Non so se l'Istituto abbia adottato qualche iniziativa verso la Famiglia di Carlo Bafile; ... credo che la scomparsa di un Collega come Carlo Bafile non possa passare sotto silenzio. Carlo è stato uno degli Avvocati dello Stato più illustri e rappresentativi di quella scuola professionale che ha contribuito a fare grande l'Avvocatura; Collega di grandissima preparazione e talento, dotato di lucidità di giudizio ed equilibrio, senso dello Stato ed attaccamento all'Istituto, ed inoltre persona di profonda umanità, autentica signorilità ed al tempo stesso semplicità di modi.

Mi piace ricordare anche la finezza della sua cultura, sia letteraria che musicale; e - perché no - anche le sue doti di sportivo e di commensale allegro e di gusto.

A Lui rivolgo un pensiero affettuoso e grato.

Aldo d'Elia

Da: Massimo Salvatorelli [mailto:massimo.salvatorelli@avvocaturastato.it]

Inviato: mer 04/03/2015 11.05

A: D'Elia Gesualdo; Avvocati_tutti

Oggetto: R: ricordo di Carlo Bafile

Bravo Aldo, un ricordo di un grande uomo come Carlo Bafile è quanto di più appropriato si possa fare in questi tempi grami.

Non c'è bisogno, credo, di dire nulla per chi ha avuto la fortuna di conoscerlo.

Per tutti gli altri basterà dire che Carlo era una persona seria e schiva, coltissima e di grande "simpatia" nel senso etimologico del termine; anche un vero maestro e un grandissimo avvocato.

È grazie a Carlo e a colleghi come lui che l'Avvocatura si è costruita nel tempo quella immagine di grande professionalità e di dedizione agli interessi pubblici (a volte anche CONTRO i desiderata di occasionalmente disattente amministrazioni) che dobbiamo sempre coltivare, nei momenti bui, per cercare di confermarla anche agli occhi di chi non sa o non vuole vederla e apprezzarla; ma prima di tutto per noi stessi.

Massimo Salvatorelli

Da: Massimo Lucci [mailto:massimo.lucci@avvocaturastato.it]

Inviato: ven 13/03/2015 10.18

A: Avvocati_tutti

Oggetto: tetto stipendiale e altro.

Cari Colleghi,

scrivo su questo link perché non ho mai saputo quale sia l'altro più riservato, e perché la cosa riguarda il nostro futuro e quindi la funzione. Il valore di Carlo Bafile, che abbiamo recentemente pianto come indimenticabile Collega, derivava, fra l'altro dal fatto che nella vita professionale si sia distinto per la autorevolezza, concetto ben diverso dall'autoritarismo. Ricordo quanto e come egli sapesse anche mettersi contro le amministrazioni quando queste, come spesso accadeva e ancor più oggi accade combinavano i soliti pasticci, senza paura e servilismi.

Ecco l'augurio che dobbiamo farci e dobbiamo fare al nostro Avvocato Generale, quello di riprendere autorevolezza, circostanza che, in parte dipende dai nostri comportamenti ma che deve passare anche per la presa di consapevolezza del Governo di avere a disposizione un corpo scelto di giuristi che fatalmente verrà meno se si confermerà l'orientamento liquidatorio in atti.

- omissis -

Un abbraccio e un Buon lavoro a tutti i Colleghi Massimo Lucci

(...)

**ASSEMBLEA GENERALE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
CERIMONIA DI INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO 2015**

*Intervento del Vice Avvocato Generale dello Stato
Avv. Salvatore Messineo*

Signor Presidente del Senato della Repubblica, qui oggi anche nell'esercizio delle funzioni di Presidente della Repubblica, Autorità, Signor Presidente della Corte di Cassazione, Signore e Signori,

nella Sua ampia relazione il Primo Presidente ha riferito in modo analitico anche sui risultati raggiunti dalla Suprema Corte nell'anno 2014: si deve dare atto del grandissimo impegno profuso dai magistrati e dal personale amministrativo che Vi operano.

Ciò è motivo di soddisfazione e di compiacimento e non ultimo - mi sia consentito dirlo nella duplice veste di rappresentante istituzionale dell'Avvocatura dello Stato e di semplice cittadino - di profonda e sincera gratitudine.

Questa è anche la sede naturale per dare conto - per sommi capi - del lavoro svolto dall'Avvocatura dello Stato.

Non intendo tediare l'uditorio con tabelle e dati statistici: tuttavia, alcuni numeri è opportuno che vengano conosciuti.

A livello nazionale, i nuovi affari trattati dall'Avvocatura, nell'anno 2014, ammontano ad oltre **138.000**: essi si aggiungono alle diverse centinaia di migliaia di affari impiantati negli anni scorsi ed ancora pendenti (oltre 1.000.000).

Si tratta di una mole di lavoro imponente che grava su un organico effettivo in atto di appena 310 unità togate: sicché ciascuna di esse è stata chiamata nel 2014 a curare una media di ben **445** nuovi affari; calcolando gli affari degli anni precedenti la pendenza media gravante su ogni avvocato è pari a circa **3.700** affari.

La pesantezza di un tale fardello risulta peraltro ancora più evidente ove si comparino tali dati con quelli rilevati nel 1976, data del primo centenario dell'Avvocatura: in tale anno gli affari nuovi erano circa 41.000 e gli avvocati e procuratori dello Stato in servizio erano, complessivamente, 276; ne risulta che nell'arco di poco meno di quarant'anni, mentre il numero degli affari ha subito un incremento del **336%** circa, il personale effettivamente in servizio chiamato a curarli è aumentato soltanto del **12,68%**.

L'arido - e pur tuttavia eloquente - linguaggio dei numeri non è sufficiente, da solo, a dar piena contezza dell'attività svolta dall'Istituto ove non si tenga conto anche - e soprattutto - dello spettro dei settori di intervento e delle materie trattate: il quale è il più variegato che si possa immaginare, posto che l'Avvocatura rappresenta e difende non solo lo Stato - in tutte le sue articolazioni - ma anche una lista assai lunga di enti: e ciò dinanzi a tutte le magistrature sia nazionali sia internazionali ed in tutte le tipologie di controversie.

Una rapida panoramica sugli affari più notevoli trattati è sufficiente per avere un quadro significativo dell'intenso lavoro svolto.

1) Nel 2014 l'Avvocatura è intervenuta in **66** giudizi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea ed al Tribunale di primo grado, contribuendo, anche in tali sedi, alla tutela degli interessi nazionali e all'affermazione di importanti principi. Tra le tante intervenute, devono qui ricordarsi, per il loro grande impatto sociale, la decisione riguardante il personale precario della scuola e quella relativa alla gestione delle discariche.

È in corso il giudizio sollevato dalla Corte costituzionale tedesca che contesta la possibilità per la BCE di acquistare dal mercato secondario titoli pubblici degli Stati dell'eurozona; i risvolti economici e sociali correlati alla soluzione di tale questione sono enormi, specie per il nostro paese; con piacere si è ora appreso che le tesi difensive svolte dall'Avvocatura, favorevoli a consentire alla BCE tale libertà d'azione, sono state condivise nelle conclusioni depositate dall'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia.

La primazia dei principi del Trattato dell'UE deve essere assicurata in ogni caso: sicchè - come precisato con la decisione 11 settembre 2014 (in causa C-112/13) - nel caso di norma interna che sia contraria sia al Trattato sia alla Costituzione, il Giudice nazionale ha in ogni caso il potere-dovere di sottoporre la questione alla Corte di Giustizia e indi di procedere alla disapplicazione della norma interna (e ciò a prescindere dalla eventuale pronuncia negativa della Corte costituzionale cui spetta in base all'ordinamento interno il controllo accentrato di costituzionalità).

Vanno, altresì, rammentate la decisione che ha ritenuto la legittimità delle norme italiane che riservano alle farmacie la vendita di specialità soggette a prescrizione medica (causa C-159/12) e la sentenza nella quale la Corte ha riconosciuto al Consiglio nazionale forense, quando esercita funzioni giudicanti, la legittimazione a sottoporre le "questioni pregiudiziali" (C-58/13): si è avuta così una verifica positiva della sussistenza dei requisiti necessari per affermare la natura giurisdizionale dell'organo e del procedimento che regola l'esercizio di tali funzioni giudicanti.

2) Dinanzi alla Corte Costituzionale l'Avvocatura si è costituita in **202** giudizi: la maggior parte concerne rapporti tra Stato e Regioni. Tale tipologia di controversie occupa assai intensamente quella Corte e rischia di comprometterne la piena funzionalità: pertanto, - ed esprimo avviso già manifestato dall'ultimo Avvocato Generale, avv. Michele Dipace - sembrano maturi i tempi per introdurre in sede normativa una fase procedimentale nella quale - anche con il coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni e con la intermediazione tecnica dell'Avvocatura dello Stato con riguardo ai profili strettamente giuridici - si ricerchi, attraverso la leale collaborazione, una composizione preventiva di siffatti conflitti. Per avere un'idea dello spessore delle altre questioni trattate dall'Avvocatura dinanzi alla Corte Costituzionale è sufficiente ricor-

dare le sentenze n. **274/14** in tema di 'stamina', **238/14** in tema di decisioni della Corte Internazionale di Giustizia, consuetudini internazionali, limiti interni e immunità dalla giurisdizione di uno Stato estero; **200/14**, con cui si è affermato il principio innovativo secondo cui nel nuovo processo amministrativo la concessione della misura cautelare comporta già l'instaurazione del giudizio di merito: con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata dal Giudice amministrativo durante la fase cautelare senza la necessità di conformare il provvedimento cautelare con contenuto provvisorio, interinale o *ad tempus*; n. **120/14** in tema di regolamenti parlamentari e di autodichia delle Camere.

Ritengo utile evidenziare la peculiarità del ruolo svolto dall'Avvocatura nei giudizi dinanzi la Corte Costituzionale aventi ad oggetto la costituzionalità delle leggi: il compito ivi esercitato dall'Avvocatura non è connesso a situazioni soggettive sostanziali sottostanti alla singola controversia, ma costituisce espressione di attività di collaborazione (esplicita nelle vesti di vero *amicus curiae*) nella ricerca della soluzione migliore. In tali giudizi l'Avvocatura è chiamata anche a testimoniare ed in qualche modo a garantire il necessario raccordo (in vista anche del pronto recepimento del *decisum*) tra la Corte costituzionale e le Istituzioni statali o regionali le cui leggi sono oggetto di scrutinio.

3) Il nostro impegno dinanzi alla Corte di Cassazione, che oggi ci ospita, è notevole: ci è di grande aiuto - e di questo siamo assai grati - lo spirito di armonia con il quale siamo accolti sia dal personale togato sia dal personale amministrativo.

I ricorsi proposti dall'Avvocatura sono stati **6325**; quelli delle controparti ascendono a **7798**.

La percentuale di vittorie - riferita a tutto il contenzioso trattato dinanzi alla Corte: compreso quello della legge Pinto, in relazione al quale la soccombenza è fisiologica - è stata pari al **59%**.

Nella mole enorme di ricorsi, assolutamente preponderante è il contenzioso tributario: delle oltre **6.800** richieste pervenute dall'Agenzia delle Entrate, sono stati proposti, dopo attento esame, poco più di **4.400** ricorsi. Come si vede l'Avvocatura opera una notevole selezione sconsigliando l'amministrazione a proporre ricorsi per circa un terzo delle istanze formulate.

Ascende a **4.617** il numero dei ricorsi proposti contro l'Agenzia.

La percentuale di vittorie nel contenzioso tributario è del **64,33%**.

Le Sezioni Unite hanno chiarito che anche i ricorsi in materia tributaria sono assoggettati alla disciplina comune dettata dal codice di rito: e ciò sia per quanto riguarda la nuova formulazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., sia per quanto riguarda l'ultimo comma dell'aggiunto art. 348-ter c.p.c.

Nell'anno 2014 sono stati ben **1125** i ricorsi per Cassazione in materia di legge Pinto: di essi solo **25** sono quelli proposti dall'Avvocatura; gli effetti deflattivi della riforma del 2012 si potranno apprezzare nel prossimo futuro:

mano a mano che saranno definite le istanze già avviate con il vecchio rito.

Risulta sottoposta a nuovo esame delle Sezioni unite la problematica concernente il contraddittorio in sede amministrativa: si tratta di stabilire se le garanzie dettate dal 7° comma dell'art. 12 della l. 212/2000 si applichino soltanto agli accessi, alle ispezioni ed alle verifiche fiscali effettuate nei locali ove si esercita l'attività aziendale o professionale del contribuente, oppure, come sembrerebbe discendere dai principi affermati nelle sentenze 19667 e 19668/2014 delle Sezioni Unite anche alle verifiche c.d. "a tavolino" vale a dire alle verifiche effettuate presso la sede dell'Ufficio in base alle notizie acquisite presso terzi o fornite dallo stesso contribuente mediante la compilazione di questionari o in sede di colloquio presso l'Ufficio.

Altra questione in materia di IVA rimessa alle SS. UU. concerne l'applicabilità della procedura (costituita dal mero controllo cartolare) prevista dall'art. 54 *bis* del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 per negare la detrazione nell'anno in verifica di un credito dell'anno precedente, per il quale la dichiarazione sia stata omessa.

4) Quanto ai processi penali ai quali l'Avvocatura dello Stato ha partecipato vanno segnalati: i nuovi processi per le stragi di Capaci e di via D'Amelio, pendenti a Caltanissetta, il processo sulla c.d. "trattativa Statomafia", quello per la c.d. "compravendita di senatori"; i processi contro la criminalità organizzata in Lombardia (c.d. "processo Infinito 1 e Processo Infinito 2"); il processo per il disastro della nave da crociera Concordia; quello per l'attentato terroristico all'Istituto Falcone-Morvillo di Brindisi; i processi in tema di reati ambientali; quello a carico dei c.d. NO TAV della Val di Susa; i processi a carico dell'ILVA e dei suoi amministratori, rispettivamente per truffa di oltre 100 milioni di euro (nel quale si è avuta già una condanna e correlata statuizione di confisca) e per frode fiscale (ove si è chiesto ed ottenuto il sequestro in Svizzera di € 1,2 miliardi); il processo Finmeccanica per frode fiscale per la compravendita di elicotteri in India; il processo "*San Raffaele - Maugeri*"; i molteplici processi penali nei confronti dei dirigenti del Ministero della Difesa in materia dell'uso dell'amianto; le numerose costituzioni di parte civile per l'Agenzia delle Entrate in materia di evasione fiscale.

Piace, infine, riferire qui che il Tribunale di Bologna con la recente sentenza 18 novembre 2014, n. 3203 ha condannato gli autori della strage consumata il 2 agosto 1980 alla stazione di Bologna a risarcire allo Stato un miliardo di euro.

5) Assai corposo il contenzioso dinanzi ai giudici amministrativi: esso ha riguardato le più svariate materie e tutte le tipologie di azioni previste dal nuovo c.p.a.

La percentuale di cause vinte è stata pari al **62,50%**: il dato è riferito globalmente a tutti i ricorsi trattati dinanzi ai giudici amministrativi (Consiglio di Stato e TAR).

Notevole impegno ed attenzione ha richiesto tutto il contenzioso concernente le informative antimafia e gli appalti per le opere pubbliche e per le infrastrutture.

Merita di essere menzionata, anche per la sua rilevanza di ordine sistematico oltre che per l'impatto che ne può derivare sulle casse pubbliche, la sentenza dell'Ad. Plen. n. 15 del 25 giugno 2014 in tema *astreintes*; la comminatoria di tale tipo di penalità è stata ritenuta ammissibile anche nei casi di condanna al pagamento di somme: è frutto delle difese dell'Avvocatura la precisazione che non possa comminarsi penalità nei casi in cui l'amministrazione deduca circostanze impeditive del tempestivo pagamento discendenti da ragioni correlate a vincoli di bilancio o della finanza pubblica.

Quantitativamente assai rilevante ed oggettivamente impegnativo è stato il contenzioso originato dalle procedure relative alle abilitazioni scientifiche dei professori universitari di I e II fascia.

Sempre numeroso è il contenzioso attinente agli esami di idoneità alla professione forense.

Particolarmente delicati, e anche in questo caso numerosi, sono i ricorsi proposti da magistrati ordinari contro i provvedimenti del C.S.M. in tema di incarichi direttivi e semidirettivi.

Molto impegnativo, per la complessità delle questioni giuridiche sottese e la rilevanza economica che lo caratterizza, è, inoltre, il contenzioso riguardante i provvedimenti delle Autorità indipendenti, cui si è aggiunto quello correlato all'EXPO.

6) Dinanzi ai Tribunali del distretto le cause vinte sono state circa il **54%**; mentre la percentuale delle cause vinte dinanzi alla Corte d'appello è stata pari al **53%**. Va precisato che tali dati statistici sono riferiti globalmente a tutto il contenzioso civile, del lavoro e penale trattato presso i predetti Uffici giudiziari. Non figurano nel calcolo i decreti monocratici di accoglimento di domande di indennizzo ex l. Pinto: il nuovo rito introdotto nel 2012 prevede che la lite si chiuda con il deposito del decreto *inaudita altera parte*, tranne che venga proposta opposizione al decreto; e ciò avviene in casi sporadici.

Tale modifica normativa ha significativamente ridotto il sovraccarico dei ruoli dei collegi della Corte d'appello: ma non quello dell'Avvocatura, la quale è chiamata a effettuare in relazione a ciascun decreto un'attenta valutazione delle singole vicende, acquisendo gli atti ed istruendo l'affare al fine di stabilire se proporre o meno opposizione.

7) In sede consultiva, l'Avvocatura dello Stato, oltre alla consueta attività di consulenza connessa alla gestione delle liti ed a quella espletata con riguardo alle transazioni ed alle composizioni bonarie, ha fornito il proprio parere su tantissime questioni di grande rilievo: sono stati affrontati (e risolti con la successiva stipula di un articolato accordo) i molteplici problemi insorti tra amministrazioni statali e Banca d'Italia in ordine alla gestione degli atti di

pignoramento eseguiti presso quest'ultima, in veste di terzo pignorato; in materia disciplinare sono stati esaminati i rapporti tra procedimenti - disciplinare e penale - aventi ad oggetto i medesimi fatti; sono state risolte numerose questioni in tema di rimborso di spese legali ai dipendenti prosciolti in sede penale o in sede contabile; sono state fornite puntuali ed articolate indicazioni per risolvere in sede transattiva il contenzioso con le vittime di emotrasfusioni; molti pareri hanno interessato appalti e lavori pubblici: si segnalano tra essi quello sui poteri di autotutela della P.A. negli appalti di infrastrutture strategiche e quello relativo agli istituti della transazione e dell'accordo bonario; va ancora segnalato il parere riguardante il canone dovuto alla rete ferroviaria italiana dalle imprese di trasporto.

8) L'Istituto, già alla data del 30 giugno, è stato in grado di assicurare i depositi telematici previsti dalla nuova normativa; pienamente operativo è anche il sistema di notifiche a mezzo PEC.

Nella propria azione l'Avvocatura è riuscita ad inserirsi in tutti i tavoli tecnici e istituzionali che si sono formati in merito al PCT: fornendo il proprio supporto giuridico specifico al fine di far armonizzare la nuova disciplina processuale con le peculiarità del contenzioso erariale, spesso dimenticate in passato.

La dematerializzazione della carta ha raggiunto nel 2014 su scala nazionale il 70% circa; il fascicolo elettronico in Avvocatura è pienamente funzionante, con facilitazione di scambi e consultazione da remoto.

Come previsto dall'art. 8 D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, la procedura per la gestione delle domande per il recente concorso di procuratore dello Stato si è svolta interamente in modalità telematiche, del tutto integrate con i sistemi interni di protocollo e gestione.

Si è provveduto all'adempimento dei numerosissimi obblighi di pubblicazione sul sito *web* dell'Istituto ed è stata data piena attuazione (fin da giugno scorso) alla normativa che ha previsto l'obbligo della fatturazione elettronica.

Si auspica che con una adeguata politica di supporto finanziario possano incrementarsi le risorse necessarie agli ulteriori indilazionabili sviluppi informatici.

9) Come già osservato nelle precedenti inaugurazioni dagli Avvocati Generali, avv. Ignazio Caramazza ed avv. Michele Dipace, la funzionalità dell'Istituto risulta minacciata dalla insufficienza delle risorse: sia umane sia economiche.

La carenza di personale togato è divenuta non più sostenibile: l'auspicio formulato più volte in questi anni di sottrarre l'Istituto dalla penalizzante limitazione nel *turn-over* del personale togato non si è realizzato; al contrario, per effetto del recente intervento recato dalla l. 114/2014, il depauperamento si è ulteriormente aggravato.

In atto risultano scoperti ben **50** posti su un organico di **370**; ove si computino le 10 unità collocate fuori ruolo, la percentuale effettiva di scopertura supera il **16,2%**.

L'Istituto aspetta la nomina dell'Avvocato generale e dell'Avvocato Generale aggiunto; siamo in servizio tre Vice avvocati generali su 8; sono prive di avvocato distrettuale ben 8 procure distrettuali: e tra esse le più importanti (Napoli, Milano, Bologna, Firenze, Trieste, Catania, Cagliari e Caltanissetta).

Gli interventi normativi riguardanti l'Istituto non possono non tenere in debito conto la mole di compiti affidati alle Sue cure e le specifiche peculiarità che connotano il ruolo degli avvocati dello Stato: come ribadito da sempre da Codesta Corte - traggio le parole dalla recente sentenza n. 13156/2014 - *“i compiti di rappresentanza e difesa in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato presentano caratteri assolutamente peculiari e differenziali rispetto al ruolo dei difensori del libero foro e degli uffici legali di altre amministrazioni pubbliche, poiché la sua attività è diretta al perseguimento d'interessi pubblici generali e all'attuazione del principio di legalità”*.

Il compito di tutore della legalità affidato a ciascun avvocato dello Stato si connota per operare a 360 gradi: conformemente all'insegnamento impartito già nel 1876 dal primo Avvocato Generale, avv. Giuseppe Mantellini, gli avvocati dello Stato debbono essere *“prima giudici”* dell'operato delle amministrazioni e una volta accertata la legittimità e la giustizia sostanziale delle loro situazioni soggettive esserne attenti e vigili *“avvocati”*.

L'avvocato dello Stato nello svolgimento del predetto compito di *“giudice”* dell'amministrazione è tenuto ad effettuare e ad avere una considerazione e una visione unitaria e complessiva di tutti gli interessi coinvolti dalle vicende sottoposte al suo esame ed alle sue cure. All'assolvimento di tale arduo compito cooperano in modo pieno tutti gli organi dell'Istituto: il singolo avvocato ha il potere-dovere di raccordarsi con i colleghi, di coinvolgere i titolari di incarichi direttivi e di chiedere l'esame collegiale di qualsiasi questione. È dovere dell'Istituto e dei Suoi avvocati elaborare, con indipendenza di giudizio, indirizzi omogenei, svolgendo - specie in sede consultiva - una continua azione di raccordo, di collegamento e di mediazione fra le diverse amministrazioni statali e fra queste e le regioni, ricercando soluzioni che tutelino gli interessi pubblici generali e la concreta ed effettiva realizzazione del principio di legalità.

Si tratta di compiti che vanno oltre quelli propri della professione di avvocato: vengono in rilievo attività che oggettivamente vanno annoverate e considerate non già quali mere prestazioni di servizi di natura legale, bensì - come ben rilevato dall'Avv. Generale Giuseppe Manzari - quale espressione dell'esercizio di una peculiare pubblica funzione: con una felice formula evidenziava l'avv. Manzari che l'avvocato dello Stato è *“l'avvocato della doverosità”, tale essendo il dato caratterizzante della ‘funzione pubblica’*”, mentre l'avvocato del libero foro *“è l'avvocato dei diritti soggettivi (in senso lato), tale essendo... l'autonomia e la libertà da assicurare ad ogni soggetto in un ordinamento che ambisca a definirsi Stato di diritto”*.

E non è senza significato che la provvista del personale togato dell'Avvocatura nel ruolo di avvocato dello Stato sia effettuata mediante un concorso assai selettivo, cui possono accedere solo soggetti che a loro volta abbiano svolto per alcuni anni l'attività di magistrato ordinario o amministrativo o di procuratore dello Stato o per 6 anni quella di avvocato.

La disciplina concernente lo *status* giuridico dell'avvocato dello Stato deve considerare un bene prezioso la indicata particolare configurazione del loro ruolo che li vede nel contempo 'giudici' ed 'avvocati' delle amministrazioni pubbliche e deve favorire in tutti i modi il pieno esplicarsi dell'esercizio di **ambedue** le suddette funzioni.

Non è, pertanto, possibile considerare normativamente l'Avvocatura dello Stato - specie per quanto attiene ai problemi inerenti il personale togato - alla stregua di un'amministrazione di pura gestione.

Concludo, osservando che il difficilissimo momento che il Paese continua ad attraversare richiede a tutte le Istituzioni ed a tutti noi il massimo impegno nell'esercizio dei compiti affidati.

Sono certo di potere assicurare che l'Avvocatura dello Stato e i suoi componenti faranno ogni possibile sforzo; come pure sono certo della sicura attenzione che sarà data ai problemi dell'Istituto che ho qui ritenuto doveroso rappresentare.

Ringrazio per avermi ascoltato.

Roma, li 23 gennaio 2015

Palazzo di Giustizia, Aula Magna

CORTE COSTITUZIONALE
UDIENZA PUBBLICA 10 FEBBRAIO 2015

*Saluto del Presidente dott. Alessandro Criscuolo
al signor Presidente della Repubblica
Prof. Sergio Mattarella*

Nell'aprire l'udienza di oggi, a nome mio e dell'intero Collegio, ho il piacere di rivolgere, anche in Sua assenza, un caloroso saluto ed un augurio di buon lavoro al Presidente della Repubblica, prof. Sergio Mattarella, eletto il 31 gennaio 2015.

La Sua brillante carriera politica, da Lui svolta all'insegna dell'impegno umano, civile e del rigore morale, le sue numerose pubblicazioni, l'attività di professore associato presso l'università di Palermo, nonché le ulteriori pubblicazioni vertenti su argomenti connessi alla Sua attività parlamentare e di governo, sono note e quindi non richiedono in questa sede una ricostruzione dettagliata.

Il Presidente Mattarella nel 2011 fu nominato giudice costituzionale dal Parlamento in seduta comune. Negli anni del Suo mandato oltre al rigore scientifico, ha dimostrato grande sobrietà, umanità, rispetto per il principio di collegialità e per la istituzione di cui ha fatto parte.

Dall'ottobre 2011 al 2 febbraio 2015, ha redatto 63 provvedimenti, tra i quali si segnalano la sentenza n. 5 del 2015, con cui la Corte ha dichiarato inammissibili le richieste di *referendum* popolare per l'abrogazione delle norme che prevedono la riduzione degli uffici giudiziari ordinari; l'ordinanza n. 114 del 2014, primo caso di autorimessione di una questione di legittimità costituzionale in un giudizio in via principale, con cui la Corte ha esaminato la questione di legittimità costituzionale della disposizione, contenuta nella legge n. 131 del 2003, che faceva salvo il controllo di costituzionalità preventivo sulle leggi siciliane, alla quale ha fatto seguito la sentenza n. 255 del 2014 con cui si è sancita l'estensione, anche alla Regione siciliana, del sistema di impugnativa delle leggi regionali contemplato dal vigente art. 127 Cost.

L'ordinanza n. 207 del 2013 con cui la Corte, per la prima volta in un giudizio in via incidentale, ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in ordine all'interpretazione di norme disciplinanti l'assunzione di personale della scuola a tempo determinato.

Le sentenze n. 147 e n. 279 del 2012 sulla differenza tra le norme generali sull'istruzione - riservate alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *n*), Cost. - ed i principi fondamentali della materia "istruzione", che l'art. 117, terzo comma, Cost. devolve alla competenza legislativa concorrente.

La sentenza n. 296 del 2012 in tema di ISEE (Indicatore della Situazione

Economica Equivalente) con cui la Corte ha qualificato l'indicatore ISEE come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. La sentenza n. 60 del 2013 in tema di controlli della Corte dei conti sulle autonomie speciali.

Le ordinanze numeri 124, 204 e 240 del 2014 in materia di equa ripara-zione in caso di violazione del termine ragionevole per la durata del processo, sollevate con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in re-lazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Inoltre, in materia di bilancio e contabilità pubblica, assai rilevante è la sentenza n. 39 del 2014, in tema di controlli sulla gestione finanziaria delle Regioni, dei gruppi consiliari dei Consigli regionali e degli enti locali.

Nella varietà degli argomenti trattati, si distinguono pronunce su questioni di diritto civile (ordinanza n. 52 del 2014), procedimento civile (ordinanza n. 42 del 2014; sentenza n. 204 del 2013), giustizia amministrativa (ordinanza n. 132 del 2012), diritto tributario (sentenza n. 300 del 2012), nonché decisioni rese su conflitti di attribuzione tra enti (sentenza n. 252 del 2013) e conflitti di attribuzione tra poteri (ordinanza 317 del 2013).

Ho avuto il privilegio di lavorare nello stesso Collegio in cui sedeva il nostro Presidente della Repubblica. Tutti noi abbiamo apprezzato la Sua capacità di individuare con rapidità e precisione il nucleo fondamentale di ogni questione, il Suo modo sobrio, pacato ed elegante di comunicare, la ritrosia, propria dei veri intellettuali, a mettere in mostra la Sua vasta cultura. Ha sem-pre dimostrato fermezza nelle Sue convinzioni, ma anche piena disponibilità a considerare ed accogliere le ragioni degli altri, nella consapevolezza che un confronto civile e democratico e un costante scambio di idee e di opinioni co-stituisce la base per un dialogo costruttivo e proficuo.

Rivolgo, a nome del collegio, un saluto ed un plauso al Presidente della Repubblica, Prof. Sergio Mattarella.

La Sua storia personale, l'impegno civile che ha profuso nell'esercizio delle Sue funzioni, le doti che possiede ed i valori in cui crede faranno di lui un grande Presidente che segnerà la storia del nostro Paese.

*** **

***Saluto del Vice Avvocato Generale Giuseppe Fiengo
al signor Presidente della Repubblica
Prof. Sergio Mattarella***

Illustre Presidente, illustre Corte,
dal momento in cui sono stato incaricato di rivolgere, nelle vesti di facente funzioni di Avvocato Generale, un saluto al giudice Mattarella, nominato Presidente della Repubblica, mi sono venuti in mente tre temi, che credo sia giusto comunicare a codesta Corte.

Il primo attiene alla formazione del giurista e professore.

Nella nota biografica, messa a disposizione dalla Corte, emerge che Sergio Mattarella si è laureato a Roma in diritto parlamentare con il prof. Carlo Esposito. Ma il nome di Carlo Esposito mi ha immediatamente ricordato un saggio di quegli stessi anni (1962-1964), importantissimo e fondamentale nel nostro diritto pubblico: il saggio su *“Il Capo dello Stato e la controfirma ministeriale”*, nel quale il Prof. Carlo Esposito, in relazione alle funzioni del Capo dello Stato nel sistema delle democrazie parlamentari, indica una nuova possibile lettura dei poteri presidenziali. V'è infatti una duplicità, tra la tradizionale concezione - che lui chiama *“mistica”* - delle funzioni del Capo dello Stato nel sistema parlamentare, come organo imparziale, neutro e moderatore della vita pubblica, e, dall'altra parte, la realtà che si andava delineando anche nell'ordinamento italiano (vedi ad esempio il saggio successivo di Franco Bassanini sullo scioglimento anticipato del Senato da parte di Luigi Einaudi) di un Capo dello Stato come essenziale motore delle istituzioni in crisi.

Per quella che oggi leggo come una strana coincidenza, il prof. Carlo Esposito è il primo giurista che inventa questa duplicità delle funzioni presidenziali, la esprime in tutta la sua valenza, spiegandone anche le ragioni, che passano attraverso il *“carattere personale”* della carica di Capo dello Stato: tutto il sistema dello Stato a democrazia parlamentare anche negli altri Paesi si svolge attraverso un sistema di organi collegiali, mentre il Capo dello Stato resta sempre e comunque persona fisica, e come persona esprime una capacità e una continuità nelle funzioni che sarebbe fondamentale - è questa la sostanza della tesi giuridica - per la sopravvivenza della Repubblica.

Avverto in questa duplicità di ruoli uno degli aspetti sui quali il nuovo Presidente dovrà confrontarsi; le polemiche sono note, però è importante che oggi possiamo ritrovare nella Sua formazione di giurista questa comunanza di tempi e di luoghi con lo studio del prof. Carlo Esposito, proprio sul Capo dello Stato e sulla controfirma ministeriale.

Il secondo tema sul quale ho avuto modo di riflettere è la provenienza del nuovo Presidente della Repubblica dalla Corte Costituzionale: forse è la prima volta che ciò avviene.

Credo che questo sia un aspetto fondamentale in relazione al modo con il

quale il nuovo Presidente eserciterà le sue funzioni: perché il grande equilibrio e la grande serenità, che esprime lo stare da quella parte (sugli scanni della Corte Costituzionale), sono in sé un elemento di garanzia. La nostra è una società complessa, noi abbiamo problemi complessi; ecco, la serenità e autonomia di giudizio nei quasi 4 anni vissuti nella Corte sono importanti. Si tratta di aspetti fondamentali perché, non c'è niente da fare, nei giudici della Corte Costituzionale la collettività nazionale nutre fiducia: decisioni sempre ponderate, sempre illuminate, parole mai oltre le righe, e questo è l'altro aspetto sul quale l'attività del Presidente Mattarella ci darà sicuramente elementi di continuità.

C'è infine un ultimo aspetto che mi ha colpito molto: la visita che il Presidente ha fatto alle Fosse Ardeatine come primo atto, appena nominato. Perché? Ho pensato... Forse ha voluto ricordarci qualcosa di fondamentale, una sorta di *Grundnorm* che sorregge la nostra Costituzione repubblicana. E questa norma fondante è il sacrificio degli italiani, di quelli che morirono a Roma, nelle Fosse Ardeatine, di quelli che stavano a combattere sulle montagne, di quelli che si sono ribellati alla barbaria nazista e che hanno poi scritto la nostra Costituzione.

Beh! Questo è un richiamo che mi tranquillizza, che mi dà la serenità e la forza di dire al Presidente Mattarella: buon lavoro.

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 64/2014

Oggetto: applicazione artt. 39 e 114 d.lgs. 159/11 e s.m.i. - eventuale patrocinio "obbligatorio" per le società di capitali a totale o maggioritaria titolarità pubblica delle quote confiscate - utilizzabilità onerosa dell'attività di liberi professionisti designati dall'Amministrazione.

Si trasmette, per opportuna conoscenza, copia del parere reso dal Comitato Consultivo in materia di patrocinio delle società di capitali, il cui capitale sociale sia stato interamente (o per la maggior parte) sequestrato o confiscato per effetto di provvedimenti adottati ai sensi del d.lgs. 159/11.

IL VICE AVVOCATO GENERALE
Giuseppe Fiengo

Avvocatura Generale dello Stato
Via dei Portoghesi, 12
00186 ROMA

Roma,
Partenza N.

30027/2013 Sez. IV
M.A.

Tipo Affare CT
Avv. Scino

3/12/2014-530523 P
Roma
POSTA PRIORITARIA

Avvocatura Distrettuale dello Stato
Via Alcide De Gasperi, 81
90100 Palermo

Rif. a nota del 15/06/2013
Prot. n. 49269

Oggetto: Applicazione artt. 39 e 114 d.lgs. 159/11 e s.m.i. - Eventuale patrocinio "obbligatorio" per le società di capitali a totale o maggioritaria titolarità pubblica delle quote confiscate - Utilizzabilità onerosa dell'attività di liberi professionisti designati dall'Amministrazione.

I. Il Quesito.

1. Con la nota che si riscontra, codesta Avvocatura Distrettuale chiede un intervento chiarificatore della Scrivente in ordine al patrocinio delle società di capitali, il cui capitale sociale sia stato interamente (o per la maggior parte) sequestrato o confiscato per effetto di provvedimenti adottati ai sensi del d.lgs. 159/11 (di seguito anche "codice antimafia"). Il medesimo parere è stato sollecitato anche dall'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (di seguito anche "Agenzia").

2. Codesta Avvocatura, andando di diverso avviso rispetto a posizioni già adottate in passato, sembra avallare la tesi che il patrocinio di tali società possa essere attribuito all'Avvocatura dello Stato ai sensi delle pertinenti disposizioni del codice antimafia. A supporto della tesi, l'Avvocatura Distrettuale di Palermo spende, sostanzialmente, tre argomenti:

a. esiste una contraddizione nel sistema: mentre l'amministratore giudiziario cui sia stata attribuita la carica di amministratore di una società, il cui capitale

sociale sia stato sequestrato, potrebbe avvalersi, previa autorizzazione dell'Avvocato Generale, del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 39 del codice antimafia, non potrebbe avvalersi di tale patrocinio l'amministratore di società il cui capitale sia stato confiscato, in quanto l'art. 114, comma 2, dello stesso codice, applicabile ai casi di confisca, attribuisce patrocinio obbligatorio alla sola Agenzia;

b. l'amministratore della società il cui capitale sia stato confiscato, benché agisca spendendo il nome della società, è organo dell'Agenzia;

c. l'attribuzione del patrocinio delle società il cui capitale sia stato confiscato comporterebbe un rilevante risparmio di spesa, in considerazione dei minori costi dell'Avvocatura dello Stato rispetto ad avvocati del libero foro.

3. La risposta alla richiesta di chiarimenti impone un'analisi preliminare della soggettività giuridica delle società rispetto a quella dei soci, della natura giuridica delle quote o azioni confiscate, degli istituti del sequestro e della confisca nel sistema del codice antimafia, nonché dei compiti dell'amministratore giudiziario e dell'Agenzia.

II. Analisi.

II.1. Sull'autonomia del capitale sociale rispetto al patrimonio della società; sull'autonomia del socio rispetto alla società; sulla natura giuridica di quote e azioni.

4. Con l'articolato parere espresso nella seduta del 14 giugno 2011 (parere n. 28188), il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato ha già posto in rilievo la netta distinzione esistente, nell'ordinamento giuridico, tra capitale sociale e patrimonio sociale, da una parte, e tra società e soci, dall'altra: mentre il "capitale" di una società costituisce l'insieme dei conferimenti di beni e servizi effettuati dai soci per la costituzione ed il mantenimento della società (arg. ex articolo 2247 cod. civ.), il "patrimonio" sociale configura invece l'insieme dei beni e diritti appartenenti - a vario titolo - alla società, in quanto soggetto distinto ed autonomo dai soci che ne fanno parte.

5. Anche la Suprema Corte di Cassazione, nella sua costante giurisprudenza, ha chiarito che la partecipazione sociale in una società di capitali costituisce un bene giuridicamente distinto ed autonomo dal patrimonio sociale e che sussiste una netta separazione tra il patrimonio sociale e quello del socio, anche nell'ipotesi di partecipazione totalitaria (1).

(1) Suprema Corte di Cassazione, sentenza n. 2087 del 14/02/2012: "La partecipazione sociale in una società di capitali costituisce un bene giuridicamente distinto ed autonomo dal patrimonio sociale, come tale idoneo a venire direttamente danneggiato da vicende legate all'inadempimento contrattuale di un terzo nei confronti della società, attesa la natura meramente riflessa che il pregiudizio patrimoniale conseguente può produrre sul valore della quota di partecipazione. Ne consegue che, posta la netta separazione tra il patrimonio sociale e quello del socio, anche nell'ipotesi di partecipazione totalitaria, qualsiasi danno che colpisce direttamente il patrimonio della società può avere un'incidenza meramente indiretta sulla quota medesima, e, conseguentemente, non è suscettibile di autonoma risarcibilità". Nella specie,

6. Esiste, dunque, una netta distinzione soggettiva, che si riverbera anche sotto il profilo della capacità processuale, tra le società di capitali e i soci che posseggano quote o azioni, anche maggioritarie, rappresentative del capitale di tali società.

7. La Suprema Corte di Cassazione, nella sua consolidata giurisprudenza, ha altresì chiarito che le quote di partecipazione nel capitale di una società di capitali, così come le azioni, costituiscono un autonomo bene giuridico.

8. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che la quota di partecipazione in una società di capitali esprime una posizione contrattuale "obiettivata", che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro, poiché la quota, pur non configurandosi come bene materiale al pari dell'azione, ha tuttavia un valore patrimoniale oggettivo, costituito dalla frazione del patrimonio che rappresenta, e va perciò configurata come oggetto unitario di diritti (2).

9. Azioni e quote, dunque, rappresentano autonomi beni giuridici, che possono formare oggetto di rapporti giuridici suscettibili di generare controversie definibili nel processo.

II.2. Sul sequestro e sulla confisca nel sistema del codice antimafia.

10. Il sequestro e la confisca sono strumenti che assolvono, evidentemente, a funzioni distinte. Mentre il primo, oltre ad assicurare la temporanea sottrazione del patrimonio sequestrato dal circuito criminale, ha la funzione strumentale di tutelare l'integrità del patrimonio del prevenuto in attesa che ne venga disposta la confisca ovvero la restituzione, il secondo, benchè incardinato anch'esso tra le misure di "prevenzione", ha la funzione specifica di sottrarre in via definitiva dai circuiti criminali patrimoni dotati di valore economico effettivo, con metodi illeciti, e con attitudine al finanziamento del fenomeno mafioso (3).

il socio totalitario aveva lamentato che il ritardato rilascio di un fondo rustico di proprietà della società, da parte del conduttore, aveva determinato una riduzione del prezzo di compravendita della sua quota sociale, già promessa in vendita ad un terzo acquirente, ma la Corte, riformando la sentenza di secondo grado, ha ritenuto non risarcibile tale danno patrimoniale.

(2) Con la Sentenza n. 22361 del 21/10/2009, Sez. 3, la Suprema Corte ha affermato che "La quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata, che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 cod. civ., per cui ad essa possono applicarsi, a norma dell'art. 813, ultima parte, cod. civ., le disposizioni concernenti i beni mobili e, in particolare, la disciplina delle situazioni soggettive reali e dei conflitti tra di esse sul medesimo bene, poiché la quota, pur non configurandosi come bene materiale al pari dell'azione, ha tuttavia un valore patrimoniale oggettivo, costituito dalla frazione del patrimonio che rappresenta, e va perciò configurata come oggetto unitario di diritti; ne consegue che le quote di partecipazione ad una società a responsabilità limitata possono essere oggetto di pignoramento nei confronti del socio che ne è titolare, a nulla rilevando fallimento della società, che a terzo rispetto al processo esecutivo, cui pertanto non si applica Part 51 legge fall."

(3) La Suprema Corte di Cassazione (sez. I pen. Sentenza n. 15964 del 2013) ha tuttavia chiarito - seppure nel sistema precedente al codice antimafia - che "il sequestro quale misura di prevenzione patrimoniale, pur svolgendo normalmente una funzione prodromica rispetto alla misura patrimoniale della confisca, ben può essere applicato unitamente alla confisca o con un unico atto, allorchè non sia stato ritenuto necessario svolgere alcun ulteriore accertamento per far luogo alla misura ablativa finale della confisca".

11. L'istituto del sequestro nel codice antimafia è disciplinato, per quanto qui interessa, dalle seguenti disposizioni:

Art. 20 Sequestro

1. Il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.
[omissis]

Art. 21 Esecuzione del sequestro:

1. Il sequestro è eseguito con le modalità previste dall'articolo 104 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

12. L'art. 104 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, che reca le norme di attuazione del codice di procedura penale, così dispone:

Art. 104 Esecuzione del sequestro preventivo.

1. Il sequestro preventivo è eseguito:

- a) sui mobili e sui crediti, secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile per il pignoramento presso il debitore o presso il terzo in quanto applicabili;
- b) sugli immobili o mobili registrati, con la trascrizione del provvedimento presso i competenti uffici;
- c) sui beni aziendali organizzati per l'esercizio di un'impresa, oltre che con le modalità previste per i singoli beni sequestrati, con l'immissione in possesso dell'amministratore, con l'iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l'impresa;
- d) sulle azioni e sulle quote sociali, con l'annotazione nei libri sociali e con l'iscrizione nel registro delle imprese;
- e) sugli strumenti finanziari dematerializzati, ivi compresi i titoli del debito pubblico, con la registrazione nell'apposito conto tenuto dall'intermediario ai sensi dell'articolo 34 del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213. Si applica l'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170.

13. Dall'esame delle disposizioni sopra riportate, emerge testualmente che il sequestro nella disciplina del codice antimafia può avere ad oggetto beni mobili, crediti, beni immobili mobili registrati, beni aziendali organizzati per l'esercizio di un'impresa, azioni o quote, strumenti finanziari dematerializzati.

14. Occorre, peraltro, tenere conto del disposto dell'art. 104 bis delle disposizioni attuative del codice di procedura penale, non espressamente richiamato dal codice antimafia, ma che sembra integrare quanto disposto dal precedente art. 104:

104-bis. Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo.

1. Nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto aziende, società (4) ovvero

(4) Sottolineatura aggiunta.

beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico della Giustizia, di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'articolo 2-series, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575. Con decreto motivato dell'autorità giudiziaria la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente.

15. Si noti che l'art. 104 bis delle disposizioni attuative al codice di procedura penale, nel prevedere che qualora vengano sequestrati patrimoni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, l'amministratore giudiziario sarà scelto, salve motivate eccezioni, tra quelli iscritti in un apposito albo, richiama testualmente, nell'elencare tali beni, anche il sequestro di "società".

16. Tale espressione ("sequestro di società") appare di difficile interpretazione, atteso che sequestro, come si evince dal combinato disposto tra gli artt. 20 e 21 del codice antimafia e l'art. 104 delle disposizioni attuative al codice di procedura penale, può avere ad oggetto - in conformità ai principi generali - soltanto un bene o una universalità di beni, ma non anche un soggetto giuridico, qual è la società di capitali.

17. Nell'incertezza causata dalla formulazione della norma, sembra potersi affermare che il richiamo al sequestro di "società" non sia una semplice svista del Legislatore, ma un riferimento terminologicamente improprio al sequestro di beni giuridici, quali quote o azioni, rappresentative dell'intero capitale sociale o di una sua maggioranza qualificata, nell'ottica di valorizzare le particolarità gestorie connesse all'esercizio dei diritti derivanti da tali beni giuridici (*id est*: i diritti dei soci): in questi particolari casi, il Tribunale dovrà attingere, ai fini della nomina dell'amministratore giudiziario, a professionisti in possesso di particolari qualità professionali, iscritti in un apposito albo specializzato.

18. Ciò non toglie, tuttavia, che oggetto del sequestro saranno comunque le quote o le azioni, e che la persona del socio, destinataria della misura di prevenzione, è distinta dalla persona giuridica della società, che continua a mantenere una sua spiccata autonomia giuridica, sostanziale e processuale.

19. L'Istituto della confisca è invece disciplinato dall'art. 24 del codice antimafia:

Art. 24 Confisca

1. Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

[omissis]

20. L'art. 24 del codice antimafia, nell'identificare i beni oggetto di confisca,

evoca i beni sequestrati ("Il Tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati"), per cui l'oggetto del provvedimento di prevenzione è lo stesso.

21. Per le medesime ragioni già illustrate sopra, nei punti da 16 a 18, deve ritenersi che la confisca, così come il sequestro, possa avere ad oggetto soltanto beni giuridici e non soggetti aventi un'autonoma personalità giuridica.

II.3. I compiti dell'amministratore giudiziario e dell'Agenzia.

22. I compiti dell'amministratore giudiziario sono indicati dall'art. 37 del codice antimafia:

Art. 37 Compiti dell'amministratore giudiziario

1. L'amministratore giudiziario, fermo restando quanto previsto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile, tiene un registro, preventivamente vidimato dal giudice delegato alla procedura, sul quale annota tempestivamente le operazioni relative alla sua amministrazione secondo i criteri stabiliti al comma 6. Con decreto emanato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabilite le norme per la tenuta del registro.

2. Nel caso di sequestro di azienda l'amministratore prende in consegna le scritture contabili e i libri sociali, sui quali devono essere annotati gli estremi del provvedimento di sequestro.

3. Le somme apprese, riscosse o ricevute a qualsiasi titolo dall'amministratore giudiziario in tale qualità, escluse quelle derivanti dalla gestione di aziende, affluiscono al Fondo unico giustizia di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

4. Le somme di cui al comma 3 sono intestate alla procedura e i relativi prelievi possono essere effettuati nei limiti e con le modalità stabilite dal giudice delegato.

5. L'amministratore giudiziario tiene contabilità separata in relazione ai vari soggetti o enti proposti (5); tiene inoltre contabilità separata della gestione e delle eventuali vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale ed ipoteca e dei singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale. Egli annota analiticamente in ciascun conto le entrate e le uscite di carattere specifico e la quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale. Conserva altresì i documenti comprovanti le operazioni effettuate e riporta analiticamente le operazioni medesime nelle relazioni periodiche presentate ai sensi dell'articolo 36.

23. Anche quando il codice antimafia disciplina i compiti dell'amministratore giudiziario, il riferimento, quanto all'oggetto della confisca, è sempre a beni singoli, gruppi di beni o aziende, in relazione ai quali l'amministratore giudiziario deve tenere una specifica contabilità.

24. Unica eccezione pare essere rappresentata dal riferimento, contenuto al comma 5 dell'art. 37 cit., alla contabilità degli "enti proposti". In questo caso, il riferimento potrebbe essere inteso anche a una società di capitali, che è un ente, mentre tale qualità non appartiene all'azienda, che rappresenta, comun-

(5) Sottolineatura aggiunta.

que, un complesso di beni organizzato e finalizzato ad uno scopo, privo, tuttavia, di soggettività giuridica.

25. Poichè la norma è contenuta, da un punto di vista sistematico, tra le disposizioni concernenti i compiti dell'amministratore giudiziario, occorrerà interpretarla nel senso che tra i compiti di questo vi è anche quello di tenere una contabilità separata, a seconda del soggetto che subisce il sequestro, sia questo una persona fisica oppure una persona giuridica.

26. La norma in esame, peraltro, per le medesime ragioni già illustrate, non sembra poter minare l'assunto che oggetto del sequestro potrà essere un bene o un complesso di beni e non un soggetto avente personalità giuridica.

27. I compiti dell'Agenzia sono invece indicati nell'art. 38 del codice antimafia:

Art. 38 Compiti dell'Agenzia

1. Fino al decreto di confisca di primo grado l'Agenzia coadiuva l'amministratore giudiziario sotto la direzione del giudice delegato. A tal fine l'Agenzia propone al tribunale l'adozione di tutti i provvedimenti necessari per la migliore utilizzazione del bene in vista della sua destinazione o assegnazione. L'Agenzia può chiedere al tribunale la revoca o la modifica dei provvedimenti di amministrazione adottati dal giudice delegato quando ritenga che essi possono recare pregiudizio alla destinazione o all'assegnazione del bene.

2. All'Agenzia sono comunicati per via telematica i provvedimenti di modifica o revoca del sequestro e quelli di autorizzazione al compimento di atti di amministrazione straordinaria.

3. Dopo il decreto di confisca di primo grado, l'amministrazione dei beni è conferita all'Agenzia, la quale può farsi coadiuvare, sotto la propria responsabilità, da tecnici o da altri soggetti qualificati, retribuiti secondo le modalità previste per l'amministratore giudiziario. L'Agenzia comunica al tribunale il provvedimento di conferimento dell'incarico. L'incarico ha durata annuale, salvo che non intervenga revoca espressa, ed è rinnovabile tacitamente. L'incarico può essere conferito all'amministratore giudiziario già nominato dal tribunale.

4. In caso di mancato conferimento dell'incarico all'amministratore giudiziario già nominato, il tribunale provvede agli adempimenti di cui all'articolo 42 e all'approvazione del rendiconto della gestione.

5. Entro sei mesi dal decreto di confisca di primo grado, al fine di facilitare le richieste di utilizzo da parte degli aventi diritto, l'Agenzia pubblica nel proprio sito internet l'elenco dei beni immobili oggetto del provvedimento.

6. L'Agenzia promuove le intese con l'autorità giudiziaria per assicurare, attraverso criteri di trasparenza, la rotazione degli incarichi degli amministratori, la corrispondenza tra i profili professionali e i beni sequestrati, nonché la pubblicità dei compensi percepiti, secondo modalità stabilite con decreto emanato dal Ministro dell'interno e dal Ministro della giustizia.

7. Salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni del presente decreto relative all'amministratore giudiziario si applicano anche all'Agenzia, nei limiti delle competenze alla stessa attribuite ai sensi del comma 3.

28. Dall'esame della norma che indica i compiti dell'Agenzia, emerge chiaramente che in fase di sequestro esiste una netta alterità soggettiva tra amministratore giudiziario e Agenzia. Questa, infatti, fino all'intervento di un provvedimento di confisca, non ha poteri gestori dei beni sequestrati ma si limita a coadiuvare l'amministratore giudiziario nello svolgimento dei compiti ad esso attribuiti dalla legge.

29. Tale attività potrebbe estendersi anche all'esercizio dei poteri di amministrazione delle società il cui capitale sia stato sequestrato, qualora all'amministratore giudiziario siano stati conferiti tali poteri dagli organi societari.

III. Conclusioni.

30. Dall'analisi sopra illustrata emergono i seguenti principi di carattere generale, utili alla soluzione del quesito:

- a. la persona del socio è distinta dalla persona della società;
- b. il patrimonio del socio è distinto dal patrimonio della società;
- c. quote e azioni rappresentano autonomi beni giuridici;
- d. il sequestro e la confisca possono avere ad oggetto beni giuridici quali le quote o azioni, ovvero i singoli beni aziendali o l'azienda, ma non anche una società avente autonoma personalità giuridica.

31. La considerazione di tali principi appare utile ai fini di stabilire l'estensione del patrocinio attribuito dal codice antimafia all'Avvocatura dello Stato sia nelle ipotesi di sequestro sia di confisca.

III.1 Sul patrocinio erariale dell'amministratore giudiziario (art. 39 del codice antimafia) nelle ipotesi di sequestro.

32. Il codice antimafia dedica una specifica disposizione al patrocinio dell'amministratore giudiziario:

Art. 39 Assistenza legale alla procedura

1. L'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e la difesa dell'amministratore giudiziario nelle controversie, anche in corso, concernenti rapporti relativi a beni sequestrati, qualora l'Avvocato generale dello Stato ne riconosca l'opportunità (6).

33. La norma in esame consente all'amministratore giudiziario di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, a condizione che l'Avvocato generale ne riconosca l'opportunità (7), nelle "controversie concernenti rapporti relativi ai beni sequestrati".

(6) Comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. 15 novembre 2012, n. 218.

(7) Con circolare n. 72/2012 l'Avvocato Generale ha chiarito quali siano, in linea di principio, i parametri di tale giudizio di opportunità "La riformulazione della disposizione si è resa necessaria al fine di limitare l'intervento dell'Avvocatura dello Stato nei contenziosi riguardanti i beni sequestrati; di fatti, i cespiti confiscati ricadono sotto l'amministrazione e gestione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata che è istituzionalmente patrocinata dall'Avvocatura dello Stato, come stabilito dall'art. 114 del Codice, anch'esso novellato, nei termini più sopra evidenziati, dal D.lgs. n. 218/12.

Al predetto fine è stato previsto che l'assunzione del patrocinio dell'amministratore giudiziario da parte

34. L'espressione "controversie concernenti rapporti relativi a beni sequestrati", utilizzata dal Legislatore, impone di ritenere che il patrocinio erariale possa essere conferito all'amministratore giudiziario solo quando la controversia riguardi rapporti giuridici che insistono su beni sequestrati.

35. Pertanto, nell'ipotesi in cui il sequestro abbia ad oggetto soltanto le quote o le azioni della società, ma non anche l'azienda o i singoli beni aziendali sui quali si sia innescata una controversia, l'amministratore giudiziario di tali quote o azioni sequestrate godrà del patrocinio erariale soltanto per le controversie concernenti direttamente tali quote o azioni (proprietà, possesso, pegno, pignoramento, etc.), ovvero l'esercizio dei diritti o doveri del socio in esse incorporati.

36. Viceversa, il patrocinio erariale non potrà essere riconosciuto in relazione a controversie che interessano la società come soggetto giuridico titolare di rapporti giuridici su beni non sequestrati. Ciò in quanto titolare del rapporto giuridico contestato, che insiste su beni non sequestrati, non è il socio ma - stante la separazione giuridica tra i due soggetti - la società.

37. La questione non cambia quando, sequestrate solo le quote o le azioni di una società, e non anche i beni aziendali, l'amministratore giudiziario sia stato nominato anche amministratore della società.

38. In questo caso, infatti, l'amministratore giudiziario agisce nell'interesse e spendendo il nome della società, ovvero di un ente il cui patrimonio non è stato sequestrato, con la conseguenza che ancora in virtù della richiamata separazione tra patrimonio del socio e patrimonio della società è ancora la società ad essere titolare del rapporto giuridico controverso su di un bene ad essa attribuito, e non il solo.

39. Sembra potersi affermare, quindi, che le controversie che hanno ad oggetto rapporti giuridici insistenti su beni non sequestrati facenti parte del patrimonio di una società le cui quote o azioni siano state invece sequestrate, non ricadono nell'ambito di previsione dell'art. 39 del codice antimafia, con la conseguenza che le società titolari dei diritti su tali beni non sequestrati non potranno godere del patrocinio erariale nemmeno quando la carica di amministratore di tali società sia ricoperta dall'amministratore giudiziario.

40. Diversa appare, invece, l'ipotesi in cui il sequestro abbia ad oggetto non soltanto le quote o le azioni, ma investa anche l'azienda o singoli beni aziendali: in questo caso, qualora la controversia concerna rapporti relativi a beni sequestrati, l'amministratore giudiziario potrà essere difeso dall'Avvocatura dello Stato, ravvisatane l'opportunità.

dell'Avvocatura dello Stato sia subordinata al previo parere favorevole dell'Avvocato Generale dello Stato. Tale parere risponde alla necessità di verificare, in un logica di opportunità, che l'intervento dell'Avvocatura dello Stato avvenga laddove vi sia effettiva necessità di un patrocinio specializzato, evitando scelte antieconomiche che potrebbero anche riverberarsi negativamente sulla finanza statale; è il caso, per esempio, dei procedimenti giudiziari fuori distretto, per i quali potrebbe essere necessario avvalersi, per l'esercizio di attività meramente procuratorie, di avvocati del libero foro".

III.2 Sul patrocinio erariale dell'Agenzia (art. 114, comma 2, del codice antimafia) nelle ipotesi di confisca.

41. Effettuate le precedenti puntualizzazioni in tema di sequestro, dopo l'intervento della confisca l'Avvocatura dello Stato assume il patrocinio obbligatorio dell'Agenzia ai sensi dell'art. 114, comma 2, del codice antimafia, il quale testualmente dispone:

Art. 114 comma 2 (8):

2. All'Agenzia si applica l'articolo 1 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 (9).

42. Dal punto di vista letterale, la norma è chiara nell'attribuire il patrocinio erariale obbligatorio all'Agenzia, la quale, per effetto del provvedimento di confisca, acquisisce la titolarità dei beni giuridici sequestrati.

43. Tale patrocinio, dopo la confisca, non è però attribuito né all'amministratore giudiziario eventualmente confermato nel suo incarico né tantomeno alla società, che - come si è più volte sottolineato - possiede una personalità giuridica autonoma.

44. Pertanto, qualora la confisca abbia investito soltanto le quote o le azioni della società, l'Agenzia godrà del patrocinio erariale tutte le volte che la controversia abbia ad oggetto tali beni giuridici ovvero l'esercizio dei diritti o dei doveri che nascono dalla qualità di socio.

45. Qualora, invece, la confisca abbia investito non soltanto le quote o le azioni ma anche l'intero patrimonio aziendale, l'Agenzia avrà la titolarità dei rapporti giuridici sui beni oggetto di confisca e, quindi, sarà processualmente legittimata nelle controversie ad essi relativi. In tali casi opera, infatti, l'art. 114 comma 2 del codice antimafia, con la conseguenza che il patrocinio dell'Agenzia sarà attribuito *ex lege* all'Avvocatura dello Stato.

46. Le conclusioni cui si è pervenuti non sembrano prestare il fianco a critiche basate sugli argomenti illustrati al punto 2 del presente parere.

47. Infatti, sul piano sistematico, non sembrano emergere le contraddizioni di cui al punto 2.a, atteso che la disciplina dettata in materia di sequestro non si discosta, quanto ai principi, da quella dettata in materia di confisca.

48. Né sembra accoglibile l'argomento di cui al punto 2.b, atteso che l'amministratore di una società il cui capitale sociale sia stato confiscato non è organo dell'Agenzia ma, in ragione della distinzione soggettiva illustrata al paragrafo II.1, è organo della Società, cui sono imputabili gli effetti degli atti giuridici che porta a compimento.

(8) Comma così sostituito dall'art. 7, comma 1, D.Lgs. 15 novembre 2012, n. 218.

(9) L'art. 1 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 così dispone:

La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato, [omissis].

49. Infine, l'argomento di cui al punto 2.c, sebbene evidenzi un interesse economico meritevole di attenzione, si atteggia ad argomento di mero fatto, utile a suscitare riflessioni di ordine legislativo, che non trovano, tuttavia, allo stato, riscontro nella normativa vigente.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 22 gennaio 2014.

L'Avvocato Incaricato

Mario Antonio Scino

Il Vice Avvocato Generale

Giuseppe Fiengo

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

La posizione della parte pubblica nel processo dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo

*Giuseppe Albenzio**

Concetto di *organizzazione non governativa*, ai sensi dell'art. 34 CEDU, in relazione agli enti pubblici territoriali, enti pubblici in genere e agenzie fiscali e speciali.

Legittimazione passiva delle Alte parti contraenti, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento; posizione degli altri enti pubblici dotati di autonomia costituzionale e titolari di potestà pubbliche; facoltà di intervento in giudizio, ai sensi dell'art. 36 CEDU.

Responsabilità dell'esecuzione delle sentenze, ai sensi dell'art. 46 CEDU, rivalsa dello Stato nei confronti dei soggetti responsabili della violazione, ai sensi della legge n. 234 del 2012.

1. *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* costituisce, ad oggi, l'espressione più significativa dell'attività del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale fondata nel 1948 con l'intento di costituire "*a kind of United States of Europe*" (la citazione è di Winston Churchill in un famoso discorso pronunciato al politecnico di Zurigo); possono divenire parte della Convenzione i soli Stati membri - le *Alte parti contraenti* - del Consiglio d'Europa i quali sono destinatari (e rispondono) dei vincoli internazionali di tipo solidale e degli obblighi con effetti *erga omnes*, cioè "*erga omnes partes*", che ne derivano.

(*) Avvocato dello Stato.

Il presente scritto è l'intervento dell'Autore al Convegno «L'accesso dei singoli alle Corti europee: attualità, problemi, prospettive. I Parte - L'accesso dei singoli alla Corte di giustizia dell'Unione europea. II Parte - L'accesso dei singoli alla Corte europea dei diritti dell'uomo». Convegno tenutosi a conclusione dell'VIII edizione del Corso di Perfezionamento in "Diritto Dell'Unione Europea: La Tutela Dei Diritti" - Università degli Studi di Napoli Federico II, Venerdì 12 dicembre 2014. A cura dell'Università la pubblicazione integrale degli atti.

Sono, quindi, gli Stati, nella propria soggettività internazionale (dotata dei caratteri tipici della sovranità ed indipendenza), ad essere legittimati quali parti processuali dinanzi alla Corte dei diritti dell'uomo, ai sensi degli art. 33 (legittimazione attiva), 34 (legittimazione passiva) e 36 (legittimazione all'intervento), e sono sempre e solo gli Stati i diretti destinatari dell'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte, come sancito dall'art. 46 CEDU ("*1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione...*").

Il che, detto in altri termini, equivale a sottolineare che sono le Alte parti contraenti della Convenzione, quali Stati membri del Consiglio d'Europa, che assumono l'impegno di dare esatta esecuzione alle sentenze della Corte; ciò è confermato dalla circostanza che le pronunce della Corte europea non posseggono immediata forza esecutiva all'interno dei diversi ordinamenti statali (come, da ultimo, confermato dalla sentenza n. 9564 del 9 settembre 2014 emessa dal Tar Lazio in sede di giudizio in ottemperanza promosso dalla società Immobiliare Podere Trieste contro lo Stato italiano per l'esecuzione di una sentenza della Corte di Strasburgo); ciascuno Stato, infatti, è in linea di principio libero di scegliere quali misure adottare per dare esatta esecuzione alle sentenze della Corte.

Spetterà, poi, al Comitato dei Ministri (secondo quanto disciplinato dallo stesso art. 46) il delicato compito di sorvegliare l'esecuzione delle sentenze che abbiano in qualche modo constatato la violazione delle norme della Convenzione da parte degli Stati contraenti.

Del resto, la persistente inesecuzione di una sentenza condurrebbe ad una sospensione dal Consiglio d'Europa e, se del caso, ad una definitiva espulsione dello Stato inadempiente, con tutte le possibili conseguenze politiche che da ciò possano derivare.

2. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come emendata dal Protocollo n. 11 del 1998, contempla due tipi di ricorsi:

a) il ricorso interstatale (*ex art. 33 CEDU*: «*Ogni Alta Parte Contraente può deferire alla Corte ogni inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli che essa ritenga possa essere imputata ad un'altra Alta Parte Contraente*»);

b) il ricorso individuale (*ex art. 34 CEDU*: «*La Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti Contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'effettivo esercizio efficace di tale diritto*»).

Il ricorso interstatale è il "classico" rimedio predisposto dalla Conven-

zione al fine di poter avviare il sistema internazionale di controllo di cui ogni Stato che ha ratificato la Convenzione può avvalersi.

Il testo dell'articolo 33 CEDU prevede infatti che ogni Stato contraente possa adire unilateralmente la Corte. *Ratio* della disposizione è proprio quella di rendere responsabile ogni Stato contraente verso la comunità degli Stati vincolati dalla Convenzione per ogni violazione dei diritti e delle libertà fondamentali. Condizioni per proporre il ricorso interstatale sono che entrambi gli Stati - ricorrente e convenuto - siano parti della Convenzione e che lo Stato ricorrente dimostri una violazione della convenzione o dei suoi protocolli da parte dello Stato convenuto, ad esempio in conseguenza di una legge nazionale che si ponga in astratto contrasto con i principi, i diritti e le libertà riconosciute dalla Convenzione (si veda il caso *Irlanda c. Regno Unito*, deciso con sentenza del 18 gennaio 1978, concernente i fatti che hanno insanguinato l'Irlanda del Nord in quell'epoca; il caso *Danimarca c. Turchia*, deciso con sentenza di radiazione del 5 aprile 2000 in seguito a regolamento amichevole; il caso *Cipro c. Turchia*, deciso con sentenze del 10 maggio 2001 e 12 maggio 2014 che hanno riconosciuto la Turchia colpevole delle violazioni dei diritti dell'uomo conseguenti all'occupazione militare di parte dell'isola).

3. Per quanto attiene al ricorso individuale, analizziamo il testo dell'art. 34 nella parte in cui sancisce che il ricorso individuale possa essere presentato da "*ogni organizzazione non governativa*" (secondo le versioni ufficiali inglese e francese, *any non governmental organization - toute organisation non gouvernementale*) per verificare se e in quale misura possa legittimare la proposizione di un ricorso da parte di un *soggetto pubblico* che sia in grado di "*sostenere*" (ossia dimostrare) di essere vittima di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e dai relativi Protocolli, da parte degli Stati contraenti.

La Corte, nella prassi, ha ritenuto ricevibili ricorsi da parte di società commerciali, di sindacati, di organizzazioni religiose, partiti politici, mentre ha escluso categoricamente il ricorso da parte di enti pubblici territoriali o economici (sentenza 23 marzo 2010, *Döşemealtı Belediyesi c. Turchia*, sia in riferimento all'art. 34 che all'art. 6, comma 1, laddove parla di "*diritti e doveri di carattere civile*"); del resto sarebbe illogico immaginare che un organo titolare di un pubblico potere ricorra alla Corte europea contro lo stesso Stato cui appartiene e del quale esercita legittimamente una porzione di potere (Commissione europea dei diritti dell'uomo, dec. 31 maggio 1974, *Altenworth ed altri c. Austria*; dec. 14 dicembre 1988, ric. n. 13252/87, *Comune de Rothenthurm c. Svizzera*, DR, n. 59; dec. 15 settembre 1998, ric. n. 41877/98, *Provincia di Bari ed altri c. Italia*).

In simili casi, semmai, sarebbe verosimile pensare ad un conflitto di attribuzione tra poteri dello stesso Stato, per cui è impossibile possa darsi la competenza ad una Corte estranea allo Stato, come è appunto la Corte europea.

4. Circa il significato della locuzione “*organizzazione governativa*”, la giurisprudenza costante della Corte europea ha precisato che per tali si intendono tutte “*le persone giuridiche che partecipano all’esercizio dell’autorità pubblica o che svolgono un servizio pubblico sotto il controllo delle autorità. Per determinare se tale è il caso di una persona giuridica diversa da una collettività territoriale, bisogna prendere in considerazione il suo status giuridico e, all’occorrenza, le prerogative che le sono riconosciute, la natura dell’attività che esercita ed il contesto nel quale si iscrive, ed il suo grado di indipendenza in relazione alle autorità politiche*” (sentenza 23 settembre 2003, *Radio France et al. c. Francia*, n. 53984/00, par. 26).

Ragionando *a contrario*, per organizzazioni non governative devono intendersi le persone giuridiche che non partecipano all’esercizio dell’autorità pubblica e che non svolgono un servizio pubblico sotto il controllo dell’autorità (sempre la sentenza *Radio France*, par. 26). Sicuramente, in forza di queste argomentazioni, gli enti territoriali non appartengono alla categoria delle “*organizzazioni non governative*”, in quanto esercenti funzioni di pubblica autorità; per gli enti pubblici non territoriali (la Corte parla di “*persona giuridica diversa da una collettività territoriale*”) la valutazione deve essere compiuta caso per caso, al di là delle qualificazioni meramente formali, considerando, invece, il sostanziale grado di autonomia e di indipendenza dalle pubbliche autorità, anche in ragione dei finanziamenti e dei controlli di cui è destinatario l’ente (la Corte afferma che bisognerebbe prendere in considerazione lo *status* giuridico e la natura dell’attività esercitata dalla persona giuridica, nonché il grado d’indipendenza in relazione alle autorità politiche - sentenza *Radio France et autres. c. France*, citata; sentenza 3 aprile 2012, *Kotov c. Russia*, par. 93-96 e 107, in riferimento ad un liquidatore fallimentare; sentenza 18 dicembre 2008, *UNEDIC c. France*, par. 54, in riferimento ad un’associazione per la gestione del regime di assicurazione dei crediti dei lavoratori dipendenti; sentenza 13 dicembre 2007, *Compagnie de navigation de la République islamique d’Iran c. Turquie*, par. 79-81, in riferimento ad una compagnia statale di navigazione; sentenza 30 novembre 2004, *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, par. 45, in riferimento ad una società controllata interamente dallo Stato nel settore dell’energia nucleare).

5. Impossibile, per queste vie, poter riconoscere anche agli enti pubblici non territoriali (siano essi enti pubblici economici o non economici) legittimazione attiva a ricorrere dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo; sotto quest’ultimo profilo, probabilmente, un discorso a sé meriterebbe la posizione delle Agenzie nazionali.

Le Agenzie, infatti, sono strutture svolgenti attività di carattere tecnico-operativo, al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese anche quelle regionali e locali.

Con il D.lgs. 300/1999 è stata introdotta una normativa generale di riferimento che, per quanto connessa a fattispecie piuttosto differenziate, consente

di definire i lineamenti di un nuovo tipo organizzativo; tale decreto, nella sostanza, ha definito un modello generale, sebbene aperto a due tipi di varianti applicative, prevedendo, così, due distinte specie di Agenzie.

In primo luogo, vi sono quelle agenzie soggette direttamente alle disposizioni generali contenute nel decreto; disposizioni che ne regolano l'ordinamento, il personale e la dotazione finanziaria, nonché le modalità di azione e gestione. Questo tipo di Agenzie, pur avendo propri organi, bilanci, e regolamenti di contabilità, sono sottoposte ai poteri di indirizzo e vigilanza del ministro (che ne approva programmi di attività, bilanci e rendiconti, accertando l'osservanza delle prescrizioni impartite).

In secondo luogo, vi sono agenzie sottoposte a regime speciale, previsto espressamente in deroga alle disposizioni generali, soprattutto per quanto attiene alle disposizioni concernenti lo statuto, i rapporti con il ministro, il personale, la finanza e i controlli. Si tratta, in particolare, delle agenzie fiscali (in particolare, Agenzia delle Entrate - che ha assorbito quella del Territorio - e delle Dogane e dei Monopoli, mentre l'Agenzia del Demanio è in fase di riorganizzazione e privatizzazione, alle quali si sono aggiunte successivamente l'Agenzia italiana del farmaco, istituita con la L. 326/2003, l'Agenzia nazionale per il turismo, istituita con d.l. 35/2005, ecc.).

Ancorché la Corte europea abbia sottolineato la necessità di distinguere da caso a caso, appare difficile qualificare, allo stato attuale della giurisprudenza di Strasburgo, come *non governative* le Agenzie "speciali" (quelle fiscali e le altre similari) che esercitano, in realtà, funzioni tipiche dello Stato sia pure con strumenti più snelli ed autonomi, con la conseguente carenza di legittimazione a ricorrere alla Corte, nonostante la presenza indubbia di quel grado di autonomia e di indipendenza dalle pubbliche autorità richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come condizione per poter esperire il ricorso; fatto sta che quelle Agenzie non sono neppure legittimate a proporre conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte Costituzionale, ai sensi dell'art. 134 Cost. ("*tra i poteri dello Stato ... tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*").

Peraltro, un interesse a *sostenere* la posizione di *vittima* della violazione di talune disposizioni della Convenzione non potrebbe in assoluto escludersi nella misura in cui l'attività delle Agenzie si esplica con strumenti estranei a quelli tipici dei pubblici poteri e più vicini a quelli ordinari; si pensi, ad esempio, al *diritto a un equo processo* sancito dall'art. 6, in relazione alla paritetica posizione processuale con le parti private che le Agenzie fiscali assumono in ogni processo civile o tributario, diritto che non potrebbe ricevere tutela dinanzi alla Corte di Strasburgo, con conseguenti danni patrimoniali e morali per l'Agenzia che sarebbe privata della possibilità di riscuotere tempestivamente un suo credito a causa di una inammissibilità dell'azione illegittimamente dichiarata dal Giudice nazionale o, al limite, anche dell'eccessiva durata del procedimento.

Chiudiamo queste riflessioni sottolineando che non è tanto il testo dell'art. 34 a negare una siffatta legittimazione a ricorrere, quanto l'attuale orientamento della giurisprudenza della Corte.

6. In punto di legittimazione né la CEDU né la giurisprudenza della Corte europea sembrano mai aver mostrato dubbi sul soggetto legittimato a resistere dinanzi la Corte: solo gli Stati, ovvero le Alte Parti Contraenti, s'impegnano, ex art. 46 CEDU, a conformarsi alle sentenze definitive della Corte.

Nella sentenza 8 aprile 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, la Corte di Strasburgo affronta i vari profili della legittimazione attiva e passiva nel processo, enunciando importanti principi di carattere generale in un caso nel quale si discuteva preliminarmente della responsabilità (e conseguente legittimazione processuale) della Repubblica Autonoma d'Adjarie, facente parte dello Stato della Georgia; secondo la Corte EDU: a) **le Alte Parti contraenti che hanno sottoscritto la Convenzione rispondono direttamente delle questioni sorte nell'ambito della propria giurisdizione** ["137. *Aux termes de l'article 1 de la Convention, les Etats parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention ». Il s'en suit que les Etats parties répondent de toute violation des droits et libertés protégés que peuvent subir les individus placés sous leur « juridiction » - c'est-à-dire leur compétence - au moment de la violation*"]; b) **detta giurisdizione e conseguente responsabilità è strettamente connessa al territorio sotto il controllo dell'Alta Parte contraente, salvo quanto previsto in via eccezionale dal combinato disposto degli art. 56 e 57 della Convenzione** ["138. *En plus du territoire étatique proprement dit, la compétence territoriale englobe tout espace qui, au moment de la prétendue violation, se trouve sous le « contrôle global » de l'Etat en cause (Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A no 310), notamment les territoires sous occupation (Chypre c. Turquie [GC], no 25781/94, CEDH 2001 IV), à l'exclusion des espaces qui échappent à ce contrôle (décision Banković et autres précitée). ...140. ...En ratifiant la Convention, la Géorgie n'a formulé en vertu de l'article 57 de la Convention aucune réserve spécifique concernant la RA d'Adjarie ou les difficultés d'exercice de sa juridiction sur ce territoire. Une telle réserve aurait d'ailleurs été sans effet, car la jurisprudence n'autorise aucune exclusion territoriale (Matthews c. Royaume-Uni [GC], no 24833/94, § 29, CEDH 1999-I), hormis dans le cas prévu à l'article 56 § 1 de la Convention (territoires dépendants)*"]; c) **... e comprende l'attività di tutte le istituzioni pubbliche, siano organi centrali dello Stato che autonomie territoriali e potestà decentrate, che fanno comunque capo allo Stato in quanto esercitano funzioni pubbliche e sono qualificabili come "organizzazioni governative", anche ai sensi dell'art. 34 della Convenzione** ["148. *Les autorités d'une entité territoriale d'un Etat représentent des institutions de droit public qui accomplissent des fonctions confiées par la Constitution et la loi.*

La Cour rappelle à cet égard que l'expression « organisation gouvernementale » ne saurait désigner en droit international exclusivement le gouvernement ou les organes centraux de l'Etat. Là où il y a décentralisation du pouvoir, elle désigne toute autorité nationale qui exerce des fonctions publiques. Par conséquent, ces autorités n'ont pas qualité pour saisir la Cour sur le fondement de l'article 34 de la Convention (Section de commune d'Antilly c. France (déc.), no 45129/98, CEDH 1999 VIII ; Ayuntamiento de Mula c. Espagne (déc.), no 55346/00, CEDH 2001-I). Il ressort de ces principes qu'en l'espèce les autorités régionales adjares ne sauraient être qualifiées d'organisation non gouvernementale ou de groupement de personnes ayant un intérêt commun, au sens de l'article 34 de la Convention. Dès lors, elles n'ont pas la faculté de saisir la Cour d'une requête, pas plus que le droit de présenter devant elle une plainte dirigée contre les autorités centrales de l'Etat géorgien"; d) **L'Alta Parte contraente assume la responsabilità oggettiva delle azioni ed omissioni riconducibili alle "organizzazioni governative" sottoposte alla sua giurisdizione e queste non hanno alcuna legittimazione a partecipare al giudizio dinanzi alla Corte** ["149. *La Cour insiste ainsi sur le fait que les autorités supérieures de l'Etat géorgien assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés (Irlande c. Royaume-Uni, précité, p. 64, § 159). Seule la responsabilité de l'Etat géorgien en tant que tel - et non celle d'un pouvoir ou d'un organe interne - est en cause devant la Cour. La Cour ne saurait avoir pour interlocuteurs plusieurs autorités ou juridictions nationales, et les différends institutionnels ou de politique interne ne sauraient être examinés par elle";* e) **... neppure in qualità di terzi interventori, ai sensi dell'art. 36, par. 2, della Convenzione** ["11. *Le 9 octobre 2003, le Gouvernement a sollicité auprès de la Cour l'admission à la procédure des autorités adjares en qualité de tierce partie. 12. Le 30 octobre 2003, après avoir consulté les juges de la Grande Chambre, le président a rejeté ces demandes de tierce intervention. Concernant celles déposées au nom des autorités de la République autonome d'Adjarie, il a été souligné qu'en principe, dans la procédure devant la Cour, les autorités de l'Etat défendeur, y compris les autorités régionales, même dotées d'un statut d'autonomie, devaient être représentées par le gouvernement central et qu'en conséquence leur intervention dans la procédure en qualité de tierce partie était exclue";* f) **dette "organizzazioni governative" possono soltanto far parte della delegazione governativa ammessa alla discussione dinanzi alla Corte** ["13. *Toutefois, vu la demande du Gouvernement du 9 octobre 2003, le président a rappelé à celui-ci que, à l'audience prévue pour le 19 novembre 2003, il était libre d'inclure dans sa délégation des représentants des autorités régionales en qualité de comparants. 14. Le 8 novembre 2003, le Gouvernement a informé la Cour que sa délégation comprendrait les représentants des autorités adjares"], **ai sensi dell'art. 35 del regolamento della Corte europea, rubricato "Rappre-***

sentanza delle Parti contraenti” [«*Le Parti contraenti sono rappresentate da agenti, che possono farsi assistere da avvocati o consulenti*»].

Gli assunti testé riportati costituiscono punti fermi della giurisprudenza di Strasburgo (si vedano le sentenze citate nei precedenti paragrafi, in particolare quella del caso *Dosemealti Belediyesi c. Turquie*) e, giuste le clausole della Convenzione e dello Statuto del Consiglio d'Europa, possono considerarsi indiscutibili.

7. Tuttavia, delicati problemi sorgono allorché la Corte condanni (come spesso accade) gli Stati firmatari della Convenzione a causa dell'operato illegittimo posto in essere da una delle "organizzazioni governative" loro riconducibili, pur dotate di autonomia costituzionale.

È il caso, ad esempio, di una espropriazione illegittima posta in essere da una Regione o da una Provincia autonoma o da un'Amministrazione comunale, a fronte della quale sarà lo Stato di appartenenza ad essere convenuto e, ipoteticamente, condannato dalla Corte.

In simili casi, tuttavia, bisognerebbe tener distinto il piano sostanziale della responsabilità internazionale (e della connessa legittimazione processuale passiva a resistere) dalla diversa questione attinente alla "*Rappresentanza delle Parti contraenti*" in giudizio.

Un conto è, cioè, la responsabilità internazionale per la mancata attuazione e esecuzione di uno strumento internazionale, altro è il piano riguardante la rappresentanza in giudizio, ovvero la possibilità di farsi rappresentare da agenti che siano espressione delle articolazioni interne allo Stato convenuto.

Se, infatti, l'organizzazione interna di uno Stato non rileva, e non può rilevare, sul piano della responsabilità internazionale, dal punto di vista della rappresentanza processuale nulla vieta che lo Stato si faccia rappresentare da agenti che siano espressione della propria organizzazione interna, come ammesso dalla Corte EDU nella sentenza *Assanidzé c. Géorgie* dianzi citata.

Visto il testo dell'art. 35 del regolamento, infatti, è ben possibile che gli *agenti* (o i *co-agenti* che nell'attuale organizzazione della rappresentanza italiana a Strasburgo compaiono dinanzi alla Corte) siano espressione degli enti autonomi responsabili delle condotte censurate dinanzi la Corte europea, per scelta autonoma dello Stato sulla quale nessuna interferenza è ipotizzabile da parte della Corte, ovvero che rappresentanti di quegli enti partecipino alla difesa ed al giudizio in qualità di *consiglieri* (come lo stesso art. 35 consente); in tal senso la delegazione processuale del Governo italiano è stata composta, talvolta, da esponenti dell'amministrazione locale interessata o da *consiglieri* (in particolare, avvocati dello Stato) incaricati dal Ministero cui siano riconducibili i fatti e le responsabilità (come nel caso *Hirsi c. Italie*, per il respingimento dei profughi in mare) o dalla Presidenza del Consiglio responsabile dell'esecuzione delle sentenze (come nel caso *Lautsi c. Italie*, per l'esposizione del crocifisso nelle scuole).

Tuttavia, questo strumento può non essere sufficiente a rappresentare l'interesse e la posizione della "organizzazione governativa" coinvolta che potrebbe più efficacemente e con maggiori spazi processuali partecipare al giudizio in qualità di terzo intervenitore, ai sensi dell'art. 36 della Convenzione. Nonostante la chiusura espressa dalla sentenza 8 aprile 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, sopra riportata, la stessa Corte EDU ha in altra occasione assunto una posizione che potrebbe aprire la sua giurisprudenza ad autorizzare l'intervento in giudizio anche di soggetti giuridici [pur riconducibili all'unitarietà dell'Alta Parte contraente convenuta ma] dotati di una spiccata autonomia decisionale (tale, cioè, da non poter essere condizionata dall'autorità statale centrale) sulla base della Costituzione vigente in quel Paese; nella sentenza della *Grande Chambre* 10 marzo 2004, *Senator Lines c. Autriche et autre*, la Corte ha autorizzato l'intervento della Commissione europea, ai sensi dell'art. 36, par. 2, della Convenzione, atteso che gli Stati chiamati in giudizio dal ricorrente allegavano di essere obbligati a dare esecuzione ed un deliberato della Commissione avente forza esecutiva (non sospesa né dal Tribunale di prima istanza né dalla Corte di Giustizia, aditi dalla società) e che la Comunità europea ha personalità giuridica ("*En vertu dell'article 281 du traité CE, la Communauté européenne a la personnalité juridique. La Commission européenne dispose du pouvoir d'enquêter ...et d'infliger des amendes...*").

Negare la possibilità di intervenire in giudizio alle "organizzazioni governative", ai sensi dell'art. 36, potrebbe, in ultima analisi, portare ad una lesione del diritto ad un processo equo ed effettivo (art. 6 della Convenzione) che non sembra corretto negare a quei soggetti pubblici dotati di ampia autonomia dalle Costituzioni delle Alte Parti contraenti; si consideri, a questo proposito, che le Regioni e le Province autonome sono comunque dotate, nelle materie di propria competenza residuale, dell'obbligo di provvedere all'attuazione ed all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 117 c. 5 Cost.

8. La facoltà di intervento in giudizio ex art. 36 non appare in contrasto neppure con le ragioni che sono a base della negazione della legittimazione passiva principale nel processo dinanzi alla Corte EDU e che si fondano sul principio generale secondo il quale la ripartizione costituzionale interna non ha, di per sé, rilievo all'esterno, sul piano del diritto internazionale e delle relazioni internazionali, come è statuito dalla giurisprudenza della Corte (si vedano le sentenze sopra citate) ed è confermato dall'art. 120 Cost. che detta sul punto una importantissima regola di chiusura del sistema costituzionale prescrivendo che "*Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali [...]*"; la personalità internazionale pertiene, infatti, essenzialmente allo Stato e solo in via residuale alle sue articolazioni interne, come le Regioni (le quali, fra l'altro, al momento della stipula della

Convezione europea dei diritti dell'uomo, non erano costituite né, soprattutto, erano dotate di quel tipo di autonomia ad oggi riconosciuto dopo la riforma del titolo V della Costituzione).

In proposito, giova ricordare quella fondamentale norma consuetudinaria del diritto internazionale, "*pacta sunt servanda*", che preserva il rispetto dei vincoli internazionali da qualsiasi successiva vicenda interna ad uno Stato e alle connesse riforme di riparto costituzionale; nonché l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale stabilisce che uno Stato non possa invocare le disposizioni del proprio ordinamento interno come giustificazione per la violazione di un trattato internazionale.

Allorché, dunque, le norme CEDU ed i relativi protocolli siano violati direttamente da una attività illegittima posta in essere da Regioni o Province Autonome della Repubblica italiana non potrebbe sicuramente esimersi lo Stato dalla propria responsabilità internazionale e dalla derivata chiamata in causa dinanzi la Corte.

Questo non comporta, però, come già detto, che le Regioni e Province Autonome non possano ritenersi legittimate ad intervenire in giudizio ai sensi dell'art. 36 (che attualmente riconosce tale potestà, oltre che allo Stato cui appartiene il cittadino ricorrente, in capo a "*ogni Alta Parte contraente*" e ad "*ogni persona interessata diversa dal ricorrente*", su invito del Presidente della Corte, e al "*Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa*); per vero, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, si può parlare di responsabilità internazionale "indiretta", ai sensi del nuovo articolo 117 della Costituzione che, come è noto, attribuisce alle Regioni e Province autonome, nelle materie di competenza, il potere a partecipare alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi europei e a provvedere all'attuazione e esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, come regolato dal comma III dell'art. 6 della legge 131 del 2003 (c.d. legge La Loggia), lì dove è previsto che, nelle materie di propria competenza legislativa, le Regioni possono concludere con altri Stati accordi internazionali (si veda per esempio, la ratifica con legge regionale del "*patto di amicizia tra la Calabria ed il West Virginia*", stipulato a Reggio Calabria il 29 aprile 2006).

La legge *La Loggia*, poi, ha superato positivamente il vaglio della Corte costituzionale, soprattutto per quanto concerneva i contenuti del suo articolo 6; il "potere estero" delle Regioni, si afferma nella sentenza n. 238/2004, deve essere coordinato con l'esclusiva competenza dello Stato in tema di politica estera, il quale è competente a determinare i casi e le forme inerenti all'esercizio di detto "potere estero", in modo da salvaguardare gli interessi unitari che trovano espressione nella politica estera nazionale; tuttavia le Regioni, secondo la Corte costituzionale, nell'esercizio della potestà loro riconosciuta, quanto alla conclusione degli accordi con Stati esteri, non opererebbero comunque come delegate dello Stato, bensì "*come soggetti autonomi che inter-*

loquiscono direttamente con gli Stati esteri, ma sempre nel quadro di garanzia e di coordinamento apprestato dai poteri dello Stato” (Corte cost., sentenza n. 238/2004, punto 6).

Forse, non servirebbe neppure una riforma dello statuto della Corte per garantire la possibilità che le Regioni intervengano *ad adiuvandum* dello Stato chiamato in giudizio quale *Alta parte contraente* al fine di tutelare i propri interessi quali in via autonoma attribuiti dalla Costituzione nazionale, indipendentemente dal riconoscimento di una loro soggettività internazionale: sarebbe sufficiente una diversa interpretazione della norma da parte della Corte EDU.

9. Collegato al tema è, poi, l'istituto della rivalsa in sede nazionale che consente allo Stato di rivalersi nei confronti dei soggetti responsabili delle violazioni dei diritti dell'uomo per le somme che è condannato a pagare in seguito a sentenza definitiva della Corte EDU.

Il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti di Regioni o di altri enti pubblici responsabili di violazioni delle disposizioni della Convenzione, come accertate dalla Corte EDU, è regolato dagli articoli 16-*bis* della legge n. 11/2005 e 43 della legge n. 234/2012.

In sede applicativa di quelle disposizioni sono sorte notevoli criticità sulle forme di attribuzione *ex lege* della responsabilità conseguente alle condanne della Corte europea; profilo, questo, ritenuto dai soggetti interessati elemento fondamentale per dare legittimità al recupero del credito da parte dello Stato delle somme o quote di somme liquidate dalla Corte europea a titolo di equa soddisfazione.

Le conseguenti azioni giudiziali tuttora pendenti e avviate da diversi enti contro i provvedimenti con i quali è stata esercitata l'azione di rivalsa danno l'idea delle difficoltà nell'esecuzione degli atti di ingiunzione delle somme richieste dallo Stato, senza prospettive certe sui loro tempi di recupero. Negli anni 2012/2013, la Presidenza del Consiglio ed il Ministero dell'economia e delle finanze hanno avviato numerose azioni di rivalsa, come indicato nelle *Relazioni annuali al Parlamento sull'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*, presentate dalla Presidenza del Consiglio ai sensi della legge n. 12/2006, e lo Stato sta pagando decine e decine di milioni di euro per irregolarità riconducibili alle amministrazioni comunali (clamorosi sono i casi *Sud Fondi ed altri* e *Immobiliare Podere Trieste*, per i quali l'Italia è stata condannata a pagare somme vicine a cinquanta milioni di euro per ciascuno in conseguenza di violazioni del diritto di proprietà compiute dal Comune di Bari e da quello di Roma che, peraltro, non hanno partecipato ai processi).

Per completare il quadro della responsabilità che la Corte di Strasburgo riconduce allo Stato per vicende che riguardano altre amministrazioni pubbliche, si ricordano le sentenze 24 settembre 2013, *De Luca c. Italie* e *Pennino c. Italie*, nelle quali sono state ricondotte in capo all'amministrazione centrale

le conseguenze del mancato pagamento di somme riconosciute da sentenze definitive da parte di enti locali in stato di dissesto finanziario, dichiarato ai sensi degli articoli 5 l. 140/2004 e 248 d.lgs. 267/2000, sulla base delle seguenti motivazioni: "54. *Il Governo ha giustificato tale ingerenza nel godimento da parte del ricorrente del suo diritto al rispetto dei suoi beni con il dissesto finanziario del comune e con la volontà di garantire a tutti i creditori parità di trattamento per la riscossione dei loro crediti (paragrafi 47 e 48 supra). La Corte ritiene che la mancanza di risorse di un comune non possa giustificare che questo ometta di onorare gli obblighi derivanti da una sentenza definitiva pronunciata a suo sfavore (si vedano, mutatis mutandis, Ambruosi c. Italia, n. 31227/96, §§ 28-34, 19 ottobre 2000, e Bourdov, sopra citata, § 41). 55. La Corte tiene a sottolineare che, nel caso di specie, si ha a che fare con il debito di un ente locale, quindi di un organo dello Stato, risultante dalla condanna di questo al pagamento di un risarcimento con provvedimento giurisdizionale".*

È, comunque, evidente che - stante la competenza esclusiva dello Stato (ex art. 117 c. 2 Cost.) in materia di sistema contabile, armonizzazione dei bilanci pubblici e perequazione delle risorse finanziarie - l'esecuzione delle pronunce della Corte europea che condannino lo Stato per le violazioni compiute da Regioni o da altri enti pubblici coinvolge un problema di tipo politico, oltre che meramente giuridico, problema che in quanto tale esula dai limiti di queste note.

Il precariato scolastico in Italia dopo l'intervento del giudice europeo. Prime riflessioni sulla sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2014

Paolo Sciascia*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il quadro normativo - 3. Gli orientamenti della giurisprudenza sulle richieste di stabilizzazione e di risarcimento del danno del personale scolastico a tempo determinato - 4. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 3 luglio 2013 - 5. Il giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea - 5.1. Le argomentazioni dei lavoratori a tempo determinato e del governo italiano - 5.2 Le osservazioni del governo ellenico - 5.3. Le osservazioni della Commissione europea e le conclusioni dell'Avvocato generale - 5.4. La decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea - 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la sentenza resa il 26 novembre 2014 (EU:C:2014:2401 - cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13 Raffaella Mascolo e altri contro Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca) la terza sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali proposte dalla Corte costituzionale (1) e dal Tribunale di Napoli (2) concernenti l'interpretazione della direttiva n. 1999/70/CE (3), che vieta

(*) Dirigente del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

(1) Ord. 3 luglio 2013, n. 207. Tra i commenti che hanno analizzato la decisione soprattutto sotto un profilo processuale v. CERRI, *La doppia pregiudiziale in un'innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2013, 2885; GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in www.forumcostituzionale.it; IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in www.associazionedicostituzionalisti.it; ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, www.associazionedicostituzionalisti.it, 24 e ss.; SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in www.associazionedicostituzionalisti.it, 26 e ss. Si concentrano invece sui profili giuslavoristici: VALLAURI, *I "precari" della scuola arrivano davanti alla corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 341; MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le corti superiori. Contratto a termine e leggi retroattive*, in *Riv. giu. lav. prev. soc.*, 2013, II, 580.

(2) Ordinanze del 2, 15 e 29 gennaio 2013.

(3) La direttiva n. 1999/70/CE ha lo scopo di attuare l'accordo quadro che stabilisce i principi generali e i requisiti minimi per i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato, concluso tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea - UNICE; Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica - CEEP; Confederazione europea dei sindacati - CES) il 18 marzo 1999. Secondo quanto previsto nel 14° considerando della direttiva, con la conclusione di tale accordo le parti hanno "espresso l'intenzione di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo l'applicazione del principio di non discriminazione, nonché di creare un quadro per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato".

la reiterazione dei contratti a termine, con riferimento alla normativa del nostro Paese che disciplina le supplenze in materia di insegnamento scolastico.

La pronuncia riveste interesse non solo per la delicatezza del tema affrontato, che coinvolge centinaia di migliaia di lavoratori di un settore con un alto tasso di conflittualità accumulato negli anni, ma anche in quanto si inserisce in una lunga e travagliata vicenda giurisprudenziale scandita da numerose pronunce di diversi organi giurisdizionali, con esiti tra loro discordanti.

Per analizzare l'impatto che questa decisione potrebbe avere su ciascuno di questi aspetti occorre prima di tutto tracciare una ricostruzione dell'intera vicenda, partendo proprio dal quadro normativo e dalle decisioni giudiziarie.

2. Il quadro normativo.

Appare piuttosto complesso il quadro normativo di diritto interno che si pone in potenziale antitesi con la direttiva n. 1999/70, in quanto costituito da un'articolata successione di norme generali sul contratto a tempo determinato e di norme speciali sul lavoro nella pubblica amministrazione e nel settore scolastico in particolare, più volte soggette a modifiche e integrazioni.

È dunque utile richiamare le disposizioni da tenere in particolare considerazione ai fini della presente analisi:

a) *il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368* che attua la direttiva n. 1999/70/CE ed in particolare l'art. 5, comma 4-*bis*, che fissa a trentasei mesi (comprensivi di proroghe e rinnovi e indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro) la durata massima dei contratti di lavoro a tempo determinato stabilendo che il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore che abbia complessivamente superato i trentasei mesi si considera a tempo indeterminato;

b) *l'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165* che disciplina le condizioni di assunzione e impiego di lavoratori a termine presso le pubbliche amministrazioni (4) prevede che il lavoratore assunto a tempo determinato per un periodo superiore a trentasei mesi non abbia diritto alla conversione del contratto ma al risarcimento del danno;

c) *l'art. 70 del d.lgs. n. 165 del 2001* che estende l'applicazione delle disposizioni sul lavoro nelle amministrazioni pubbliche al personale della scuola,

(4) La regola fondamentale prevede che le amministrazioni pubbliche, per rispondere ad esigenze "esclusivamente temporanee ed eccezionali" possano avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dalle norme sul lavoro nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti e delle norme della contrattazione collettiva cui viene affidata la specifica disciplina dei contratti flessibili, la quale deve dare applicazione alla rispettiva regolamentazione legale del settore del lavoro privato, senza poter derogare, però, alle norme contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001. In via residuale, per gli aspetti della materia non espressamente regolati dalle norme del lavoro pubblico, legali o di contrattazione collettiva, ai contratti flessibili possono applicarsi le regole che valgono per i rapporti di lavoro privatistici di cui al d.lgs. n. 368 del 2001.

salvaguardando, però, la relativa disciplina speciale sul reclutamento di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297;

d) *l'art. 10, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001* che esclude dall'ambito di applicazione del medesimo decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) della scuola ed in particolare esclude l'applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, sulla durata massima dell'impiego a tempo determinato (5);

e) *l'art. 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124* che disciplina il rapporto di lavoro a tempo determinato del personale docente e del personale ATA (6), da leggersi alla luce di quanto disposto dagli artt. 399 e 401 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 che regolano le modalità di accesso ai ruoli del personale docente dei vari ordini di scuole, stabilendo che l'immissione in ruolo avvenga, per il 50 per cento dei posti annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti.

Queste disposizioni, che delineano la disciplina del lavoro a tempo determinato applicabile alle pubbliche amministrazioni e al settore scolastico, devono rispettare le norme comunitarie sul lavoro a tempo determinato, fra tutte la direttiva n. 1999/70 (7), sicuramente applicabile al settore pubblico. I

(5) Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 9, comma 18, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 e successivamente modificata dall'art. 4, comma 11, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125.

(6) È importante tenere conto, in relazione a quanto si dirà a proposito dell'ambito di applicazione della pronuncia della Corte di giustizia, che ai sensi dell'art. 1 del decreto del Ministero dell'istruzione del 13 giugno 2007, n. 131, recante *"Regolamento recante norme per il conferimento delle supplenze al personale docente ed educativo, ai sensi dell'articolo 4 della L. 3 maggio 1999, n. 124"* gli incarichi di supplenza possono essere di tre tipi: a) supplenze annuali per la copertura delle cattedre e posti d'insegnamento vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico; b) supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche per la copertura di cattedre e posti d'insegnamento non vacanti, di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico; c) supplenze temporanee per ogni altra necessità di supplenza diversa dai casi precedenti.

(7) Nella parte che in questa sede più interessa, l'accordo quadro recepito dalla direttiva n. 1999/70 impone agli Stati membri di introdurre nei propri ordinamenti una o più misure di prevenzione dell'utilizzo abusivo dei rapporti di lavoro a tempo determinato che assicurino: i) che la reiterazione dei contratti a tempo determinato avvenga solo in presenza di ragioni obiettive; ii) che sia definita la durata massima totale di contratti o rapporti a tempo determinato successivi; iii) che sia definito il numero massimo dei rinnovi (clausola n. 5, punto 1). È pacifico che nel sistema scolastico italiano non sia prevista né la durata massima né il numero massimo dei rinnovi dei rapporti a tempo determinato. Il punto centrale della questione posta alla Corte di giustizia verte dunque sul ricorrere o meno delle ragioni obiettive. Secondo la giurisprudenza della Corte (vedi le sentenze *Adeneler e altri* C-2006/443; *Angelidaki e altri* C-2009/250; *Küçük* C-2012/39) la nozione di "ragioni obiettive" ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro va riferita alle peculiari caratteristiche di un determinato settore o di una determinata attività, vale a dire alla particolare natura delle mansioni che il lavoratore è chiamato a svolgere o al contesto nel quale le stesse si collocano, che siano tali da giustificare l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, quale strumento necessario di svolgimento dell'attività. La va-

giudici del rinvio dubitano della compatibilità tra i due sistemi normativi perché la disciplina del settore scolastico non sarebbe in linea con le previsioni che impongono agli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti misure idonee a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato. Controverso è in particolare se l'applicazione al settore scolastico di regole speciali sul lavoro a tempo determinato rispetto a quelle vigenti sia nel settore privato sia in altri settori dell'impiego pubblico, possa giustificarsi in base alle particolari caratteristiche che assume il rapporto di lavoro in questo settore.

3. Gli orientamenti della giurisprudenza sulle richieste di stabilizzazione e di risarcimento del danno del personale scolastico a tempo determinato.

È noto che sul punto si sono formati orientamenti divergenti della giurisprudenza di merito: accanto a decisioni di segno favorevole per la parte pubblica che hanno respinto le richieste di stabilizzazione e di risarcimento del danno avanzate dal personale precario della scuola, vi sono state decisioni che hanno condannato il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca a consistenti risarcimenti e, in alcuni casi, anche alla trasformazione del contratto di supplenza in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Le decisioni favorevoli alla parte pubblica hanno escluso che ai supplenti possano applicarsi le disposizioni generali sul rapporto di lavoro a tempo determinato ed i rimedi ivi previsti contro la prevenzione degli abusi, quali la fissazione di un termine massimo di durata del rapporto, la trasformazione del contratto a tempo indeterminato e il risarcimento del danno, in forza del principio generale secondo cui *lex priori specialis derogat legi posteriori generali*. Le regole sul rapporto a tempo determinato nel settore scolastico, in quanto speciali rispetto a quelle del d.lgs. n. 368 del 2001 e a quelle del d.lgs. n. 165 del 2001, prevalgono sull'une e sulle altre e rispetto a tale normativa speciale non è stato ravvisato alcun contrasto con il diritto comunitario (8).

Le decisioni in senso opposto hanno viceversa ritenuto che la preclusione

lutazione sulla sussistenza delle ragioni obiettive va peraltro compiuta con riferimento alle condizioni di esercizio dell'attività nel caso concreto. Una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato in termini generali e astratti non sarebbe perciò in linea con tali requisiti e, per essere conforme alle previsioni dell'accordo quadro, dovrebbe essere accompagnata da meccanismi oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale. Nella sentenza *Kücük*, di particolare interesse per la questione in esame, la Corte di giustizia precisa che l'esigenza di sostituzione temporanea di dipendenti che si trovano momentaneamente nell'impossibilità di svolgere le loro funzioni può astrattamente configurare una ragione obiettiva (soprattutto nell'ambito di quelle amministrazioni - come la scuola pubblica - che dispongano di un organico significativo per cui è inevitabile che si rendano necessarie sostituzioni temporanee frequenti) ma la sostituzione dei dipendenti assenti deve essere effettuata attraverso criteri che consentano di verificare che il rinnovo dei contratti non sia utilizzato in modo abusivo, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli.

per i precari della scuola di avvalersi degli strumenti di protezione che l'ordinamento mette a disposizione dei lavoratori a tempo determinato sia in contrasto con la direttiva n. 70/1999 e con i principi dell'accordo quadro che essa ha recepito. Pur trattandosi di disposizioni non direttamente applicabili nel nostro ordinamento e non potendo, quindi, disapplicare le norme interne con esse contrastanti, il giudice del lavoro ha comunque accolto le domande dei lavoratori ricorrenti attraverso una sostanziale disapplicazione delle norme speciali vigenti nel settore scolastico, disapplicazione raggiunta attraverso il meccanismo dell'interpretazione del diritto interno in senso conforme all'ordinamento comunitario (9).

La questione è infine giunta all'esame della Corte di cassazione che con la sentenza n. 10127 del 20 giugno 2012 (10) ha confermato la soluzione favorevole alla parte pubblica e ha escluso l'incompatibilità tra la disciplina italiana sul reclutamento scolastico e la direttiva n. 1999/70.

(8) Le decisioni che hanno sposato questo orientamento sostengono che la reiterazione dei contratti di supplenza non configura un fenomeno di successione di rapporti di lavoro a tempo determinato che la direttiva n. 1999/70 intende sanzionare. La successione di contratti si verifica solo quando, stipulato un contratto, si procede, *sic et simpliciter*, al suo rinnovo o alla sua proroga con lo stesso lavoratore. Diversamente avviene nell'assegnazione delle supplenze perché l'individuazione del lavoratore da assegnare ad una determinata sede avviene secondo criteri predeterminati dalla legge (l'ordine delle graduatorie) e difficilmente al supplente viene confermato per due anni consecutivi il medesimo incarico.

(9) Osserva SALAZAR, *op. cit.*, 27, che con riferimento a questo orientamento della giurisprudenza dovrebbe parlarsi di interpretazione "*audacemente adeguatrice*", più correttamente qualificabile come "*disapplicazione mascherata*". Nota la studiosa come "*L'interpretazione adeguatrice svela (...) le sue potenzialità più dirompenti non a caso in un momento in cui la mancanza di politiche idonee a stemperare il disagio delle fasce di popolazione meno protette dalla crisi amplifica il fenomeno, diffuso da tempo in tutte le democrazie, che vede le aule giudiziarie trasformarsi in sedi ove i cittadini finiscono per reclamare la garanzia delle aspettative riposte nello Stato sociale e andate deluse. Nelle decisioni richiamate, il trattamento peculiare riservato al settore scolastico è stato uniformato in via interpretativa a quello degli altri rami dell'amministrazione, nonostante il dato letterale neghi tale possibilità, alla luce della direttiva ed in ossequio agli artt. 11 e 117, c. 1, Cost. Il risultato finale, in sostanza, è analogo a quello di una dichiarazione di incostituzionalità "manipolativa" della Corte costituzionale, con la differenza che le varie decisioni giudiziarie che riconoscono il diritto al risarcimento del danno in favore dei docenti precari producono effetti solo sulle controversie cui si riferiscono". Per un'analisi dettagliata delle diverse soluzioni a cui sono giunti i tribunali del lavoro nell'intento di adeguare l'applicazione della normativa interna alle prescrizioni della direttiva n. 1999/70 v. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le PA: il rilievo del principio di non discriminazione*, Relazione alla tavola rotonda "*Il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni: profili discriminatori*", Roma, 14 giugno 2012, disponibile su www.europeanrights.eu.*

(10) Tra i tanti commenti alla decisione v. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la Direttiva europea sul contratto a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 870; GRAZIANO, *La normativa speciale sul reclutamento e sul trattamento economico del personale scolastico all'analisi della Cassazione*, in *Rass. avv. St.*, 2012, fasc. 4, 151; VALLEBONA, *I precari della scuola: la babele è finita*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 792. Per un quadro completo dei principi giurisprudenziali in materia di abuso dei contratti a termine nella scuola pubblica con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, costituzionale, di legittimità, amministrativa e di merito, si veda la relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. 190 del 24 ottobre 2012.

A parere della Suprema corte le supplenze costituiscono uno strumento indispensabile per assicurare la continuità e la regolare erogazione del servizio scolastico in quanto è solo attraverso di esso che l'amministrazione può far fronte alle necessità contingenti e spesso imprevedibili - perché dovute a fattori non governabili quali la variazione della popolazione scolastica o gli impedimenti soggettivi dei singoli docenti - di copertura delle cattedre che risultino prive del titolare al momento dell'avvio dell'anno scolastico o durante il suo svolgimento. Il quadro normativo sul reclutamento del personale scolastico a termine non presenterebbe dunque problemi di compatibilità con il diritto comunitario perché le assunzioni successive sarebbero ciascuna giustificata da ragioni oggettive (11).

(11) Ad ulteriore sostegno della ragionevolezza del sistema di reclutamento del personale scolastico a termine, la Suprema corte, con argomentazioni che verranno poi riprese anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207 del 3 luglio 2013, sottolinea la sua piena conformità con l'ordinamento costituzionale. L'assegnazione delle supplenze sulla base di graduatorie organizzate sul punteggio progressivamente acquisito dai singoli docenti con le esperienze di insegnamento assicurerebbe infatti la scelta degli aspiranti più meritevoli e l'immissione nei ruoli degli stessi attraverso un sistema con base concorsuale. Il meccanismo delle supplenze assicurerebbe poi la programmazione del fabbisogno di personale e della spesa pubblica, consentendo la copertura dei posti vacanti con strumenti meno onerosi di quanto non sarebbe se fossero inserite nell'organico tutte le unità chiamate a far fronte ad esigenze contingenti. Per quanto riguarda la specialità della disciplina sulla scuola rispetto a quella sul lavoro a tempo determinato, rispetto alle sentenze dei giudici di merito, la decisione in esame pone particolare attenzione alla norma di cui all'art. 70, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001 che, letta in combinato disposto con l'art. 2, comma 2, del medesimo decreto, vale a salvaguardare le disposizioni sul reclutamento del personale a termine del settore scolastico, di cui al d.lgs. n. 297 del 1994, da ogni incidenza da parte di interventi legislativi successivi di carattere generale sul contratto a termine. Va anche sottolineato quanto precisato dalla Cassazione a proposito del significato non innovativo ma di interpretazione autentica dell'art. 10, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001 che ha espressamente disposto la non applicazione al settore della scuola pubblica dell'articolo 5, comma 4-bis, del medesimo decreto, che detta i limiti (anche temporali) del rapporto di lavoro a termine. Ora, se la mancata applicazione al settore scolastico dell'art. 5, comma 4-bis, fosse riconducibile al d.l. n. 70 del 2011, che ha introdotto l'art. 10, comma 4-bis, allora ne conseguirebbe che fino all'entrata in vigore del citato decreto legge la disposizione sulla durata massima del lavoro a tempo determinato e sulla trasformazione del rapporto troverebbe applicazione anche al settore scolastico. Ciò determinerebbe, a parere della Cassazione, una serie di conseguenze non accettabili quali la totale disapplicazione al settore in esame dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001; la violazione dei criteri di efficienza organizzativa perché l'amministrazione scolastica sarebbe obbligata a consistenti immissioni in ruolo non giustificate da effettive necessità di copertura di posti vacanti; il rischio di uno sfioramento di bilancio per l'amministrazione scolastica tenuta a consistenti risarcimenti. Spiega la Cassazione che *"si finirebbe per attribuire illogicamente alla suddetta norma una portata priva di razionalità ed al di fuori di una logica di sistema. Nel momento in cui attraverso il collegato lavoro (di cui alla L. 4 novembre 2010 n. 183), si andava ad incidere in senso riduttivo sul risarcimento del danno nello stesso tempo si sarebbe, infatti, esposta la pubblica amministrazione ad uno sfioramento di bilancio, assicurando al personale della scuola un trattamento diverso e, sotto più versanti, maggiormente favorevole rispetto agli altri dipendenti pubblici, sia sul piano delle condizioni della trasformazione in contratto a tempo indeterminato, sia su quello risarcitorio. Ciò è escluso dal fatto che la specialità della normativa sulla scuola si evinceva dal precedente sistema normativo che la norma in esame ha inteso chiarire. La disposizione in parola non ha comportato alcuna innovazione esplicitando piuttosto un principio già enucleabile dal precedente sistema in base al principio di specialità della normativa sul rapporto a tempo determinato nella scuola rispetto alla disciplina generale di cui al d.lgs. n.*

La pronuncia della Suprema corte non ha però chiuso la vicenda giudiziaria.

La questione è infatti tornata ai giudici del lavoro che non essendo evidentemente convinti della lettura della Cassazione e sul presupposto che le ulteriori decisioni favorevoli ai precari sarebbero state riformate in appello, si sono rivolti alla Corte costituzionale sollevando la questione di legittimità dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, perché il contrasto tra tale normativa e la direttiva n. 70/1999 si tradurrebbe nella violazione degli art. 11 e 117, comma 1, della Costituzione (12), oppure, nel caso del Tribunale di Napoli, hanno adito in via pregiudiziale la Corte di giustizia ponendo alla stessa una serie di quesiti apparentemente concernenti la corretta interpretazione della direttiva ma in realtà tesi ad ottenere una pronuncia sulla conformità del diritto interno alla disciplina comunitaria (13).

4. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 3 luglio 2013.

La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge n. 124 del 1999, ha ritenuto che il nucleo centrale

368/2001. *La norma risponde, piuttosto, all'esigenza, avvertita dal legislatore, di ribadire, a fronte del proliferare di controversie sulla illegittimità delle assunzioni a termine nel settore in parola, di una regola iuris già insita nella legislazione concernente la c.d. privatizzazione del pubblico impiego*".

(12) Si tratta delle ordinanze del tribunale di Roma n. 143 e 144 del 2 maggio 2012 e delle ordinanze del tribunale di Lamezia Terme n. 248 e 249 del 30 maggio 2012. Secondo questi giudici la reiterazione dei contratti di supplenza, soprattutto quando siano volti a coprire posti vacanti in organico, non potrebbe fondarsi sulle esigenze di flessibilità del servizio scolastico ma sarebbe giustificata dal solo interesse al contenimento dell'organico e, dunque, della spesa pubblica. Tale ragione, per quanto rilevante, a parere dei giudici *a quibus* non può farsi rientrare tra quelle finalità di politica sociale che, secondo l'accezione desumibile dalla giurisprudenza comunitaria, giustificherebbero l'utilizzo del lavoro a termine. Va ricordato che un'analogha questione di legittimità costituzionale era già stata sollevata in precedenza dal tribunale di Trento (ord. del 27 settembre 2011, in *Lav. pub. amm.*, 2011, 271) ma in quella occasione la Corte ha ritenuto la questione non rilevante nel giudizio *a quo*.

(13) A parere del tribunale di Napoli, il quale ha assunto una posizione senza dubbio più netta di quella che poi assumerà la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 3 luglio 2013, il sistema utilizzato dallo Stato italiano per far fronte all'esigenza di sostituzione di lavoratori a tempo indeterminato nella scuola sarebbe fonte di abusi e chiaramente incompatibile con il diritto comunitario. Tale sistema non consentirebbe infatti la verifica di un'esigenza concreta e reale di sostituzione temporanea; non porrebbe alcun limite al numero delle supplenze affidate a ciascun lavoratore e consentirebbe la reiterazione di contratti a termine anche per coprire vere e proprie vacanze di organico. L'incompatibilità deriverebbe poi dal fatto che la normativa di riferimento non contempla neppure misure di sanzionatorie contro gli abusi, dal momento che risulta preclusa sia la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine che superi i trentasei mesi (secondo l'art. 4, comma 14-bis, della legge n. 124 del 1999 i contratti di lavoro a tempo determinato non possono essere trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato se non in caso di immissione in ruolo sulla base delle graduatorie) sia il risarcimento del danno. Va accennato che nel giudizio davanti alla Corte di giustizia - di cui si dirà più avanti - la difesa del Comune di Napoli ha eccepito l'irricevibilità della questione pregiudiziale per violazione dell'art. 267, comma 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) in quanto le considerazioni effettuate dal giudice *a quo* vanno già nella direzione di ritenere insufficienti le misure preventive e sanzionatorie adottate dalla legislazione italiana in recepimento della direttiva. Pertanto il tribunale di Napoli avrebbe potuto decidere la questione senza dover sollevare la questione pregiudiziale.

del sistema di reclutamento del personale scolastico a tempo determinato non sia in contrasto con la normativa comunitaria, mentre ne ha ravvisato una possibile incompatibilità nella parte in cui il medesimo quadro normativo prevede che il conferimento delle supplenze annuali su posti vacanti e disponibili abbia luogo *“in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente non di ruolo”*. Tale previsione, letta alla luce della circostanza che negli ultimi dieci anni i concorsi nella scuola non si sono svolti con regolarità, potrebbe consentire molteplici rinnovi dei contratti di supplenza per coprire posti vacanti che dovrebbero invece essere assegnati a personale di ruolo, reclutato appunto attraverso periodici concorsi pubblici. Il fatto che i lavoratori che sono stati assoggettati a un’indebita ripetizione di contratti di lavoro a tempo determinato non possano poi avvalersi della trasformazione del rapporto a termine che abbia avuto una durata superiore a trentasei mesi né del risarcimento del danno, in quanto strumenti incompatibili con la disciplina del lavoro nel settore scolastico, determina, a parere della Corte, un possibile conflitto tra il diritto interno e le previsioni della direttiva n. 1999/70.

Ha ritenuto però la Corte costituzionale che la questione non potesse essere definita se non attraverso un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia alla quale sono stati sottoposti i seguenti due quesiti:

a) *se la clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all’applicazione dell’art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente di ruolo» - disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l’espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;*

b) *se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano (...) tali da rendere compatibile con il diritto dell’Unione europea una normativa come quella italiana che per l’assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno (14).*

Dalle motivazioni dell’ordinanza sembra in realtà che la Corte costituzionale intenda orientare la decisione della Corte di giustizia nel senso di riconoscere la compatibilità del quadro normativo nazionale sul lavoro a tempo determinato nel settore scolastico con il diritto comunitario.

A sostegno di questa tesi spiega la Corte come la normativa nazionale sia strutturata in modo tale da rispondere alle ragioni obiettive di cui alla clausola 5, punto 1, della direttiva n. 1999/70 in quanto i margini di imprevedibilità, per quel che riguarda le prestazioni didattiche che il servizio scolastico nazionale è tenuto ad offrire, legati a fenomeni come l'aumento o la diminuzione della popolazione scolastica, le malattie, le aspettative, la maternità del personale insegnante, rendono indispensabile avvalersi di uno strumento come l'assunzione di personale a termine che consente di assicurare la presenza di un contingente di personale scolastico sufficiente a coprire tutte le necessità delle scuole statali. D'altra parte, precisa ancora l'ordinanza, se all'attribuzione di tutte le supplenze su posti vacanti e disponibili si provvedesse con i contratti a tempo indeterminato, la pubblica amministrazione si esporrebbe al rischio di avere un numero di docenti di ruolo superiore al necessario qualora si verificassero successive diminuzioni della popolazione scolastica, e ciò non sarebbe possibile nel periodo attuale nel quale sussistono gravi necessità di contenimento della spesa pubblica, anche in base ad impegni derivanti da vincoli posti dall'Unione europea. Ad ulteriore sostegno della conformità della normativa nazionale sono poi poste due ulteriori circostanze: il fatto che il meccanismo di assegnazione dei contratti a tempo determinato sia in grado di garantire che l'assunzione del personale avvenga con criteri oggettivi e sia funzionale all'immissione in ruolo del personale precario e la significativa riduzione del numero dei precari che si è registrata negli ultimi anni (15).

(14) Giova evidenziare che si tratta del primo caso di rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale nel corso di un giudizio di legittimità in via incidentale. In passato la Corte aveva infatti riconosciuto la propria legittimazione a sollevare questioni pregiudiziali nei soli giudizi in via principale (ordinanza n. 103 del 2008) in quanto in questi casi è giudice di unica istanza per la mancanza di un giudice *a quo* abilitato a definire la controversia. L'ordinanza in questione è quindi considerata dalla dottrina una novità importante nel panorama dei rapporti tra giudice costituzionale italiano e Corte di Lussemburgo, pur sottolineando, la maggior parte degli autori, come il profilo della legittimazione al rinvio pregiudiziale e del riparto di tale compito tra Corte costituzionale e giudice comune non siano stati adeguatamente motivati nell'ordinanza. Sul punto v. SALAZAR, *op. cit.*, 27, la quale osserva che *"Sul piano generale, può dirsi che, se questo è un inizio, tra le due Corti si aprirà un "dialogo" diretto, che consentirà al Giudice delle leggi di intervenire "in parallelo" agli altri magistrati italiani in merito ai dubbi sull'applicazione del diritto europeo. Per tale via, essa potrà offrire al Giudice del Lussemburgo la propria visione sistemica, slegata dalla necessità di offrire risposte al caso singolo, che è invece inevitabilmente presente nelle questioni pregiudiziali presentate dagli altri giudici. Superfluo sottolineare quanto tale canale di comunicazione possa essere importante, ad esempio, al fine di presentare alla Corte di giustizia ricostruzioni a tutto tondo della nostra "tradizione costituzionale", soprattutto per gli aspetti che la differenziano da quella degli altri Paesi"*.

(15) Nota ancora SALAZAR, *op. cit.*, 27, come *"sembra quasi che la Consulta inviti la Corte europea a orientarsi verso un bilanciamento simile a quello posto a base delle sentenze di "costituzionalità provvisoria", segnalando come si sia ormai avviata una stagione di stabilizzazione dei precari della scuola pubblica, esibendo i dati numerici relativi alle assunzioni già avvenute e a quelle future, come se la situazione sia destinata ad essere risolta nel prossimo futuro. Anche in questa occasione, dunque, la Corte si erge a custode dell'equilibrio costituzionale complessivo (...)"*.

5. *Il giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea.*

5.1. *Le argomentazioni dei lavoratori a tempo determinato e del governo italiano.*

Davanti ai giudici di Lussemburgo si è prima di tutto riproposta la contrapposizione tra il personale scolastico a tempo determinato e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, che ha caratterizzato i giudizi davanti all'autorità giudiziaria italiana.

Volendo sintetizzare gli argomenti esposti nei rispettivi atti di costituzione in giudizio, la parte privata (16) ha cercato di dimostrare come sussista un contrasto tra il quadro normativo interno e il diritto comunitario incentrando la propria analisi su una prospettiva che pone il singolo lavoratore - e non il sistema scolastico nel suo complesso - al centro del sistema.

Una prima ragione di non conformità dell'ordinamento italiano rispetto al diritto comunitario risiederebbe nel fatto che la disciplina sul reclutamento del personale scolastico non preveda né un limite al numero dei possibili rinnovi delle supplenze né la durata massima dell'intero rapporto, elementi, questi, che la normativa comunitaria contempla invece come strumenti di prevenzione degli abusi.

Una seconda ragione verte invece sul modo in cui è congegnato il meccanismo delle graduatorie: lo stesso infatti, subordinando sia l'assegnazione del contratto a tempo determinato, sia le *chance* di immissione in ruolo, all'aumento del punteggio che gli interessati progressivamente acquisiscono attraverso successive esperienze di impiego, favorirebbe la massima ripetizione dei contratti a tempo determinato.

Alle censure che riguardano la normativa in sé considerata, le parti private hanno poi aggiunto altre considerazioni che attengono alle modalità con le quali tale normativa è stata effettivamente applicata: il numero consistente del personale precario rispetto all'intero impiego del settore scolastico e la circostanza che molte assegnazioni di contratti a tempo determinato avvengano su posti vacanti in organico, dimostrerebbero che l'amministrazione si avvale delle supplenze per coprire carenze di personale che non derivano da circostanze di carattere temporaneo ed imprevedibile quanto, piuttosto, da una strutturale carenza di immissioni in ruolo.

A conclusioni diverse è giunta invece l'Avvocatura dello Stato che in difesa del governo italiano ha richiamato l'attenzione della Corte di giustizia su due profili che renderebbero conformi alla normativa comunitaria le supplenze nella scuola pubblica.

Il primo attiene alle caratteristiche del sistema scolastico e alle esigenze

(16) Si sono costituiti in giudizio, oltre ai ricorrenti nei giudizi principali, anche la Federazione Gilda-Unams, la Federazione lavoratori della conoscenza (FLC) e la Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL).

di organizzazione che lo caratterizzano. È stato in particolare sottolineato come nell'assicurare l'erogazione del servizio, l'amministrazione si trovi di fronte a due forme di vincoli organizzativi:

a) la forte variabilità della domanda, che non dipende da scelte di governo ma da fattori imprevedibili e in continuo divenire, quali i mutamenti continui dell'entità della popolazione scolastica, dovuta soprattutto a fenomeni di immigrazione; i trasferimenti di scuola o di città degli studenti; la modifica della scelta di indirizzo scolastico da parte delle famiglie; le bocciature, e - fattore di importanza crescente - il numero di alunni disabili, che hanno diritto all'insegnante di sostegno (17);

b) la rigidità delle modalità di erogazione del servizio nel senso che il numero dei docenti - e, entro certi limiti, del personale non docente - non potrebbe essere ridotto senza pregiudicare la regolare erogazione del servizio stesso. Diversamente da altri settori dove il numero dei lavoratori addetti può essere ridotto con correlativa riduzione - ma non eliminazione - del servizio, nella scuola, invece, la riduzione del personale implica la negazione dello stesso perché non sarebbe possibile affidare più classi ad un medesimo docente e neanche unire più classi, per ragioni inerenti alle norme in materia di composizione delle stesse classi e anche di edilizia scolastica, legate ovviamente a esigenze pedagogiche.

Ebbene secondo il parere dell'Avvocatura dello Stato questi elementi assicurano che il rapporto di lavoro a tempo determinato nella scuola italiana sia supportato da ragioni oggettive e, dunque, la relativa disciplina non si pone in contrasto con la direttiva n. 1999/70 in quanto contempla meccanismi di prevenzione degli abusi equivalenti a quelli ivi previsti.

Quale secondo elemento che attesterebbe la conformità dell'ordinamento interno al diritto comunitario, l'Avvocatura dello Stato ha sottolineato come la normativa sul reclutamento del personale scolastico a tempo determinato,

(17) Per meglio comprendere il fenomeno, giova descrivere succintamente la procedura di determinazione dell'organico che il Ministero compie al fine di assicurare il regolare avvio dell'anno scolastico. Ogni anno viene effettuata una stima del cosiddetto "organico di diritto", vale a dire le classi e gli insegnanti (numero e tipologia) che, sulla base delle iscrizioni effettuate sin dal mese di gennaio, si presume saranno necessari nell'anno scolastico successivo. In base alla consistenza e alla dislocazione sul territorio dell'organico di diritto, vengono poi eseguite le complesse operazioni di trasferimento dei docenti, di immissioni in ruolo e di assegnazione dei docenti stessi alle direzioni regionali. Può accadere tuttavia che nel lasso di tempo tra gennaio e luglio (e a volte fino a settembre) l'organico di diritto così determinato subisca significativi mutamenti a seguito delle circostanze appena ricordate. Per rispondere a tali variazioni, il Ministero procede alla determinazione del cd. "organico di fatto", vale a dire quell'organico che all'inizio dell'anno scolastico risulta necessario ad assicurare il buon funzionamento di tutte le classi. L'incremento che si determina in organico di fatto (per l'anno scolastico 2012/2013 si è trattato, ad esempio, di circa 26.000 posti) è nella quasi totalità riferito ai cosiddetti "spezzoni di ore", vale a dire ore curriculari coperte con supplenza brevi perché non sufficienti per formare una nuova cattedra (per la quale sono necessarie almeno di 18 ore) e dunque per assumere un'altra unità di personale.

pur non prevedendo la durata massima dei rapporti di lavoro o il numero massimo di rinnovi, sarebbe comunque congegnata in modo da salvaguardare il personale precario contro i rischi di un uso distorto di tale strumento. Il meccanismo di assegnazione delle supplenze, letto in combinazione con le regole sul doppio canale del reclutamento nei ruoli, costituirebbe infatti uno strumento per superare il precariato, e non per alimentarlo, in quanto il lavoratore a tempo determinato è inserito in un percorso che - sia pure in tempi non definibili a priori - lo conduce verso l'assunzione in ruolo. In altre parole, la circostanza che il reclutamento a tempo indeterminato di una parte del personale scolastico avvenga attraverso graduatorie nelle quali sono inseriti i lavoratori a tempo determinato - e dunque che molti supplenti possano prevedere in modo attendibile i tempi di assunzione in base al punteggio acquisito in graduatoria - fa sì che per il personale scolastico la distinzione tra il lavoro a tempo determinato e il lavoro a tempo indeterminato sia meno netta che in altri settori e conseguentemente siano molto attenuati anche i rischi della condizione di precarietà che la disciplina europea del lavoro a tempo determinato vuole prevenire (18).

5.2 Le osservazioni del governo ellenico.

Si è costituito nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea anche il governo ellenico (19) il quale, diversamente dal governo italiano, ha posto una questione di applicabilità della direttiva n. 1999/70 al rapporto di impiego nel settore dell'istruzione pubblica.

Il sistema ellenico di reclutamento del personale scolastico presenta senza dubbio alcune analogie con quello italiano quanto alle modalità di utilizzo del personale a tempo determinato per far fronte alla temporanea mancanza di docenti o alla copertura di posti vacanti straordinari.

(18) Sono stati poi sottolineati due ulteriori argomenti che, a parere dell'Avvocatura dello Stato, dovrebbero indurre la Corte di giustizia a non assumere una decisione di netta censura rispetto al sistema italiano di reclutamento del personale scolastico a tempo determinato. Il primo è la circostanza che per molti aspiranti docenti l'impiego pubblico sia l'unica reale possibilità di impiego, per cui i limiti alla possibilità di rinnovo dei contratti a tempo determinato si tradurrebbero di fatto in limiti alla possibilità di continuare a svolgere la funzione di docente, con l'effetto finale di danneggiare anziché proteggere i lavoratori precari della scuola. Il secondo è la significativa riduzione del numero complessivo dei precari che è stata realizzata a partire dall'anno 2012, attraverso lo svolgimento di un nuovo concorso per l'immissione in ruolo e attraverso provvedimenti normativi che hanno avviato nuovi piani di reclutamento (decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128, che ha previsto un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente, educativo e tecnico-amministrativo per gli anni 2014-2016 nonché l'incremento della dotazione organica degli insegnanti di sostegno).

(19) A mero titolo di completezza va detto che anche la Repubblica di Polonia si è costituita in giudizio soffermandosi però solo su due delle sette questioni pregiudiziali proposte dal tribunale di Napoli, riguardanti in particolare l'applicazione del principio di non discriminazione nei meccanismi di risoluzione del rapporto di lavoro e gli obblighi informativi a cui è tenuto il datore di lavoro.

Secondo quanto emerge dalle osservazioni depositate in giudizio, il quadro normativo al momento vigente in Grecia risulta conforme alle disposizioni della direttiva n. 1999/70 secondo l'interpretazione che ne ha fornito la giurisprudenza della Corte di giustizia fin qui formatasi. Temendo probabilmente una decisione di diverso avviso rispetto alla giurisprudenza precedente, più severa quando alle misure di prevenzione e contrasto degli abusi che gli Stati membri sono tenuti ad adottare, il governo ellenico ha espresso una posizione favorevole al rigetto dei dubbi di compatibilità tra il quadro normativo italiano e il diritto comunitario.

Ha sostenuto al riguardo che il lavoro a tempo determinato prestato nel settore dell'insegnamento non dovrebbe essere compreso nell'ambito di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro. Tale clausola prevede espressamente che nell'introdurre strumenti di prevenzione contro gli abusi, i destinatari debbano tenere conto "*delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori*". Ciò varrebbe a escludere l'applicazione di strumenti quali la stabilizzazione del contratto o il risarcimento del danno (o anche la fissazione di ragioni oggettive riferite al singolo rapporto di lavoro) al settore dell'insegnamento perché del tutto incompatibili con le caratteristiche di tale settore, nel quale l'utilizzo di un contingente non previamente definito di personale non di ruolo è indispensabile per assicurare la funzionalità del sistema scolastico e garantire il diritto all'istruzione dei cittadini.

Tale soluzione, va detto subito, non è stata accolta dalla Corte di giustizia che ha richiamato la propria consolidata giurisprudenza sulle disposizioni che delineano l'ambito di applicazione dell'accordo quadro (clausola 2, punto 1, letta in combinato disposto con la clausola 3, punto 1) confermando che esso ha un ampio ambito di applicazione dal quale nessun particolare settore è escluso in via di principio. Il riferimento alle "*esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori*" non pone in discussione l'obbligo di adottare misure di prevenzione contro gli abusi del lavoro a termine ma si riferisce, piuttosto, alle modalità in cui tali misure sono introdotte, consentendo agli Stati membri di variare i modi in cui la protezione è garantita. Allo stesso tempo, anche la nozione di "*lavoratore a tempo determinato*" include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro. Non vi sono pertanto elementi che consentano di interpretare le disposizioni dell'accordo nel senso di escludere che i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati nel settore dell'insegnamento pubblico possano essere in linea generale esclusi dall'ambito di applicazione dello stesso.

5.3 Le osservazioni della Commissione europea e le conclusioni dell'Avvocato generale.

Sono su posizioni sostanzialmente analoghe gli atti di costituzione in giu-

dizio della Commissione europea (20) e le conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar. Entrambi hanno sottolineato che per valutare la conformità dell'ordinamento italiano alla direttiva n. 1999/70 occorre prendere in esame le misure concretamente introdotte nel settore scolastico per assicurare che i rapporti di lavoro a tempo determinato siano effettivamente utilizzati per soddisfare esigenze di carattere provvisorio e non carenze strutturali di personale. La sostituzione del personale assente è senza dubbio una circostanza che giustifica l'utilizzo del lavoro a tempo determinato; tuttavia è necessario che alle esigenze di flessibilità riscontrabili in via generale nell'organizzazione del sistema scolastico si accompagnino strumenti che consentano di verificare la coerenza tra assunzione a tempo determinato ed esigenze temporanee di insegnamento.

La normativa italiana sull'assegnazione delle supplenze non offrirebbe questo tipo di garanzie in quanto formulata in maniera generale e astratta, senza un legame tangibile né con il contenuto specifico né con le concrete condizioni di esercizio dell'attività interessata dalla successione di contratti a tempo determinato. Neanche al momento della sua applicazione da parte delle autorità competenti la normativa in esame contemplerebbe criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare l'esistenza di un'esigenza reale di sostituzione temporanea. La dimostrazione di tale assunto emergerebbe dalla circostanza che, secondo la normativa censurata, ai posti vacanti e disponibili si provveda mediante il conferimento di supplenze annuali *"in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo"*: il fatto che non sia stato fissato alcun termine preciso per l'espletamento di tali concorsi, che rimane subordinato all'esistenza dei necessari mezzi finanziari e alle decisioni discrezionali dell'amministrazione sulla programmazione dell'organico, genererebbe un'incertezza totale sulle esigenze temporanee o permanenti che sottendono ciascun contratto di supplenza.

A parere della Commissione e dell'Avvocato generale la conformità del sistema italiano di reclutamento dei supplenti non potrebbe neanche dimostrarsi dalla circostanza che il personale a tempo determinato della scuola sia introdotto, attraverso l'iscrizione nelle graduatorie, in un percorso destinato all'assunzione: si tratta infatti di un'eventualità che dipende dalle scelte discrezionali dell'amministrazione e da fatti contingenti che il lavoratore non è in grado di prevedere o controllare.

(20) Va ricordato che nel marzo del 2011 la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione (n. 2010/2124) nei confronti dello Stato italiano per la non corretta applicazione della direttiva n. 1999/70/CE nel settore dell'istruzione pubblica censurando, oltre all'assenza di misure di prevenzione contro l'uso abusivo dei contratti a tempo determinato, anche il trattamento economico meno favorevole che la normativa italiana riserverebbe ai supplenti rispetto al personale di ruolo. Nel novembre 2013 la medesima Commissione ha emesso un parere motivato ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che obbliga il nostro Paese ad assumere misure idonee a eliminare le violazioni riscontrate.

5.4 La decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Con la sentenza del 26 novembre 2014 (21) la Corte di giustizia riconosce prima di tutto come sussista uno stretto legame tra l'utilizzo del lavoro a tempo determinato nel sistema scolastico e le speciali esigenze di flessibilità di personale che si riscontrano in questo settore. La pubblica amministrazione che eroga il servizio, per assicurarne l'ordinata fruizione da parte di tutti gli utenti, deve infatti garantire un adeguamento costante tra il numero dei docenti e il numero degli scolari, adeguamento che è conseguibile solo attraverso la disponibilità di un contingente di lavoratori non di ruolo di cui potersi avvalere quando intervengano aumenti o diminuzioni della popolazione scolastica, che a loro volta dipendono da fattori difficilmente controllabili o prevedibili. L'esigenza di flessibilità che caratterizza il sistema scolastico è di per sé qualificabile come "ragione obiettiva" per il ricorso ai contratti a tempo determinato perché consente di *"rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica ed evitare di esporre lo Stato, quale datore di lavoro in tale settore, al rischio di dover immettere in ruolo un numero di docenti significativamente superiore a quello effettivamente necessario per adempiere i propri obblighi"* (22).

Rimanendo sul piano della compatibilità in astratto del quadro normativo italiano con l'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia riconosce che l'utilizzo del rapporto di lavoro a tempo determinato per far fronte a carenze di organico temporanee e destinate ad essere reintegrate attraverso lo svolgimento delle procedure concorsuali di reclutamento (come appunto prevede l'art. 4, comma 1, della l. 124 del 1999) o per sostituire il personale assente dal servizio per usufruire di periodi di congedo, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro. La configurabilità in astratto di circostanze che rendono legittima la reiterazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato non è tuttavia sufficiente per escludere che tale forma di impiego sia utilizzata in termini non conformi alle regole dell'accordo. In altre parole, il solo fatto che la normativa sul reclutamento del personale scolastico a tempo determinato possa essere giustificata da una "ragione obiettiva" non può essere di per sé sufficiente se risulta che l'applicazione concreta di detta normativa conduce, nei fatti, a un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Occorre allora una verifica concreta, attraverso un esame globale delle circostanze sottese al rinnovo dei rapporti di lavoro in questione, per assicurare che questi siano effettivamente diretti a soddisfare esigenze provvisorie (23).

(21) Un primo commento alla sentenza è stato predisposto dal Servizio studi del Senato con la nota breve n. 41 del dicembre 2014, disponibile su www.senato.it.

(22) Cfr. punto 95 della sentenza.

(23) Afferma la Corte di giustizia ai punti 101 e 102 della sentenza che *"L'osservanza della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro richiede (...) che si verifichi concretamente che il rinnovo*

Fin qui i chiarimenti della Corte di giustizia rimangono rigorosamente entro i confini della funzione propria del giudizio pregiudiziale, vale a dire chiarire al giudice del rinvio quale sia la corretta interpretazione e applicazione del diritto comunitario. Coerente con la natura del giudizio è la conclusione, più volte ribadita nelle motivazioni della sentenza, secondo la quale spetta al giudice nazionale verificare se accanto alle ragioni obiettive astrattamente considerate, la disciplina sul reclutamento del personale scolastico contempli anche misure idonee ad evitare che il personale a tempo determinato sia utilizzato in difformità rispetto all'accordo.

Rispetto a questa verifica, che spetterebbe ai giudici nazionali, la Corte fornisce peraltro una precisa indicazione su quale sia la soluzione preferibile, censurando il quadro normativo italiano sotto due punti di vista:

- l'inaffidabilità dei meccanismi di immissione in ruolo del personale scolastico (concorsi e immissione dalle graduatorie) che renderebbero l'ingresso nei ruoli *"tanto variabile quanto incerto"* (24) e dunque dimostrerebbero che le condizioni di applicazione della ragione oggettiva di sostituzione del personale temporaneamente assente non garantiscono che la stessa è conforme all'accordo quadro;

- l'esclusione di qualunque forma di sanzione efficace contro l'uso abusivo dei contratti a tempo determinato.

6. Considerazioni conclusive.

Un primo esame della pronuncia qui in commento consente di formulare le seguenti osservazioni.

Non sembra che la Corte abbia risposto in modo approfondito al quesito se le speciali esigenze di flessibilità che caratterizzano l'amministrazione chiamata ad organizzare e ad erogare il servizio scolastico possano di per sé giustificare il ricorso al rapporto di lavoro a tempo determinato.

Tale quesito era stato posto dalla Corte costituzionale che aveva illustrato la propria visione a tutto tondo del sistema scolastico, collegando l'attribuzione delle supplenze annuali alla specificità della funzione della scuola pubblica - la soddisfazione del diritto fondamentale all'istruzione dei cittadini di cui agli art. 33 e 34 Cost. - e alle relative esigenze di flessibilità organiz-

di successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato miri a soddisfare esigenze provvisorie, e che una disposizione nazionale quale l'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, letta in combinato disposto con l'articolo 1 del decreto n. 131/2007 non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale (...). Occorre a tal fine esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro (...)".

(24) Cfr. punto 105 della sentenza.

zativa. Anche l'Avvocatura dello Stato aveva sottolineato come a fronte della variabilità che caratterizza la domanda del servizio, il ricorso ad una forma di reclutamento con spiccata flessibilità per una quota significativa dei posti sarebbe l'unico strumento in grado di far fronte al rischio di non avere docenti a sufficienza per assicurare il servizio a tutti i richiedenti oppure di assumere docenti che poi rimangono inutilizzati. La questione era stata sollevata anche dal governo ellenico il quale, sulla base dei medesimi argomenti, aveva posto un problema di non applicabilità della direttiva n. 1999/70 al settore dell'insegnamento.

Dalla lettura della sentenza sembra che la Corte di giustizia abbia preso in esame gli argomenti sulla specialità del sistema scolastico nelle premesse della decisione, come elemento che dimostrerebbe solo in via di mero principio la compatibilità della normativa sul reclutamento del personale supplente con l'accordo quadro (25).

Ebbene questa conclusione non convince in quanto se si riconosce che per assicurare il regolare funzionamento del sistema scolastico l'amministrazione debba far fronte a un continuo problema di adeguamento tra il numero di docenti e il numero di scolari, dipendente da fattori difficilmente controllabili o prevedibili, allora è logico ritenere che un certo numero di rapporti di lavoro a tempo determinato - che potrebbe essere ad esempio proporzionale all'oscillazione media della domanda riscontrata in un certo lasso di tempo - siano di per sé giustificati da ragioni obiettive, a prescindere dal riscontro delle necessità concrete che sottendono a ciascun rapporto di lavoro. In altre parole, non dovrebbe essere necessario dimostrare la presenza di ragioni obiettive in relazione a ciascuna assunzione a tempo determinato se le pertinenti disposizioni nazionali fanno riferimento alla presenza di valide ragioni al momento di disciplinare il ricorso alle supplenze in generale: una disposizione legislativa che consente le assunzioni a termine in situazioni che costituiscono effettivamente ragioni oggettive dovrebbe rendere tali assunzioni, in virtù di questo riferimento, di per sé legittime.

(25) Ai punti 94 e 95 della sentenza la Corte afferma che *“va rilevato che, come risulta, in particolare, dall'ordinanza di rinvio nella causa C-418/13, l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana che impone a tale Stato l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari. Orbene, non si può negare che tale adeguamento dipenda da un insieme di fattori, taluni dei quali possono, in una certa misura, essere difficilmente controllabili o prevedibili, quali, in particolare, i flussi migratori esterni ed interni o le scelte di indirizzi scolastici da parte degli scolari. Si deve ammettere che fattori del genere attestano, nel settore dell'insegnamento (...) un'esigenza particolare di flessibilità che (...) è idonea, in tale specifico settore, a giustificare oggettivamente, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica ed evitare di esporre lo Stato, quale datore di lavoro in tale settore, al rischio di dover immettere in ruolo un numero di docenti significativamente superiore a quello effettivamente necessario per adempiere i propri obblighi in materia”*.

Una seconda osservazione attiene all'ambito di applicazione della pronuncia.

La normativa italiana è censurata nella parte in cui determina un'incertezza sui tempi e modi di assunzione a tempo indeterminato del personale supplente destinato a coprire posti vacanti in organico. È in particolare censurato il carattere farraginoso dei meccanismi di reclutamento nei ruoli per la copertura di tali posti vacanti, che consentirebbe la reiterazione senza limite delle supplenze con il conseguente rischio di utilizzo delle stesse per coprire carenze strutturali di personale di ruolo.

Ebbene se l'utilizzo dei rapporti a tempo determinato con modalità non conformi alle prescrizioni dell'accordo quadro riguarda i contratti di supplenza assegnati nei limiti quantitativi e temporali dell'espletamento dei concorsi, allora non vi sarebbero ostacoli al mantenimento di tutti gli altri contratti di supplenza, che in quanto conferiti su posti a diverso titolo disponibili ma non vacanti (e dunque non destinati ad essere occupati da personale di ruolo) sarebbero giustificati dalle esigenze di flessibilità del sistema scolastico.

Si tratta di una conclusione importante ai fini della complessiva tenuta del sistema, considerato che la maggior parte delle supplenze scolastiche sono assegnate su posti temporaneamente disponibili e non su posti vacanti. Questo risultato si riverbererà sui dubbi dei giudici *a quibus* e la disciplina impugnata sarà "protetta" contro altre eventuali impugnazioni in via incidentale (e contro altre letture audacemente adeguate da parte della magistratura di merito).

A questo punto la parola passa di nuovo alla giurisdizione nazionale nella quale potrebbero aprirsi una serie di diversi scenari.

La Corte costituzionale ha espressamente ribadito nell'ordinanza n. 207 del 2013 la propria competenza a "*valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario*".

Una soluzione che appare senza dubbio ipotizzabile è l'adozione da parte della Corte costituzionale di una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge 124 del 1999 per violazione degli art. 11 e 177 Cost. Tale pronuncia, che censurerebbe il sistema di reclutamento a tempo determinato nella scuola nella parte in cui consente la reiterazione delle supplenze su posti vacanti in organico, non potrebbe però condurre alla automatica trasformazione a tempo indeterminato dei contratti di supplenza conclusi in forza della norma dichiarata incostituzionale, ostando a tale ipotesi l'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 ma, più probabilmente, alla fondatezza delle istanze risarcitorie dei precari, perché verrebbe meno il sostegno giuridico che fino ad oggi ha giustificato le assunzioni a termine su posti vacanti.

Appare invece poco probabile che la Corte possa rigettare la questione di costituzionalità dando concreta attuazione alla teoria dei controlimiti (26), la quale presuppone l'accertamento della violazione, da parte del diritto del-

l'Unione, di un principio supremo dell'ordinamento costituzionale o di un diritto fondamentale, quale sarebbe il diritto all'istruzione. Come è stato già detto la restrizione delle possibilità di concludere contratti a tempo determinato è circoscritta ai soli posti vacanti e, tra l'altro, nei limiti in cui l'ordinamento non riesca ad assicurare il regolare svolgimento delle procedure concorsuali: non sembra che ciò possa compromettere il funzionamento dell'intero sistema scolastico incidendo sul diritto all'istruzione.

Quanto ai giudici di merito, è stata già annunciata dalle parti sindacali, che hanno salutato come una propria vittoria giudiziaria la pronuncia della Corte di giustizia, la presentazione di nuovi ricorsi collettivi diretti ad ottenere la stabilizzazione di circa 250 mila precari, i relativi risarcimenti e gli scatti di anzianità maturati tra il 2002 e il 2012 dopo il primo biennio di servizio, nonché le mensilità estive su posto vacante (27).

A fronte del *decisum* della Corte c'è da aspettarsi un rafforzamento dell'orientamento giurisprudenziale che forzando i margini dell'interpretazione conforme ha accolto le pretese dei precari. Si intravede in particolare il rischio che il giudice del lavoro fornisca un'applicazione generalizzata delle indicazioni della Corte di giustizia ritenendo incompatibili con il diritto comunitario - perché svincolate dalle ragioni obiettive - tutte le disposizioni che consentono di concludere una successione di contratti a tempo determinato svincolata dalla predeterminazione di una durata massima o di un certo numero di rinnovi.

Sarà quindi compito dell'organo politico ricercare un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze organizzative e finanziarie del sistema scolastico e l'aspettativa di quanti contribuiscono al buon andamento dello stesso in qualità di supplenti a poter contare su un meccanismo affidabile per l'immissione in ruolo (28).

(26) Cfr. IADICICCO, *op. cit.*, 14

(27) Potrebbero presentare ricorso tutti i supplenti che abbiano ricevuto incarichi di docenza per dodici mesi all'anno per tre anni scolastici anche non consecutivi oppure per tre anni considerando ogni anno maturato con 180 giorni di servizio. È stata anche prospettata l'applicazione dei principi fissati dalla Corte ad altri settori dell'impiego nelle amministrazioni pubbliche (ad esempio la sanità) dove è diffuso l'utilizzo del lavoro a tempo determinato.

(28) Una lettura della sentenza nel senso che l'amministrazione scolastica sarebbe tenuta a stabilizzare tutti i docenti che hanno maturato trentasei mesi di insegnamento come supplenti è stata fornita anche dalle forze politiche di opposizione che hanno contestato le soluzioni proposte dal Governo contenute nel piano della buona scuola. Cfr. interpellanza urgente n. 2-00773 proposta dall'On.le Silvia Chimenti (M5S) in Aula Camera e discussa il 5 dicembre 2014.

Corte di giustizia dell'Unione europea (Terza Sezione) sentenza 26 novembre 2014 - Pres. M. Ilešič, Rel. A. Ó Caoimh, Avv. Gen. M. Szpunar - Raffaella Mascolo (C-22/13), Alba Forni (C-61/13) e Immacolata Racca (C-62/13) contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Fortuna Russo contro Comune di Napoli (C-63/13) e Carla Napolitano e altri contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (C-418/13). Domande di pronuncia pregiudiziale: Tribunale di Napoli (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13), Corte costituzionale (C-418/13).

«Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato – Successione di contratti di lavoro a tempo determinato – Insegnamento – Settore pubblico – Supplenze di posti vacanti e disponibili in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali – Clausola 5, punto 1 – Misure di prevenzione del ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato – Nozione di “ragioni obiettive” che giustificano tali contratti – Sanzioni – Divieto di trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Assenza di diritto al risarcimento del danno»

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione delle clausole 4 e 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 (in prosieguo: l'«accordo quadro»), che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, pag. 43), dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, della direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro (GU L 288, pag. 32), del principio di leale cooperazione previsto dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché dei principi generali del diritto dell'Unione relativi alla certezza del diritto, alla tutela del legittimo affidamento, all'uguaglianza delle armi nel processo, all'effettiva tutela giurisdizionale, al diritto a un tribunale indipendente e a un equo processo, garantiti dall'articolo 6, paragrafo 2, TUE, letto in combinato disposto con l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), e con gli articoli 46, 47 e 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di controversie che vedono opposti la sig.ra Mascolo e altri otto lavoratori, tutti membri del personale di scuole pubbliche, al proprio datore di lavoro, ossia, per otto di essi, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, (in prosieguo: il «Ministero») e, per l'ultimo, il Comune di Napoli, in merito alla qualificazione dei contratti di lavoro che li legavano a tali datori di lavoro.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

La direttiva 1999/70

3 La direttiva 1999/70 è fondata sull'articolo 139, paragrafo 2, CE e, ai sensi del suo articolo 1, è diretta ad «attuare l'accordo quadro (...), che figura nell'allegato, concluso (...) fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale [Confederazione europea dei sindacati (CES), Unione delle confederazioni dell'industria e dei datori di lavoro dell'Europa (UNICE), Centro europeo delle imprese a partecipazione pubblica (CEEP)]».

4 La clausola 1 dell'accordo quadro così recita:

- «L'obiettivo del presente accordo quadro è:
- a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione;
 - b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».
- 5 La clausola 2 dell'accordo quadro, intitolata «Campo d'applicazione», prevede quanto segue:
- «1. Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro.
 2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o le parti sociali stesse possono decidere che il presente accordo non si applichi ai:
 - a) rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato;
 - b) contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».
- 6 La clausola 3 dell'accordo quadro, intitolata «Definizioni», così prevede:
1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico.
(...)
- 7 La clausola 4 dell'accordo quadro, intitolata «Principio di non discriminazione», prevede, al suo punto 1, quanto segue:
- «Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive».
- 8 Ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi»:
- «1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:
 - a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;
 - b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;
 - c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.
 2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:
 - a) devono essere considerati "successivi";
 - b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».
- La direttiva 91/533

9 L'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 91/533 così recita:

«Il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore subordinato cui si applica la presente direttiva, in appreso denominato “lavoratore”, gli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro».

10 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera e), della citata direttiva, l'informazione al lavoratore, se si tratta di un contratto o di un rapporto di lavoro temporaneo, riguarda, tra l'altro, la «durata prevedibile del contratto o del rapporto di lavoro».

Il diritto italiano

11 L'articolo 117, primo comma, della Costituzione della Repubblica italiana prevede che «[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dal [diritto dell'Unione] e dagli obblighi internazionali».

12 In Italia, il ricorso a contratti a tempo determinato nel settore pubblico è disciplinato dal decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (supplemento ordinario alla GURI n. 106, del 9 maggio 2001; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 165/2001»).

13 L'articolo 36, comma 5, di tale decreto, come modificato dalla legge del 3 agosto 2009, n. 102, relativa alla conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge del 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali (supplemento ordinario alla GURI n. 179 del 4 agosto 2009), intitolato «Forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale» dispone quanto segue:

«In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (...)».

14 Secondo le ordinanze di rinvio, il lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione è altresì soggetto al decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (GURI n. 235, del 9 ottobre 2001; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 368/2001»).

15 L'articolo 5, comma 4 bis, di tale decreto legislativo è formulato come segue:

«Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato (...)».

16 Ai sensi dell'articolo 10, comma 4 bis, di detto decreto legislativo, come modificato dall'articolo 9, comma 18, del decreto legge del 13 maggio 2011, n. 70 (in prosieguo: il «decreto legge n. 70/2011»), convertito in legge del 12 luglio 2011, n. 106 (GURI n. 160, del 12 luglio 2011):

«(...) sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA [amministrativo, tecnico ed ausiliario], considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto».

17 Per quanto riguarda il personale docente e amministrativo, tecnico ed ausiliario, la disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato è contenuta nell'articolo 4 della legge del 3 maggio 1999 n. 124, recante disposizioni urgenti in materia di personale scolastico (GURI n. 107, del 10 maggio 1999), come modificata dal decreto legge del 25 settembre 2009 n. 134, convertito, con modificazioni, dalla legge del 24 novembre 2009 n. 167 (GURI n. 274, del 24 novembre 1999; in prosieguo: la «legge n. 124/1999»). Secondo il giudice del rinvio nelle cause C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, è pacifico che tale legge si applica solo alla scuola statale. Detta legge non si applica, invece, alla scuola comunale, che resta soggetta ai decreti legislativi n. 165/2001 e n. 368/2001.

18 Ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 124/1999:

«1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

3. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee.
(...)

6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'articolo 1 della presente legge.
(...)

11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) (...)
(...)

14 bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie (...).

19 Ai sensi dell'articolo 1 del decreto del Ministero della pubblica istruzione del 13 giugno 2007, n. 131 (in prosieguo: il «decreto n. 131/2007»), gli incarichi dei docenti e del per-

sonale amministrativo, tecnico ed ausiliario della scuola statale sono di tre tipi:

- supplenze annuali, su posti vacanti e disponibili, in quanto privi di titolare;
- supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche, su posti non vacanti, ma ugualmente disponibili;
- supplenze temporanee per ogni altra necessità, ossia supplenze brevi.

20L'immissione in ruolo di cui all'articolo 4, comma 14 bis, della legge n. 124/1999 è disciplinata dagli articoli 399 e 401 del decreto legislativo del 16 aprile 1994, n. 297, recante testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione (supplemento ordinario alla GURI n. 115 del 19 maggio 1994; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 297/1994»).

21L'articolo 399, comma 1, di tale decreto così dispone:

«L'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'art. 401».

22L'articolo 401, commi 1 e 2, di tale decreto stabilisce quanto segue:

«1. Le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, sono trasformate in graduatorie permanenti, da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'art. 399, comma 1.

2. Le graduatorie permanenti di cui al comma 1 sono periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia. Contemporaneamente all'inserimento dei nuovi aspiranti è effettuato l'aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che sono già compresi nella graduatoria permanente».

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

Le cause C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13

23 Le sig.re Mascolo, Forni, Racca e Russo sono state assunte mediante contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, le prime tre in qualità di docenti presso il Ministero e l'ultima in qualità di educatrice in asili nido e in scuole materne presso il Comune di Napoli. In forza di tali contratti, esse hanno lavorato per i propri rispettivi datori di lavoro per i seguenti periodi: 71 mesi su un periodo di 9 anni per la sig.ra Mascolo (tra il 2003 e il 2012); 50 mesi e 27 giorni su un periodo di 5 anni per la sig.ra Forni (tra il 2006 e il 2011); 60 mesi su un periodo di 5 anni per la sig.ra Racca (tra il 2007 e il 2012), e 45 mesi e 15 giorni su un periodo di 5 anni per la sig.ra Russo (tra il 2006 e il 2011).

24Ritenendo illegittimi tali contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, le ricorrenti nei procedimenti principali hanno adito il Tribunale di Napoli chiedendo, in via principale, la trasformazione di tali contratti a tempo determinato in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e, pertanto, la loro immissione in ruolo, nonché il pagamento degli stipendi corrispondenti ai periodi di interruzione tra la scadenza di un contratto a tempo determinato e l'entrata in vigore di quello successivo e, in subordine, il risarcimento del danno subito.

25Essendo stata immessa in ruolo nel corso del procedimento in virtù del suo avanzamento

- nella graduatoria permanente, la sig.ra Racca ha modificato il suo ricorso originario in domanda di pieno riconoscimento dell'anzianità di servizio e di risarcimento del danno subito.
- 26 Secondo il Ministero e il Comune di Napoli, al contrario, l'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 vieta qualsiasi riqualificazione del rapporto di lavoro. L'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 non sarebbe applicabile, tenuto conto dell'articolo 10, comma 4 bis, dello stesso decreto, introdotto dall'articolo 9, comma 18, del decreto legge n. 70/2011. Peraltro, le ricorrenti nei procedimenti principali non avrebbero nemmeno diritto al risarcimento del danno, visto che la procedura di assunzione era legittima e che comunque non sussistevano gli elementi costitutivi di un illecito. Infine, poiché i contratti a tempo determinato non erano connessi gli uni agli altri e non costituivano pertanto né il proseguimento né la proroga dei contratti precedenti, non sussisterebbe alcun abuso.
- 27 Investito di tale ricorso, il Tribunale di Napoli indica, in primo luogo, che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, contrariamente a quanto dichiarato dalla Corte suprema di cassazione nella sentenza n. 10127/12, è contraria alla clausola 5 dell'accordo quadro.
- 28 Tale normativa, infatti, non contemplerebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera a), di detta clausola, poiché non consentirebbe di verificare concretamente, in modo obiettivo e trasparente, l'esistenza di un'esigenza reale di sostituzione temporanea e autorizzerebbe, come previsto esplicitamente dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato a copertura di posti effettivamente vacanti. Orbene, tale normativa non contemplerebbe neppure misure di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera b), di detta clausola. Infatti, l'articolo 10, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 escluderebbe d'ora in avanti l'applicazione alle scuole statali dell'articolo 5, comma 4-bis, del suddetto decreto, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato. Inoltre, tale normativa non conterrebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera c), della medesima clausola.
- 29 Peraltro, non sarebbe prevista alcuna misura sanzionatoria, poiché i contratti di lavoro a tempo determinato non potrebbero essere trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato, secondo l'articolo 4, comma 14 bis, della legge n. 124/1999, se non in caso di immissione in ruolo sulla base delle graduatorie. Inoltre, sarebbe altresì escluso il diritto al risarcimento del danno causato dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Secondo la sentenza n. 10127/12 della Corte suprema di cassazione, infatti, l'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001, che prevede, in linea di principio, un siffatto diritto nel settore pubblico, non è applicabile qualora i contratti di lavoro a tempo determinato successivi abbiano superato il limite massimo di 36 mesi previsto dall'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001.
- 30 In secondo luogo, il giudice del rinvio, osservando che solo la scuola statale ha la facoltà di assumere personale a tempo determinato senza essere soggetta ai limiti previsti dal decreto legislativo n. 368/2001, comportando così una distorsione della concorrenza a danno della scuola privata, si chiede se la scuola statale rientri nella nozione di «settori e/o categorie specifici di lavoratori» ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro, che giustificano un regime distinto di prevenzione e di sanzioni per il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

- 31 In terzo luogo, tale giudice si interroga sulla conformità della normativa nazionale di cui trattasi rispetto alla clausola 4 dell'accordo quadro, nei limiti in cui essa prevede che un lavoratore del settore pubblico illegittimamente assunto a tempo determinato, a differenza di un lavoratore assunto a tempo indeterminato illegittimamente licenziato, non abbia diritto al risarcimento del danno subito.
- 32 In quarto luogo, tale giudice, osservando che, nella causa che ha dato luogo all'ordinanza Affatato (C-3/10, EU:C:2010:574), il governo italiano ha sostenuto che l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, mentre la Corte suprema di cassazione ha dichiarato il contrario nella sua sentenza n. 10127/12, si chiede se, in considerazione del principio di leale cooperazione, tale erronea interpretazione del diritto nazionale da parte del governo non si debba più imporre ai giudici nazionali, rafforzando così il loro obbligo di procedere a un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione.
- 33 In quinto luogo, il Tribunale di Napoli si interroga sulla questione se la possibilità di trasformazione di un contratto di lavoro a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato, prevista dall'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, rientri nelle informazioni di cui all'articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera e), della direttiva 91/533 che il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore e, in caso affermativo, se l'esclusione retroattiva dell'applicazione di tale articolo 5, comma 4 bis, alla scuola statale tramite il decreto legge n. 70/2011 sia conforme a detta direttiva.
- 34 Infine, in sesto luogo, il giudice del rinvio si chiede se una siffatta modifica con efficacia retroattiva della normativa nazionale, che ha avuto come conseguenza di privare il personale della scuola statale di un diritto di cui godeva al momento dell'assunzione, sia compatibile con i principi generali del diritto dell'Unione.
- 35 In tali circostanze, il Tribunale di Napoli ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, di cui la settima è stata sollevata unicamente nelle cause C-61/13 e C-62/13, mentre, nella causa C-63/13, sono state sollevate unicamente la seconda, la terza e la quarta questione, le quali costituiscono la prima, la seconda e la terza questione di tale ultima causa:
- «1) Se il contesto normativo del settore scuola, come descritto, costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70].
- 2) Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70] ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.
- 3) Se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, [paragrafo] 1, lettera c), della direttiva 2000/78/CE [del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16)] ed all'articolo 14, [paragrafo] 1, lettera c), della direttiva 2006/54/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204, pag. 23)], nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva [1999/70] siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; [i]n ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro

a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4 [della direttiva 1999/70].

4) Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte (...) un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.

5) Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva [91/533] e segnatamente dall'articolo 2, [paragrafi] 1 e 2, [lettera] e), rientri la indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.

6) In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva [91/533], ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrari[a] all'articolo 8, [paragrafo] 1, della direttiva [91/533] ed alle finalità di cui alla [stessa] ed in particolare al 2° "considerando".

7) Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, [del diritto] a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'[articolo 6 TUE] (...) – in combinato disposto con l'articolo 6 della [CEDU], e con gli artt. 46, 47 e 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (...) – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della direttiva [1999/70], all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'articolo 9 del decreto legge n. 70/[2011] convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, [che] ha aggiunto il comma 4-bis all'articolo 10 del [decreto legislativo n. 368/2001] – atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – [S]tato ed eliminando la possibilità conferita dall'[o]rdinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine».

36 Con ordinanza del presidente della Corte dell'8 marzo 2013, le cause C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13 sono state riunite ai fini delle fasi scritta ed orale del procedimento, nonché della sentenza.

La causa C-418/13

37 Le sig.re Napolitano, Cittadino e Zangari nonché i sigg. Perrella e Romano sono stati assunti dal Ministero mediante contratti di lavoro a tempo determinato successivi, i primi quattro in qualità di docenti e l'ultimo in qualità di collaboratore amministrativo. Dagli elementi forniti alla Corte risulta che, conformemente a tali contratti, essi hanno lavorato per i propri rispettivi datori di lavoro per i seguenti periodi: 55 mesi su un periodo di 6 anni per la sig.ra Napolitano (tra il 2005 e il 2010), 100 mesi su un periodo di 10 anni per la sig.ra Cittadino (tra il 2002 e il 2012); 113 mesi su un periodo di 11 anni per la sig.ra Zangari (tra il 2001 e il 2012), 81 mesi su un periodo di 7 anni per la sig.ra Perrella (tra il 2003 e il 2010) e 47 mesi su un periodo di 4 anni per il sig. Romano (tra il 2007 e il 2011).

38 Ritenendo illegittime tali assunzioni a tempo determinato successive, i ricorrenti nei procedimenti principali hanno adito, rispettivamente, il Tribunale di Roma e il Tribunale

di Lamezia Terme, chiedendo, in via principale, la conversione dei loro rispettivi contratti in contratti di lavoro a tempo indeterminato e, di conseguenza, la loro immissione in ruolo e il pagamento delle retribuzioni corrispondenti ai periodi di interruzione tra la scadenza di un contratto a tempo determinato e l'entrata in vigore di quello successivo. In subordine, i ricorrenti nel procedimento principale hanno chiesto altresì il risarcimento del danno subito.

- 39) Nell'ambito delle controversie di cui sono stati investiti, il Tribunale di Roma e il Tribunale di Lamezia Terme si sono interrogati sulla compatibilità dell'articolo 4, commi 1 e 11, della legge n. 124/1999 con la clausola 5 dell'accordo quadro, in quanto tale disposizione consente all'amministrazione di assumere, senza limiti, a tempo determinato, personale docente, tecnico o amministrativo al fine di coprire posti vacanti nell'organico di una scuola. Ritenendo di non poter decidere tale questione né attraverso un'interpretazione conforme, essendo la suddetta disposizione formulata in maniera non equivoca, né tramite la sua disapplicazione, essendo detta clausola 5 priva di effetto diretto, tali giudici hanno sottoposto alla Corte costituzionale, in via incidentale, una questione di legittimità costituzionale vertente sull'articolo 4, commi 1 e 11, della legge n. 124/1999 per violazione dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione della Repubblica italiana, letto in combinato disposto con la clausola 5 dell'accordo quadro.
- 40) Nella sua ordinanza di rinvio, la Corte costituzionale constata che la normativa nazionale applicabile alla scuola statale non prevede, per quanto riguarda il personale assunto a tempo determinato, né una durata massima totale dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi, né l'indicazione del numero massimo dei loro rinnovi, ai sensi della clausola 5, punto 1, lettere b) e c), dell'accordo quadro. Tale giudice si chiede tuttavia se detta normativa non possa essere giustificata da una «ragione obiettiva» ai sensi del punto 1, lettera a), della suddetta clausola.
- 41) Secondo il giudice del rinvio, la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale è strutturata, almeno in via di principio, in modo tale che l'assunzione di personale con contratto di lavoro a tempo determinato possa soddisfare una siffatta ragione obiettiva. Il servizio scolastico sarebbe, infatti, «attivabile su domanda», nel senso che il diritto fondamentale allo studio previsto dalla Costituzione della Repubblica italiana implica che lo Stato non può rifiutarsi di erogarlo e, di conseguenza, che esso è tenuto ad organizzarlo in modo da poterlo adattare costantemente alle evoluzioni della popolazione scolastica. Tale insita esigenza di flessibilità renderebbe indispensabile l'assunzione di un numero significativo di docenti e di personale delle scuole statali con contratti di lavoro a tempo determinato. Peraltro, il sistema delle graduatorie permanenti, associato a quello dei concorsi pubblici, garantirebbe il rispetto di criteri oggettivi al momento dell'assunzione di personale mediante siffatti contratti di lavoro a tempo determinato e consentirebbe allo stesso personale di avere una possibilità ragionevole di diventare di ruolo in un posto permanente.
- 42) La Corte costituzionale rileva tuttavia che l'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, sebbene non preveda il rinnovo reiterato di contratti di lavoro a tempo determinato e non escluda il diritto al risarcimento del danno, consente di provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo». Orbene, le procedure concorsuali sarebbero state interrotte tra il 2000 e il 2011. Tale disposizione potrebbe così configurare la possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza la

previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi. Tale circostanza, combinata all'assenza di disposizioni che riconoscano il diritto al risarcimento del danno al personale delle scuole statali che sia stato indebitamente assoggettato a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, potrebbe porsi in conflitto con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

43 In tali circostanze, la Corte costituzionale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (...) debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'articolo 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge [n. 124/1999] – i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti “che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre”, dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, “in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo” – disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

2) Se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'[accordo quadro], le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno».

44 Con decisione della Corte dell'11 febbraio 2014, le cause C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13 nonché la causa C-418/13 sono state riunite ai fini delle fasi scritta ed orale del procedimento, nonché della sentenza.

Sulle questioni pregiudiziali

45 Con le loro questioni, i giudici del rinvio interrogano la Corte sull'interpretazione, rispettivamente, della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (prima e seconda questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, prima questione nella causa C-63/13 nonché prima e seconda questione nella causa C-418/13), della clausola 4 di tale accordo quadro (terza questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché seconda questione nella causa C-63/13), del principio di leale cooperazione (quarta questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché terza questione nella causa C-63/13), della direttiva 91/533 (quinta e sesta questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13), nonché di numerosi principi generali del diritto dell'Unione (settima questione nelle cause C-61/13 e C-62/13).

Sulla ricevibilità

46 Il Comune di Napoli fa valere che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta dal Tribunale di Napoli nella causa C-63/13 non è necessaria per la decisione della controversia principale e che, pertanto, la domanda pregiudiziale in tale causa è irricevibile nel suo complesso. Tale giudice avrebbe esso stesso indicato nella sua ordinanza di rinvio di ritenere che, alla luce della giurisprudenza della Corte relativa all'accordo quadro, le misure adottate dal legislatore nazionale per la sua trasposizione siano insufficienti. Spetterebbe, pertanto, a detto giudice decidere la controversia di cui al procedimento principale facendo ricorso all'interpretazione conforme del diritto nazionale rispetto al diritto dell'Unione.

47 Si deve, tuttavia, ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta soltanto

- al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte (sentenza Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).
- 48 Come la Corte ha ripetutamente dichiarato, i giudici nazionali hanno, a tale riguardo, la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che una causa dinanzi ad essi pendente faccia sorgere questioni che richiedono un'interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenze Križan e a., C-416/10, EU:C:2013:8, punto 64, nonché Ogieriakhi, C-244/13, EU:C:2014:2068, punto 52).
- 49 Ne consegue che l'esistenza di una giurisprudenza consolidata su un punto di diritto dell'Unione, sebbene possa portare la Corte ad adottare un'ordinanza ai sensi dell'articolo 99 del suo regolamento di procedura, non può assolutamente compromettere la ricevibilità di un rinvio pregiudiziale nel caso in cui un giudice nazionale decida, nell'ambito di tale potere discrezionale, di adire la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE.
- 50 Ciò posto, va ricordato, altresì, che, secondo costante giurisprudenza, la Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale, qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non abbia alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto del giudizio principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenza Érsekcsanádi Mezőgazdasági, C-56/13, EU:C:2014:352, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).
- 51 Nel caso di specie, si deve osservare che, nella causa C -63/13, il giudice del rinvio sottopone alla Corte tre questioni pregiudiziali identiche alla seconda, terza e quarta questione già sollevate nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13.
- 52 Tuttavia, dall'ordinanza di rinvio nella causa C -63/13 risulta che il contesto sia di fatto che di diritto relativo a tale causa è distinto da quello di cui trattasi nelle altre tre cause, poiché, secondo il giudice del rinvio, la sig.ra Russo, in qualità di educatrice impiegata in asili nido e in scuole materne comunali, non è soggetta, a differenza delle sig.re Mascolo, Forni e Racca, nonché, del resto, dei ricorrenti nel procedimento principale nella causa C-418/13, alla normativa nazionale applicabile alla scuola statale risultante dalla legge n. 124/1999, ma resta sottoposta alla normativa generale prevista, in particolare, dal decreto legislativo n. 368/2001.
- 53 In tali circostanze, risulta che la prima questione sollevata nella causa C-63/13, vertente, come nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, sulla conformità alla clausola 5 dell'accordo quadro della normativa nazionale prevista dalla legge n. 124/1999, nei limiti in cui quest'ultima consente allo Stato di assumere personale nelle scuole da esso gestite con contratti di lavoro a tempo determinato, senza essere soggetto, a differenza delle scuole private, ai limiti posti dal decreto legislativo n. 368/2001, è irrilevante ai fini della decisione della controversia di cui al procedimento principale nella causa C-63/13 e ha, pertanto, natura ipotetica.
- 54 Lo stesso vale anche per la seconda questione sollevata in tale causa, diretta sostanzialmente a sapere se la normativa nazionale di cui trattasi, come risulta in particolare dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001, sia conforme alla clausola 4 dell'accordo quadro, nei limiti in cui detta normativa esclude, nel settore pubblico, il

diritto al risarcimento del danno in caso di ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

- 55 Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C-63/13, che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata).
- 56 Si deve constatare che detto giudice non spiega assolutamente in che modo, in siffatte circostanze, la sua seconda questione nella causa C-63/13 sia ancora rilevante per pronunciarsi, nella controversia di cui al procedimento principale, sulla conformità della normativa nazionale di cui trattasi al diritto dell'Unione.
- 57 In ogni caso, dall'ordinanza di rinvio non risulta assolutamente in che modo un lavoratore che benefici di una siffatta trasformazione, la cui domanda di risarcimento è, peraltro, presentata in via subordinata, subisca, al pari dei lavoratori che si trovino nella situazione delle ricorrenti nei procedimenti all'origine delle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, che sono esclusi dall'applicazione di tale articolo 5, comma 4 bis, un danno che dia diritto al risarcimento.
- 58 In tali circostanze, si deve ritenere che anche la seconda questione sollevata nella causa C-63/13 sia di natura ipotetica.
- 59 Il Comune di Napoli, il governo italiano e la Commissione europea, inoltre, mettono in discussione la ricevibilità della quarta questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché della terza questione nella causa C-63/13, per il motivo, sostanzialmente, che la risposta a tali questioni è, in tutto o in parte, irrilevante ai fini delle controversie di cui ai procedimenti principali.
- 60 Si deve osservare che tali questioni, la cui formulazione è identica, si fondano, come già constatato al punto 32 della presente sentenza, sulla premessa in forza della quale l'interpretazione del diritto nazionale apportata dal governo italiano nella causa che ha dato luogo all'ordinanza *Affatato* (EU:C:2010:574, punto 48), secondo cui l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, è erronea e, pertanto, integra una violazione da parte dello Stato membro interessato del principio di leale cooperazione.
- 61 Tale interpretazione, come risulta dai punti 14 e 15 della presente sentenza, corrisponde tuttavia pienamente all'interpretazione apportata nel caso di specie dal Tribunale di Napoli, e alla luce della quale, secondo una giurisprudenza costante, la Corte deve effettuare l'esame dei presenti rinvii pregiudiziali (v., in particolare, sentenza *Pontin*, C-63/08, EU:C:2009:666, punto 38). Tale giudice indica, infatti esplicitamente nelle sue ordinanze di rinvio che, a suo avviso, il legislatore nazionale non ha inteso escludere l'applicazione di detto articolo 5, comma 4 bis, al settore pubblico.
- 62 Inoltre, come risulta dal punto 28 della presente sentenza, lo stesso giudice del rinvio ritiene, cosa che rientra nella sua competenza esclusiva, che l'articolo 5, comma 4 bis,

del decreto legislativo n. 368/2001, sebbene si applichi al settore pubblico, non sia applicabile alla scuola statale, di modo che tale disposizione non è rilevante ai fini delle controversie principali nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13.

63Ne consegue che la quarta questione nelle cause C -22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché la terza questione nella causa C-63/13 sono ipotetiche.

64Alla luce di tutto quanto precede, si deve rilevare che la domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa C-63/13, nel suo complesso, nonché la quarta questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 sono, conformemente alla giurisprudenza ricordata al punto 50 della presente sentenza, irricevibili.

Nel merito

65 Con la prima questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché con le due questioni nella causa C-418/13, che occorre esaminare congiuntamente, i giudici del rinvio intendono, in sostanza, sapere se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di tali concorsi ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo.

Sull'ambito di applicazione dell'accordo quadro

66 Il governo ellenico fa valere che è inopportuno che il settore dell'insegnamento sia soggetto alle disposizioni dell'accordo quadro relative al ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Tale settore si caratterizzerebbe, infatti dall'esistenza di «esigenze (...) specifiche» ai sensi della clausola 5, punto 1, di tale accordo quadro, poiché l'insegnamento è volto a garantire il rispetto del diritto allo studio ed è indispensabile al buon funzionamento del sistema scolastico.

67A tale proposito va ricordato che, dalla formulazione stessa della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro, risulta che l'ambito di applicazione di quest'ultimo è concepito in senso ampio, poiché riguarda in generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata alla clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto interno (v. sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punti 28 e 29 nonché giurisprudenza ivi citata).

68Pertanto, l'accordo quadro si applica all'insieme dei lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato che li lega al loro datore di lavoro, purché questi siano vincolati da un contratto di lavoro ai sensi del diritto nazionale, e fatto salvo soltanto il margine di discrezionalità conferito agli Stati membri dalla clausola 2, punto 2, dell'accordo quadro per quanto attiene all'applicazione di quest'ultimo a talune categorie di contratti o di rapporti di lavoro nonché all'esclusione, conformemente al quarto comma del preambolo dell'accordo quadro, dei lavoratori interinali (v. sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punti da 30 a 33 nonché giurisprudenza ivi citata).

- 69 Ne consegue che l'accordo quadro non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione e che, pertanto, è applicabile al personale assunto nel settore dell'insegnamento (v., in tal senso, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 38).
- 70 Tale conclusione è avvalorata dal contenuto della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, da cui si ricava che, conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nell'ambito dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione (sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 39).
- 71 Ne deriva che lavoratori che si trovino nella situazione dei ricorrenti nei procedimenti principali, assunti in qualità di docenti o di collaboratori amministrativi per effettuare supplenze annuali in scuole statali nell'ambito di contratti di lavoro ai sensi del diritto nazionale, che incontestabilmente non rientrano in rapporti di lavoro che possano essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro, sono soggetti alle disposizioni dello stesso, e in particolare, alla sua clausola 5 (v., per analogia, sentenza *Márquez Samohano*, C-190/13, EU:C:2014:146, punto 39).
- Sull'interpretazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro
- 72 Occorre ricordare che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro mira ad attuare uno degli obiettivi perseguiti dallo stesso, vale a dire limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato come una potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, prevedendo un certo numero di disposizioni di tutela minima tese ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti (v., in particolare, sentenze *Adeneler e a.*, C-212/04, EU:C:2006:443, punto 63; *Kücük*, C-586/10, EU:C:2012:39, punto 25, nonché *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 54).
- 73 Come risulta dal secondo comma del preambolo dell'accordo quadro, così come dai punti 6 e 8 delle considerazioni generali di detto accordo quadro, infatti, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori, mentre soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (sentenze *Adeneler e a.*, EU:C:2006:443, punto 62, nonché *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 55).
- 74 Pertanto, la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure che essa elenca, qualora il loro diritto interno non contenga norme equivalenti. Le misure così elencate al punto 1, lettere da a) a c), di detta clausola, in numero di tre, attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi (v., in particolare, sentenze *Kücük*, EU:C:2012:39, punto 26, nonché *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 56).
- 75 Gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità a tale riguardo, dal momento che essi hanno la scelta di far ricorso a una o a più misure enunciate al punto 1, lettere da a) a c), di detta clausola, oppure a norme giuridiche equivalenti già esistenti, e ciò tenendo conto, nel contempo, delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori (v. sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 59 nonché giurisprudenza ivi citata).
- 76 Così facendo, la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro fissa agli Stati membri un

obiettivo generale, consistente nella prevenzione di siffatti abusi, lasciando loro nel contempo la scelta dei mezzi per conseguire ciò, purché essi non rimettano in discussione l'obiettivo o l'effetto utile dell'accordo quadro (sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 60).

77 Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 62 nonché giurisprudenza ivi citata).

78 Seppure, in mancanza di una specifica disciplina dell'Unione in materia, le modalità di applicazione di tali norme spettino all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 63 nonché giurisprudenza ivi citata).

79 Da ciò discende che, quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 64 nonché giurisprudenza ivi citata).

80 A tale proposito, occorre ricordare che, come sottolineato ripetutamente dalla Corte, l'accordo quadro non enuncia un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato. Infatti, la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro lascia, in linea di principio, agli Stati membri la cura di determinare a quali condizioni i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato vadano considerati come conclusi a tempo indeterminato. Da ciò discende che l'accordo quadro non prescrive le condizioni in presenza delle quali si può fare uso dei contratti a tempo indeterminato (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 65 nonché giurisprudenza ivi citata).

81 Nel caso di specie, per quanto concerne la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, occorre ricordare che la Corte non è competente a pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni del diritto interno, dato che questo compito spetta esclusivamente al giudice del rinvio o, se del caso, ai competenti organi giurisdizionali nazionali, che devono determinare se i criteri ricordati ai punti da 74 a 79 della presente sentenza siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale applicabile (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 66 nonché giurisprudenza ivi citata).

82 Spetta pertanto al giudice del rinvio valutare in che misura i presupposti per l'applicazione nonché l'effettiva attuazione delle disposizioni rilevanti del diritto interno costituiscano una misura adeguata per prevenire e, se del caso, punire l'uso abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (v. sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 67 nonché giurisprudenza ivi citata).

83 Tuttavia, la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può fornire, ove necessario,

precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 68 nonché giurisprudenza ivi citata).

– Sull'esistenza di misure di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato

- 84 Per quanto riguarda l'esistenza di misure di prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, è pacifico che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali consenta di assumere docenti con una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per il conferimento di supplenze, senza prevedere alcuna misura che limiti la durata massima totale di tali contratti o il numero dei loro rinnovi, ai sensi del punto 1, lettere b) e c), di detta clausola. In particolare, il Tribunale di Napoli indica a tale riguardo, come risulta dal punto 28 della presente sentenza, che l'articolo 10, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 esclude l'applicazione alla scuola statale dell'articolo 5, comma 4 bis, di detto decreto, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato, permettendo così un numero di rinnovi illimitato di siffatti contratti. È anche incontestato che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non preveda alcuna misura equivalente a quelle enunciate alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.
- 85 In tali circostanze, è importante che il rinnovo di siffatti contratti di lavoro sia giustificato da una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro.
- 86 Come si evince dal punto 7 delle considerazioni generali di tale accordo, infatti, e come risulta dal punto 74 della presente sentenza, i firmatari dell'accordo quadro hanno ritenuto che l'uso di contratti di lavoro a tempo determinato basato su ragioni obiettive sia un mezzo per prevenire gli abusi (v. sentenze *Adeneler e a.*, EU:C:2006:443, punto 67, nonché *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 58).
- 87 Per quanto riguarda tale nozione di «ragioni obiettive» che figura nella clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, la Corte ha già dichiarato che essa deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenza *Kücük*, EU:C:2012:39, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).
- 88 Per contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non soddisferebbe i requisiti precisati al punto precedente della presente sentenza. Infatti, una disposizione di tal genere, di natura puramente formale, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, se esso sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine. Una siffatta disposizione comporta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effetto utile dell'accordo quadro (sentenza *Kücük*, EU:C:2012:39, punti 28 e 29 nonché giurisprudenza ivi citata).
- 89 Nel caso di specie si deve, in via preliminare, rilevare che dalle ordinanze di rinvio e

dalle spiegazioni fornite in udienza risulta che, in forza della normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, come prevista dalla legge n. 124/1999, l'assunzione di personale nelle scuole statali ha luogo sia a tempo indeterminato tramite l'immissione in ruolo sia a tempo determinato mediante lo svolgimento di supplenze. L'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema cosiddetto «del doppio canale», ossia, quanto alla metà dei posti vacanti per anno scolastico, mediante concorsi per titoli ed esami e, quanto all'altra metà, attingendo alle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto un siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento. Si è fatto ricorso alle supplenze attingendo alle medesime graduatorie: la successione delle supplenze da parte di uno stesso docente ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo.

- 90 Dalle stesse ordinanze di rinvio emerge che la normativa nazionale di cui trattasi, come risulta dall'articolo 4 della legge n. 124/1999, letto in combinato disposto con l'articolo 1 del decreto n. 131/2007, prevede tre tipi di supplenze: in primo luogo, le supplenze annuali sull'organico «di diritto», in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, per posti vacanti e disponibili, in quanto privi di titolare, il cui termine corrisponde a quello dell'anno scolastico, ossia il 31 agosto; in secondo luogo, le supplenze temporanee sull'organico «di fatto», per posti non vacanti, ma disponibili, il cui termine corrisponde a quello delle attività didattiche, ossia il 30 giugno, e, in terzo luogo, le supplenze temporanee, o supplenze brevi, nelle altre ipotesi, il cui termine corrisponde alla cessazione delle esigenze per le quali sono state disposte.
- 91 Si deve sottolineare che una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per sostituire, da un lato, personale delle scuole statali in attesa dell'esito di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo nonché, dall'altro, personale di tali scuole che si trova momentaneamente nell'impossibilità di svolgere le sue funzioni non è di per sé contraria all'accordo quadro. Infatti, la sostituzione temporanea di un altro dipendente al fine di soddisfare, in sostanza, esigenze provvisorie del datore di lavoro in termini di personale può, in linea di principio, costituire una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), di tale accordo quadro (v., in tal senso, sentenze Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punti 101 e 102, nonché Küçük, EU:C:2012:39, punto 30).
- 92 A tale riguardo, occorre, innanzitutto, ricordare che, nell'ambito di un'amministrazione che dispone di un organico significativo, come il settore dell'insegnamento, è inevitabile che si rendano spesso necessarie sostituzioni temporanee a causa, segnatamente, dell'indisponibilità di dipendenti che beneficiano di congedi per malattia, per maternità, parentali o altri. La sostituzione temporanea di dipendenti in tali circostanze può costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, che giustifica sia la durata determinata dei contratti conclusi con il personale supplente, sia il rinnovo di tali contratti in funzione delle esigenze emergenti, fatto salvo il rispetto dei requisiti fissati al riguardo dall'accordo quadro (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 31).
- 93 Tale conclusione si impone a maggior ragione allorché la normativa nazionale che giustifica il rinnovo di contratti a tempo determinato in caso di sostituzione temporanea persegue altresì obiettivi di politica sociale riconosciuti come legittimi. Infatti, come risulta dal punto 87 della presente sentenza, la nozione di «ragione obiettiva» che figura

alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro comprende il perseguimento di siffatti obiettivi. Orbene, misure dirette, in particolare, a tutelare la gravidanza e la maternità nonché a consentire agli uomini e alle donne di conciliare i loro obblighi professionali e familiari perseguono obiettivi legittimi di politica sociale (v. sentenza *Küçük*, EU:C:2012:39, punti 32 e 33 nonché giurisprudenza ivi citata).

- 94 Inoltre, va rilevato che, come risulta, in particolare, dall'ordinanza di rinvio nella causa C-418/13, l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana che impone a tale Stato l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari. Orbene, non si può negare che tale adeguamento dipenda da un insieme di fattori, taluni dei quali possono, in una certa misura, essere difficilmente controllabili o prevedibili, quali, in particolare, i flussi migratori esterni ed interni o le scelte di indirizzi scolastici da parte degli scolari.
- 95 Si deve ammettere che fattori del genere attestano, nel settore dell'insegnamento di cui trattasi nei procedimenti principali, un'esigenza particolare di flessibilità che, conformemente alla giurisprudenza ricordata al punto 70 della presente sentenza, è idonea, in tale specifico settore, a giustificare oggettivamente, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica ed evitare di esporre lo Stato, quale datore di lavoro in tale settore, al rischio di dover immettere in ruolo un numero di docenti significativamente superiore a quello effettivamente necessario per adempiere i propri obblighi in materia.
- 96 Infine, va constatato che, qualora uno Stato membro riservi, nelle scuole da esso gestite, l'accesso ai posti permanenti al personale vincitore di concorso, tramite l'immissione in ruolo, può altresì oggettivamente giustificarsi, alla luce di detta disposizione, che, in attesa dell'espletamento di tali concorsi, i posti da occupare siano coperti con una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.
- 97 I ricorrenti nei procedimenti principali sostengono tuttavia che la normativa nazionale di cui trattasi in tali procedimenti, quale risulta dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, che consente proprio il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per coprire, tramite supplenze annuali, posti vacanti e disponibili «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo», porti, nella pratica, a un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, poiché non esiste alcuna certezza riguardo alla data alla quale tali procedure concorsuali devono essere organizzate. Il rinnovo di siffatti contratti di lavoro a tempo determinato consentirebbe così di soddisfare esigenze permanenti e durevoli nelle scuole statali derivanti dalla mancanza strutturale di personale di ruolo.
- 98 Dal canto suo, il governo italiano fa valere che il sistema cosiddetto del doppio canale, come descritto al punto 89 della presente sentenza, consente di inserire il personale a tempo determinato della scuola statale in un percorso che conduce alla sua immissione in ruolo, poiché tale personale può non solo partecipare a concorsi pubblici, ma anche, per effetto dell'avanzamento nelle graduatorie risultante dalla successione delle supplenze, contabilizzare un numero di periodi di attività a tempo determinato sufficienti per essere immesso in ruolo. Orbene, tali graduatorie dovrebbero essere «ad esaurimento», nel senso che, quando un certo numero di docenti vi è iscritto, esse non possono più essere alimentate. Tali graduatorie costituirebbero quindi uno strumento tendente a

contrastare il precariato del lavoro. Indipendentemente dalla specifica situazione di fatto, la normativa nazionale di cui trattasi dovrebbe quindi essere considerata conforme alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro.

- 99 A tale riguardo, occorre sottolineare che, sebbene una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi per la sostituzione di personale in attesa dell'esito di procedure concorsuali possa essere giustificata da una ragione obiettiva, l'applicazione concreta di tale ragione, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, deve essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro. Nell'applicazione della disposizione del diritto nazionale di cui trattasi, le autorità competenti devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e sia necessario a tal fine (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).
- 100 Orbene, come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata).
- 101 L'osservanza della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro richiede quindi che si verifichi concretamente che il rinnovo di successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato miri a soddisfare esigenze provvisorie, e che una disposizione nazionale quale l'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, letta in combinato disposto con l'articolo 1 del decreto n. 131/2007 non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).
- 102 Occorre a tal fine esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).
- 103 L'esistenza di una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro esclude quindi, in linea di principio, l'esistenza di un abuso, a meno che un esame globale delle circostanze sottese al rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato di cui trattasi riveli che le prestazioni richieste del lavoratore non corrispondono ad una mera esigenza temporanea (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 51).
- 104 Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene il governo italiano, il solo fatto che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali possa essere giustificata da

una «ragione obiettiva» ai sensi di tale disposizione non può essere sufficiente a renderla ad essa conforme, se risulta che l'applicazione concreta di detta normativa conduce, nei fatti, a un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

105Orbene, a tale riguardo, sebbene, conformemente alla giurisprudenza ricordata ai punti 81 e 82 della presente sentenza, ogni valutazione dei fatti rientri, nell'ambito del procedimento previsto dall'articolo 267 TFUE, nella competenza dei giudici nazionali, si deve constatare che dagli elementi forniti alla Corte nelle presenti cause emerge che, come peraltro ammesso dallo stesso governo italiano, il termine di immissione in ruolo dei docenti nell'ambito di tale sistema è tanto variabile quanto incerto.

106Da un lato, infatti, è pacifico, come risulta dalla formulazione stessa della prima questione nella causa C-418/13, che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non fissa alcun termine preciso riguardo all'organizzazione delle procedure concorsuali, dal momento che queste ultime dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione. Così, secondo le stesse constatazioni operate dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio nella medesima causa, non è stata organizzata nessuna procedura concorsuale tra il 2000 e il 2011.

107Dall'altro lato, dalle spiegazioni del governo italiano risulta che l'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento dei docenti in graduatoria, essendo in funzione della durata complessiva dei contratti di lavoro a tempo determinato nonché dei posti che sono nel frattempo divenuti vacanti, dipende, come sostenuto giustamente dalla Commissione, da circostanze aleatorie e imprevedibili.

108Ne deriva che una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato per provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili nelle scuole statali solo per un periodo temporaneo fino all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente di garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme ai requisiti dell'accordo quadro.

109Una siffatta normativa, infatti, in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto, del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante, è tale da consentire, in violazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato. Una siffatta constatazione risulta suffragata, non solo dalla situazione dei ricorrenti nei procedimenti principali, come descritta ai punti 23 e 37 della presente sentenza, ma anche, in maniera più generale, dai dati forniti alla Corte nell'ambito delle presenti cause. Così, a seconda degli anni e delle fonti, risulta che circa il 30%, o addirittura, secondo il Tribunale di Napoli, il 61%, del personale amministrativo, tecnico e ausiliario delle scuole statali sia impiegato con contratti di lavoro a tempo determinato e che, tra il 2006 e il 2011, il personale docente di tali scuole vincolato da siffatti contratti abbia rappresentato tra il 13% e il 18% di tutto il personale docente di dette scuole.

110A tale riguardo, va ricordato che, sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare

la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (v., per analogia, sentenza Thiele Meneses, C-220/12, EU:C:2013:683, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

- 111 In ogni caso, va osservato che, come risulta dal punto 89 della presente sentenza, una normativa nazionale quale quella di cui ai procedimenti principali non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché essa consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale, l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione. In tali circostanze, come la Commissione ha fatto valere in udienza, non è assolutamente ovvio – circostanza che spetta, tuttavia, ai giudici del rinvio verificare – che possa essere considerato oggettivamente giustificato, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso, nel caso di specie, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili in dette scuole motivato dall'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali.
- 112A tale riguardo, si deve sottolineare, al pari della Commissione, che, ai fini dell'attuazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, uno Stato membro è legittimato a scegliere di non adottare la misura di cui al punto 1, lettera a), di detta clausola. Viceversa, esso può preferire l'adozione di una delle misure o le due misure di cui al punto 1, lettere b) e c), della medesima clausola, relative, rispettivamente, alla durata massima totale di tali contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi e al numero dei loro rinnovi, e ciò purché, quale che sia la misura in concreto adottata, venga garantita l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (v., in tal senso, sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 61).
- 113Si deve, pertanto, constatare, che dagli elementi forniti alla Corte nell'ambito delle presenti cause emerge che una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, non risulta prevedere, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, alcuna misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, contrariamente ai requisiti ricordati ai punti 74 e 76 della presente sentenza.
- Sull'esistenza di misure sanzionatorie del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato
- 114Per quanto riguarda l'esistenza di misure dirette a sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve rilevare, innanzitutto, che dalle ordinanze di rinvio risulta che, come espressamente indicato dalla Corte costituzionale nella sua seconda questione pregiudiziale nella causa C-418/13, la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali esclude qualsivoglia diritto al risarcimento del danno subito a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore dell'insegnamento. In particolare, è pacifico che il regime previsto dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 nel caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico non può conferire un siffatto diritto nei procedimenti principali.
- 115Peraltro, come risulta dai punti 28 e 84 della presente sentenza, è altresì incontrovertibile che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non consenta ne-

- anche la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratto o rapporto di lavoro a tempo indeterminato, essendo esclusa l'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 alla scuola statale.
- 116 Ne consegue che, come risulta dalle ordinanze di rinvio e dalle osservazioni del governo italiano, l'unica possibilità per un lavoratore che abbia effettuato supplenze, ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 124/1999, in una scuola statale di ottenere la trasformazione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato successivi in un contratto o in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risiede nell'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento in graduatoria.
- 117 Tuttavia, essendo una siffatta possibilità, come risulta dai punti da 105 a 107 della presente sentenza, aleatoria, la stessa non può essere considerata una sanzione a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo ai fini di garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro.
- 118 Sebbene, certamente, uno Stato membro possa legittimamente, nell'attuazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell'insegnamento, così come già rilevato ai punti 70 e 95 della presente sentenza, tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall'osservanza dell'obbligo di prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.
- 119 Si deve, pertanto, ritenere che dagli elementi forniti alla Corte nell'ambito delle presenti cause si evince che una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, non risulta conforme ai requisiti che emergono dalla giurisprudenza ricordata ai punti da 77 a 80 della presente sentenza.
- 120 Di conseguenza, si deve rispondere ai giudici del rinvio dichiarando che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.
- 121 In tali circostanze, non occorre rispondere alle altre questioni sollevate dal Tribunale di Napoli nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13.

Sulle spese

- 122 Nei confronti delle parti nei procedimenti principali le presenti cause costituiscono 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 (Terza Sezione) dichiara:

La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

**Le concessioni del demanio marittimo
al vaglio del diritto europeo**

Si pubblica l'atto d'intervento del Governo della Repubblica Italiana, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato nella causa C-458/14 sulla domanda proposta dal Tribunale Regionale Amministrativo per la Lombardia (Italia) con sentenza n. 2401/2014, con la quale è stata sottoposta al giudizio della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 del TFUE (ex articolo 234 del TCE), la seguente questione pregiudiziale: *«I principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento a fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica?».*

La questione parte da lontano e se ne riassumono gli ultimi passaggi in ordine di tempo.

Nel febbraio del 2009 la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione censurando il fatto che in Italia l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime per finalità ricreative (le concessioni per stabilimenti balneari) si è finora basata su un sistema di preferenza per il concessionario uscente, se non addirittura di puro e semplice rinnovo automatico della concessione già assentita.

La Commissione ha quindi richiesto di modificare le norme di legge su cui si era finora basato il sistema italiano - l'art. 37 cod. nav. e l'art. 1, comma 2, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 - che prevedono rispettivamente il c.d. diritto d'insistenza (preferenza per il concessionario uscente) e il rinnovo automatico delle concessioni sessennali, così da passare ad un sistema basato su concessioni di durata massima di 20/25 anni da attribuire mediante procedure di evidenza pubblica.

Nella prima fase della procedura, le contestazioni della Commissione si

sono appuntate sulla contrarietà di tale regime alle norme del Trattato, ed in particolare dell'art. 43 dell'allora Trattato CE (ora art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), che conferisce alle imprese dell'Unione il diritto di stabilirsi in un altro Stato membro, sia a titolo principale, sia attraverso la creazione di agenzie, succursali o filiali e impone agli Stati membri di consentire, attraverso la propria legislazione nazionale, l'esercizio di tale libertà senza essere soggette a norme nazionali che non rispettino il principio di parità di trattamento.

A giudizio della Commissione, ogni automatismo a favore del concessionario uscente *«determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore»*.

L'interpretazione, come noto, è stata condivisa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 180 del 2010, che - occupandosi di una legge della Regione Emilia-Romagna che attribuiva ai titolari di concessioni demaniali marittime il diritto ad una proroga della durata della concessione fino ad un massimo di 20 anni - ha dichiarato che simili previsioni determinano una «ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, (...), violando il principio di parità di trattamento (detto anche "di non discriminazione")», che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi». Tale indirizzo è stato, poi, ribadito nelle sentenze n. 340 del 2010 e n. 213 del 2011, relative ad altre leggi regionali.

Per superare le contestazioni della Commissione, è stata inserita nell'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 194/2009 (c.d. mille-proroghe) un'apposita previsione, che ha abrogato l'art. 37, comma 2, del codice della navigazione (e cioè la disposizione che prevede il diritto d'insistenza), nel contempo prorogando le concessioni in essere al 31 dicembre 2015, onde consentire, nelle more di tale scadenza, l'adozione di una normativa che disciplinasse l'affidamento delle concessioni in esame attraverso procedure di evidenza pubblica.

In fase di conversione, in questa stessa disposizione fu inserito al Senato (sulla base di un emendamento di origine parlamentare) un rinvio all'art. 1, comma 2, del decreto-legge 400/1993 che prevede un meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni sessennali; circostanza che ha impedito la chiusura della procedura d'infrazione.

La Commissione infatti ha inviato il 5 maggio 2010 una lettera di messa in mora complementare con cui, oltre ad agganciare l'incompatibilità della normativa dell'Unione anche all'art. 12 della Direttiva Servizi (c.d. Direttiva Bolkenstein) (1), entrata nel frattempo in vigore (28 dicembre 2009), ha chie-

sto di correggere l'art. 1, comma 18, del decreto "mille proroghe", espungendo il rinvio in questione ed abrogando il meccanismo di rinnovo automatico previsto dal citato decreto-legge 400/1993.

Nella lettera di messa in mora complementare, la Commissione - oltre a ribadire la contrarietà dei meccanismi di proroga automatica, o di preferenza del concessionario, alle norme di diritto primario dell'Unione - ha messo in evidenza che l'articolo 12 della direttiva Bolkenstein prescrive che, qualora il numero di "autorizzazioni" disponibili per l'esercizio di un'attività economica sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, queste siano assentite attraverso procedure di selezione che assicurino garanzie di imparzialità e di trasparenza e prevedano un'adeguata pubblicità dell'avvio della sua procedura e del suo svolgimento. Tale articolo vieta inoltre, al secondo paragrafo, il rinnovo automatico di tali autorizzazioni.

(1) L'articolo 12 della direttiva, rubricato «*Selezioni tra diversi candidati*», dispone quanto segue:

«1. *Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.*

2. *Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.*

3. *Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».*

Pur avendo le concessioni demaniali ad oggetto un bene, è chiaro che la scarsità del bene medesimo - che non deve necessariamente derivare da una sua scarsità in natura, ma anche da disposizioni che limitano la destinazione del bene ad una particolare attività - può discendere anche dal complesso di regole che disciplinano l'uso di tale bene, ad esempio riservando solo una porzione dei beni disponibili all'esercizio dell'attività.

L'art. 12 della direttiva servizi è stato recepito dall'art. 16 del decreto legislativo n. 59 del 2010, il quale dispone:

«1. *Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi.*

2. *Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.*

3. *L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio.*

4. *Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo».*

Per “autorizzazione”, secondo le definizioni contenute nella direttiva, deve intendersi «qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio». La definizione, pertanto, si attaglia a qualsiasi attività economica il cui svolgimento postuli l'emissione di una decisione di un'attività pubblica. In tale definizione, a giudizio della Commissione, deve ricomprendersi anche l'attività turistico-balneare, considerato che il suo esercizio è condizionato dal previo rilascio di una concessione sui beni del demanio marittimo.

Per superare definitivamente le contestazioni della Commissione, è stato inserito un emendamento nel disegno di legge comunitaria 2010 (atto Senato n. 2322-B), articolo 11 “Modifiche al decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. Procedura d'infrazione n. 2008/4908. Delega al Governo in materia di concessioni demaniali marittime”.

L'eliminazione del rinvio al meccanismo del rinnovo automatico ha consentito l'archiviazione della procedura di infrazione, avvenuta con decisione della Commissione del 27 febbraio 2012.

Con l'articolo 34-*duodecies* del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (articolo inserito dalla legge di conversione del 17 dicembre 2012 n. 221, su iniziativa parlamentare), il termine di durata delle concessioni demaniali marittime (solo di quelle ad uso turistico-ricreativo) è stato prorogato al 31 dicembre 2020.

Pietro Garofoli
Avvocato dello Stato

Corte di Giustizia dell'Unione europea

Osservazioni

del **Governo della Repubblica Italiana**, in persona dell'Agente Gabriella Palmieri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio eletto a Lussemburgo presso l'Ambasciata d'Italia

(...)

1. I fatti di causa.

1) La questione pregiudiziale origina da un ricorso proposto da Promoimpresa S.r.l. (Promoimpresa), già concessionaria per l'occupazione di un'area demaniale, ad uso chiosco, bar, veranda, bagni, banchina e pontile, compresa nel demanio del Lago di Garda e sita nel comune di San Felice del Benaco.

2) La Promoimpresa ha impugnato il provvedimento n. 5637 del 6 maggio 2011, con il quale il Consorzio dei Comuni della sponda Bresciana del lago di Garda (in seguito “Consorzio”) ha negato il rinnovo della concessione di tale area demaniale, nonché la delibera dalla Giunta Regionale (D.G.R.) Lombardia del 6 agosto 2008, n. 7967, nella parte in cui prevede che le concessioni demaniali possono esser rilasciate “*a seguito di apposita procedura di selezione comparativa ispirata ai principi di libera circolazione dei servizi*”, senza al contempo

prevedere alcun regime transitorio o forme di tutela degli intestatari di concessioni demaniali anteriori all'entrata in vigore della medesima delibera.

3) Il giudice italiano prende le mosse dal riconoscimento che il rapporto intercorrente tra Promoimpresa ed il Consorzio presenta i caratteri della concessione, come definita dal diritto comunitario, e che da ciò discende che la ricorrente ricava un'utilità sfruttando economicamente l'area demaniale assegnata, ossia un bene pubblico che si suppone essere non disponibile in quantità illimitata.

4) Quanto alla disciplina applicabile, il Tribunale Amministrativo Regionale evidenzia che nel caso in esame rileva l'art. 1, comma 18, del d. l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con legge del 26 febbraio 2010, n. 25, **norma originariamente non riferibile alle concessioni lacuali.**

5) Infatti, al momento dei fatti di causa (della scadenza della concessione (31 dicembre 2010) di cui era titolare la Soc. Promoimpresa srl, dell'istanza di rinnovo di quest'ultima (14 aprile 2010) e del rigetto dell'istanza di rinnovo da parte del Consorzio ente di gestione (6 maggio 2011)), l'articolo 1, comma 18, del DL n. 194/09 disciplinava esclusivamente le concessioni demaniali marittime.

6) L'estensione della proroga alle concessioni demaniali lacuali e fluviali è avvenuta solo ad opera dell'articolo 1, comma 547, della L. 24 dicembre 2012 n. 228 (legge di stabilità 2013).

7) Nella ricostruzione del complesso quadro normativo di riferimento, il giudice del rinvio precisa che la proroga delle concessioni, fissata sino al 31 dicembre 2012 dall'art. 1, comma 18, del d. l. 2009 n. 194, è stata spostata in avanti, sino al 31 dicembre 2015, dalla legge di conversione del 26 febbraio 2010, n. 25.

8) Successivamente, l'art. 34-duodecies del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, introdotto dal Parlamento italiano, in sede di conversione, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ha modificato l'art. 1, comma 18, del d. l. 2009 n. 194, stabilendo che "le parole: «fino a tale data» sono sostituite dalle seguenti: «fino al 31 dicembre 2020»".

9) A completa ricostruzione dell'evoluzione della disciplina, come precisato anche dal Giudice del rinvio, occorre evidenziare che le preesistenti modalità di accesso degli operatori economici alle concessioni relative a beni demaniali marittimi erano state modificate con il citato art. 1, comma 18, del decreto legge n. 194 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, proprio al fine di rispondere ai rilievi formulati dalla Commissione Europea nell'ambito della procedura di infrazione n. 2008/4908, sull'incompatibilità della disciplina previgente con il diritto dell'Unione.

10) Concludendo, il giudice del rinvio afferma di dubitare che l'art. 1, comma 18, del d. l. 30 dicembre 2009, n. 194 - nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 34-duodecies del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, articolo introdotto in sede di conversione con legge 17 dicembre 2012, n. 221 - nella parte in cui dispone la proroga del termine di durata delle concessioni sino al 31 dicembre 2020 sia compatibile con i principi comunitari di tutela della concorrenza e parità di trattamento tra operatori economici, rispetto alla possibilità di conseguire la titolarità di una concessione demaniale, nonché con quelli di proporzionalità e ragionevolezza.

2. La normativa di riferimento.

2.1. Il diritto interno.

11) La questione pregiudiziale, nei termini in cui è formulata dal Giudice del rinvio, appare connotata da una certa vaghezza dal momento che il Giudice italiano non indica, nello specifico, quale delle molteplici norme interne, prese in considerazione nella sentenza di rinvio, sia da ritenere in contrasto con la normativa comunitaria.

12) Il Giudice Amministrativo italiano si riferisce infatti genericamente (vedi pag. 25 della sentenza n. 2401/2014) alla *“normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica”*.

13) Questa indeterminatezza obbliga a ricostruire per intero la complessa successione delle norme che, nell’ordinamento italiano, si sono susseguite nella disciplina delle concessioni demaniali marittime e lacuali a fini turistico-ricreativi.

14) Nell’ordinamento italiano, la disciplina generale in materia di demanio marittimo si è storicamente rinvenuta negli articoli 28 e seguenti del codice della navigazione, approvato con Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327.

15) Nel citato testo normativo, la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime è delineata dagli articoli 36 e seguenti cod. nav. In particolare, l’articolo 37, secondo comma, ultimo periodo, cod. nav., disciplinante l’affidamento delle concessioni demaniali marittime, prevedeva la preferenza in favore del vecchio concessionario (c.d. “diritto di insistenza”).

16) Successivamente, l’articolo 1 (1), comma 18, del D.L. n. 194/2009, convertito con modificazioni con Legge n. 25/2010, al fine di adeguare l’impianto normativo all’ordinamento comunitario, ha disposto: a) la soppressione del predetto “diritto di insistenza”; b) la proroga al 31 dicembre 2015 delle concessioni per finalità turistico-ricreative in scadenza prima di tale data ed in atto al 30 dicembre 2009, data di entrata in vigore dello stesso decreto legge.

17) Con l’articolo 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (articolo inserito dalla legge di conversione del 17 dicembre 2012 n. 221, con emendamento di origine parlamentare e non governativa), il termine di durata delle concessioni demaniali marittime (solo di quelle ad uso turistico-ricreativo) è stato prorogato al 31 dicembre 2020.

18) L’articolo 11 della Legge n. 217/2011 (Legge comunitaria per il 2010), al fine di chiudere la procedura di infrazione n. 2008/4908 avviata ai sensi dell’articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, e riguardante la sussistenza di meccanismi anticoncorrenziali nell’assegnazione delle predette concessioni in Italia, ha disposto l’abrogazione dell’articolo 1, comma 2, del D.L. n. 400/1993 (convertito con Legge n. 494/1993), ove era stata

(1) *“18. Ferma restando la disciplina relativa all’attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell’esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all’articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020, fatte salve le disposizioni di cui all’articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All’articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso.”*

Comma così modificato dalla legge di conversione 26 febbraio 2010, n. 25, dall’art. 34-duodecies, comma 1, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, dall’art. 1, comma 547, L. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, e, successivamente, dall’art. 1, comma 291, L. 27 dicembre 2013, n. 147, a decorrere dal 1° gennaio 2014.

medio tempore introdotta (con articolo 13 della Legge n. 172/2003) la previsione per cui le concessioni demaniali marittime avessero una durata di 6 anni, e che alle relative scadenze fossero automaticamente rinnovate per ulteriori periodi di 6 anni.

19) Occorre, infine segnalare che l'art. 16 del decreto legislativo n. 59 del 2010, ha recepito nell'ordinamento italiano il disposto contenuto nell'art. 12 della direttiva servizi n. 2006/123/CE, (cd. Direttiva Bolkestein) disponendo che: «1. *Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi.*

2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio.

4. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo» .

2.2. Il diritto comunitario.

20) La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame riguarda la ritenuta violazione dei "principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso" che si sarebbe determinata con l'emanazione delle succitate norme interne.

21) In particolare la violazione dell'art. 12 (2), comma 2, della direttiva n. 2006/123/CE,

(2) L'articolo 12 della direttiva n. 2006/123/CE, rubricato «Selezioni tra diversi candidati», dispone quanto segue:

«1. *Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.*

2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».

L'art. 12 della direttiva servizi è stato recepito dall'art. 16 del decreto legislativo n. 59 del 2010, il quale dispone:

«1. *Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la*

in base al quale è vietata qualsiasi forma di automatismo che, alla scadenza del rapporto concessorio, possa favorire il precedente concessionario, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non avrebbero la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore, se non nel caso in cui questi rinunci alla proroga.

3. Osservazioni.

3.1 In via pregiudiziale. Sulla irricevibilità della domanda di rinvio.

22) Preliminarmente si chiede a codesta On. Corte di Giustizia di voler accertare la ricevibilità della domanda pregiudiziale in esame.

23) Il Tribunale Amministrativo Regionale, alla pag. 7 della sentenza di rinvio, ritiene di dover “portare l’attenzione” sulla compatibilità comunitaria della norma contenuta nell’ “art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con legge del 26 febbraio 2010, n. 25”, norma che lo stesso giudice ritiene “originariamente non riferibile alle concessioni lacuali”.

24) Successivamente alla pag. 13 paragrafo 12) della sentenza di rinvio il Tribunale Amministrativo ritiene che la questione sia “sicuramente rilevante nel caso concreto” dal momento che “la concessione rilasciata a Promoimpresa srl rientra temporalmente nell’ambito di applicazione del citato art. 1, comma 18, essendo già efficace alla data di entrata in vigore del d.l. 194/2009 e presentando una scadenza anteriore al 31 dicembre 2015”.

25) Dette affermazioni non appaiono corrette, alla luce della stessa ricostruzione dell’iter normativo fatta dal Giudice italiano. È indiscutibile, infatti, come già sopra evidenziato, che:

- 1) la concessione di cui era titolare la Soc. Promoimpresa srl, scadeva il 31 dicembre 2010;
- 2) l’istanza di rinnovo di quest’ultima è stata proposta dalla Soc. Promoimpresa in data 14 aprile 2010;
- 3) il rigetto di detta istanza di rinnovo da parte del Consorzio ente di gestione è datato 6 maggio 2011;
- 4) l’estensione dell’efficacia dell’art. 1, comma 18, del DL n. 194/09 alle concessioni demaniali lacuali è avvenuta solo ad opera dell’articolo 1, comma 547 (3), della L. 24 dicembre 2012 n. 228 (legge di stabilità 2013).

26) È evidente, quindi, che al momento della emanazione degli atti impugnati le concessioni demaniali “lacuali e fluviali” erano disciplinate dal succitato art. 16 del decreto legislativo

predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi.

2. *Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.*

3. *L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio.*

4. *Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo»*

(3) “547. All’articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, dopo le parole: «demaniali marittimi» sono inserite le seguenti: «, lacuali e fluviali»; dopo le parole: «turistico ricreative» sono inserite le seguenti: «e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto».

n. 59 del 2010, con il quale, come s'è detto, si è recepito nell'ordinamento italiano il disposto contenuto nell'art. 12 della direttiva servizi n. 2006/123/CE, (cd. Direttiva Bolkestein).

27) Nel caso di specie, infatti, a differenza di quanto ritenuto dal Giudice italiano, non si può ritenere temporalmente applicabile al demanio lacuale e fluviale il disposto dell'articolo 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009, convertito con modificazioni con Legge n. 25/2010, di cui si chiede a codesta On. Corte di Giustizia di valutare la compatibilità con l'ordinamento comunitario.

28) Nell'ordinamento italiano vige, infatti, l'indiscussa regola generale secondo la quale al procedimento amministrativo si applica il principio del "*tempus regit actum*", in quanto, alla luce del principio di legalità, ogni atto amministrativo (anche endoprocedimentale) deve essere conforme alla legge in vigore nel momento in cui viene posto in essere.

29) Questo principio dovrebbe tanto più valere nel caso in esame, nel quale il Giudice del rinvio dubita della legittimità comunitaria della norma sopravvenuta (e che però, incomprensibilmente, ritiene applicabile).

30) Da ciò deriva che anche la proroga concessa dalla legge prima fino al 2015 e successivamente estesa al 2020 non era temporalmente applicabile agli atti amministrativi della cui legittimità si discute nel giudizio di rinvio.

31) Detta proroga non può quindi applicarsi né *ratione temporis* né *ratione materiae* ai provvedimenti oggetto della controversia rinviata all'esame di codesta On. Corte di Giustizia.

32) È allora evidente che per decidere il ricorso pendente dinnanzi al TAR Lombardia non è necessario accertare la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della norma che ha prorogato al 31 dicembre 2020 la durata delle concessioni e che, dunque, la questione pregiudiziale sollevata dinnanzi alla Corte di Giustizia è irricevibile, in quanto manifestamente non rilevante per la risoluzione della causa principale.

33) Questa Difesa è cosciente che, come più volte ritenuto da codesta On. Corte di Giustizia (Sentenza del 17 luglio 2008 in causa C-500/06 Corporación Dermoeestética SA contro To Me Group Advertising Media) nell'ambito del procedimento istituito dall'art. 234 CE, le funzioni della Corte e quelle del giudice del rinvio sono chiaramente separate ed è al secondo che spetta interpretare il suo diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza della Corte 17 giugno 1999, causa C-295/97, Piaggio, punto 29 e giurisprudenza ivi citata), tuttavia, in questo specifico caso, deve ritenersi chiaramente superata la presunzione di pertinenza che si riconnette alle questioni sollevate in via pregiudiziale dai giudici nazionali.

34) Secondo codesta On. Corte, infatti, detta presunzione è da ritenersi superata qualora sia evidente che l'interpretazione richiesta delle disposizioni del diritto comunitario considerate in tali questioni non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale (v., in particolare, sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, punto 61; 7 settembre 1999, causa C-355/97, Beck e Bergdorf, punto 22, e sentenza 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, van der Weerd e a., punto 22).

3.2 Nel merito. Sulla compatibilità della proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con il diritto dell'Unione Europea.

35) Qualora codesta On. Corte ritenesse di poter superare la suesposta eccezione di irricevibilità si dovrebbe valutare la compatibilità con il diritto comunitario delle surriportate norme interne che hanno disposto la proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali.

36) Il giudice del rinvio dubita che l'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 179 - nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito in sede di conversione con legge 17 di-

cembre 2012, n. 221 - il quale ha disposto la proroga del termine di durata delle concessioni fino al 31 dicembre 2020, sia compatibile con il diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della libertà di stabilimento, della tutela della concorrenza, della parità di trattamento tra gli operatori e dei principi di adeguatezza e proporzionalità.

37) Deve osservarsi che la proroga del termine di durata delle concessioni di beni demaniali con finalità turistico-ricreativa, disposta con il citato articolo 1, comma 18, del DL n. 179/2009, su cui il legislatore è più volte intervenuto, si è inserita in un più ampio progetto di revisione del quadro normativo in materia (il medesimo comma 18 recita: “...*nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali...*”).

38) La proroga, pertanto, ha rappresentato - e rappresenta - una misura transitoria per il passaggio da un regime di rinnovo automatico delle concessioni ad un regime di affidamento delle stesse con gara.

39) A tale revisione e riordino della materia il Governo italiano sta provvedendo attraverso l'adozione di un disegno di legge, di prossima approvazione, che prevede, quanto all'affidamento delle concessioni, l'espletamento di procedure competitive di selezione, che assicurino il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità.

40) È interesse del Governo italiano, infatti, disciplinare la materia nel pieno rispetto dei principi comunitari, ma anche salvaguardando gli interessi dei soggetti coinvolti.

41) Va rilevato che per lo Stato italiano, con i suoi 7.859 Km di costa, la questione investe, oltre che notevoli interessi economici anche delicati profili politico-sociali, coinvolgendo circa 30.000 piccole - o micro - imprese, per lo più a conduzione familiare, che operano in un settore, quello turistico, essenziale per l'economia nazionale.

42) In tale contesto di riforma del sistema il legislatore ha inteso tener conto dell'impatto del nuovo sistema di rilascio delle concessioni con gara sulle imprese operanti nel settore e della necessità di tutelare l'affidamento in esse ingenerato dal regime di rinnovo automatico, previsto dalla legislazione nazionale fino al 2009 (il diritto di insistenza è stato soppresso solo con il DL n. 194/2009).

43) Confidando nel rinnovo automatico delle concessioni, molti dei concessionari hanno, infatti, posto in essere ingenti investimenti per l'esercizio dell'attività turistico-ricettiva e molti di essi hanno assunto gravosi impegni con istituti bancari.

44) Per tali ragioni, per poter permettere agli interessati di poter rientrare dei costi sostenuti nel termine dei piani di ammortamento programmati, è sembrato necessario prorogare la durata delle concessioni in essere.

45) Tale modifica era stata accompagnata da una proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015, accettata dalla Commissione, la quale ha riconosciuto l'esigenza, rappresentata dallo Stato italiano, di disporre di un periodo adeguato per il passaggio ad un sistema di affidamento delle concessioni con procedure di evidenza pubblica.

46) È vero che la proroga fino al 31 dicembre 2020 è stata introdotta (con l'articolo 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dalla legge di conversione del 17 dicembre 2012 n. 221, con emendamento di origine parlamentare) successivamente alla chiusura della procedura di infrazione, ma è anche vero che la *ratio* della nuova modifica è la medesima che ha ispirato la prima formulazione recante la proroga al 2015 e consiste nella tutela dell'affidamento ingenerato negli interessati dal precedente quadro normativo.

47) La salvaguardia del legittimo affidamento, d'altronde, costituisce un principio fondamentale nell'azione dei pubblici poteri, da cui la funzione pubblica non può prescindere.

48) Frutto dell'elaborazione della giurisprudenza e della sistemazione dottrinale, come molti dei principi del diritto pubblico, il legittimo affidamento rappresenta uno strumento di tutela avverso il comportamento irragionevole e contraddittorio dei poteri pubblici. Detto principio è il precipitato giuridico dei doveri di correttezza e buona fede (buona fede oggettiva), che impongono di tener conto dell'aspettativa altrui (buona fede soggettiva).

49) Gli Stati membri devono rispettare detto principio ed esso costituisce un canone di interpretazione dei trattati, rappresentando un principio generale di diritto non scritto, per la cui affermazione è stata decisiva l'opera di codesta Corte di Giustizia (4).

50) In sede comunitaria la protezione dell'affidamento legittimo riguarda non solo gli atti amministrativi ma anche quelli di natura legislativa.

51) Il principio opera nei rapporti tra privati e Comunità Europea ma altresì tra gli Stati membri e le Istituzioni comunitarie, nonché nei riguardi dell'Amministrazione nazionale che è chiamata a dare attuazione alla normativa di matrice europea.

52) Il legittimo affidamento costituisce un principio generale dell'ordinamento comunitario. Numerosissime sono le pronunce di codesta On. Corte di Giustizia (5) e del Tribunale di primo grado (6) che da tempo e costantemente affermano la vigenza e il carattere fondamentale di tale canone. Il principio in questione viene considerato un corollario di quello della certezza del diritto, nell'ambito del quale viene individuato il suo fondamento (7).

53) Quale principio generale dell'ordinamento comunitario, la protezione dell'affidamento legittimo riguarda non solo gli atti amministrativi ma anche quelli di carattere legislativo. Esso opera nei rapporti tra privati e le Istituzioni comunitarie (8) ma altresì tra gli Stati membri che aderiscono al sistema delle Comunità Europee, nonché nei riguardi dell'Amministrazione nazionale che è chiamata a dare attuazione alla normativa di matrice comunitaria (9).

54) Come emerge dalla disamina normativa sopra esposta, è indubbio che la disciplina che regolava le concessioni demaniali marittime per usi turistico-ricreativi, fino al 2009, aveva creato un legittimo affidamento in ordine al rinnovo della concessione, prevedendo dapprima

(4) Fra le numerosissime pronunce: Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa 112/77; Corte di Giustizia, 21 settembre 1983 in cause riunite 205-215/82; Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, causa 289/81; Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa 15/85; Corte di Giustizia, 20 giugno 1991, causa C-248/89; Corte di Giustizia, 17 aprile 1997, causa C-90/95.

(5) Tra le varie sentenze: Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa 112/77; Corte di Giustizia, 21 settembre 1983 in cause riunite 205-215/82; Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, causa 289/81; Corte di Giustizia, 17 aprile 1997, causa C-90/95; Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa 15/85, e Corte di Giustizia, 20 giugno 1991, causa C-248/89.

(6) Trib. CE, 17 dicembre 1998, causa T-203/96; Trib. CE, 13 marzo 2003, n. 125

(7) In tali termini, espressamente: Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, Ampafrance and Sanofi, causa C-177/99, 181/99; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, Commission/Spain, causa C-83/99. In talune pronunce i due principi sono tra loro affiancati e considerati in un unico contesto, Corte di Giustizia, 21 settembre 1983, Deutsche Milchkontor GmbH, causa 205/82; Corte di Giustizia, 21 giugno 1988, Commission/Italy, 257/86; Corte di Giustizia, 8 giugno 2000, Grundstücksgemeinschaft Schloßstraße, causa C-396/98.

(8) Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, causa 289/81; Trib. CE, 17 dicembre 1998, causa T-203/96; Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, Vasilis Mavridis/PE, causa 289/81.

(9) Gli Stati membri devono rispettare il legittimo affidamento nell'esercizio dei poteri che conferiscono loro le direttive comunitarie: Corte di Giustizia, 1 aprile 1993, Lageder and others/Amministrazione delle finanze dello Stato, causa C-31/91; Corte di Giustizia, 3 dicembre 1998, Belgocodex, causa C-381/97.

una durata annuale della concessione, poi una durata quadriennale ed infine una durata di sei anni, rinnovabile in modo automatico di sei anni in sei anni e così ad ogni successiva scadenza, salvo la revoca per motivi legati ad un pubblico interesse.

55) Al rinnovo automatico della concessione demaniale marittima ad uso turistico-ricreativo si legava era legato il cosiddetto "diritto di insistenza", eliminato dal più volte citato art. 1, comma 18, del D.l. 30 dicembre 2009, n. 194, che dava la preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze.

56) Detto quadro normativo ha indotto i concessionari ad investire, con beneficio anche per gli interessi pubblici, diversi milioni di euro nelle strutture turistiche ricettive, soprattutto a partire dal 2006, anno in cui si è assistito a un forte rinnovamento delle strutture balneari che, grazie al rinnovo automatico, hanno permesso agli istituti bancari di iscrivere ipoteca sulle strutture (previo nulla osta degli uffici demaniali) per mutui di durata anche ventennale.

57) La situazione sopra descritta ha, evidentemente, giustificato la concessione di una proroga, inizialmente fino al 2015, e successivamente fino al 2020 delle concessioni in essere, per evidenti ragioni di tutela dell'affidamento ingenerato.

58) L'incertezza normativa che deriverebbe da una eventuale dichiarazione di illegittimità di detta proroga, genererebbe un blocco degli investimenti, dal momento che il sistema bancario, in assenza di norme certe, non finanzierebbe più le strutture che insistono sulle concessioni demaniali, gettando in una profonda incertezza i titolari delle concessioni e determinerebbe una drastica diminuzione del valore commerciale delle aziende.

4. Conclusioni.

59) Per le motivazioni sopra esposte, si chiede conclusivamente a codesta On. Corte di Giustizia di voler valutare la irricevibilità della domanda pregiudiziale in esame per mancanza del necessario requisito della pertinenza in concreto con la causa instaurata innanzi al giudice remittente.

60) In subordine, si chiede di voler comunque ritenere compatibile con il diritto comunitario la proroga al 2020 delle concessioni marittime lacuali e fluviali in essere, prevista dall'art. 1, comma 18, del d. l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con legge del 26 febbraio 2010, n. 25, e successive modificazioni.

Roma 12 gennaio 2015

Pietro Garofoli
Avvocato dello Stato

Causa C-160/14 - Materia: Politica sociale. Ravvicinamento delle legislazioni - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Varas Cíveis de Lisboa (5ª Vara Cível) (Portogallo) il 4 aprile 2014 - João Filipe Ferreira da Silva e Brito e a. / Repubblica portoghese.

**CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
OSSERVAZIONI**

del **GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA**, in persona dell'Agente designato per il presente giudizio, con domicilio eletto a Lussemburgo presso l'Ambasciata d'Italia

nella causa **C-160/14**

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE dal Varas Cíveis de Lisboa (Portogallo), nella causa

JOAO FILIPE FERREIRA DA SILVA E BRITO E ALTRI 96

- ricorrenti -

contro

REPUBBLICA PORTOGHESE

- resistente -

I LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

1. Con decisione del 31 dicembre 2013, depositata in data 4 aprile 2014, il Varas Cíveis de Lisboa (Portogallo), nell'ambito di un procedimento civile vertente tra le parti indicate in epigrafe, ha sottoposto alla Corte la seguente questione:

(primo quesito) *“Se la direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, e in particolare il suo articolo 1, paragrafo 1, debba essere interpretata nel senso che la nozione di «trasferimento di uno stabilimento» comprenda una situazione in cui un'impresa attiva nel mercato dei voli charter è liquidata con decisione del suo azionista di maggioranza, a sua volta impresa operante nel settore dell'aviazione, e in cui, nell'ambito della liquidazione, l'impresa controllante:*

i) - assume la posizione della società liquidata nei contratti di locazione di aerei e nei contratti in vigore di voli charter stipulati con operatori turistici;

ii) - svolge l'attività precedentemente svolta dalla società liquidata;

iii) - riassume alcuni dipendenti fino a quel momento operanti per la società liquidata e li colloca in funzioni identiche;

iv) - riceve piccole apparecchiature della società liquidata”.

(secondo quesito) *“Se l'articolo 267 TFUE (già articolo 234) debba essere interpretato nel senso che il Supremo Tribunale de Justiça, tenuto conto dei fatti descritti nella questione sub 1) e della circostanza che i giudici nazionali di grado inferiore che avevano giudicato la causa abbiano adottato decisioni contraddittorie, sia tenuto a sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale vertente sulla corretta interpretazione della nozione di «trasferimento di uno stabilimento» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23/CEE”.*

(terzo quesito) *“Se il diritto comunitario e, in particolare, i principi sanciti dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza Köbler sulla responsabilità dello*

Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, osti all'applicazione di una normativa nazionale che richiede come fondamento della pretesa di risarcimento esercitata contro lo Stato la previa revoca della decisione lesiva”.

II LE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA RILEVANTI

2. Il primo quesito verte sull'interpretazione dell'art. 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001 (in prosieguo: «la direttiva»), concernente “*il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti*”.
3. La direttiva 2001/23 ha abrogato e sostituito la direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, come modificata dalla direttiva 98/50/CE del Consiglio, del 29 giugno 1998.
4. Il considerando 3 della direttiva 2001/23 recita:

«Occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti».
5. L'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), di detta direttiva dispone:

«a) La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione.

b) Fatta salva la lettera a) e le disposizioni seguenti del presente articolo, è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria».
6. L'articolo 3, paragrafo 1, primo comma, stabilisce:

«I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario».
7. Il secondo ed il terzo quesito vertono sull'interpretazione dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex articolo 234 del TCE) che dispone che:

“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. (...)”.

III I FATTI DI CAUSA E IL DIRITTO NAZIONALE

8. Sulla base degli elementi desumibili da una sintesi della decisione di rinvio, la questione pregiudiziale trae origine dallo scioglimento dell'Air Atlantis, S.A. (in prosieguo «AIA»), società costituita nel 1985, svolgente attività nel campo del trasporto aereo non di linea e dei servizi complementari connessi.
9. A partire dal 1° maggio 1993, la TAP, azionista di maggioranza dell'AIA e sua creditrice, svolgente sino a quel momento quasi esclusivamente attività di trasporto aereo di linea, ha iniziato ad effettuare una parte delle operazioni dei voli charter già contrattualmente affidati, prima dello scioglimento, all'AIA, per il periodo compreso tra il 1° maggio 1993 e il 31 ottobre 2003, al fine di evitare i danni dall'inadempimento dei contratti già stipulati tra l'AIA e gli operatori turistici.
10. In tale frangente, la TAP ha utilizzato quattro aerei prima impiegati dall'AIA, si è fatta carico delle spese del contratto di *leasing*, si è servita delle apparecchiature da ufficio (mobilio e computer) utilizzate dall'AIA negli stabilimenti di Lisbona e Faro, ed ha utilizzato altri articoli della stessa, quali le stoviglie impiegate sugli aerei.
11. La TAP ha anche assunto alcuni dipendenti dell'estinta AIA che, tra le altre cose, avevano esercitato funzioni sui voli charter contrattualmente affidati all'AIA.
12. In tale contesto, alcuni dipendenti dell'AIA, collettivamente licenziati in data 30 aprile 1993 a causa dello scioglimento dell'AIA, hanno impugnato il licenziamento dinanzi al Tribunale do Trabalho (Tribunale del Lavoro) di Lisbona chiedendo di essere riassunti dalla TAP e di vedersi riconosciute le retribuzioni non percepite.
13. A fondamento della domanda hanno dedotto che, sebbene si fosse affermato che la causa del licenziamento collettivo era stata la chiusura definitiva dell'AIA, l'intenzione della TAP era stata quella di acquisire l'attività sino ad allora svolta dall'AIA nell'ambito dei voli charter, motivo per cui la cessazione dell'attività dell'AIA doveva considerarsi come trasferimento di stabilimento e non come chiusura definitiva di impresa.
14. Detta circostanza era confermata dal fatto che alla TAP erano state cedute le apparecchiature da ufficio e di bordo, il ruolo di conduttore nei contratti di *leasing* degli aerei e la stessa aveva effettuato i voli charter contrattualmente affidati all'AIA.
15. Il Tribunale del Lavoro di Lisbona, con decisione del 6 febbraio 2007, ha accolto parzialmente l'impugnazione del licenziamento collettivo ed ha disposto la riassunzione dei ricorrenti.
16. In particolare, il Tribunale, richiamata la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha ritenuto che, nella specie, *“vi è stato il trasferimento di uno stabilimento, almeno parziale, posto che l'identità dello stesso viene conservata e viene perseguita la stessa attività, di modo che la convenuta, TAP, è passata ad occupare il ruolo di imprenditore nei contratti di lavoro, il che comporta che il rifiuto di riassumere i ricorrenti è illecito, con le conseguenze giuridiche che ne derivano”*.
17. Il Tribunal de Relacao (Corte di Appello) di Lisbona, con sentenza del 16 gennaio 2008, ha riformato la decisione di primo grado ritenendo verificatasi la decadenza dal diritto di impugnazione del licenziamento collettivo.
18. Il Supremo Tribunal de Justica (STJ), investito dai lavoratori, con decisione del 25 febbraio 2009, ha dichiarato legittimo il licenziamento collettivo, ha respinto l'interpretazione secondo cui si era verificato un trasferimento dello stabilimento ed ha respinto la domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.
19. In particolare, il Supremo Consesso della giustizia portoghese ha ritenuto che: (i) la

- TAP, nell'effettuare i voli nell'estate 1993, non si è servita di un'entità con la stessa identità che in precedenza apparteneva all'AIA, bensì di proprio strumento di intervento, vale a dire della propria impresa; (ii) non costituisce indizio rilevante a favore del trasferimento dello stabilimento, l'effettuazione da parte della TAP di voli charter nel 1994, in quanto trattasi della semplice occupazione di una quota di mercato lasciata libera dalla chiusura dell'AIA; (iii) non vi è stato nemmeno il trasferimento della clientela dall'AIA alla TAP e, tantomeno, il trasferimento dello stabilimento, non essendo cedibile la licenza.
20. Relativamente alla questione pregiudiziale, il Supremo Tribunal de Justica, rilevato che l'obbligo di rinvio pregiudiziale sussiste solo quando i giudici nazionali avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno ritengono necessario ricorrere al diritto comunitario per la risoluzione della controversia di cui sono aditi e, inoltre, sia stata sollevata una questione di interpretazione di tale diritto, tenuto conto della giurisprudenza sulla problematica dell'interpretazione delle norme comunitarie relative al trasferimento di stabilimento, ha ritenuto che *“in relazione al contenuto delle disposizioni delle direttive comunitarie menzionate dai ricorrenti, all'interpretazione ad esse data dalla Corte di giustizia e alle circostanze della presente causa, accertate nella presente sentenza, non vi sono dubbi che occorra un'operazione di interpretazione implicante il rinvio pregiudiziale”*.
 21. I ricorrenti indicati in epigrafe hanno intrapreso un'azione di accertamento ordinaria contro la Repubblica Portoghese, ai sensi dell'articolo 13 della legge 67/2007, relativa al regime di responsabilità civile extracontrattuale dello Stato e degli altri enti pubblici, con la quale hanno chiesto la condanna al pagamento dei danni patrimoniali sofferti.
 22. Gli stessi hanno dedotto che la sentenza del Supremo Tribunal de Justica (STJ), che ha considerato legittimi i licenziamenti effettuati dall'AIA, è manifestamente illegittima poiché incorre in una doppia violazione del diritto comunitario: erronea interpretazione della nozione di “trasferimento di uno stabilimento”, di cui alla direttiva 2001/23/CE, e inadempimento all'obbligo di sottoporre alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali di diritto comunitario pertinenti.
 23. Il Giudice del rinvio, considerato che ai sensi dell'art. 13 del RRCEE *“... lo Stato risponderà civilmente per i danni derivanti dalle decisioni giurisdizionali manifestamente incostituzionali o illegittime o ingiustificate per errore manifesto nella valutazione dei rispettivi presupposti di fatto”*, rileva, innanzitutto, che, nella specie, occorre verificare se la decisione del Supremo Tribunale de Justica del 25 febbraio 2009 sia manifestamente illegittima contenendo un'erronea interpretazione della nozione di trasferimento di uno stabilimento, ai sensi della direttiva 2001/23 CE, e se il Tribunale abbia violato l'obbligo di rinvio pregiudiziale.
 24. Il Giudice del rinvio, inoltre, rilevato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia nella sentenza Köbler ha evidenziato che la responsabilità dello Stato sorge quando la violazione deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempre che il giudice violi in maniera manifesta il diritto vigente, dubita sull'applicabilità del requisito previsto dall'articolo 13, comma 2, del RRCEE, invocato dalla Repubblica Portoghese nel controricorso, ai sensi del quale *“la pretesa di risarcimento deve fondarsi sulla previa revoca della decisione lesiva da parte del giudice competente”*.

IV ANALISI

IVI Sul primo quesito

25. Con il primo quesito, il Varas Civeis de Lisboa chiede se la direttiva 2001/23/CE del Consiglio ed, in particolare, l'articolo 1, paragrafo 1, debba essere interpretato nel senso che la nozione di "*trasferimento di uno stabilimento*" comprenda una situazione in cui un'impresa, attiva nel mercato dei voli charter, venga liquidata con decisione del suo azionista di maggioranza, il quale provveda, quindi, ad assumere la medesima attività già svolta dalla società liquidata, subentrando nei contratti di locazione degli aerei e nei contratti in vigore di voli charter stipulati con gli operatori turistici e provveda, altresì, ad assumere alcuni lavoratori già dipendenti della società liquidata, assegnandoli ad identiche mansioni.
26. A giudizio del Governo Italiano, la prima questione pregiudiziale deve essere risolta in senso affermativo in virtù delle seguenti considerazioni.
27. In via preliminare, si osserva che, ai sensi dell'art. 1, n. 1, lett. *a*), la direttiva 2001/23 si applica a tutti i trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore conseguenti a cessione contrattuale o a fusione.
28. A tal riguardo, secondo la consolidata giurisprudenza, la portata della citata disposizione non può essere valutata in base alla sola interpretazione letterale. Date le differenze tra le versioni linguistiche della direttiva in questione e le divergenze tra gli ordinamenti nazionali in merito alla nozione di cessione contrattuale, codesta Corte ha dato a questa nozione un'interpretazione sufficientemente elastica per rispondere all'obiettivo della citata direttiva, che, come emerge dal suo terzo "considerando", è quello di tutelare i lavoratori subordinati in caso di cambiamento del titolare dell'impresa (v., in tal senso, sentenza 13 settembre 2007, causa C-458/05, Jouini e a., Racc. pag. I-7301, punto 24 e la giurisprudenza ivi citata).
29. Codesta Corte ha, pertanto, statuito che la direttiva 77/187, codificata dalla direttiva 2001/23, è applicabile in tutti i casi di cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile della gestione dell'impresa, la quale assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa stessa (v. sentenze 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys, Racc. pag. I-1253, punto 28, nonché 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Hernández Vidal e a., Racc. pag. I-8179, punto 23).
30. Si osserva, inoltre, che la direttiva mira a garantire la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, indipendentemente da un cambiamento del titolare, cosicché il criterio decisivo per l'accertamento dell'esistenza di un trasferimento, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lett. *b*), di detta direttiva consiste nello stabilire se l'entità in questione conservi o no la propria identità dopo essere stata rilevata dal nuovo datore di lavoro (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 6 marzo 2014, Amatori, C-458/12, punto 30; sentenza del 6 settembre 2011, Scattolon, C-108/10, Racc. pag. I-7491, punto 60; sentenza 18 marzo 1986, Spijkers, causa C24/85, Racc. pag. 1119, punti 11 e 12).
31. Il trasferimento deve, dunque, avere ad oggetto un'entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata (sentenza 19 settembre 1995, Rygaard, causa C-48/94, Racc. pag. I-2745, punto 20).
32. Ai sensi della giurisprudenza di codesta Corte, la nozione di "*entità*" si richiama ad un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo (sentenza 11 marzo 1997, Süzen, causa C-13/95, Racc. pag. I-1259, punto 13).

33. Tale circostanza viene chiarita dalla lett. *b*) dell'art. 1 della direttiva, secondo cui il trasferimento deve essere riferito ad «*un'entità economica (...), intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*», entità la quale dopo il trasferimento conserva la propria «*identità*».
34. Per valutare, dunque, se nella specie si sia verificato il trasferimento di un'entità nel senso corrispondente alla definizione normativa di cui sopra, devono essere prese in considerazione tutte le circostanze che contraddistinguono l'operazione in questione.
35. Dall'ordinanza di rimessione risulta che: (i) la TAP ha assunto la posizione dell'AIA nei contratti di *leasing* degli aerei e nei contratti in vigore di voli charter stipulati con operatori turistici; (ii) la TAP ha svolto l'attività precedentemente svolta dall'AIA; (iii) la TAP ha assunto alcuni dipendenti dell'AIA e li ha assegnati ad identiche mansioni; (iv) la TAP ha ricevuto piccole apparecchiature dall'AIA.
36. Si osserva al riguardo che codesta Corte, in una costante giurisprudenza, per valutare se si sia verificato il trasferimento dell'*entità economica* fa ricorso ad una molteplicità di criteri di valutazione e, segnatamente: 1) il tipo di impresa o di stabilimento di cui trattasi; 2) l'eventuale trasferimento degli elementi patrimoniali materiali quali edifici e beni mobili; 3) il valore degli attivi immateriali al momento del trasferimento; 4) l'eventuale presa in carico della maggior parte del personale da parte del nuovo titolare; 5) l'eventuale trasferimento della clientela; 6) il grado di somiglianza tra le attività svolte prima e dopo il trasferimento; 7) la durata di un'eventuale interruzione di tali attività. Tuttavia, secondo codesta Corte, tali circostanze costituiscono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva da svolgere e non possono essere considerate isolatamente (v., in particolare, sentenza 18 marzo 1986, causa 24/85, *Spijkers*, Racc. pag. 1119, punto 13; sentenza 19 maggio 1992, causa C-29/91, *Redmond Stichting*, Racc. pag. I-3189, punto 24; sentenza 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Süzen*, Racc. pag. I-1259, punto 14; sentenza 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Abler e a.*, Racc. pag. I-14023, punto 33; sentenza 20 gennaio 2001, *CLECE*, Causa C-463/09, punto 34).
37. Si evidenzia, inoltre, che nella giurisprudenza di codesta Corte è stata evidenziata la necessità che, nella valutazione delle circostanze pertinenti, si tenga conto, tra l'altro, del tipo di impresa o di stabilimento di cui trattasi. Ai singoli criteri utilizzabili per la verifica dell'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva occorre necessariamente attribuire un peso diverso, a seconda dell'attività esercitata e persino dei metodi di produzione o di gestione applicati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi. Poiché sotto questo profilo un'entità economica può essere in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali materiali o immateriali significativi, la conservazione dell'identità di un'entità siffatta all'esito del suo trasferimento non può dipendere dalla cessione di tali elementi (sentenza *Süzen*, cit., punto 18; sentenza *Hernández Vidal e a.*, cit. punto 31; sentenza 10 dicembre 1998, *Hidalgo e a.*, cause riunite C-173/96 e C-247/96, Racc. pag. I-8237, punto 31, e sentenza *UGT-FSP*, cit., punto 28).
38. Alla luce di quanto esposto, il Governo Italiano ritiene che il passaggio dall'AIA alla TAP di alcuni beni materiali, la circostanza che parte dei lavoratori siano stati assunti con mansioni corrispondenti presso la TAP, la successione di quest'ultima in alcuni diritti personali di godimento insistenti sui beni già utilizzati dall'AIA, coniugati con il proseguimento da parte della TAP dell'attività in questione, costituiscono il dato discriminante per riconoscere esistenti i presupposti per l'applicazione della direttiva.

39. Per concludere, dunque, sul punto, si ritiene che la messa a disposizione di alcuni elementi patrimoniali, l'assunzione di alcuni dipendenti, la continuazione nello svolgimento dell'attività, il subentro nei contratti di *leasing* consentono di ritenere che nella specie è stata preservata l'identità dell'unità economica trasferita ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2001/23.

IV. II Sul secondo quesito

40. Con il secondo quesito, il giudice del rinvio chiede alla Corte di stabilire se il Supremo Tribunale de Justica, tenuto conto dei fatti descritti nella prima questione pregiudiziale e della circostanza che i giudici nazionali di grado inferiore avevano adottato decisioni contraddittorie, fosse tenuto a sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale vertente sulla corretta interpretazione della nozione di trasferimento di uno stabilimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23/ CEE.
41. In via preliminare, il Governo Italiano osserva che l'art. 267, comma 3, TFUE non vieta al giudice nazionale di compiere una verifica circa la necessità del rinvio pregiudiziale, alla stregua della rilevanza della questione e della chiarezza, o meno, delle disposizioni del diritto dell'Unione della cui interpretazione si controverte.
42. Più specificatamente, si osserva che l'art. 267, comma 3, del TFUE non stabilisce un obbligo assoluto e incondizionato di rinvio in capo alle giurisdizioni di ultima istanza, avendo la giurisprudenza di codesta Corte enucleato alcuni casi in cui lo stesso va nella sostanza a trasformarsi in semplice facoltà.
43. La competenza pregiudiziale della Corte si iscrive nel contesto della cooperazione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione, con la conseguenza che, nonostante nel trattato non vi sia alcun riferimento in tal senso, è stato chiarito che spetta al giudice di ultima istanza il potere di valutare la rilevanza della questione interpretativa e, per l'effetto, la scelta se effettuare il rinvio pregiudiziale.
44. Il giudice ha, anzi, il dovere di astenersi dal porre alla Corte quesiti che non hanno alcuna relazione con l'effettività o l'oggetto della causa, ossia, per l'appunto, quesiti la cui soluzione non è rilevante per la soluzione del giudizio principale. In tal senso depongono chiaramente anche la lettera dell'art. 267 TFUE: il comma 2 chiarisce, infatti, il giudice nazionale può domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione «*qualora reputi necessaria per la sua sentenza una decisione su questo punto*»; un analogo inciso non è, ben vero, riprodotto nel comma 3, ma è evidente che tale comma, riferendosi ad «*una questione del genere*», rinvii alle condizioni previste dal precedente comma 2.
45. Risulta, inoltre, da un chiaro indirizzo di codesta Corte che l'obbligo del giudice di ultimo grado di operare il rinvio, rispetto ad una questione di interpretazione che sia invece rilevante nel giudizio *a quo* (non importa se sollevata da una delle parti o di ufficio), sussiste alla condizione che:
- essa non sia materialmente identica ad altra questione già sottoposta alla Corte;
 - sul punto di diritto controverso non esista già una consolidata giurisprudenza della Corte (cfr. sentenza 27 marzo 1963, Da Costa, causa 28-30/62, punti 5 e 6; sentenza 11 settembre 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja, cause C-428-434/06, punto 39);
 - l'interpretazione della norma dell'Unione non si imponga con evidenza tale da non dare adito a ragionevoli dubbi (cfr. sentenza 6 ottobre 1982, CILFIT, causa C- 283/81, punto 14 e ss.; sentenza 15 settembre 2005, Intermodal Transports, C- 495/03; sentenza 6 dicembre 2005, Gaston Shul, C- 461/03, sentenza 11 settembre 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja, cause C-428-434/06, punto 39).

46. Sulla base di quanto esposto, il Governo Italiano ritiene che in merito al secondo quesito la valutazione debba essere rimessa al giudice nazionale che dovrà operarla sulla base dei seguenti criteri: (i) la questione in esame non era materialmente identica ad altra questione già esaminata; (ii) nell'accertare l'esistenza di un trasferimento di stabilimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, codesta Corte ha sempre seguito un approccio essenzialmente basato su una valutazione caso per caso e, quindi, anche il caso in esame doveva essere vagliato nella sua specificità; (iii) sussistevano ragionevoli dubbi sull'interpretazione della normativa comunitaria confermati anche dalla circostanza che nei precedenti gradi del giudizio altro organo giurisdizionale si era pronunciato in senso diametralmente opposto. Di tale opinabilità il giudice nazionale dovrà altresì tenere conto nel valutare se nel merito sussistesse una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione.

IV.III Sul terzo quesito

47. Con il suo terzo quesito, il Varas Cívies de Lisboa chiede alla Corte di stabilire se il diritto comunitario e, in particolare, i principi stabiliti da codesta Corte nella sentenza Köbler sulla responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale, che richiede come fondamento della pretesa di risarcimento esercitata contro lo Stato la previa revoca della decisione lesiva.
48. Il Governo Italiano ritiene che alla questione in esame debba darsi risposta negativa in virtù delle seguenti osservazioni.
49. In via preliminare, si osserva che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali delle azioni risarcitorie contro gli stessi Stati per violazione del diritto dell'Unione.
50. La discrezionalità degli Stati membri, definita "*autonomia procedurale*" (v., in tal senso, Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, Rewe, causa 33/76, Raccolta, p. 1989, punto 5; sentenza 20 settembre 2001, Courage e Crehan, causa C-453/99, ivi, p. I-6297, punto 29; sentenza 11 settembre 2003, Safalero, causa C-13/01, ivi, p. I-8679, punto 49; sentenza 13 marzo 2007, Unibet, causa C-432/05, ivi, p. I-2271, punto 39; sentenza 7 giugno 2007, Van der Weerd e a., cause riunite da C-222/05 a C-225/05, ivi, p. I-4233, punto 28; sentenza 12 febbraio 2008, Kempster, causa C-2/06, ivi, p. I-411, punto 57), deve esercitarsi entro i confini stabiliti da codesta Corte ed, in via prioritaria, le modalità previste non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenza 10 luglio 1997, Palmisani, causa C-261/95, Racc. pag. I-4025, punto 27).
51. In particolare, nella sentenza Köbler al punto 46 è espressamente affermato che "*in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. pag. 1989, punto 5; 45/76, Comet, Racc. pag. 2043, punto 13; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. pag. 501, punto 25, Francovich e a., cit., punto 42, e 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12)*".

52. Ciò posto, a giudizio del Governo italiano, benché le contrarie argomentazioni formulate dalla giurisdizione di rinvio non siano del tutto prive di ragionevole fondamento, il paragrafo 2 dell'articolo 13 del RRCEE, che prevede che *“la pretesa di risarcimento deve fondarsi sulla previa revoca della decisione lesiva da parte del giudice competente”*, non contrasta con il diritto comunitario e con i principi espressi nella sentenza Köbler.
53. Si osserva, al riguardo, che la modalità *procedurale* individuata dal legislatore portoghese realizza il giusto equilibrio tra la necessità di preservare l'indipendenza del potere giudiziario e gli imperativi della certezza del diritto, da un lato, e la concessione di una tutela giurisdizionale effettiva in caso di violazione del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario, dall'altro lato.
54. Più specificatamente, si ritiene che la richiesta alle parti di esperire ogni tentativo legislativamente previsto per caducare la sentenza incompatibile, individuato dall'ordinamento portoghese nella necessità della previa revoca di detta decisione, prima di consentire la richiesta risarcitoria, non sembra di per sé contravvenire ai principi di equivalenza e di effettività della tutela giurisdizionale.
55. Non pare, infatti, per nulla irragionevole assoggettare chi lamenti una lesione conseguente ad una sentenza adottata in violazione del diritto comunitario all'onere di chiederne la revoca, e solo successivamente, ottenuta ragione su questo punto, consentirgli l'azione di risarcimento del danno che, eventualmente, ancora residui dopo la revoca. Questa previsione appare giustificata dalla ragione di interesse generale (riconosciuto anche dal diritto dell'Unione) consistente nell'assicurare l'autorità e la stabilità dei giudicati: tale autorità potrebbe essere posta in discussione qualora fosse indiscriminatamente consentito nell'ordinamento interno affiancare a sentenze pienamente valide ed efficaci sentenze di contenuto esattamente opposto, che riconoscono risarcimenti di danni sul presupposto che le prime sentenze, benché valide ed efficaci, vanno nondimeno considerate illegittime (anche per ragioni diverse dalla eventuale violazione del diritto dell'Unione: la normativa nazionale, correttamente, non distingue tra le possibili cause di illegittimità della sentenza).
56. Oltre che giustificata dall'indicata ragione di interesse generale, la misura nazionale in questione appare anche proporzionata ed efficace: essa, infatti, mira alla preventiva eliminazione o riduzione di un danno risarcibile per equivalente derivante dalla sentenza ipoteticamente illegittima, mediante un rimedio “in forma specifica”, quale la revoca della sentenza in questione. In tal modo, sarà possibile ridurre l'azione di risarcimento per equivalente alle sole ipotesi in cui la revoca non abbia di per sé già eliminato ogni ragione di danno, conservando il carattere di “extrema ratio” che l'azione di risarcimento per equivalente deve sempre mantenere, ed evitando che questa divenga, invece, il mezzo ordinario per far valere, per quanto qui interessa, il primato del diritto dell'Unione anche rispetto alle decisioni giurisdizionali interne.
57. Deve, in conclusione, ritenersi che le condizioni previste nella sentenza Köbler per ottenere il diritto al risarcimento del danno e, segnatamente, che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai soggetti dell'ordinamento, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e che sia necessario che vi sia un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dal soggetto leso, non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che subordina il diritto al risarcimento del danno alla condizione che l'avente diritto abbia chiesto la revoca della sentenza.

V CONCLUSIONI

58. Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

1) *L'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «trasferimento di uno stabilimento» comprenda una situazione in cui un'impresa attiva nel mercato dei voli charter è liquidata con decisione del suo azionista di maggioranza, a sua volta impresa operante nel settore dell'aviazione, e in cui, nell'ambito della liquidazione, l'impresa controllante: i)- assume la posizione della società liquidata nei contratti di locazione di aerei e nei contratti in vigore di voli charter stipulati con operatori turistici; ii)- svolge l'attività precedentemente svolta dalla società liquidata; iii)- riassume alcuni dipendenti fino a quel momento operanti per la società liquidata e li colloca in funzioni identiche; iv)- riceve piccole apparecchiature della società liquidata”.*

2) *Nelle circostanze del caso di specie il giudice nazionale, nel valutare se sia stato violato l'obbligo di rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 par. 3 TFUE, dovrà attenersi ai seguenti criteri: (i) la questione in esame non era materialmente identica ad altra questione già esaminata; (ii) nell'accertare l'esistenza di un trasferimento di stabilimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, codesta Corte ha sempre seguito un approccio essenzialmente basato su una valutazione caso per caso e, quindi, anche il caso in esame doveva essere vagliato nella sua specificità; (iii) sussistevano ragionevoli dubbi sull'interpretazione della normativa comunitaria confermati anche dalla circostanza che nei precedenti gradi del giudizio altro organo giurisdizionale si era pronunciato in senso diametralmente opposto. Di tale opinabilità il giudice nazionale dovrà altresì tenere conto nel valutare se nel merito sussistesse una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione.*

3) *Il diritto comunitario e, in particolare, i principi sanciti dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza Köbler sulla responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che richiede come fondamento della pretesa di risarcimento esercitato contro lo Stato la previa revoca della decisione lesiva”.*

Roma, 17 luglio 2014

Federica Varrone
Avvocato dello Stato

Causa C-471/14 - Materia: Ravvicinamento delle legislazioni. Proprietà intellettuale, industriale e commerciale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgerichts Wien (Austria) il 15 ottobre 2014 - Seattle Genetics Inc.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

OSSERVAZIONI

del GOVERNO DELLA REPUBBLICA ITALIANA, in persona dell'Agente designato per il presente giudizio, con domicilio eletto a Lussemburgo presso l'Ambasciata d'Italia.

nella causa C-471/14

Promossa ai sensi dell'art. 267 TFUE dall'Oberlandesgericht Wien (Austria) con ordinanza in data 15 ottobre 2014.

I) Il giudizio a quo

I.a) Il giudizio *a quo* verte sulla corretta individuazione della durata del certificato protettivo complementare per un prodotto medicinale, in dipendenza della esatta interpretazione della nozione di “*prima autorizzazione all'immissione in commercio*” di cui all'art. 13 paragrafo 1 del Regolamento (CE) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009. In particolare, il giudice mette in evidenza che tale nozione è suscettibile di interpretazioni contrastanti, a seconda che si attribuisca rilievo al momento in cui il provvedimento viene notificato al destinatario, ovvero a quello in cui esso viene rilasciato.

Chiede pertanto di conoscere se essa debba essere ricostruita secondo il diritto nazionale di ciascuno Stato membro oppure, in un'ottica di avvicinamento delle legislazioni nazionali, secondo il diritto Comunitario e, in tale seconda eventualità, se rilevi il momento della comunicazione o del rilascio dell'autorizzazione.

I.b) Il giudice, in particolare, ritenendone la rilevanza ai fini del decidere, ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i seguenti quesiti:

1) “*Se la data della prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità, ai sensi dell'art. 13 paragrafo 1 del Regolamento (CE) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, sul certificato protettivo complementare per i medicinali, sia stabilita in base al diritto comunitario o se tale disciplina rinvii alla data in cui l'autorizzazione acquista efficacia in base al diritto dello Stato membro interessato*”.

2) “*Qualora la Corte di Giustizia dell'Unione Europea dichiarasse che occorre stabilire la data di cui alla questione sub 1 in base al diritto comunitario, se sia a tal fine necessario prendere in considerazione la data dell'autorizzazione o quella della comunicazione*”.

II) La normativa comunitaria

Viene in considerazione, ai fini della soluzione dei quesiti sottoposti alla Corte dal giudice remittente, l'art. 13 primo paragrafo del Regolamento (CE) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009: “*1. Il certificato ha efficacia a decorrere dal termine legale del brevetto di base per una durata uguale al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto di base e la data della prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità, ridotto di cinque anni*”.

Si ritiene che siano, altresì, rilevanti i seguenti *Considerando*:

4[^] *Attualmente, il periodo che intercorre fra il deposito di una domanda di brevetto per un nuovo medicinale e l'autorizzazione di immissione in commercio dello stesso riduce la protezione effettiva conferita dal brevetto a una durata insufficiente ad ammortizzare gli investimenti effettuati nella ricerca.*

7[^] *È opportuno prevedere una soluzione uniforme a livello comunitario e prevenire in tal modo un'evoluzione eterogenea delle legislazioni nazionali che comporti ulteriori differenze*

tali da ostacolare la libera circolazione dei medicinali all'interno della Comunità e da incidere, di conseguenza, direttamente sul funzionamento del mercato interno.

8[^] È pertanto necessario prevedere un certificato protettivo complementare per i medicinali la cui immissione in commercio sia stata autorizzata, il quale possa essere ottenuto dal titolare di un brevetto nazionale o europeo alle stesse condizioni in ciascuno Stato membro. Di conseguenza, il regolamento costituisce lo strumento giuridico più appropriato.

9[^] La durata della protezione conferita dal certificato dovrebbe essere fissata in modo da permettere una protezione effettiva sufficiente. A tal fine, il titolare che disponga contemporaneamente di un brevetto e di un certificato deve poter beneficiare complessivamente di quindici anni al massimo di esclusività, a partire dalla prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità del medicinale in questione.

III) Le osservazioni del Governo italiano

III.a) La nozione di “*prima autorizzazione all'immissione in commercio*” va ricostruita sulla base del diritto nazionale, in mancanza di una regolamentazione comunitaria del procedimento innanzi alle autorità competenti in ciascuno Stato membro.

III.b) L'uniformità interpretativa, del resto, è garantita non tanto dal fatto che la suddetta nozione sia ricostruita sulla base del diritto comunitario, quanto dal fatto che - avuto riguardo alla *ratio legis* sottesa all'istituto del certificato protettivo complementare, per come desumibile dalle premesse del Regolamento e particolarmente dal 4[^], 7[^], 8[^] e 9[^] *Considerando* - all'art. 13 primo periodo del Regolamento venga attribuito un significato comunque coerente con le finalità perseguite dal legislatore comunitario.

III.c) Posto che dette finalità si identificano con l'esigenza di assicurare un periodo di esclusiva sufficiente ad ammortizzare l'impegno economico profuso nella ricerca, ciò che rileva è il momento in cui, secondo la normativa interna di ciascuno Stato membro, è possibile effettivamente immettere (beneficiando dell'esclusiva) il prodotto sul mercato.

III.d) Qualora la legislazione nazionale preveda una sfasatura procedimentale e temporale fra il momento di adozione del provvedimento autorizzatorio e quello in cui lo stesso, in quanto comunicato o pubblicato, diviene efficace, non potrà che darsi preminenza al secondo, pena la compromissione della finalità del certificato come descritta al punto III.c) che precede.

III.e) In via di mero subordine, per il caso in cui la Corte dovesse ritenere che la nozione di “*prima autorizzazione all'immissione in commercio*” vada ricostruita secondo il diritto comunitario, la conclusione dovrebbe essere comunque, stante la *ratio* dell'istituto del certificato protettivo complementare, nel senso che rileva la data della comunicazione del provvedimento, in quanto condizione per la commercializzazione di un medicinale è che la relativa autorizzazione sia nota e, in quanto tale, possa dirsi efficace “*erga omnes*”.

IV) Il Governo italiano propone pertanto di rispondere ai quesiti come segue:

Quanto al primo quesito:

La data della prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità, ai sensi dell'art. 13 paragrafo 1 del Regolamento (CE) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, sul certificato protettivo complementare per i medicinali, va individuata nella data in cui l'autorizzazione acquista efficacia in base al diritto dello Stato membro interessato.

Quanto al secondo quesito:

Qualora la Corte ritenesse che occorre stabilire la data di cui alla questione sub 1 in base al diritto comunitario, è a tal fine necessario prendere in considerazione la data della comunicazione.

CONTENZIOSO NAZIONALE

Sulla sentenza n. 10/2015 della Corte Costituzionale (*)

Da: Paolo Gentili [mailto:paolo.gentili@avvocaturastato.it]

Inviato: gio 12/02/2015 19.32

A: Melillo Cinzia; Fiorentino Sergio; Barbieri Attilio; Urbani Neri Alessia; Colelli Carla;

Avvocati_tutti

Oggetto: R: ...

Cari Colleghi,
forse c'è un equivoco.

La sentenza 10/2015 va considerata, credo, una importante vittoria dell'Avvocatura dello Stato. La *dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. Robin Tax* (aliquota addizionale Ires del 6,5% applicata a carico delle imprese operanti nella filiera energetica, dai raffinatori ai distributori di tutti i tipi di carburante o di combustibile) avrebbe esposto il bilancio dello Stato a richieste di rimborso, già tutte tempestivamente inviate dalle imprese interessate, pari a circa 7 miliardi di euro più interessi. L'imposta è infatti in vigore dal 2008, e il gettito medio è stato di 1 miliardo all'anno.

Su mia richiesta subordinata, formulata per l'ipotesi in cui la questione fosse stata ritenuta fondata (la sentenza non lo dice, ma risulta dagli atti), la Corte costituzionale ha deciso di escludere la retroattività degli effetti della sentenza di accoglimento (vi era già un precedente, ma non di carattere finanziario). In tal modo, ribadisco su richiesta dell'avvocatura, abbiamo evitato rimborsi a favore dei petrolieri e simili per almeno 7 miliardi.

Non solo. Abbiamo ottenuto anche una sentenza che per la prima volta, allineando la nostra Corte costituzionale a quella tedesca e alla Corte di giustizia UE, che da sempre esercitano il potere di determinazione temporale degli ef-

(*) Dopo uno scambio di e-mail [tra avvocati dello Stato] succedutesi a commento della sentenza in rassegna, l'assegnatario della causa, l'avv. Paolo Gentili, è intervenuto in merito con argomentazioni che integralmente si pubblicano.

fetti delle loro pronunce, specifica con puntuale e pregevole motivazione casi e presupposti di esercizio di tale delicato, ma indispensabile potere.

È indubbiamente una pietra miliare nella giurisprudenza costituzionale, e possiamo essere soddisfatti di avervi contribuito in modo non secondario. Non ce lo riconoscerà nessuno, ma questo non importa.

Per i cultori della materia (gli altri possono staccare a questo punto), segnalo poi l'interesse nel merito della sentenza.

Condividendo quasi alla lettera le nostre tesi, afferma che è costituzionalmente legittima una tassazione del reddito di impresa differenziata in peius per categorie di imprese che operino in condizione di "rendita di posizione", vale a dire imprese che dal lato dell'offerta si trovino in situazione di oligopolio (pochi e grandi soggetti operanti, con elevati ostacoli all'ingresso di nuovi competitori) e che, dal lato della domanda, possano profittare del carattere anelastico di questa, che è costretta a richiedere il bene o servizio sempre nella medesima misura anche se questo, a discrezione degli oligopolisti, aumenta di prezzo perché questi non subiscono alcun incentivo a ridurre i costi di esercizio.

La Corte ha ritenuto in concreto non ragionevole la modalità concreta con cui la legge attuava questo legittimo obiettivo: da un lato, l'aliquota addizionale colpisce tutto il reddito di impresa, e non solo la componente di questo attribuibile alla suddetta rendita di posizione (il c.d. sovraprofitto); dall'altro, non vi è una modalità attendibile di controllo del divieto di traslazione (pur previsto dalla legge) della sovraimposta sul consumatore finale, che in definitiva rischia di subire l'aggravio economico che la legge vorrebbe imporre alle imprese del settore.

Il primo punto è discutibile (qui la Corte non ci ha seguito): se si parte dal presupposto che si tassa una rendita di posizione, questa si spalma sull'intero reddito perché riguarda una condizione operativa complessiva dell'impresa, e quindi è giusto che l'aliquota aggravata si applichi a tutto il reddito e non solo alla parte, ben difficilmente calcolabile, che si possa attribuire alla rendita di posizione. Ma, de iure condendo, sarebbe un punto facilmente superabile prevedendo una aliquota addizionale più moderata del 6,5%; o una aliquota progressiva su uno scaglione marginale di reddito (l'Ires progressiva non è concettualmente inammissibile, e la stessa autorevole difesa delle imprese interessate - Livia Salvini - l'aveva in sostanza proposta nei propri scritti).

Molto interessante è il secondo punto, che poi è quello decisivo. Il tema teorico del rapporto tra tassazione del reddito di impresa e traslazione di imposta è antico. In breve, il divieto di traslazione si giustifica perché l'imposta sul reddito non è, fiscalmente, un costo di produzione: nella tassazione in base a bilancio ("a costi e ricavi") l'imposta colpisce il risultato netto positivo, cioè quanto residua dopo la traslazione integrale dei costi di produzione attraverso

la loro incorporazione nei ricavi concorrenti a formare l'imponibile, e la deduzione dai ricavi dei costi stessi. L'imposta sul reddito sta a valle di questo processo, e quindi non costituisce tecnicamente un costo traslabile (e per questo deducibile; in questo senso è da sempre strutturato il nostro sistema: v. oggi l'art. 99 TUIR); sicché se ne può vietare la traslazione in modo che gravi definitivamente sul titolare del reddito di impresa. Di norma, però, la traslazione non viene vietata perché si considera che l'impresa non abbia interesse ad accrescere i propri ricavi imponibili solo per recuperare una parte dell'onere di imposta. Tale recupero teorico infatti, per l'indeducibilità dell'imposta sul reddito, non sarebbe mai integrale (esempio classico: imponibile previsto 100; ires 33% = 33; netto 67. Traslazione dell'imposta prevista: imponibile 133; ires 33%= 44 arrotondato; netto 89: recupero effettivo da traslazione dell'originario onere di 33 = 22 (89-67). E potrebbe risultare nullo se l'incremento dei prezzi per l'incorporazione dell'imposta prevista, provocasse una contrazione e non un incremento dei ricavi, dovuto alla riduzione della domanda. Ma la Corte avverte che una eccezione al regime normale di imposta, come è la tassazione speciale "Robin Tax", può effettivamente provocare fenomeni di traslazione soprattutto se le imprese colpite fronteggiano una domanda anelastica, e quindi temono relativamente la riduzione della domanda al crescere del prezzo a causa della traslazione.

La risposta della Corte non è, però, nel senso che in tali casi l'imposizione speciale non può essere applicata in assoluto; infatti in tal modo l'argomento diventerebbe circolare: da un lato, la rendita di posizione dovuta all'anelasticità della domanda giustifica l'imposizione speciale, ma questa non può essere giustificata perché provoca la traslazione.

La risposta, pragmaticamente, è che bisogna escogitare un mezzo di accertamento e repressione della traslazione migliore di quello, in effetti inconsistente, previsto dalla norma impugnata.

La Corte non fornisce suggerimenti in proposito. Si potrebbe pensare alla previsione di una contabilità di tipo c.d. regolatorio (del genere di quella imposta dai regolamenti dell'Agcom alle imprese del settore telefonico dotate di significativo potere di mercato per verificare che rispettino la regola dell'orientamento al costo o "price cap" nelle tariffe che praticano per concedere alle altre imprese l'accesso alla propria rete: il "price cap" in fondo non è altro che un divieto di traslazione dei costi sui prezzi oltre un certo livello prestabilito dall'autorità). Il problema, infatti, è solo (si fa per dire) quello di ricostruire l'esatta dinamica di formazione dei prezzi. La normale contabilità di impresa, su cui si basa l'Ires anche delle imprese soggette alla Robin Tax, non consente tale ricostruzione analitica. Si può tentare solo una ricostruzione induttiva a posteriori, incerta e controversa.

L'introduzione per ragioni puramente fiscali di una contabilità regolatoria a carico di una determinata categoria di imprese potrebbe però sollevare qualche

perplexità di diritto UE, sotto il profilo dell'ostacolo sproporzionato al diritto di stabilimento. Nella logica europea potrebbe essere difficile sostenere la compatibilità di una imposta, e dei connessi oneri contabili speciali, il cui presupposto sia la struttura (non) concorrenziale del mercato in cui operano le imprese colpite: l'imposta, secondo i Trattati, deve essere neutrale rispetto alle dinamiche di mercato e non può essere usata come strumento di correzione di vere o presunte deviazioni concorrenziali, che vanno represses solo con gli strumenti antitrust.

Forse sarebbe meglio abbandonare la strada impervia del divieto di traslazione, e prevedere la tassazione progressiva di cui sopra: il vero disincentivo ad aumentare i ricavi per traslazione è infatti solo un incremento più che proporzionale dell'imposta al crescere dei ricavi.

Vedremo se la vicenda avrà un seguito con una riforma dell'imposta, o se il gettito futuro che verrà a mancare sarà recuperato in altro modo.

Per ora, accontentiamoci di avere evitato un danno emergente enorme. Per il lucro cessante c'è tempo. E abbiamo un raro esempio di sentenza basata su una ricostruzione della "costituzione economica" e non sui formalismi concettuali. ...

Paolo Gentili

Corte costituzionale, sentenza 11 febbraio 2015 n. 10 - Pres. Criscuolo, Red. Cartabia - avv. L. Salvini per la Scat Punti Vendita Spa, avv. Stato P. Gentili per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Considerato in diritto

1.– La Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, con ordinanza emessa il 26 marzo 2011 e depositata in pari data, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, 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, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, in riferimento agli artt. 3, 23, 41, 53, 77 e 117 della Costituzione.

Con le disposizioni impugnate è stato previsto – a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007 – un prelievo aggiuntivo, qualificato «addizionale» all'imposta sul reddito delle società di cui all'art. 75 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi) e successive modificazioni, pari al 5,5 per cento, da applicarsi alle imprese operanti in determinati settori, tra cui la commercializzazione di benzine, petroli, gas e oli lubrificanti, che abbiano conseguito ricavi superiori a 25 milioni di euro nel periodo di imposta precedente, ponendo a carico dei soggetti passivi il divieto di traslazione sui prezzi al consumo e affidando all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (poi divenuta Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico) il compito di vigilare e di presentare al Parlamento, entro il 31 dicembre di ogni anno, una relazione sugli effetti del tributo.

La questione è stata sollevata nel corso di un giudizio di impugnazione del silenzio-rifiuto formatosi sulla richiesta di rimborso presentata dalla Scat Punti Vendita Spa di quanto corri-

sposto all'ente impositore a titolo di «addizionale» dell'imposta sui redditi delle società (IRES), dovuta in applicazione delle disposizioni in esame.

In particolare, la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia – facendo proprie e riproducendo testualmente le censure eccepite dalla difesa della contribuente – lamenta anzitutto la violazione dell'art. 77 Cost., perché non sussisterebbero i presupposti di necessità e urgenza richiesti per l'adozione del decreto-legge.

Sussisterebbe altresì, secondo la rimettente, la violazione della riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost., perché si tratterebbe di prestazione imposta in forza non di una legge, ma di un decreto-legge.

Parimenti violati sarebbero gli artt. 3 e 53 Cost., perché l'«addizionale» non risulterebbe ancorata ad un indice di capacità contributiva e determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra le imprese operanti nei settori soggetti all'«addizionale» e le altre, nonché, nell'ambito delle prime, tra quelle aventi un volume di ricavi superiore o inferiore a 25 milioni di euro. La disparità di trattamento contributivo sussisterebbe anche tra produttori e distributori di greggio, in quanto solo i primi potrebbero legittimamente traslare su altri soggetti l'onere economico dell'«addizionale», mentre ai soli distributori si applicherebbe il divieto di traslazione degli oneri sul prezzo al consumo, previsto dall'impugnato art. 81, comma 18.

L'imposizione violerebbe, inoltre, gli artt. 3 e 41 Cost., perché renderebbe più onerosa l'iniziativa economica delle imprese operanti nel settore degli idrocarburi e, tra queste, di quelle distributrici, che, diversamente dalle imprese produttrici, non sarebbero in grado di effettuare la predetta traslazione dell'onere dell'imposta.

Le disposizioni censurate contravverrebbero, infine, agli artt. 41 e 117, secondo comma, lettera e), Cost., perché il suddetto divieto di traslazione, risolvendosi in una fissazione autoritativa del prezzo, altererebbe la libera concorrenza e, quindi, limiterebbe illegittimamente l'iniziativa economica privata.

2.– Nel giudizio dinanzi a questa Corte è intervenuta la Scat Punti Vendita Spa, che ha presentato memorie a supporto delle censure formulate dal giudice remittente.

L'intervento è pienamente ammissibile, in quanto si tratta del ricorrente nel procedimento a quo e, quindi, parte anche del giudizio di legittimità costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 304 del 2011, n. 138 del 2010 e n. 263 del 2009).

3.– Occorre esaminare, in via preliminare, gli ostacoli all'ammissibilità eccepiti dall'Avvocatura generale dello Stato.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha chiesto, anzitutto, che gli atti siano restituiti al giudice rimettente in considerazione dello ius superveniens.

La richiesta non può essere accolta.

È pur vero, infatti, che, successivamente all'ordinanza di rimessione, il legislatore ha modificato l'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 133 del 2008.

Segnatamente ciò è avvenuto: con la legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia); con il decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 14 settembre 2011, n. 148; con il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 9 agosto 2013, n. 98; con il decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101 (Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni), convertito, con modifica-

zioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 ottobre 2013, n. 125. Si tratta di modifiche con le quali, ferma restando la struttura dell'imposta, è stata elevata la misura dell'«addizionale» a 6,5 punti percentuali; è stata ampliata la platea dei soggetti rientranti nel campo di applicazione dell'imposta, dal momento che il legislatore ha diminuito il volume minimo di ricavi oltre il quale le società operanti nel settore rientrano fra i soggetti passivi, portandolo dagli originari 25 milioni a 10 milioni e poi a 3 milioni di euro; è stata introdotta l'ulteriore soglia del conseguimento di un reddito superiore a 1 milione di euro, poi abbassata a 300 mila euro; sono stati limitati i poteri di controllo dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico alle sole imprese che integrino i presupposti per l'applicazione dell'«addizionale».

Orbene, tali modifiche legislative non comportano la necessità di restituire gli atti al giudice a quo, anzitutto perché l'anno di imposta a cui si riferisce il silenzio-rifiuto formatosi sulla richiesta di rimborso, oggetto del giudizio a quo, è il 2008, di tal che la legge applicabile risulta quella anteriore alle modifiche intervenute. A ciò si aggiunga che le modifiche introdotte non rimediano affatto ai profili di illegittimità dedotti dal rimettente, ma semmai li accentuano, con particolare riguardo a quelli prospettati in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., dal momento che innalzano la percentuale dell'«addizionale», ampliano l'area dei soggetti tenuti a versarla e stabilizzano l'imposta senza limiti di tempo, tanto che si deve ritenere che – come si dirà più avanti – alcune delle censure prospettate dall'ordinanza di rimessione interessino anche le novelle successive. Non v'è dunque ragione alcuna di disporre la restituzione degli atti al giudice a quo.

4.– L'Avvocatura generale dello Stato ha poi eccepito l'inammissibilità delle questioni sollevate per difetto di motivazione sulla rilevanza e sulle ragioni fondanti le censure, dal momento che il giudice rimettente si sarebbe limitato a condividere quanto affermato dal ricorrente.

In proposito, deve osservarsi che il giudice a quo, nell'ordinanza di rimessione, ha descritto accuratamente la fattispecie sottoposta al suo giudizio e, dopo aver riportato testualmente e per esteso le ragioni della ricorrente, ha esplicitato che «la Commissione concorda con le suddette considerazioni e ritiene rilevante, posto che la presenza della “norma” nell'ordinamento giuridico osta al richiesto rimborso, e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della “norma” secondo i profili dedotti dalla Ricorrente».

Il giudice rimettente non ha motivato l'ordinanza nella forma del mero rimando alle argomentazioni contenute negli atti di parte, ma ha riportato le censure eccepite della parte del giudizio a quo, facendole proprie. Così strutturata, l'ordinanza non risulta affetta da carenza di motivazione, né vulnera il principio di autosufficienza, che deve considerarsi rispettato quando, come nella specie, «le argomentazioni a sostegno delle censure risultano chiaramente dalla stessa ordinanza di rimessione, senza rinvio ad atti ad essa esterni» (ex plurimis, sentenza n. 143 del 2010). Non si tratta, dunque, di un caso di motivazione per relationem, essendo pienamente ottemperato l'obbligo che questa Corte ritiene incombere sul rimettente di «rendere espliciti, facendoli propri, i motivi della non manifesta infondatezza» (ex plurimis, sentenze n. 7 del 2014, n. 234 del 2011 e n. 143 del 2010; ordinanze n. 175 del 2013, n. 239 e n. 65 del 2012).

Con riguardo, poi, alla motivazione sulla rilevanza, è pur vero che il rimettente si è limitato ad osservare che la disposizione impugnata osta al rimborso, senza specificare se la ricorrente integri gli ulteriori presupposti d'imposta, all'epoca costituiti solo dal volume dei ricavi conseguiti. Tuttavia – anche a prescindere da ogni considerazione circa il fatto che il principio dispositivo, operante anche nel giudizio tributario a quo, priverebbe di rilievo la circostanza

(in quanto non eccepita dall'interessato) – risulta totalmente implausibile ritenere che la società abbia pagato un'imposta di significativo ammontare senza che ne ricorrano i presupposti, determinati dal volume dei ricavi. Conseguentemente, l'affermazione del rimettente secondo cui solo la disposizione censurata ostacolerebbe il richiesto rimborso deve ragionevolmente considerarsi integrare una sufficiente motivazione anche su questo punto.

5.– Nel merito, le questioni sollevate in relazione agli artt. 77, secondo comma, e 23 Cost., incentrate sull'illegittimo utilizzo del decreto-legge, non sono fondate.

È pur vero, infatti, che «la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità dell'adozione di tale atto, la cui mancanza configura un vizio di legittimità costituzionale del medesimo, che non è sanato dalla legge di conversione» (sentenza n. 93 del 2011).

Tuttavia, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge, va comunque limitato ai casi di «evidente mancanza» dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost. o di «manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione» (ex plurimis, sentenze n. 22 del 2012, n. 93 del 2011, n. 355 e n. 83 del 2010; n. 128 del 2008; n. 171 del 2007).

Invero, la notoria situazione di emergenza economica posta a base del censurato d.l. n. 112 del 2008, che ha ad oggetto «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», consente di escludere che esso sia stato adottato in una situazione di evidente mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza; né dall'ordinanza di remissione si possono ricavare argomentazioni vevoli ad attestare la manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della valutazione governativa sulla sussistenza dei presupposti della decretazione d'urgenza. D'altro canto, le impugnate disposizioni – in quanto hanno introdotto un'«addizionale» per reperire nuove entrate al fine di fronteggiare la predetta emergenza e ridistribuire la pressione fiscale – risultano coerenti con le finalità del provvedimento e con i presupposti costituzionali su cui esso si fonda.

Quanto alla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., essa deve ritenersi pacificamente soddisfatta anche da atti aventi forza di legge, come accade in riferimento a tutte le riserve contenute in altre norme costituzionali, comprese quelle relative ai diritti fondamentali (ex plurimis, ordinanza n. 134 del 2003, sentenze n. 282 del 1990, n. 113 del 1972 e n. 26 del 1966) e salvo quelle che richiedono atti di autorizzazione o di approvazione del Parlamento. Ciò sia perché i decreti-legge e i decreti legislativi sono fonti del diritto con efficacia equiparata a quella della legge parlamentare, sia perché nel relativo procedimento di formazione è assicurata la partecipazione dell'organo rappresentativo, rispettivamente in sede di conversione e in sede di delega (oltre che con eventuali pareri, in fase di attuazione della delega stessa). Ne consegue che il parametro costituzionale evocato, cui questa Corte deve fare esclusivo riferimento, risulta adeguatamente rispettato anche quando la disciplina impositiva sia introdotta con un decreto-legge, purché ciò avvenga, come nella specie, nel pieno rispetto dei presupposti costituzionalmente previsti.

6.– Fondata, nei limiti di seguito precisati, è la questione sollevata in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost.

6.1.– L'ordinanza muove dalla considerazione che l'«addizionale» impugnata determina una discriminazione qualitativa dei redditi, per il fatto che essa si applica solo ad alcuni soggetti economici operanti nel settore energetico e degli idrocarburi. Detta discriminazione, poi,

non sarebbe supportata da adeguata giustificazione e risulterebbe pertanto arbitraria. In particolare, sebbene una pluralità di indizi contenuti nel testo normativo impugnato e nei relativi lavori preparatori suggeriscano che l'intento del legislatore fosse quello di colpire i "sovra-profitti" conseguiti da detti soggetti in una data congiuntura economica, in realtà la struttura della nuova imposta non sarebbe poi coerente con tale ratio giustificatrice.

Profili di irrazionalità rispetto allo scopo sarebbero ravvisabili nella individuazione della base imponibile, che è costituita dall'intero reddito anziché dai soli "sovra-profitti", e nella durata permanente, anziché contingente, dell'«addizionale», che non appare in alcun modo circoscritta a uno o più periodi di imposta, né risulta ancorata al permanere della situazione congiunturale, che tuttavia è addotta come sua ragione.

Il tenore di tali motivazioni e, in particolare, l'insistenza sul carattere strutturale e permanente della «addizionale» [rectius: della maggiorazione della aliquota IRES] inducono la Corte a ritenere che le censure interessino il citato art. 81, commi 16, 17 e 18, anche nel testo risultante dalle successive modifiche legislative. Infatti, in virtù di tali novelle, l'imposta oggetto del presente giudizio, che già in origine era stata istituita senza limiti di tempo, è stata poi stabilizzata accentuando gli aspetti della normativa su cui si fondano le doglianze prospettate dalla ricorrente.

6.2.– La maggiorazione dell'aliquota IRES gravante su determinati operatori dei settori energetico, petrolifero e del gas, così come è stata configurata dall'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, non è conforme agli artt. 3 e 53 Cost., come costantemente interpretati dalla giurisprudenza di questa Corte.

Ai sensi dell'art. 53 Cost., infatti, la capacità contributiva è il presupposto e il limite del potere impositivo dello Stato e, al tempo stesso, del dovere del contribuente di concorrere alle spese pubbliche, dovendosi interpretare detto principio come specificazione settoriale del più ampio principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (sentenze n. 258 del 2002, n. 341 del 2000 e n. 155 del 1963).

Vero è che questa Corte ha ripetutamente rimarcato che «la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria»; piuttosto essa esige «un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 della Costituzione)» (sentenza n. 341 del 2000, ripresa sul punto dalla sentenza n. 223 del 2012).

Pertanto, secondo gli orientamenti costantemente seguiti da questa Corte, non ogni modulazione del sistema impositivo per settori produttivi costituisce violazione del principio di capacità contributiva e del principio di eguaglianza. Tuttavia, ogni diversificazione del regime tributario, per aree economiche o per tipologia di contribuenti, deve essere supportata da adeguate giustificazioni, in assenza delle quali la differenziazione degenera in arbitraria discriminazione.

In ordine ai principi di cui agli artt. 3 e 53 Cost., la Corte è, dunque, chiamata a verificare che le distinzioni operate dal legislatore tributario, anche per settori economici, non siano irragionevoli o arbitrarie o ingiustificate (sentenza n. 201 del 2014): cosicché in questo ambito il giudizio di legittimità costituzionale deve vertere «sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico, come pure

la non arbitrarietà dell'entità dell'imposizione» (sentenza n. 111 del 1997; ex plurimis, sentenze n. 116 del 2013 e n. 223 del 2012).

6.3.– Non mancano nell'ordinamento esempi di legislazione che impongono una più esigente contribuzione tributaria a carico di alcuni soggetti.

Numerosi sono i casi di temporaneo inasprimento dell'imposizione – applicabili a determinati settori produttivi o a determinate tipologie di redditi e cespiti – ritenuti non illegittimi da questa Corte proprio in forza della loro limitata durata: basti menzionare la sovrainposta comunale sui fabbricati (sentenza n. 159 del 1985), l'imposta straordinaria immobiliare sul valore dei fabbricati (sentenza n. 21 del 1996), il tributo del sei per mille sui depositi bancari e postali (sentenza n. 143 del 1995), il contributo straordinario per l'Europa (ordinanza n. 341 del 2000).

Neppure mancano casi in cui la differenziazione tributaria per settori economici o per tipologie di reddito ha assunto carattere strutturale, superando, ciò nondimeno, il vaglio di questa Corte. Si può, a titolo esemplificativo, ricordare l'addizionale sulle remunerazioni in forma di bonus e stock options, ritenuta tutt'altro che irragionevole, arbitraria o ingiustificata da questa Corte con la sentenza n. 201 del 2014; ovvero la normativa esaminata con la sentenza n. 21 del 2005, in cui la Corte ha giudicato che la previsione di aliquote dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) differenziate per settori produttivi e per tipologie di soggetti passivi fosse sorretta da non irragionevoli motivi di politica economica e redistributiva, individuati principalmente nell'esigenza di neutralizzare tanto il maggiore impatto del nuovo tributo sui settori agricolo e della piccola pesca, quanto il minore impatto del medesimo sui settori bancario, finanziario e assicurativo, i quali, non ingiustificatamente, sono stati assoggettati ad una maggiore aliquota.

6.4.– Alla luce dei principi affermati nella giurisprudenza costituzionale – che, come si è visto, non impongono un'uniformità di tassazione e, tuttavia, vietano le differenziazioni ingiustificate, arbitrarie, irragionevoli o sproporzionate – è appena il caso di aggiungere che non si può escludere che le peculiarità del settore petrolifero si prestino, in linea teorica, a legittimare uno speciale regime tributario. Come si evince dalle istruttorie e dalle indagini conoscitive dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, svariati indizi economici segnalano che si tratta di un ambito caratterizzato da una scarsa competizione fra le imprese. D'altra parte, lo stampo oligopolistico del settore, popolato da pochi soggetti che spesso operano in tutte le fasi della filiera – dalla ricerca, alla coltivazione, fino alla raffinazione del petrolio e alla distribuzione dei carburanti – unitamente agli elevati costi e alle difficoltà di realizzazione delle infrastrutture, rende particolarmente arduo l'ingresso di nuovi concorrenti che intendano operare su vasta scala. Inoltre, nel settore petrolifero ed energetico, le ordinarie dinamiche di mercato faticano ad esplicarsi, anche perché l'aumento dei prezzi difficilmente può essere contrastato da una corrispondente contrazione della domanda che, in questi ambiti, risulta anelastica. In sintesi, non è del tutto implausibile ritenere che questo settore di mercato possa essere caratterizzato da una redditività, dovuta a rendite di posizione, sensibilmente maggiore rispetto ad altri settori, così da poter astrattamente giustificare, specie in presenza di esigenze finanziarie eccezionali dello Stato, un trattamento fiscale ad hoc.

6.5.– Tutto ciò premesso, occorre rimarcare che la possibilità di imposizioni differenziate deve pur sempre ancorarsi a una adeguata giustificazione obiettiva, la quale deve essere coerentemente, proporzionalmente e ragionevolmente tradotta nella struttura dell'imposta (sentenze n. 142 del 2014 e n. 21 del 2005).

Nella specie l'art. 81, comma 16, ha previsto, «[i]n dipendenza dell'andamento dell'economia e dell'impatto sociale dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico»,

una «addizionale» del 5,5 per cento (poi innalzata al 6,5 per cento) dell'aliquota dell'imposta sul reddito delle società per chi operi nel predetto settore e abbia conseguito un ricavo superiore a un determinato ammontare, la cui entità è andata progressivamente diminuendo, così da allargare in modo significativo il novero degli operatori assoggettati alla maggiorazione di imposta, secondo una linea di tendenza solo marginalmente compensata dalla introduzione di altra soglia, questa volta riferita al reddito imponibile.

I presupposti di fatto, adottati dal legislatore nell'art. 81, comma 16, per inasprire il carico fiscale delle società del settore, consistono, da un lato, nella grave crisi economica deflagrata proprio in quel periodo e nella correlata insostenibilità, specie per le fasce più deboli, dei prezzi dei prodotti di consumo primario; d'altro lato, nel contemporaneo eccezionale rialzo del prezzo del greggio al barile, verificatosi proprio nel medesimo volger di tempo, che, nella prospettiva del legislatore, è parso idoneo ad incrementare sensibilmente i margini di profitto da parte degli operatori dei settori interessati e a incentivare condotte di mercato opportunistiche o speculative.

La complessa congiuntura economica così ricostruita dal legislatore che vi ha ravvisato spinte contraddittorie, costituite dall'insostenibilità dei prezzi per gli utenti e dalla eccezionale redditività dell'attività economica per gli operatori del petrolio, ben potrebbe essere considerata in astratto, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, un elemento idoneo a giustificare un prelievo differenziato che colpisca gli eventuali "sovra-profitti" congiunturali, anche di origine speculativa, del settore energetico e petrolifero.

Così interpretato, lo scopo perseguito dal legislatore appare senz'altro legittimo.

Occorre allora verificare se i mezzi approntati siano idonei e necessari a conseguirlo. Infatti, affinché il sacrificio recato ai principi di eguaglianza e di capacità contributiva non sia sproporzionato e la differenziazione dell'imposta non degradi in arbitraria discriminazione, la sua struttura deve coerentemente raccordarsi con la relativa ratio giustificatrice. Se, come nel caso in esame, il presupposto economico che il legislatore intende colpire è la eccezionale redditività dell'attività svolta in un settore che presenta caratteristiche privilegiate in un dato momento congiunturale, tale circostanza dovrebbe necessariamente riflettersi sulla struttura dell'imposizione.

6.5.1.— Ciò non è avvenuto nella specie, posto che il legislatore, con l'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, ha previsto una maggiorazione d'aliquota di una imposizione, qual è l'IRES, che colpisce l'intero reddito dell'impresa, mancando del tutto la predisposizione di un meccanismo che consenta di tassare separatamente e più severamente solo l'eventuale parte di reddito suppletivo connessa alla posizione privilegiata dell'attività esercitata dal contribuente al permanere di una data congiuntura.

Infatti, al di là della denominazione di «addizionale», la predetta imposizione costituisce una "maggiorazione d'aliquota" dell'IRES, applicabile ai medesimi presupposto e imponibile di quest'ultima e non, come è avvenuto in altri ordinamenti, come un'imposta sulla redditività.

6.5.2.— A questa prima incongruenza dell'imposizione censurata, se ne aggiunge un'altra ancor più grave relativa alla proiezione temporale dell'«addizionale». Infatti, la richiamata giurisprudenza di questa Corte è costante nel giustificare temporanei interventi impositivi differenziati, volti a richiedere un particolare contributo solidaristico a soggetti privilegiati, in circostanze eccezionali.

Orbene, a differenza delle ipotesi appena ricordate, le disposizioni censurate nascono e permangono nell'ordinamento senza essere contenute in un arco temporale predeterminato, né il legislatore ha provveduto a corredarle di strumenti atti a verificare il perdurare della con-

giuntura posta a giustificazione della più severa imposizione. Con l'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, per fronteggiare una congiuntura economica eccezionale si è invece stabilita una imposizione strutturale, da applicarsi a partire dal periodo di imposta 2008, senza limiti di tempo.

Si riscontra, pertanto, un conflitto logico interno alle disposizioni impugnate, le quali, da un lato, intendono ancorare la maggiorazione di aliquota al permanere di una determinata situazione di fatto e, dall'altro, configurano un prelievo strutturale destinato ad operare ben oltre l'orizzonte temporale della peculiare congiuntura.

6.5.3.– Un ulteriore profilo di inadeguatezza e irragionevolezza è connesso alla inidoneità della manovra tributaria in giudizio a conseguire le finalità solidaristiche che intende esplicitamente perseguire.

Uno degli obiettivi dichiarati delle disposizioni impugnate, infatti, è quello di attenuare «l'impatto sociale dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico» (art. 81, comma 16). Coerentemente con tale finalità, il comma 18 prevede un divieto di traslazione degli oneri dovuti all'aumento d'aliquota sui prezzi al consumo. In tal modo, il legislatore ha inteso evitare che l'inasprimento fiscale diretto verso operatori economici ritenuti avvantaggiati finisca, con un effetto paradossale, per ricadere sui consumatori, cioè proprio su quei soggetti che avrebbero dovuto beneficiare della manovra tributaria in esame, improntata a uno spirito di solidarietà, in chiave redistributiva. Ora il divieto di traslazione degli oneri sui prezzi al consumo, così come delineato nel comma 18, non è in grado di evitare che l'«addizionale» sia scaricata a valle, dall'uno all'altro dei contribuenti che compongono la filiera petrolifera per poi essere, in definitiva, sopportata dai consumatori sotto forma di maggiorazione dei prezzi. Senza entrare qui nel merito dei profili di ingiustificata discriminazione intra-settoriale tra diversi soggetti della "filiera" petrolifera sollevati nell'ordinanza di remissione, la disposizione appare irrazionale per inidoneità a conseguire il suo scopo.

Il divieto di traslazione degli oneri sui prezzi al consumo risulta difficilmente assoggettabile a controlli efficaci, atti a garantire che non sia eluso.

Vero è che la disposizione ha affidato alla Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico un potere di vigilanza «sulla puntuale osservanza» del divieto di traslazione. Tuttavia, come è congegnato nella normativa in questione, tale meccanismo pare difficilmente attuabile e in ogni caso facilmente vulnerabile, se è vero, come si legge nelle relazioni della medesima Autorità preposta al controllo, che le analisi svolte hanno «mostrato che una parte dei soggetti vigilati ha continuato ad attuare politiche di prezzo tali da costituire una possibile violazione del divieto di traslazione, comportando comunque uno svantaggio economico per i consumatori finali» (Relazione al Parlamento n. 18/2013/I/Rht sull'attività di vigilanza svolta nell'anno 2012 dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico). Elementi indiziari tratti dalle politiche dei prezzi adottati dai soggetti vigilati, «che generano un incremento dei margini non sufficientemente motivato» (Relazione al Parlamento sopra citata) alimentano il dubbio che il divieto di traslazione sui prezzi non sia stato in fatto osservato, né possa essere puntualmente sanzionato a causa della obiettiva difficoltà di isolare, in un'economia di libero mercato, la parte di prezzo praticato dovuta a traslazioni dell'imposta. Da qui il contenzioso amministrativo che ha di fatto paralizzato le iniziative assunte in tal senso dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico.

6.5.4.– In definitiva, il vizio di irragionevolezza è evidenziato dalla configurazione del tributo in esame come maggiorazione di aliquota che si applica all'intero reddito di impresa, anziché ai soli "sovra-profitti"; dall'assenza di una delimitazione del suo ambito di applica-

zione in prospettiva temporale o di meccanismi atti a verificare il perdurare della congiuntura economica che ne giustifica l'applicazione; dall'impossibilità di prevedere meccanismi di accertamento idonei a garantire che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta non si traducano in aumenti del prezzo al consumo.

Per tutti questi motivi, la maggiorazione dell'IRES applicabile al settore petrolifero e dell'energia, così come configurata dall'art. 81, commi, 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, viola gli artt. 3 e 53 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, per incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito.

7.– Nel pronunciare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, questa Corte non può non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti.

Il ruolo affidato a questa Corte come custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» (sentenza n. 13 del 2004) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro.

Questa Corte ha già chiarito (sentenze n. 49 del 1970, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966) che l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte; esso, tuttavia, non è privo di limiti.

Anzitutto è pacifico che l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le «situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili» ovvero i «rapporti esauriti». Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza dei rapporti giuridici (sentenze n. 49 del 1970, n. 26 del 1969, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966). Pertanto, il principio della retroattività «vale [...] soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida» (sentenza n. 139 del 1984, ripresa da ultimo dalla sentenza n. 1 del 2014). In questi casi, l'individuazione in concreto del limite alla retroattività, dipendendo dalla specifica disciplina di settore – relativa, ad esempio, ai termini di decadenza, prescrizione o inoppugnabilità degli atti amministrativi – che precluda ogni ulteriore azione o rimedio giurisdizionale, rientra nell'ambito dell'ordinaria attività interpretativa di competenza del giudice comune (principio affermato, ex plurimis, sin dalle sentenze n. 58 del 1967 e n. 49 del 1970).

Inoltre, come il limite dei «rapporti esauriti» ha origine nell'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto, così ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito.

Una simile graduazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale deve ritenersi coerente con i principi della Carta costituzionale: in tal senso questa Corte ha operato anche in passato, in alcune circostanze sia pure non del tutto sovrapponibili a quella in esame (sentenze n. 423 e n. 13 del 2004, n. 370 del 2003, n. 416 del 1992, n. 124 del 1991, n. 50 del 1989, n. 501 e n. 266 del 1988).

Il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare «una tutela sistemica e non frazionata» (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»: per questo la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che «[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (sentenza n. 85 del 2013).

Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo.

Del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi.

Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale.

Essa non risulta inconciliabile con il rispetto del requisito della rilevanza, proprio del giudizio incidentale (sentenza n. 50 del 1989). Va ricordato in proposito che tale requisito opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione sulla medesima. In questa chiave, si spiega come mai, di norma, la Corte costituzionale svolga un controllo di mera plausibilità sulla motivazione contenuta, in punto di rilevanza, nell'ordinanza di rimessione, comunque effettuato con esclusivo riferimento al momento e al modo in cui la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata. In questa prospettiva si spiega, ad esempio, quell'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto la sindacabilità costituzionale delle norme penali di favore anche nelle ipotesi in cui la pronuncia di accoglimento si rifletta soltanto «sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi [...], pur fermi restando i pratici effetti di essa» (sentenza n. 148 del 1983, ripresa sul punto dalla sentenza n. 28 del 2010).

Né si può dimenticare che, in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale, gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo pro futuro, della disposizione costituzionalmente illegittima.

Naturalmente, considerato il principio generale della retroattività risultante dagli artt. 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953, gli interventi di questa Corte che regolano gli effetti temporali della decisione devono essere vagliati alla luce del principio di stretta proporzionalità. Essi debbono, pertanto, essere rigorosamente subordinati alla sussistenza di due chiari presupposti: l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento

e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco.

8.– Ciò chiarito in ordine al potere della Corte di regolare gli effetti delle proprie decisioni e ai relativi limiti, deve osservarsi che, nella specie, l'applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.

Come questa Corte ha affermato già con la sentenza n. 260 del 1990, tale principio esige una gradualità nell'attuazione dei valori costituzionali che imponga rilevanti oneri a carico del bilancio statale. Ciò vale a fortiori dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), che ha riaffermato il necessario rispetto dei principi di equilibrio del bilancio e di sostenibilità del debito pubblico (sentenza n. 88 del 2014).

L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime.

Pertanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.

Inoltre, l'indebito vantaggio che alcuni operatori economici del settore potrebbero conseguire – in ragione dell'applicazione retroattiva della decisione della Corte in una situazione caratterizzata dalla impossibilità di distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che hanno traslato gli oneri – determinerebbe una ulteriore irragionevole disparità di trattamento, questa volta tra i diversi soggetti che operano nell'ambito dello stesso settore petrolifero, con conseguente pregiudizio anche degli artt. 3 e 53 Cost.

La cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica risulta, quindi, costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, in modo da impedire «alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali» (sentenza n. 264 del 2012). Essa consente, inoltre, al legislatore di provvedere tempestivamente al fine di rispettare il vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio, anche in senso dinamico (sentenze n. 40 del 2014, n. 266 del 2013, n. 250 del 2013, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991 e n. 1 del 1966), e gli obblighi comunitari e internazionali connessi, ciò anche eventualmente rimediando ai rilevati vizi della disciplina tributaria in esame.

In conclusione, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui sopra devono, nella specie e per le ragioni di stretta necessità sopra esposte, decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

9.– Devono considerarsi assorbite le ulteriori questioni di legittimità costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, 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, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2015.

Il reato di “concussione mediante induzione” alla luce delle novità normative introdotte dalla legge 190/2012. Prime applicazioni giurisprudenziali in sede di merito e di legittimità dell’art. 319 *quater* c.p.

TRIBUNALE DI ROMA, SEZIONE DEI GIUDICI PER LE INDAGINI PRELIMINARI, SENTENZA 17 GENNAIO - 16 APRILE 2013 N. 138

Luca Ventrella*
Martina Zaccheo**

SOMMARIO: 1. Premessa: la vicenda fattuale della sentenza GUP del Tribunale di Roma n. 138/13 del 17 gennaio/ 16 aprile 2013 - 2. Originaria formulazione dell'art. 317 c.p.: le condotte di costrizione e di induzione - 3. Novità legislative: la legge n. 190 del 2012 (cd. Legge Severino) - 4. Prime interpretazioni giurisprudenziali della Cassazione post 190/2012: sentenza Nardi - 5. (segue) Sentenza Roscia - 6. (segue) Sentenza Melfi - 7. Cass. Sez. Un. 14 marzo 2014 n. 12228 - 8. Sentenza GUP in commento.

1. Premessa: la vicenda fattuale della sentenza GUP del Tribunale di Roma n. 138/13 del 17 gennaio/ 16 aprile 2013.

La sentenza n. 138/13 oggetto della presente annotazione, resa dal G.U.P. Dr. Saulino del Tribunale di Roma in giudizio abbreviato all’udienza del 17 gennaio 2013 e depositata il 16 aprile 2013 - sostanzialmente confermata dalla Corte d’Appello (con modeste riduzioni di pene) con dispositivo letto alla recente udienza del 10 ottobre 2014 - fornisce un importante spunto di riflessione in merito allo scenario normativo emergente dall'intervento riformatore operato dalla legge n. 190 del 2012 (cd. Legge Severino) che ha interessato, tra le altre, la fattispecie criminosa della concussione prevista dall'art. 317 c.p. ponendo numerosi interrogativi esegetici in punto di successione di leggi penali nel tempo.

La vicenda su cui verte l'arresto in questione attiene alla condotta tenuta, in data 8 marzo 2012, da due dipendenti dell'Agenzia delle Entrate nell'ambito di un accertamento fiscale eseguito presso un esercizio commerciale di vendita di articoli floreali.

In particolare, nel corso della verifica uno dei due agenti rappresentava al titolare dell'attività, il quale aveva consegnato solo parte della documentazione richiesta dai pubblici ufficiali, che a causa delle irregolarità riscontrate sarebbero state elevate diverse sanzioni a suo carico, ivi comprese quelle relative alla mancata regolarizzazione contributiva di due persone presenti nel negozio e ritenute dagli accertatori dipendenti del titolare.

(*) Avvocato dello Stato.

(**) Dott.ssa in Giurisprudenza, già praticante forense presso l’Avvocatura dello Stato.

Nel corso della stesura del relativo verbale il medesimo agente, non senza esimersi dal commentare l'esito dell'accertamento effettuato, quantificava le sanzioni che a vario titolo il titolare avrebbe dovuto pagare nella cifra complessiva di 60.000 euro.

Il titolare dell'esercizio anche in ragione dell'atteggiamento tenuto dal soggetto accertatore chiedeva quindi se fosse possibile in qualche modo alleggerire la sua posizione. A tale istanza il pubblico ufficiale rispondeva prontamente che sarebbe stato necessario annullare il verbale e redigerlo *ex novo*. Il titolare, data la predisposizione del verificatore e della sua collega, che pure aveva assentito alla possibilità di redigere un nuovo verbale emendato da alcune violazioni, si mostrava disponibile ad effettuare nei loro confronti un pagamento di 3.000 euro. Gli ispettori si accordavano dunque con il titolare per un incontro nel tardo pomeriggio allo scopo di effettuare la dazione della somma concordata.

Successivamente il titolare però contattava il fratello e gli riferiva quanto accaduto; questi lo esortava quindi a denunciare il fatto.

Informate le forze dell'ordine, l'incontro avveniva come preventivato: il titolare consegnava la somma di 2.000 euro, ricevendo in cambio dai due ispettori il verbale redatto *ex novo*.

A fronte dei fatti occorsi veniva contestato ai due accertatori “[i]l delitto previsto e punito dagli artt. 110 e 317 c.p. perchè nella loro qualità di verificatori dipendenti dell'Agenzia delle Entrate, quindi pp.uu., nel corso di una verifica fiscale eseguita presso la “F.Y.” di B.M., abusando delle loro qualità e delle funzioni ad esse connesse, attraverso la prospettazione di sanzioni di significativo peso economico, pari a circa 60.000 euro, ulteriori rispetto a quelle rilevate, e conseguenti all'omessa regolarizzazione contributiva di due ritenute - contrariamente al vero - coadiutrici del B., inducevano costui prima a promettere la somma di 3.000 euro, poi a consegnare quella di 2.000 euro, per omettere le segnalazioni alle competenti autorità in relazione all'omessa regolarizzazione delle due persone presenti in negozio. In Roma, in data 8 marzo 2012”.

La circostanza che nell'originaria imputazione fosse contestato, ai sensi dell'art. 317 c.p., il reato di concussione, nella forma di induzione, avendo invece il G.U.P. riqualificato il fatto, condannando gli imputati, ai sensi dell'art. 319 *quater* c.p., pone l'occasione per un'analisi circa l'evoluzione del reato di concussione, alla luce soprattutto degli effetti di diritto intertemporale determinati dalle novità normative introdotte dalla legge n. 190/2012, che la sentenza *de qua* ha interpretato in guisa tale da anticipare sotto più profili il pronunciamento di recente reso dalle Sezioni Unite.

2. *Originaria formulazione dell'art. 317 c.p.: le condotte di costrizione e di induzione.*

La figura criminosa della concussione, prevista all'art. 317 c.p. nell'ambito

dello statuto penale della Pubblica Amministrazione, era configurata, nella formulazione risultante dalla legge n. 86 del 1990 (1), come una fattispecie mista alternativa. Essa contemplava infatti due distinte, ancorché equipollenti, modalità attuative della condotta del soggetto agente: una mediante costrizione, l'altra mediante induzione.

La dottrina più risalente considerava l'indagine esegetica intorno all'esatta portata semantica di tali due forme di manifestazione del reato un mero esercizio didascalico, costituendo in realtà i lemmi “costrizione” ed “induzione” un'endiadi legislativa (2) che nulla mutava quanto agli effetti che le due condotte producevano sulla psiche del soggetto passivo, né quanto al trattamento sanzionatorio applicabile (3). Tale opinione trovava peraltro puntuale riscontro in una prassi giudiziaria adusa ad utilizzare entrambi i termini nel descrivere la condotta concussiva, quasi si ponessero tra loro in rapporto di succedaneità e di interscambiabilità.

Secondo tale approccio unitario la fattispecie *de qua* si caratterizzava in particolare per il collegamento funzionale esistente tra la condotta posta in essere dal pubblico ufficiale ovvero dall'incaricato di pubblico servizio - che poteva invariabilmente estrinsecarsi in una costrizione ovvero in una induzione - e l'abuso di potere o qualità perpetrato nei confronti del privato, il quale veniva sottoposto ad una violenza psichica relativa mediante la prospettazione di un male ingiusto. Si riteneva infatti che, quale che fosse la concreta modalità concussiva utilizzata dal soggetto agente, risultasse necessario che la violenza non fosse né assoluta né fisica (4), configurandosi altrimenti, nel concorso di tutti gli elementi, un'ipotesi di estorsione ovvero di violenza privata o, infine, di violenza sessuale, e che il danno minacciato fosse ingiusto, poiché qualora si prospettasse, invece, la possibilità di ostacolare l'esercizio di un potere dovuto, da cui conseguirebbe dunque un danno che non sarebbe *iniura datum*, ricorrerebbe la fattispecie criminosa della corruzione ex art. 319 c.p. (5).

(1) Con la novella *de qua* il legislatore oltre ad estendere la portata soggettiva della fattispecie anche agli incaricati di pubblico servizio, è intervenuta nella descrizione della condotta sostituendo alla locuzione “abusando delle [...] della sua funzione” quella “abusando [...] dei suoi poteri”.

(2) CHIAROTTI F., voce *Concussione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1961, p. 704.

(3) La previsione del medesimo trattamento sanzionatorio per le due forme di concussione si riteneva coerente alla luce delle osservazioni espresse nella Relazione ministeriale al codice penale in virtù delle quali “nel fatto criminoso della concussione l'indurre ha una gravità non minore del costringere [...] In ogni caso la volontà dell'offeso cede all'uso di mezzi, che intrinsecamente sono non meno efficaci ed odiosi d'una costrizione morale”.

(4) Nella vigenza del codice Zanardelli del 1889 il concetto “costrizione” era riferito sia alla violenza psichica che a quella fisica (art. 169), mentre con il termine “induzione” si alludeva a condotte ingannatorie (art. 170).

(5) “alla specifica intenzione del pubblico ufficiale di taglieggiare il soggetto concusso, deve corrispondere nel privato un tipico atteggiamento psichico, in cui predomina la consapevolezza di subire, oltre che una sopraffazione, un torto”, in questi termini PALOMBI E., *Il delitto di concussione*, Jovene, 1979, p. 163.

Tuttavia, ancora nel vigore dell'originaria versione dell'art. 317 c.p., si dividevano il campo diversi orientamenti interpretativi al fine di individuare autonomi ambiti applicativi delle due forme di concussione.

A tal proposito parte della dottrina riteneva che la costrizione (6) si concretizzasse in una minaccia seria ed idonea, secondo l'*id quod plerumque accidit*, a causare nel soggetto passivo una forte ed incisiva coartazione della sua volontà, mentre l'induzione (7), manifestandosi attraverso forme di suggestione o di persuasione, comporterebbe una pressione psicologica più blanda, ma comunque sufficiente a determinare il privato alla dazione o alla promessa.

Il *discrimen* tra le due ipotesi di concussione veniva dunque focalizzato sull'intensità della minaccia e sul grado di condizionamento che essa era capace di esercitare sulla volontà del soggetto passivo. A fronte di un nucleo comune costituito dall'abuso del potere o delle qualità, idoneo ad ingenerare nel privato il cd. *metus publicae potestatis*, (e cioè uno stato di timore ed intimidazione determinato dalla posizione di preminenza ricoperta dal pubblico ufficiale), la dottrina cercava così di recuperare la duplice fisionomia del reato di concussione (8).

Tale impostazione, che ebbe pure largo seguito in giurisprudenza, non fu tuttavia esente da rilievi critici volti a ritenere il *discrimen* così tracciato fumoso ed evanescente.

Si osservava invero che, se da un lato, il termine “costrizione” era caratterizzato da una certa pregnanza descrittiva tanto della condotta quanto dell'effetto dalla stessa promanante, dall'altro, il vocabolo “induzione” sembrava riferirsi al solo effetto finale senza offrire alcun elemento indicativo in ordine al modo di atteggiarsi della condotta.

La neutralità semantica del sintagma “induzione” emerge d'altra parte chiaramente dall'utilizzo che il legislatore ne ha fatto in altre ipotesi delittuose. Con riferimento, ad esempio, all'art. 377 *bis* c.p. rubricato “*Induzione a non*

(6) In tal senso FIANDACA-MUSCO, in *Diritto penale parte speciale*, Zanichelli, 2011, in giurisprudenza Cass., Sez. II, 1 dicembre 1995, n. 2809, RUSSO, in *C.E.D. Cass.*, rv 204363 è possibile inoltre individuare un orientamento dottrinale a mente del quale il termine induzione andrebbe inteso alla stregua di una condotta ingannatoria, così ESPOSITO F., *La concussione per induzione e lo stato di soggezione della vittima*, in *Rivista penale*, 1999, p. 995.

(7) *Ex multis* Cass., Sez. VI, 22 aprile 2009, n. 20195, GOLINO, in *C.E.D. Cassazione*, rv. 243842.

(8) La configurabilità nell'ambito della concussione di tale elemento è contestata da parte della dottrina in quanto non esplicitato all'interno della fattispecie, inoltre si ritiene che qualora esso coincida con lo stato di soggezione derivante dalla costrizione o dall'induzione rappresenterebbe un inutile dop-pione, in tal senso FIANDACA-MUSCO, in *op. cit.*, p. 211; diversamente opina la giurisprudenza che lo ritiene un elemento ricorrente in entrambe le formedi concussione Cass. Sez. VI, 22 ottobre 1993, n. 2985, FEDELE, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 550; “*il metus publicae potestatis deve consistere non nella generica posizione di supremazia, sempre connaturata alla qualifica di pubblico ufficiale, bensì nel concreto abuso della propria qualità o funzione, abuso che abbia costretto o indotto il privato alla indebita promessa o dazione*”, così Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2004, n. 6073, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1246 ss.

rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria” il precetto penale descrive una serie di condotte comprensive della violenza, della minaccia, della promessa ovvero dell'offerta di beni, denaro o altra utilità, tutte astrattamente idonee a raggiungere il risultato di indurre “*a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci la persona chiamata a rendere davanti alla autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, quando questa ha la facoltà di non rispondere*”. Del pari, l'art. 507 c.p. (9), relativo al delitto di boicottaggio, contempla quali strumenti di induzione la propaganda, la forza o l'autorità dei partiti. Infine, nel reato di cui all'art. 558 c.p. la condotta induttiva risulta integrata dal comportamento ingannatorio del soggetto agente.

Appare dunque evidente come il legislatore abbia inteso il termine in questione secondo una varietà eterogenea di accezioni tutte accomunate dall'idoneità ad indurre il soggetto passivo ad un determinato comportamento.

L'evidente opacità linguistica che connota il vocabolo “induzione” aveva perciò esposto il reato di concussione a seri dubbi circa la sua aderenza al principio di tassatività, *sub specie* di principio di precisione del precetto penale che del primo costituisce il postulato tecnico (10).

Ciononostante la giurisprudenza risultava granitica nel differenziare le due condotte essenzialmente in ragione del maggiore o minore margine di scelta residuante in capo al privato concusso.

3. *Novità legislative: la legge n. 190 del 2012 (cd. Legge Severino).*

Sul composito ed incerto scenario interpretativo sviluppatosi intorno ai concetti di costrizione e di induzione è intervenuta con effetti dirompenti la legge n. 190 del 2012.

Tale intervento legislativo di ampio respiro, volto alla prevenzione e alla repressione del fenomeno corruttivo attraverso una rimodulazione delle fattispecie penali esistenti e l'introduzione di nuove, è stato in primo luogo determinato dal tentativo di uniformare la normativa nazionale ai principi della Convenzione contro la corruzione approvata in ambito O.N.U. nel 2003 e della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo, rispettivamente ratificate dallo Stato italiano con le leggi n. 116 del 2009 e n. 110 del 2012.

In particolare, per i fini che qui interessano, la novella legislativa è intervenuta in maniera penetrante sull'originaria fisionomia del reato di concussione, dal quale è stata espunta la condotta induttiva, introducendo altresì,

(9) Con sentenza n. 84 del 17 aprile 1969 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di questo articolo per la parte relativa all'ipotesi della propaganda qualora questa non assuma dimensioni tali né raggiunga un grado tale di intensità e di efficacia da risultare veramente notevole.

(10) In linea con tali sospetti si pone l'elaborazione giurisprudenziale della cd. concussione ambientale, sul punto Cass., Sez. VI, 13 luglio 1998, n. 13395, SALVI, in *Foro italiano*, 1999, II, p. 644 con nota di MANES V. “*La concussione «ambientale» da fenomenologia a fattispecie «extra legem»*”.

all'art. 319 *quater* c.p., una fattispecie penale di nuovo conio: quella di “*Induzione indebita a dare o promettere utilità*”.

Se si procede ad una sommaria analisi delle due figure delittuose in questione è possibile evidenziare come l'art. 317 c.p. abbia subito una restrizione sotto un duplice profilo: quello oggettivo e quello soggettivo. Quanto al primo si è osservato come il reato *de quo* sia ora circoscritto alle sole condotte costrittive poste in essere dal soggetto agente, il quale, e questo è il secondo profilo di novità, deve rivestire la qualifica di pubblico ufficiale essendo stata emendata quella relativa all'incaricato di pubblico servizio (11). Tale complessiva riconfigurazione del delitto in questione è stata inoltre accompagnata da un innalzamento del minimo edittale originariamente previsto.

Con riferimento alla figura criminosa prevista dall'art. 319 *quater* c.p. è possibile evidenziare, invece, accanto ad un nucleo evocativo la previgente figura di concussione per induzione, elementi di assoluta novità. Oltre alla clausola di salvaguardia posta nell'*incipit* della disposizione in questione, che ne rende dunque residuale l'applicazione, è stata infatti introdotta la punibilità del privato che ha dato o promesso denaro, beni o altra utilità.

Volendo anche solo accennare ad un confronto strutturale, tra l'art. 317 c.p. nel testo vigente *ante* riforma e l'art. 319 *quater* c.p., risulta di tutta evidenza il diverso apprezzamento effettuato dal legislatore con riferimento alla condotta del privato.

Il reato di concussione per induzione era infatti originariamente riconducibile alla categoria dei reati plurisoggettivi impropri - quelli cioè che pur prevedendo il necessario concorso di più persone assoggettano a sanzione penale solo alcune di esse - di talché la condotta posta in essere dal privato, per esservi stato indotto, era penalmente irrilevante, risultando egli persona offesa dal reato.

Con il nuovo art. 319 *quater* c.p. la posizione del privato transita, invece, dall'area dell'irrilevanza a quella della rilevanza penale, assumendo lo stesso il ruolo di coautore nel delitto.

Sebbene *prima facie* non si possa non rilevare come il recente intervento legislativo sembri essersi limitato ad un mero “spacchettamento” dell'unitaria fattispecie delittuosa della concussione, originariamente prevista all'art. 317 c.p., le novità introdotte hanno sollevato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, evidenti interrogativi in punto di diritto intertemporale, le cui risposte, tutt'altro che ovvie, potevano e possono notevolmente incidere sui numerosi processi ancora pendenti.

Nell'affrontare la problematica attinente alla continuità o meno del tipo normativo di cui sopra si sono profilati in giurisprudenza tre distinti filoni in-

(11) Sul punto si evidenzia un'ipotesi di *abrogatio sine abolitio* essendo la condotta concussiva dell'incaricato di pubblico servizio sussumibile nell'alveo della fattispecie penale dell'estorsione aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 9 c.p.

terpretativi che hanno determinato la Suprema Corte di Cassazione, nella sua composizione più autorevole, ad intervenire sul punto.

4. Prime interpretazioni giurisprudenziali della Cassazione post 190/2012: sentenza Nardi.

Il primo orientamento giurisprudenziale (12) è stato inaugurato dalla sentenza n. 8695 pronunciata dalla VI sezione della Cassazione in data 21 febbraio 2013 (13).

La vicenda giudiziaria atteneva alla condotta di un pubblico ufficiale, nella specie un carabiniere, che, abusando dei suoi poteri prospettava ad un agente assicurativo una serie di controlli in danno dei clienti della società presso la quale lavorava, inducendolo alla consegna di una modesta somma di denaro.

I giudici di legittimità nel pronunciarsi sul ricorso presentato dall'imputato focalizzavano immediatamente l'attenzione sul recente intervento riformatore e sulle problematiche di diritto intertemporale dallo stesso derivanti.

Nel ribadire che il criterio, alla luce del quale la continuità o meno tra gli illeciti penali deve essere analizzata e risolta, è costituito dal confronto strutturale tra fattispecie astratte, la Corte rilevava come fosse possibile rinvenire un'assoluta omogeneità strutturale del delitto di induzione indebita rispetto alla vecchia ipotesi di concussione per induzione.

Invero, a dispetto dell'estensione della punibilità anche nei confronti del privato, i giudici osservavano che *“la tipizzazione plurisoggettiva è caratterizzata anch'essa strutturalmente, per la struttura astratta tra le due condotte, e cioè nel senso che le medesime condotte ivi descritte o implicitamente presupposte, indipendentemente dal fatto che siano punite o meno, acquistano un significato tipico... per via di una strumentalità che le avvince”*.

Attesa, ai fini successivi tra le due fattispecie, l'irrilevanza dell'incriminazione della condotta del privato, la Corte di Cassazione spostava quindi la sua analisi sulla portata dei concetti di “costrizione” e di “induzione” al fine di verificare se, sotto questo profilo, tra l'ipotesi di concussione per induzione e quella di induzione indebita vi fosse o meno corrispondenza non solo formale, ma anche sostanziale.

Sul punto la Suprema Corte osservava come la novella legislativa avesse

(12) *Ex multis* Sez. 6, n. 28431 del 12 giugno 2013, CAPPELLO, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255614; Sez. 6, n. 28412 dell'8 marzo 2013, NOGHEROTTO, *ivi*, Rv. 255607; Sez. 6, n. 11942 del 25 febbraio 2013, OLIVERIO, *ivi*, Rv. 254444; Sez. 6, n. 12388 dell'11 febbraio 2013, SARNO, *ivi*, Rv. 254441; Sez. 6, n. 21192 del 25 gennaio 2013, BARLA, *ivi*, Rv. 255366; Sez. 6, n. 18968 dell'11 gennaio 2013, BELLINI, *ivi*, Rv. 255072; Sez. 6, n. 17285 dell'11 gennaio 2013, VACCARO, *ivi*, Rv. 254621; Sez. 6, n. 16154 dell'11 gennaio 2013, PIERRI, *ivi*, Rv. 254539; Sez. 6, n. 3093 del 18 dicembre 2012, dep. 21 gennaio 2013, AURATI, *ivi*, Rv. 253947.

(13) Sez. 6, n. 8695 del 4 dicembre 2012, dep. 21 febbraio 2013, NARDI, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254114.

per vero operato un semplice “spacchettamento” dell'unitario precetto penale della concussione, isolando in due distinte disposizioni incriminatrici fattispecie prima sussunte nell'alveo del medesimo articolo 317 c.p.

Più nello specifico, veniva evidenziata la perfetta sovrapposibilità lessicale tra l'originaria formulazione della concussione per induzione e l'odierna figura di induzione indebita, dalla quale veniva in definitiva desunta la continuità concettuale e normativa tra le due ipotesi criminose.

Tale ragione, secondo la Suprema Corte, postulerebbe dunque la perdurante validità del risultato ermeneutico cui la giurisprudenza era pervenuta nel vigore della precedente normativa.

Nella sentenza in questione, invero, il criterio discretivo tra la condotta costringitiva e quella induttiva veniva nuovamente rinvenuto nella maggiore o minore intensità della coartazione psichica subita dal privato, il quale sarebbe quindi soggetto a costrizione ove il comportamento del pubblico ufficiale sia connotato da una particolare capacità intimidatoria tale da soggiogare quasi completamente la sua volontà (*voluit quia coactus*), mentre risulterebbe indotto allorchè la pressione esercitata, sotto forma di persuasione o allusione, si atteggi in guisa tale da lasciargli un più ampio margine di autodeterminazione (*coactus tamen voluit*).

In conclusione, con l'arresto *de quo* i giudici di legittimità riconoscevano alla figura di induzione indebita portata meramente replicativa di quella già contemplata dall'art. 317 c.p., rispetto alla quale la nuova incriminazione del privato non fa venir meno la continuità normativa e la conseguente applicabilità dell'art. 2 c. 4 c.p., essendo la stessa giustificata dalla *ratio legis*, rinvenibile anche nelle fonti di matrice internazionale, di perseguire la condotta del soggetto che, a fronte di blande pressioni psichiche, non abbia respinto la richiesta illecita del pubblico ufficiale.

5. (segue) *Sentenza Roscia*.

Il secondo orientamento (14), formatosi in seno alla sesta sezione della Suprema Corte ed inaugurato con la sentenza n. 3251 del 22 gennaio 2013 (15) (depositata dunque 5 giorni dopo la sentenza GUP in commento), si pone in aperta rottura con il lungo percorso esegetico condotto dalla giurisprudenza in ordine al *discrimen* tra la condotta costringitiva e quella induttiva.

La vicenda sottoposta ai magistrati di Cassazione ineriva alla condotta

(14) *Ex multis* Sez. 6, n. 29338 del 23 maggio 2013, PISANO, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255616; Sez. 6, n. 26285 del 27 marzo 2013, A.R.P.A., *ivi*, Rv. 255371; Sez. 6, n. 16566 del 26 febbraio 2013, CABONI, *ivi*, Rv. 254624; Sez. 6, n. 13047 del 25 febbraio 2013, PICCI, *ivi*, Rv. 254466; Sez. 6, n. 17943 del 15 febbraio 2013, SAMMATRICE, *ivi*, Rv. 25476, n. 17593 del 14 gennaio 2013, MARINO, *ivi*, Rv. 254622; Sez. 6, n. 7495 del 3 febbraio 2012, dep. 15 febbraio 2013, GORI, *ivi*, Rv. 254021.

(15) Sez. 6, n. 3251 del 3 dicembre 2012, dep. 22 gennaio 2013, ROSCIA, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253938.

tenuta dal Sindaco di un Comune il quale, abusando dei suoi poteri, si faceva consegnare da un imprenditore un'ingente somma di denaro sotto la minaccia, in caso contrario, di far rinviare sistematicamente, da parte della competente Commissione, la trattazione di due richieste di permesso a costruire presentate dall'imprenditore stesso.

I giudici di legittimità, nell'annullare con rinvio l'impugnata sentenza di secondo grado, hanno compiuto una dettagliata analisi strutturale delle fattispecie risultanti dalla riforma del 2012, soffermandosi in particolare sulla portata semantica dei concetti di "costrizione" e di "induzione".

In particolare, la Suprema Corte, procedendo ad un'indagine esegetica dei due lemmi in questione, evidenziava come, in via generale, il termine induzione si caratterizzasse per un'assoluta atipicità semantica idonea a coprire un'area residuale di condotte atte a comprendere tutto ciò che non rientrava nel cono d'ombra della costrizione.

Continuando a muoversi lungo il crinale interpretativo della dicotomia costrizione/induzione gli stessi giudici osservavano, di contro, come il termine "costrizione" descrivesse plasticamente sia la condotta che l'effetto dalla stessa promanante, sicché sarebbero ad esso riconducibili tutte quelle condotte che si estrinsecano in una violenza fisica o psichica, e cioè in una violenza o in una minaccia.

Attesa tuttavia l'esorbitanza della violenza fisica rispetto alla fattispecie concussiva, idonea al più ad integrare un'ipotesi di estorsione, i giudici circoscrivevano l'ambito semantico della costrizione alla sola minaccia che, stando anche alla formulazione dell'art. 612 c.p., consiste nella prospettazione di un danno ingiusto.

Detta analisi portava i giudici ad elaborare un nuovo e diverso criterio discrezionale focalizzato non più sull'elemento "soggettivizzante" di opinabile dimostrazione della maggiore o minore coartazione psichica, bensì su quello obbiettivo del danno ingiusto ovvero del vantaggio indebito.

Ricorrerebbe dunque l'ipotesi criminosa di cui all'art. 317 c.p. allorché il pubblico ufficiale, abusando della sua posizione, costringa il privato alla dazione o alla promessa di denaro mediante la prospettazione di un danno ingiusto, configurandosi invece la fattispecie di cui all'art. 319 *quater* c.p. qualora il soggetto agente, sempre abusando dei propri poteri o qualità, induca il privato alla dazione o alla promessa rappresentandogli la possibilità di conseguire un indebito vantaggio.

Nel primo caso la costrizione sarebbe stigmatizzata proprio dalla minaccia di un danno ingiusto, mentre nel secondo l'induzione sarebbe determinata dalla prospettazione di evitare un danno, non già *contra ius*, ma che, viceversa, deriverebbe dalla corretta applicazione della legge.

La mancanza dell'ingiustizia del danno, che si converte in un indebito vantaggio perseguito e conseguito dal privato, giustificerebbe l'attuale puni-

bilità dello stesso, nonché la collocazione sistematica della figura delittuosa prevista dall'art. 319 *quater* c.p., la quale si pone a livello toponomastico in una posizione più contigua al reato di corruzione che a quello di concussione.

La Suprema Corte, seppure attraverso un *iter* logico-argomentativo affatto diverso, perviene tuttavia alla medesima conclusione del primo orientamento in ordine alla soluzione della questione di diritto intertemporale che evidentemente la novella pone.

Viene infatti osservato che “*l'ambito di operatività così assegnato alle due disposizioni corrisponde, se sommato, all'area del precedente art. 317 c.p.*”. Ancora nel vigore della precedente formulazione la giurisprudenza era invero concorde nel ritenere integrato l'abuso, caratterizzante la fattispecie concussiva, in tutti quei casi in cui il pubblico ufficiale prospettava l'esercizio di un potere dovuto al fine di conseguirne un guadagno indebito. L'abuso ricorreva dunque anche nell'esercizio di un potere che, seppure legittimo, deviava fortemente dalle ragioni pubblicistiche della sua attribuzione per essere piegato e funzionalizzato ad interessi egoistici del pubblico ufficiale.

Da tale dato, a giudizio della Corte, deriverebbe dunque la perfetta continuità normativa tra la precedente formulazione della concussione per induzione e l'odierna previsione del reato di induzione indebita.

Ad ulteriore conferma della correttezza delle argomentazioni svolte, i giudici procedevano alla confutazione del precedente indirizzo ermeneutico.

Osservavano infatti che se si volesse fondare il *discrimen* tra costrizione e induzione sulla base della sola diversa intensità della pressione esercitata dal soggetto agente - di tal che l'induzione sarebbe configurabile anche in presenza di minacce blande o implicite - si procederebbe, nel silenzio del dato normativo, ad una graduazione *extra* legale della minaccia, cui invece il legislatore conferisce il significato tecnico ed unitario di prospettazione, sia essa esplicita ovvero implicita, spudorata o suadente, di un danno ingiusto.

Diversamente opinando, ritenere che con l'art. 319 *quater* c.p. il legislatore abbia voluto sottoporre a pena il privato per aver ceduto alla minaccia, seppure larvata, del pubblico ufficiale, significherebbe “*richiedere al soggetto virtù civiche ispirate a concezioni di stato etico proprie di ordinamenti che si volgono verso concezioni antisolidaristiche e illiberali*”.

In conclusione dalla sentenza in esame ne esce una lettura rivoluzionaria del reato di induzione indebita, il quale condivide con il delitto di concussione il medesimo nucleo costituito dall'abuso di potere, per differenziarsene però sotto il profilo dell'oggetto della prospettazione effettuata dal pubblico ufficiale: un indebito vantaggio nel primo caso, un danno ingiusto nel secondo; elemento questo che sembrerebbe del tutto coerente con la rilevanza penale attribuita alla condotta del privato e con il più lieve trattamento sanzionatorio previsto per il soggetto agente ai sensi dell'art. 319 *quater* c.p.

6. (segue) *Sentenza Melfi*.

Il terzo ed ultimo orientamento giurisprudenziale (16) opera una sintesi delle opzioni ermeneutiche sposate dai succitati indirizzi interpretativi, pervenendo al pari degli altri alla conclusione della continuità normativa tra la fattispecie di concussione per induzione e quella di induzione indebita.

La vicenda affrontata dalla VI sezione, con il retratto n. 11794 del 12 marzo 2013, verteva sulla condotta tenuta dal sindaco di un Comune, il quale poneva in essere comportamenti, consistenti nella reiterata prospettazione di ritorsioni, idonei a coartare la volontà di un impiegato comunale affinché questi alterasse il regolare svolgimento di una procedura concorsuale allo scopo di favorire persone segnalate dallo stesso primo cittadino, evento questo non verificatosi per fattori estranei ed indipendenti dalla sua volontà.

Preliminarmente all'analisi della problematica attinente alle successioni delle leggi penali nel tempo, i giudici della sesta sezione si soffermavano sull'individuazione del criterio che, a seguito del cd. spacchettamento operato dalla legge n. 190 del 2012, valesse a distinguere la fattispecie criminosa prevista dall'art. 317 c.p., da quella di nuova genesi contemplata dall'art. 319 *quater* c.p.

L'utilizzo della medesima terminologia legislativa veniva inteso dai giudici di legittimità quale chiaro indice dell'invarianza semantica dei concetti di costrizione ed induzione. L'asserita neutralità dello scorporo effettuato dall'intervento normativo di cui sopra, il quale si sarebbe dunque limitato a trasformare la fattispecie disciplinata all'art. 317 c.p. da mista a semplice, sembrerebbe quindi postulare l'attuale validità dei percorsi argomentativi ed interpretativi formati in giurisprudenza intorno al binomio costrizione/induzione.

Invero, pur riconoscendo la centralità del criterio tradizionale basato sull'intensità della coartazione psichica esercitata dal soggetto agente, la Suprema Corte non ignorava l'insufficienza dello stesso in ipotesi *borderline* che, proprio in ragione degli incerti connotati che le caratterizzano, risultano di difficile qualificazione sulla base della sola modulazione della pressione prevaricatrice.

In tali casi-limite si impone dunque il ricorso ad un criterio integrativo, individuato nel tipo di vantaggio che il soggetto a seguito della dazione o promessa indebita consegue.

La condotta posta in essere dal pubblico ufficiale integrerà dunque il reato di concussione, nella sola forma rimasta di costrizione, allorchè, abusando dei propri poteri, lo stesso soggetto ponga il privato di fronte ad un *aut aut*: procedere all'indebita dazione, ovvero subire un ingiusto pregiudizio, senza che residui in capo allo stesso alcun apprezzabile margine di determinazione.

Si ricadrà invece nell'ipotesi di cui all'art. 319 *quater* c.p., qualora il sog-

(16) *Ex multis* Sez. 6, n. 20428 dell'8 maggio 2013 MILANESI, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255076; Sez. 3, n. 26616 dell'8 maggio 2013, M., *ivi*, Rv. 255620; Sez. 6, n. 21975 del 5 aprile 2013, VISCANTI, *ivi*, Rv. 255325; Sez. 6, n. 11944 del 1425 febbraio 2013, DE GREGORIO, *ivi*, Rv. 254446.

getto agente, pur sempre abusando dei poteri o della sua qualità, prospetti al privato la dazione o la promessa indebita quale condizione per evitare il compimento di un atto che, essendo dovuto, non sarebbe quindi antiggiuridico; in questo caso il privato si determinerebbe alla prestazione illecita prevalentemente sulla base di calcoli utilitaristici. Risulta infatti evidente come, nel primo caso, il privato, in quanto minacciato di subire un danno ingiusto, risulti persona offesa dal reato; mentre nel secondo egli agisca come coautore del fatto illecito, per aver posto in essere una condotta tesa a conseguire un vantaggio indebito.

Così individuato il discrimine tra le due condotte, oggi integranti due autonome figure delittuose, i magistrati della sesta sezione riconoscevano, con precipuo riferimento all'ipotesi di concussione per costrizione, prospettata nella vicenda sottoposta al loro vaglio, piena continuità normativa tra l'originaria e l'odierna fattispecie contemplata dall'art. 317 c.p.

Il confronto strutturale tra le due norme pone infatti in evidenza come, al netto della limitazione della soggettività attiva del reato al solo pubblico ufficiale (con contestuale esclusione della figura dell'incaricato di pubblico servizio), la fattispecie criminosa risultante dalla modifica legislativa si presenti in termini del tutto identici rispetto a quella precedentemente in vigore.

7. Cass. Sez. Un. 14 marzo 2014 n. 12228.

Il variegato quadro giurisprudenziale formatosi in seno alla sesta sezione della Corte di Cassazione ha determinato la rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa a : *«quale sia, a seguito della legge 6 novembre 2012, n. 190, la linea di demarcazione tra la fattispecie di concussione (prevista dal novellato art. 317 cod. pen.) e quella di induzione indebita a dare o promettere utilità (prevista dall'art. 319 - quater cod. pen. di nuova introduzione) soprattutto con riferimento al rapporto tra la condotta di costrizione e quella di induzione e alle connesse problematiche di successione di leggi penali nel tempo»*.

Nel risolvere la problematica sottoposta alla loro attenzione, le Sezioni Unite, con la recente sentenza n. 12228 del 14 marzo 2014, vagliavano in primo luogo i risultati esegetici cui i precedenti orientamenti, dai quali è sorto il citato contrasto, sono pervenuti.

Pur apprezzando la condivisibilità delle opzioni interpretative prospettate, il Supremo Consesso riteneva che le stesse, isolatamente considerate, non fossero per vero autosufficienti ed in grado di fornire all'interprete un affidabile strumento di ermeneusi.

Con riferimento al primo indirizzo viene infatti censurata l'aleatorietà interpretativa che un criterio di portata eminentemente soggettiva inevitabilmente comporterebbe.

Il secondo orientamento, invece, pur avendo il merito di ancorare l'analisi ad un indice oggettivo, quello del danno ingiusto o dell'indebito vantaggio, di più sicura valutazione, sconta tuttavia un'eccessiva rigidità applicativa che im-

pedisce di apprezzare in maniera compiuta il disvalore di condotte che si pongono in una zona grigia ed intermedia rispetto ai concetti di costrizione e di induzione.

Il terzo ed ultimo filone interpretativo risulta infine ambiguo nell'*iter* argomentativo. Infatti, pur declamando l'intenzione di una *reductio ad unum* dei precedenti orientamenti, si risolve in realtà nell'adesione al criterio prospettato dal primo, salvo integrarlo, ma solo in casi eccezionali, con quello individuato dal secondo.

Nel rifiutare dunque l'adesione ad uno dei tre percorsi argomentativi formati sul punto le Sezioni Unite procedevano ad una puntuale e dettagliata operazione interpretativa storicamente orientata delle condotte di costrizione e di induzione.

Il dato di partenza da cui muove detta indagine è quello dell'esatto significato da attribuire all'abuso delle qualità ovvero dei poteri da parte del soggetto pubblico, locuzione ricorrente in entrambe le fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 317 e 319 *quater* c.p.

Proprio al fine di valorizzare la rilevanza di tale segmento della condotta criminosa che, lungi dal rappresentare un mero presupposto di fatto, costituisce invece un elemento integrativo dei delitti *de quibus*, la Corte evidenziava come le condotte tipiche dei due reati non fossero circoscritte rispettivamente alla costrizione e all'induzione, ma avessero un contenuto più ampio atto a comprendere il comportamento abusivo del soggetto agente.

L'abuso di potere o qualità completa, ed in un certo senso qualifica, la condotta costrittiva ovvero induttiva posta in essere dal pubblico ufficiale, imprimendo alla stessa una direzione finalisticamente orientata al conseguimento dell'indebito e ponendosi altresì in rapporto di efficienza causale rispetto allo stato psichico ingenerato nel privato.

L'*iter* argomentativo proseguiva indi nel fornire la definizione di “abuso della qualità” e di “abuso di poteri”.

Con riferimento al primo concetto, detto anche abuso soggettivo, la Corte riteneva che esso consistesse in “*un uso indebito [necessariamente commissivo] della posizione personale rivestita dal pubblico funzionario*” idoneo ad ingenerare nel privato uno stato di soggezione variamente apprezzabile in termini di costrizione ovvero di induzione; l'abuso di poteri, cd. abuso oggettivo, si concretizzerebbe invece in una deviazione del potere dalla sua causa tipica di attribuzione, operabile tanto in via commissiva che omissiva, e comunque capace di coartare la volontà del soggetto privato.

Sotto tale ultimo profilo veniva inoltre precisato che l'abuso può configurarsi anche in presenza dell'esercizio di un potere astrattamente legittimo, ma che, per le concrete modalità con cui viene posto in essere, tradisce in realtà la sua illiceità, in quanto funzionalmente orientato al conseguimento di un'indebita dazione.

Chiarito il punto relativo alla nozione di abuso di qualità e di poteri, le

Sezioni Unite affrontavano quindi la questione relativa all'esatta delimitazione dei concetti di induzione e di costrizione.

Nel procedere a detta analisi sembrerebbe tuttavia ravvisarsi una parziale contraddizione della premessa di partenza, quella cioè dell'insufficienza dei criteri elaborati dai tre indirizzi giurisprudenziali sopra richiamati.

Invero, dopo aver ripercorso l'*iter* storico-normativo della dicotomia costrizione/induzione, le Sezioni Unite, pur condividendo l'analisi basata sul grado di condizionamento ingenerato nel privato, riconducibile al primo filone giurisprudenziale, ne evidenziavano gli indiscussi limiti alla luce dell'incriminazione, ad opera dell'art. 319 *quater* c.p., del soggetto *extraneus*.

La rilevanza penale che oggi assume la condotta del privato indotto richiede infatti l'individuazione di un indice dai contorni maggiormente definiti rispetto a quelli evanescenti ed opinabili caratterizzanti il dato della coazione psichica.

Detto indice viene rinvenuto proprio in quello utilizzato dal secondo indirizzo come spartiacque tra le condotte costrittive ed induttive, e cioè nell'ingiustizia o meno del danno prospettato dall'agente pubblico.

Dopo aver proceduto all'esegesi dei termini costrizione e induzione, che non sembra discostarsi qualitativamente da quello già condotto dalla giurisprudenza precedente, le Sezioni Unite si sono assestate dunque su una posizione ermeneutica fortemente affine a quella del secondo indirizzo sopracitato.

Invero, l'opzione interpretativa, secondo cui il *discrimen* tra i due concetti in questione sarebbe da rinvenire nel danno ingiusto prospettato con la condotta costrittiva, ovvero nell'indebito vantaggio rappresentato mediante induzione, sembrerebbe necessitata da una lettura costituzionalmente orientata della nuova disposizione di cui all'art. 319 *quater* c.p.

Il rilievo, infatti, che in questa ipotesi criminosa il privato risulti assoggettato a sanzione penale non può prescindere dall'ovvio postulato di una responsabilità colpevole in capo allo stesso, e tale è quella riscontrabile, non già nella mancata resistenza da parte del privato all'abuso subito, bensì in quella finalizzata a conseguire un indebito vantaggio ovvero ad evitare un danno *secundum ius* approfittando della condotta induttiva ancorchè prevaricatrice del pubblico agente.

Così ricomposto il quadro interpretativo, le Sezioni Unite osservavano tuttavia come l'utilità del criterio di stampo oggettivo sopracitato sarebbe circoscritta ad ipotesi concrete dai contorni nitidi e certi, risultando invece insoddisfacente in casi-limite che presentano la commistione di elementi di entrambe le condotte.

Sul punto, il Supremo Consesso "raccomandava" dunque un apprezzamento puntuale ed attento dei fatti posti a fondamento della vicenda delittuosa, da saggiare "non nella loro staticità, ma nella loro operatività dinamica, enunciando, sulla base di una valutazione approfondita ed equilibrata del fatto, il dato di maggiore significatività".

Ad ulteriore specificazione di tale assunto, le Sezioni Unite concludevano procedendo ad una disamina casistica della varie ipotesi di incerta qualificazione, compilando in definitiva una sorta di *vademecum* in grado di orientare l'interprete nella soluzione delle vicende più complesse ed articolate.

8. Sentenza GUP in commento.

A fronte del variegato panorama giurisprudenziale sin qui illustrato, la sentenza n. 138/13 del GUP del Tribunale di Roma in commento, resa in epoca antecedente alla pronuncia delle Sezioni Unite, ma alla stessa conforme, ha il pregio non solo di risolvere in senso positivo il quesito, strettamente afferente al procedimento penale *sub iudice*, relativo alla continuità normativa tra l'originaria figura della concussione per induzione e quella, di recente introduzione, di induzione indebita, ma anche e soprattutto quello di ricostruire in maniera lineare e armonica il quadro normativo dei reati relativi al mercimonio della funzione pubblica.

Con riferimento al primo profilo, la sentenza *de qua* focalizza immediatamente l'attenzione sulla nuova incriminazione, ad opera dell'art. 319 *quater* c.p., della condotta tenuta dal soggetto privato che, come sopra evidenziato, risultava non punibile ai sensi dell'art. 317 c.p.

A tale elemento, sicuramente distonico rispetto all'originaria formulazione del reato di concussione, viene tuttavia riconosciuto, nell'economia della fattispecie, valore non dirimente ai fini del giudizio sulla continuità o meno tra i tipi normativi.

Invero, come puntualmente osservato in sentenza, nella categoria dei reati a concorso necessario sono riconducibili tanto quelli plurisoggettivi propri, a cui appartiene la fattispecie di cui all'art. 319 *quater* c.p., quanto quelli plurisoggettivi impropri - che, a differenza dei primi come si è detto, pur contemplando il necessario concorso di più soggetti, considerano punibili solo alcuni di questi -, nell'alveo dei quali è riconducibile la figura criminosa della concussione.

Di qui la conseguenza che “*tale tipizzazione plurisoggettiva costituisce, a ben vedere, connotazione strutturale delle due fattispecie poste a confronto poiché entrambe richiedono per la loro integrazione la collaborazione di due soggetti*”, di talchè l'attuale punibilità del soggetto privato non fa per ciò solo venir meno la continuità normativa tra la fattispecie di concussione per induzione e quella di induzione indebita, della quale, soggiunge il giudice, non è dato dubitare stante anche il tenore letterale dell'art. 319 *quater* c.p. replicativo dell'originaria formulazione dell'art. 317 c.p.

Con precipuo riguardo poi all'esatta perimetrazione delle due figure risultanti dal cd. spaccettamento operato dalla legge n. 190 del 2012, la sentenza in commento individua l'elemento discrezionale tra le figure *de quibus*, non tanto nella maggiore o minore intensità della pressione psichica esercitata sul soggetto privato, quanto piuttosto nella diversa connotazione del danno minacciato dal pubblico ufficiale abusando delle proprie funzioni (anticipando,

a ben vedere, di pochi giorni il secondo orientamento della sesta sezione della Cassazione, sopra illustrato *sub* 5).

Alla luce delle novità normative, dunque, il reato di concussione si configurerebbe ogniqualvolta il soggetto pubblico, abusando dei propri poteri o qualità, minacci il privato di un danno ingiusto determinandolo per ciò alla dazione o alla promessa, ricorrendo invece l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 319 *quater* c.p. allorchè, nell'invarianza degli altri elementi costitutivi, il danno minacciato non sia *contra ius*, ma derivi invece dalla corretta applicazione della legge o di un provvedimento. In questo ultimo caso il privato, pur indotto dalla condotta del pubblico ufficiale, si determinerebbe alla promessa o alla dazione non già per scongiurare un danno *iniura datum*, quanto per conseguire un vantaggio indebito.

Il diverso apprezzamento dell'obiettivo perseguito dal privato rende quindi coerente la sua punibilità ex art. 319 *quater* c.p., in quanto, osserva il GUP, “*proprio in un simile contesto la minaccia della sanzione penale dovrebbe operare quale contropinta psicologica finalizzata ad incentivare forme di resistenza attiva contro l'induzione*”.

Alla luce anche di queste considerazioni, la sentenza conclude per l'applicabilità dell'art. 2 c. 4 c.p., non essendo rinvenibili elementi di discontinuità strutturale tra la fattispecie concussiva e quella di induzione indebita.

Pur avendo sciolto il nodo gordiano relativo al caso *sub iudice*, la sentenza compie un ulteriore sforzo esegetico volto a delineare più compiutamente i confini della figura di cui all'art. 319 *quater* c.p. in relazione, questa volta, al reato di corruzione.

Ed invero, tale riflessione viene occasionata non solo dalle tesi difensive degli imputati, ma anche dalla contiguità sistematica della nuova fattispecie rispetto a quelle corruttive, il che, come osserva il giudice, giustifica anche un trattamento sanzionatorio del pubblico ufficiale più lieve rispetto a quello previsto dall'art. 317 c.p.

L'elemento differenziale tra le due ipotesi delittuose viene individuato nella *par condicio contractualis* caratteristica della condotta corruttiva. In questa figura criminosa infatti il privato non è soggetto ad alcun *metus publicae potestatis*, ma si pone come interlocutore alla pari del pubblico ufficiale infedele.

Viceversa, ciò che connota i delitti di concussione e di induzione indebita è proprio l'abuso perpetrato dal pubblico agente e la minaccia, in un caso, di un danno ingiusto; la prospettazione, nell'altro, di un vantaggio indebito.

In conclusione, la sentenza in commento ritiene configurabile nel caso *de quo* l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 319 *quater* c.p., fattispecie applicabile, ai sensi dell'art. 2 c. 4 c.p., in quanto prevede un trattamento sanzionatorio più favorevole al reo; e ciò in ragione della subdola strumentalizzazione dell'addebito mosso al titolare dell'esercizio commerciale, prospettato con atteggiamenti rigorosi ed allo stesso tempo allusivi ad un possibile *commodus*

discessus, elementi integranti gli estremi del reato di concussione mediante induzione vigente all'epoca dei fatti.

Occorre infine evidenziare come la circostanza che la sentenza in esame sia stata pronunciata a soli due mesi di distanza dall'entrata in vigore della legge n. 190/2012, e con anticipo rispetto ai principali filoni giurisprudenziali soprarichiamati, rende ancora più apprezzabili gli sforzi esegetici, per così dire "antesignani", ivi compiuti dal GUP, che sembrano porsi in perfetta sintonia con quanto da ultimo autorevolmente statuito dalle Sezioni Unite con la pronuncia citata in epigrafe.

Tribunale di Roma, Sezione dei Giudici per le Indagini Preliminari, sentenza 17 gennaio / 16 aprile 2013 n. 138 - Giud. Roberto Saulino.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A seguito di rituale notifica del decreto dispositivo del giudizio immediato, D.N. e A.L. formulavano, per il tramite dei rispettivi procuratori speciali, in relazione al reato di cui in epigrafe, tempestiva richiesta di ammissione al rito abbreviato, condizionato, quanto al D.N., ad acquisizioni documentali ed all'audizione del teste R.S.

L'udienza in camera di consiglio si svolgeva con la partecipazione degli imputati e con l'intervento delle costituite parti civili Agenzia delle Entrate e B.M.

All'udienza del 6.12.1.2012, la Difesa D.N. dichiarava di rinunciare alla audizione del teste R.S. Lo scrivente disponeva procedersi con le forme del giudizio abbreviato ed acquisiva la documentazione prodotta quale oggetto di condizionamento del rito.

Raccolte le dichiarazioni spontanee rese dal D.N. e disposta, ai sensi dell'art. 441 comma 5 c.p.p., l'audizione del teste B.F., all'esito di articolata discussione orale le Parti concludevano come in intestazione trascritto.

Le emergenze cartolari, apprezzate unitamente agli elementi acquisiti nel corso della udienza camerale celebrata dinanzi allo scrivente, consentono di pervenire all'affermazione della penale responsabilità degli imputati, nei termini appresso indicati.

Le indagini relative ai fatti di cui al presente procedimento prendevano avvio a seguito della denuncia formalizzata da B.M. la sera dell'8 marzo 2012. Specificamente, il denunciante, titolare di una attività commerciale di vendita di articoli floreali riferiva che, quella mattina, un uomo ed una donna, qualificatisi, mediante esibizione del relativo tesserino, come verificatori dell'Agenzia delle Entrate, avevano fatto accesso all'interno del citato punto vendita, dichiarando di dover effettuare una verifica contabile e fiscale dell'attività.

A conclusione dell'accertamento, nel corso del quale il B.M. aveva potuto mettere a disposizione dei verificatori solo parte della documentazione che gli era stato richiesto di esibire, l'uomo rappresentava che, a causa delle violazioni riscontrate, sarebbero state irrogate sanzioni a carico del commerciante e che quelle di maggior ammontare sarebbero state conseguenza della omessa regolarizzazione contributiva di due persone (C.L. e N.S.), al momento della verifica presenti all'interno del negozio e (ritenute dagli accertatori) coadiutrici del B.M.

Riferiva quest'ultimo che, mentre procedeva alla compilazione del verbale, l'uomo, oltre a commentare l'esito del controllo con frasi del tipo "*sei stato proprio fesso, almeno avessi fatto uscire le ragazze... almeno su di loro avrei chiuso un occhio... sei proprio in una situazione grave.., a me non piace far piangere la gente, quindi, siamo venuti solo nel punto vendita*

principale" (ciò ad intendere che era stata programmata una verifica analoga anche per l'altro punto vendita, che, tuttavia, l'uomo aveva ommesso di effettuare), quantificava gli importi dovuti per le violazioni contestate, sia per quanto di spettanza della Agenzia delle Entrate, sia a titolo di sanzione conseguente alle irregolarità relative alle presunte coadiutrici, così indicando l'importo di € 60.000,00, di cui solo € 10.000,00 per sanzioni di pertinenza della Agenzia delle Entrate (*"1500 euro a testa per le coadiutrici non in regola, 5-6 mila euro per il registro dei corrispettivi non correttamente aggiornato, 5 mila euro per la mancata dichiarazione della domiciliazione fiscale oltre alle sanzioni di competenza dell'INAIL e dell'INPS, del Ministero del Lavoro stimabili tra i 30 e 60 mila euro"*).

In detto frangente, la donna procedeva a far compilare alle due coadiutrici una scheda informativa, contenente anche eventuali dichiarazioni.

A fronte della richiesta del B.M. di sapere se vi era la possibilità di fare qualcosa per "alleggerire" la sua posizione, l'uomo rispondeva che se fosse stato più furbo ne avrebbe parlato prima; quindi, mostrandosi sensibile alle insistenze del B.M., rappresentava che, al quel punto, per venire incontro a quest'ultimo, sarebbe dovuto tornare in ufficio, annullare il verbale e redigerlo ex novo, aggiungendo che per operare in tal senso sarebbe stato necessario acquisire il consenso della sua collega. Così dicendo, l'uomo rivolgeva uno sguardo d'intesa alla donna, la quale non muoveva alcuna obiezione; anzi, i due iniziavano subito a discutere tra loro per valutare il da farsi, e, in detto contesto, la donna segnalava al collega che il capo avrebbe potuto voler vedere subito il verbale.

Incoraggiato dalle esternazioni dell'uomo e dall'atteggiamento di non dissenso della collega, il B.M. utilizzava toni più espliciti nel mostrarsi disponibile ad un pagamento, toccandosi eloquentemente la tasca e dicendo *"io qualcosa... posso"*.

A seguito di ciò l'uomo guardava la collega, che ancora una volta si mostrava accondiscendente, e chiedeva al B.M. quanto fosse disposto a dare; quest'ultimo rispondeva che a fine giornata avrebbe potuto versare la somma di 3000 euro.

Ottenuto l'assenso della collega, l'uomo accettava e, dopo aver discusso sulle modalità di riedizione del verbale, prometteva che lo avrebbe rifatto ex novo, in maniera tale che il B.M. potesse "cavarsela" con una sanzione di soli 100 euro.

A questo punto, i due accertatori si allontanavano dall'esercizio commerciale, non prima di aver concordato con il B.M. un appuntamento per le h. 18,00 dello stesso giorno, nei pressi del negozio. Riferiva ulteriormente il B.M.: di aver subito informato il fratello B.F. (gestore di altro punto vendita del medesimo esercizio commerciale) dell'accaduto e che costui lo aveva esortato a denunciare il fatto, assicurandogli che avrebbe avvertito anche un suo amico appartenente all'arma dei Carabinieri; di essersi poi recato nel luogo dell'appuntamento intenzionato a registrare il colloquio per mezzo di un apparato cellulare, operazione che, tuttavia, non era riuscito a portare a termine perchè l'uomo, appena arrivato, gli aveva intimato di spegnere il telefonino; di aver consegnato ai due accertatori la somma di 2000 euro, non avendo potuto raccogliere in breve tempo l'integralità dell'importo concordato, e di aver ricevuto in cambio una nuova versione del verbale di verifica; di aver visto la donna estrarre dalla borsa alcuni fogli, che l'uomo provvedeva a sostituire, quali allegati al primo verbale, strappando i vecchi (facenti parte del verbale originario) e riponendo in tasca i pezzi; che la donna, a sua volta, aveva riposto la somma ricevuta all'interno della sua borsa.

Tanto si evince dal tenore della circostanziata denuncia sporta dal B.M., i cui passaggi salienti risultano congruamente riscontrati da una serie di evidenze significativamente collimanti.

Il riferimento è, in primo luogo, alle dichiarazioni rese in sede di sommarie informazioni te-

stimoniali dal fratello B.F., riproposte (immutato il nucleo storico essenziale) nel corso della deposizione dallo stesso resa al cospetto dello scrivente: ricevute le confidenze del fratello B.M., B.F. aveva avvertito un amico Carabiniere, il quale ultimo lo aveva esortato ad allettare subito il 112 (v., sul punto, annotazione di servizio fol. 64, sottoscritta dal Carabiniere, recante puntuale conferma dei fatti rappresentati da B.F.).

Si riporta, per migliore comprensione, il testo integrale delle sit rese da B.F.: *"verso le h. 14,30 circa del 8.3.2012 ho avuto una conversazione telefonica con mio fratello [B.]M. che mi informava di avere ricevuto, nella stessa mattinata, un controllo amministrativo da parte di due funzionari della Agenzia delle Entrate i quali avevano riscontrato alcune irregolarità e redatto un verbale di contestazione. Dal momento che lo stesso mi sembrava molto vago e titubante, chiedevo di spiegarmi meglio quali contestazioni gli avessero mosso e con quale esito. [B.]M. al riguardo mi dava delle indicazioni vaghe ed evasive e nella circostanza mi era sembrato molto preoccupato. Infatti, in una successiva comunicazione telefonica avuta intorno alle h. 17,30 circa, durante la quale chiedevo maggiori dettagli sul verbale, [B.]M. mi rispondeva che avrebbe saputo di più nel tardo pomeriggio in quanto doveva nuovamente incontrarsi con i due funzionari. Nel riferirmi tale circostanza ho percepito che mio fratello fosse molto preoccupato della cosa e trovavo molto strano che dovesse nuovamente vedere i due funzionari. Quindi chiedevo ulteriori spiegazioni e lo stesso mi diceva che doveva incontrarli verso le h. 18,00/18,30 per chiudere la faccenda. Immediatamente, anche dal suo tono di voce preoccupato e spaventato, capivo che probabilmente i due gli avevano chiesto dei soldi. Infatti mio fratello, su mia insistenza, finalmente si sfogava e mi diceva che avrebbe dovuto consegnare la somma di euro 3000,00 per l'annullamento del verbale e che per tale cosa era molto spaventato e preoccupato. Quindi lo rassicuravo dicendogli che avrei immediatamente avvisato della cosa i Carabinieri. Infatti, subito dopo, verso le h. 17,45 circa, contattavo un Carabiniere della stazione di Via dei Quintili, che conosco con il nome di Giuliano, rintracciandolo sul suo cellulare, e lo informavo di quanto mio fratello mi aveva appena riferito. Dal momento che lo stesso era impegnato in un altro servizio, su sua indicazione ho quindi dato la medesima comunicazione all'operatore del 112 che riuscivo a contattare verso le h. 18,20 circa. Intanto avvisavo pure mio fratello del fatto che avevo provveduto a chiamare i Carabinieri ed anzi lo rassicuravo dicendogli che forse erano già lì all'appuntamento e gli consigliavo di provare a usare il suo cellulare per registrare l'eventuale incontro con i due funzionari ADR verso le h. 19,00 circa sono stato poi contattato al mio cellulare dai Carabinieri della Casilina ai quali spiegavo più in dettaglio la vicenda e li informavo che avevo già detto a mio fratello di recarsi immediatamente presso la Stazione Carabinieri di Quadraro per denunciare tutti i fatti".*

Risulta, poi, acquisita agli atti la prima versione del verbale di verifica, scannerizzata dal B.M. ed inviata al suo commercialista tramite fax.

Ebbene, la comparazione tra i due verbali, l'originario e quello riveduto e corretto, consente agevolmente di trarre elementi di conferma dei contenuti dichiarativi sopra illustrati, laddove nel verbale originario si dà atto della presenza di tre coadiutrici e di tre allegati (recanti le dichiarazioni assunte sul posto), mentre nella versione successiva, priva di allegati, scompare ogni profilo di contestazione inerente la presenza delle collaboratrici.

Ad ulteriore riscontro soccorrono le sommarie informazioni testimoniali rese da N.S., C.L. e S.M. In particolare, C.L. ha riferito di essersi recata, intorno alle h. 10,30 del 8.3.2012, presso l'esercizio commerciale gestito da B.M., per una visita a titolo di amicizia, ivi trattenendosi a conversare con quest'ultimo e con la sua compagna S.M. Gli accertatori, un uomo ed una donna, si erano rivolti a lei con fare perentorio, contestandole il fatto che fosse impiegata come addetta al negozio

(l'uomo le aveva detto "non prendiamoci in giro, se siete qui il motivo ci deve essere, nessuno fa volontariato"), ed a ciò la C.L. aveva replicato negando di lavorare per il B.M., pur non facendo mistero del fatto che, trovandosi lì presente, avrebbe potuto aiutare i suoi amici "in qualche cosa".

"...Nel corso della loro permanenza i due mi hanno fatto anche compilare un modulo pre-stampato, di cui non ricordo l'intestazione e l'oggetto, dove io ho inserito i miei dati anagrafici ed i motivi della mia presenza all'interno del negozio. Quindi lo hanno ritirato facendomelo firmare. Ricordo che l'uomo disse anche che dovevamo sbrigarci a compilarlo se no avrebbe dovuto agire in altre maniere, senza dire quali. Preciso che trovai particolarmente fastidiosa la sua allusione al volontariato, tanto che gli risposi che effettivamente faccio anche del volontariato presso strutture come la Caritas. Mi risulta che anche la mia amica [N.]S. faccia parte di una struttura che opera nel campo delle persone disabili in zona Castelli Romani".

N.S. ha dichiarato: *"la mattina del giorno 8 marzo 2012 mi trovavo all'interno del negozio di fiori del mio amico B.M.... per apprendere il confezionamento dei fiori al fine delle mie attività con i ragazzi che assisto. Nella circostanza, credo intorno alle ore 10,30, ho notato due persone, un uomo e una donna, che parlavano con B.M. Ad un certo punto B.M. ha chiesto i documenti di identità a me ed alle altre due ragazze che in quel momento si trovavano nel negozio, dicendoci che doveva esibirli a quelle due persone in quanto erano incaricati della Agenzia delle Entrate. Successivamente mi veniva fornito dai due un modulo che, mi sembra, riportava intestazione dell'Agenzia delle Entrate ed oggetto «dichiarazione resa dal dipendente» e mi veniva spiegato che dovevo compilarlo e riconsegnarlo. A quel punto io ho chiesto se dovevo compilarlo pur non essendo dipendente del negozio e mi veniva risposto che dovevo farlo ugualmente barrando la parte che riguardava il contratto e dichiarando di non essere dipendente. Pertanto compilavo il modulo con i miei dati anagrafici, scrivendo nella parte in bianco che mi trovavo nel negozio solo per quel giorno per visionare ed apprendere il confezionamento, in quanto lavoro in un laboratorio florovivaistico con ragazzi disabili, e pertanto che non ero dipendente del negozio".*

S.M. ha dichiarato: *"sono legata da una stabile relazione sentimentale a B.M. il mio compagno B.M. è titolare di un negozio di fiori., nella cui attività si avvale della mia collaborazione, legata da un contratto a progetto, di cui mi riservo di esibire copia. Le mie mansioni specifiche sono di coadiutrice nel campo della floricoltura e confezionamento dei fiori. Il giorno 8 marzo u.s., oltre me e B.M., nel negozio erano presenti L. e S., delle quali non conosco i cognomi, dato che le vedo molto di rado. ADR L. è una ragazza che fino a qualche mese fa lavorava nel negozio, legata da un contratto, di cui non conosco la natura; posso dire che L. era legata sentimentalmente al fratello di B.M., che si chiama M.F.; successivamente, forse perchè la relazione con M.F. si era interrotta, forse per altre ragioni che non conosco, L. non ha più lavorato presso il negozio, però è rimasta in ottimi rapporti con B.M., tant'è che, conoscendo molto bene i movimenti del negozio, nelle circostanze di maggiore impegno, a volte passa per vedere se c'è bisogno di aiuto... ADR L. è una studentessa universitaria e nel tempo libero si occupa di volontariato, ma sempre con attività connesse al campo floreale, di cui è grandemente appassionata ADR In merito invece a S., la conosco molto meno di L., in quanto, oltre all'8 marzo, l'ho vista solo un'altra volta in negozio, ma non ricordo di preciso in quale occasione. In merito a S., so che è un'amica di B.M. che lavora nel campo del sociale, con dei ragazzi disabili, ed era venuta al negozio per apprendere alcune tecniche di confezionamento e disposizione dei fiori, che gli erano utili per lo svolgimento della sua attività., i due individui, nel relazionarsi con il mio compagno, contestualmente si rivolgevano anche a me e alle altre due ragazze presenti nel negozio, chiedendoci di compilare dei fogli notizie, dove*

era richiesto di indicare, oltre ai dati personali, il titolo presso quel posto di lavoro, con precisazione degli orari di lavoro, della paga percepita ecc..., dichiarazione che poi ho sottoscritto ADR non so se L. e S. abbiano compilato dei fogli uguali al mio, fatto sta che ho visto anche loro compilare dei fogli, che credo abbiano anche loro firmato...".

Dati informativi di sicura valenza probante si ricavano, ancora, dal contenuto della registrazione audio dell'incontro avvenuto tra il denunciante e gli accertatori, registrazione salvata nella memoria dell'I-Phone utilizzato dal B.M. e riversata dalla PG operante su CD-ROM.

Se ne riporta la trascrizione integrale:

B.M.: la collega tua?

Uomo: eh?

B.M.: la collega tua?

Uomo: adesso viene.

B.M.: il verbale?

Uomo: ce l'hai chiuso il telefono?

Termine della registrazione

Il colloquio captato si interrompe perché, come richiestogli e come riferito in denuncia, al B.M. era, di fatto, imposto di spegnere il telefono. Ed infatti, il senso della interrogazione "*ce l'hai chiuso il telefono?*" non può che essere quello di ricevere rassicurazione in ordine alla disattivazione dell'apparato, posta implicitamente come condizione per poter procedere oltre nella conversazione.

La piena utilizzabilità ai fini della decisione dei flussi comunicativi tra presenti registrati da un interlocutore all'insaputa dell'altro è ormai dato pacificamente acquisito dalla giurisprudenza di legittimità, non potendo, in subiecta materia, evocarsi la norma di cui all'art. 191 cod. proc. pen., che ha ad oggetto le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. Detta registrazione, invero, non rientra nella categoria delle prove illegali, ma è prova documentale, rappresentativa di un fatto storicamente avvenuto e confermato dal denunciante B.M., che a quella conversazione tra presenti ha di fatto partecipato, e della quale, in quanto divenuta parte del suo dominio conoscitivo, ha fatto oggetto di libera e legittima disposizione (v. ex plurimis Cass. Pen. Sez. VI 31342/11).

L'identificazione degli odierni imputati poggia sugli esiti delle rituali individuazioni fotografiche operate da B.M. e N.S. e sulla indicazione dei relativi nominativi contenuti nei verbali di accesso e constatazione in atti.

In relazione ai fatti in contestazione gli imputati sono stati attinti da ordinanze cautelari custodiali. In sede di interrogatorio di garanzia, il D.N. negava l'addebito, sostenendo di non aver avanzato alcuna richiesta di denaro nei confronti del B.M., quanto piuttosto di essere stato raggiunto da una proposta corruttiva formulata da quest'ultimo, non accolta, anzi sdegnosamente respinta. Più specificamente, riferiva il D.N. che, dopo avere effettuato, unitamente alla sua collega A.L., un "accesso esterno" (appostamento finalizzato al controllo dell'effettivo rilascio degli scontrini fiscali agli avventori del negozio), aveva fatto ingresso all'interno dell'esercizio, subito procedendo a verifica delle giacenze di cassa.

In detto frangente, mentre era già in corso la compilazione del verbale di accertamento, entravano nel negozio due ragazze, che si posizionavano ai lati del banco di vendita; le stesse affermavano di essere amiche del gestore e non lavoranti. Ciononostante i nominativi delle predette erano inseriti nel verbale, evidentemente sul presupposto della non rispondenza al vero delle dichiarazioni dalle stesse rese. Successivamente, a seguito della pressante insistenza del B.M., il D.N., d'intesa con la A.L., si determinava a sostituire la parte del verbale inerente

la posizione delle dipendenti, sostituendo il relativo foglio. Nel momento stesso in cui gli imputati si accingevano ad abbandonare il negozio, il B.M. diceva testualmente *'perchè non venite alle 18,00 ed incassate qualche cosina, perché vi faccio un regalo'* alla quale proposta seguiva la secca risposta del D.N. *"no, noi non abbiamo bisogno di regali"*. Quindi, l'imputato si allontanava dal negozio e non aveva più occasione di incontrare il B.M.

In sede di dichiarazioni spontanee rese nel corso del presente giudizio, il D.N. mutava radicalmente versione, specificamente affermando: che la S.M., la C.L. e la N.S., oltre ad essere presenti all'interno del negozio, erano intente a lavorarvi nella assistenza ai clienti; che della presenza dei tre addetti al negozio al momento dell'accesso si dava atto nella versione originale del verbale nella pagina 3, con la precisazione, inserita nel testo dell'atto, che la parte e gli interessati negavano di trovarsi in posizione irregolare; che, tra l'altro, quand'anche le persone suddette avessero svolto mansioni di lavoratori occasionali per la sola giornata dell'8 marzo, comunque sarebbe risultata mancante la prova dell'acquisto di buoni lavoro prepagati e della preventiva comunicazione all'INPS del loro impiego (come prescritto dalla Legge Biagi); che il B.M., ben consapevole della gravità della situazione di irregolarità riscontrata, aveva iniziato ad *"avviare un dialogo, chiedendo espressamente se vi fossero modalità alternative e meno onerose per risolvere la questione"*; che *"in quel momento ci siamo impietositi per le modalità disperate con cui il B.M. manifestava la propria preoccupazione. Ed è stato a quel punto che il B.M., facendo dei gesti eloquenti e senza che gli fosse stato in nessun modo richiesto alcunchè, affermava che egli «qualcosa poteva», lasciando chiaramente intendere che era disposto a elargire una somma di denaro per risolvere il suo problema o per ridurlo a cifre ragionate"*; che, a seguito di ciò, il D.N. accoglieva la proposta del B.M. di sistemare la vicenda verso il corrispettivo di 3000 euro (*"è stato così che, dissennatamente, gli dissi che avremmo accolto la sua proposta e fu concordato un appuntamento nel tardo pomeriggio per sostituire la parte dei verbali che riguardava, in sostanza, le lavoratrici in nero, con l'accordo che egli avrebbe portato il denaro che noi non avevamo mai chiesto e che lui aveva promesso"*).

Si impongono alcune doverose considerazioni in merito alla qualificazione giuridica del fatto. Ciò a seguito della recente entrata in vigore della legge 6 novembre 2012 n. 190 che ha scomposto il delitto di concussione in due distinte ed autonome figure di reato, la concussione per costrizione, da un lato, e la induzione indebita a dare o a promettere dall'altro, con previsione, per quest'ultima, di una pena edittale inferiore rispetto alla concussione per costrizione.

Prima della novella legislativa, il reato di concussione poteva essere commesso per costrizione o per induzione, prospettando alla vittima, nel primo caso, in modo univoco anche se non esplicito, un male ingiusto, ponendola di fronte all'alternativa di subirlo o di evitarlo mediante l'indebita promessa o dazione, nel secondo caso, in cui manca tale prospettiva, perseguendo il medesimo risultato mediante un'opera di suggestione o di frode.

Come appare evidente dalla stessa formulazione linguistica impiegata, la voluntas legis sottesa alla modifica normativa è stata quella di rimodulare il precetto con lo spacchettamento giuridico della originaria incriminazione, con le uniche significative varianti costituite dal fatto che per la concussione soggetto attivo è solo il pubblico ufficiale, mentre per l'induzione è anche l'incaricato di pubblico servizio, nonché, sempre con riferimento alla induzione, dalla scelta di incriminare anche colui che ha ceduto alla induzione, collaborando con la propria condotta alla verifica dell'evento del reato.

Certamente, nel procedere all'operazione di "riedizione", ovvero nel riprodurre gli stessi precetti per colui che costringe o induce, il legislatore non può aver ignorato il diritto vivente formatosi nel lungo periodo di vigenza della fattispecie unitaria.

Ciò posto, sembra, comunque, doversi necessariamente porre la domanda se il reato di induzione indebita a dare o promettere abbia assunto una diversa struttura normativa rispetto alla precedente figura di concussione per induzione, ovvero se la variata connotazione da reato monosoggettivo a reato a concorso necessario possa aver in qualche modo inciso sul significato attribuito, nelle due autonome disposizioni, ai termini costrizione ed induzione, sì da escludere che possa ravvisarsi continuità normativa tra i due precetti.

Al riguardo, appare utile rammentare che la categoria dei reati a concorso necessario non include unicamente i reati "plurisoggettivi propri", in relazione ai quali è prevista la punibilità di tutti i soggetti concorrenti nella produzione dell'evento, comprendendo, altresì, anche i reati cd naturalisticamente plurisoggettivi, nell'ambito dei quali la punibilità risulta circoscritta soltanto ad uno dei soggetti esplicitamente o implicitamente indicati nella fattispecie quali concorrenti, la cui condotta risulta avvinta da un nesso di strumentalità astratta a quella del compartecipe non punibile.

Tale tipizzazione plurisoggettiva costituisce, a ben vedere, connotazione strutturale delle due fattispecie poste a confronto (concussione per induzione ed induzione indebita), poiché entrambe richiedono per la loro integrazione la collaborazione di due soggetti.

Da ciò discende che la vecchia fattispecie di concussione per induzione non ha subito, per effetto del novum normativo, alcuna modifica di carattere strutturale.

Tale assunto trova specifico riscontro nella giurisprudenza della Corte di legittimità, secondo la quale *"la condotta costringitiva (o, ancor più, quella induttiva) può estrinsecarsi semplicemente in una pressione psicologica sul soggetto passivo a sottostare ad una ingiusta richiesta, essendo l'oggettivo condizionamento della libertà morale della persona offesa (e non l'effetto psicologico che eventualmente da esso consegue) configurabile come parte integrante della fattispecie criminosa; ne consegue che chi è costretto o indotto a dare o a promettere indebitamente una utilità in conseguenza dell'abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico ufficiale non deve necessariamente trovarsi in uno stato soggettivo di timore, potendo determinarsi al comportamento richiesto per mero calcolo economico (attuale o futuro) o per altra valutazione utilitaristica, quale quella di non avere noie per il rifiuto opposto alle richieste rivoltegli dal pubblico ufficiale"* (Cass. Pen. Sez. VI 4.12.2012-21.2.2013 n. 1646; Cass. Pen. Sez. VI 6.3.2009-13.5.2009; Cass. Pen. Sez. VI 24.5.2009 7.7.2009).

Risulta quindi corretta un'interpretazione che mantenga nell'ambito della concussione (sostanzialmente parallela alla estorsione) qualsiasi prospettazione di un danno ingiusto per ricevere indebitamente la consegna o la promessa di denaro o di altra utilità e che, invece, faccia rientrare nella ipotesi di cui all'art. 319 quater cod. proc. pen. una condotta di persuasione, basata sulla maggiore forza (quindi il *metus publicae potestatis*) del soggetto con la qualifica pubblica che prospetta una conseguenza dannosa (che non sia un "male ingiusto") che induca il privato, senza reali spazi "contrattuali" sull'an, alla prestazione illecita.

Detto in altri termini, ricorre la induzione indebita in quei casi in cui al privato non venga minacciato un danno ingiusto e possa, anzi, avere persino una convenienza economica nel cedere alle richieste del pubblico ufficiale, laddove costui induca al pagamento quale alternativa alla adozione di atti legittimi della amministrazione, dannosi per il privato.

Di converso, rientra nella concussione, ora dimensionata sulla sola ipotesi di costrizione, la condotta funzionale alla prospettazione di un danno ingiusto.

Così ragionando, risulta pienamente giustificata, con riferimento alla nuova fattispecie di induzione indebita, la previsione di una sanzione nei confronti del privato. Ed infatti, in una situazione in cui, pur a fronte di un comportamento prevaricatore, il pubblico ufficiale prospetti

un risultato comunque vantaggioso per il caso di corresponsione di quanto richiesto, potrà legittimamente pretendersi dal privato una condotta improntata alla resistenza attiva.

È naturalmente "esigibile" la resistenza ad una tale pretesa, ed è "rimproverabile" la condotta del privato che si sia determinato a cedere alle richieste del pubblico ufficiale, senza però rischiare un danno ingiusto, ma ottenendone, comunque, un vantaggio.

In buona sostanza, la ratio del precetto di cui all'art. 319 quater c.p. deve individuarsi nella violazione del dovere di non collaborazione da parte del privato che, benchè consapevole di subire un condizionamento, fornisca il proprio contributo (collabori) nel far conseguire l'indebito all'agente pubblico.

E proprio in un simile contesto la minaccia della sanzione penale dovrebbe operare quale controspinta psicologica finalizzata ad incentivare forme di resistenza attiva contro l'induzione. Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni sopra svolte, può serenamente affermarsi che l'attuale scelta del legislatore di punire il soggetto indotto non espliciti alcun condizionamento sull'impianto ontologico del reato, lasciando inalterata la conformazione strutturale che già le condotte di costrizione/induzione avevano nella vigenza della originaria formulazione della fattispecie di concussione.

La contiguità tra la fattispecie di induzione indebita e le ipotesi di corruzione giustifica la sensibile riduzione di pena prevista per l'induzione indebita rispetto alla concussione.

Resta, comunque, ferma la distinzione tra induzione indebita e corruzione, reato quest'ultimo che richiede la parità tra i due soggetti, la cui volontà comune deve risultare orientata al *do ut des*, direzione estranea alle figure di concussione e induzione, caratterizzate dal denominatore comune dell'abuso di potere o delle qualità, che, specificamente, con riferimento alla induzione, si concreta nel far leva sulla posizione di preminenza, scaturente dalla qualifica pubblicistica rivestita dal soggetto agente, per suggestionare, persuadere o convincere a dare o a promettere qualcosa allo scopo di evitare un male peggiore: " ... il criterio distintivo tra la corruzione e la concussione deve essere individuato nel diverso atteggiamento della volontà del privato che si rapporta al pubblico ufficiale: nella corruzione i concorrenti necessari (pubblico ufficiale e privato) trattano su livelli paritari e si accordano nel *pactum sceleris*, con convergenti manifestazioni di volontà: nella concussione non sussiste la *par condicio contrattualis*, perché il dominus della situazione che si determina è il pubblico ufficiale, con la sua autorità e i suoi poteri, dei quali abusa, costringendo o inducendo il soggetto passivo a sottostare alla ingiusta richiesta, perché necessitato da una condizione di soggezione che non offre alternativa diversa dalla resa. La struttura della concussione evoca una sorta di aggressione del pubblico ufficiale contro il privato; nella corruzione invece si versa in una situazione di accordo sinallagmatico tra le parti e si è al di fuori dello stato di soggezione del privato rispetto alla forza prevaricatrice del pubblico funzionario. E il caso di precisare che integra l'abuso di potere anche la minaccia da parte del pubblico ufficiale dell'esercizio di un potere legittimo, ma al fine di conseguire un fine illecito, quale certamente è l'ottenimento dell'indebito: la deviazione dell'esercizio del potere dalla sua causa tipica verso un obiettivo diverso ed estraneo agli interessi della Pubblica Amministrazione concreta l'abuso. L'abuso di potere da parte del pubblico ufficiale determina nel soggetto passivo, come conseguenza, uno stato d'animo tale da porlo in posizione di soggezione rispetto al primo, condizione questa che costituisce la premessa dell'atto dispositivo indotto e costituito dalla dazione del concusso" (Cass. Pen. Sez. VI 18.5.2011 n. 40898).

Peraltro, ciò che continua, in ogni caso, a distinguere la concussione/induzione indebita dalla corruzione propria è la chiara configurazione dei primi due delitti anche a prescindere dalla

strumentalizzazione di uno specifico atto, come accade nella modalità esecutiva incentrata sull'abuso delle qualità, laddove la vittima della costrizione o induzione agisce in assenza di correlazione con un specifico atto del soggetto investito di funzioni pubbliche.

In ogni caso il "crinale" che divide le tre diverse figure di reato (corruzione - induzione indebita - concussione, seguendo l'ordine imposto dalla graduazione di disvalore) appare di non immediata individuazione, risultando impegnativa l'operazione di qualificazione giuridica della condotta, specie nei casi, statisticamente frequenti, di assenza di atteggiamento intimidatorio esplicito.

Anzi, è forse il caso di sottolineare che i maggiori problemi, sotto questo profilo, potrebbero sorgere non tanto nell'opzione alternativa tra concussione e induzione indebita, quanto piuttosto con riguardo alla necessità di distinguere tra induzione indebita e corruzione, posto che in tale seconda figura le modalità della condotta del soggetto pubblico che riceve l'utilità o accetta la promessa sono lasciate indeterminate, sicché, in definitiva, l'unico elemento, spesso impalpabile, di discriminazione, sarebbe costituito dall'abuso della qualità o dei poteri, presente unicamente, si ribadisce, nella figura di induzione indebita.

Le connotazioni modali del fatto, per come contestato e per quanto emerso dalla espletata attività di indagine e di acquisizione probatoria, valgono senz'altro ad integrare gli estremi identificativi della fattispecie di induzione indebita ex art. 319 quater c.p. di nuovo conio, per la quale risulta introdotto un trattamento sanzionatorio sensibilmente più favorevole al reo rispetto a quello previsto dalla norma (art. 317 c.p.) vigente all'epoca di commissione del fatto. Poiché la modifica intervenuta non ha determinato una abolitio criminis, ma ha semplicemente dato luogo ad un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, la nuova fattispecie deve, pertanto, trovare applicazione, ai sensi del disposto di cui all'art. 2 comma 4 c.p.

Le circostanziate indicazioni fattuali fornite dalla persona offesa, lineari, esaustive e coerenti, per ciò stesso intrinsecamente attendibili, appaiono, altresì, come già sopra evidenziato, assistite da plurimi riscontri estrinseci, di natura oggettiva e dichiarativa.

Dall'articolato compendio probatorio discende l'immagine nitida delle modalità operative attuate dai verificatori della Agenzia delle Entrate, i quali risultano aver subdolamente strumentalizzato un addebito discendente da irregolarità riscontrate (impiego di lavoratrici non regolarizzate), prospettando per tale causale l'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative, alternando ad un atteggiamento rigoroso toni morbidi e distensivi, contestualmente inviando messaggi univocamente interpretabili come disponibilità a trattare ed a risolvere la grave "esposizione" dei controllati con il minimo pregiudizio per questi ultimi.

Che l'addebito (almeno per la parte economicamente più consistente, ammontante ad un esborso compreso tra i 30.000 ed i 60.000 euro) debba, conformemente alla prospettazione accusatoria, ritenersi inesistente e che lo stesso sia stato pretestuosamente utilizzato per esercitare pressione psicologica sul B.M., sì da condizionarlo nella direzione della offerta di pagamento, è circostanza non propriamente pacifica.

Dal tenore delle puntuali e convergenti sommarie informazioni testimoniali raccolte da N.S., C.L., S.M. e B.F. si ricava la chiara rappresentazione di una presenza del tutto occasionale, all'interno dell'esercizio commerciale, della N.S. e della C.L.: la prima (che ordinariamente presta la sua attività lavorativa presso un laboratorio florovivaistico ove operano anche ragazzi disabili) impegnata nell'apprendimento delle modalità di confezionamento e di composizione dei fiori; la seconda recatasi in visita dell'amico B.M. e, nell'occasione, eventualmente disponibile a rendere un "aiuto" al negoziante, anche e soprattutto in considerazione del rilevante afflusso di clienti che solitamente si registra nella giornata dedicata alla festa della donna.

Si sarebbe trattato, in buona sostanza, secondo la versione offerta da testi certamente non in-

differenti, di prestazioni limitate ad ore (o addirittura a frazioni di ora), indotte da una disponibilità offerta in via del tutto estemporanea ("interessate" come nel caso della N.S.) e rese *benevolentiae causa*, in quanto tali sfuggenti a qualsivoglia forma di regimentazione e men che mai soggette a "regolarizzazione", in carenza dei minimi requisiti contenutistici che valgono a connotare il rapporto di lavoro subordinato (vincolo di subordinazione ed obbligazioni tipiche, prima tra tutte quella retributiva), per le quali neppure avrebbe dovuto trovare applicazione il meccanismo predisposto dalla Legge Biagi relativamente alle prestazioni di lavoro occasionale e saltuario (acquisto di buoni lavoro prepagati, previa comunicazione all'INPS da parte del datore di lavoro 24 ore prima dell'inizio della prestazione).

Tali indicazioni, apparentemente complete ed appaganti, si scontrano, tuttavia, con l'evidenza materiale della effettiva presenza della N.S. e della C.L. all'interno dell'esercizio e con l'oggetto della percezione visiva degli agenti accertatori, avendo costoro rilevato come le predette fossero intente a svolgere mansioni tipicamente conformi a quelle ordinariamente rese all'interno di un esercizio commerciale di vendita floreale (circostanza di fatto non smentita dalle informatrici). In tale contesto, non può considerarsi anomalo e pretestuoso il sospetto, nutrito dagli accertatori, dello svolgimento di lavoro in nero, e, su tale base, l'elevazione della contestazione, con correlativa prospettazione delle conseguenze sanzionatorie.

A tal riguardo, vale la pena richiamare un passaggio delle spontanee dichiarazioni rese dal D.N., esemplificativo della valutazione effettuata in sede di accertamento e, segnatamente, degli elementi di fatto e degli argomenti logici utilizzati: "*... nel verbale originariamente redatto viene dato atto correttamente della presenza di questi dipendenti irregolari, senza peraltro poterne constatare la carenza di annotazione nel Libro Unico del Lavoro, dato che questo non era disponibile all'interno del negozio ... io faccio soltanto notare che avviene sempre, quando in un esercizio commerciale vi sono dipendenti «in nero», che vengono rese dagli interessati versioni poco credibili circa la presenza occasionale, casuale e non dovuta a ragioni di lavoro. Se fosse sufficiente affermare, in caso di controlli, che le persone al lavoro sono lì eccezionalmente «solo quel giorno», ogni controllo, ovviamente, sarebbe vanificato. E del resto, anche il lavoro di un giorno, se «in nero» è irregolare. Tuttavia la legge prevede che in caso di lavoro occasionale, magari prestato in particolari circostanze come poteva essere quella dell'8 marzo per un negozio di fiori, il datore di lavoro possa e debba far lavorare questi lavoratori occasionali attraverso l'acquisto di buoni lavoro prepagati o voucher previa comunicazione all'INPS 24 ore prima dell'utilizzo del lavoratore occasionale... nel caso di specie, quella mattina, nessuna comunicazione all'INPS né alcun buono di lavoro ci fu esibito...".*

Dunque, l'argomentazione su cui poggia la linea difensiva appare più che plausibile, rendendo giustificazione di un *modus procedendi* attuato, almeno nella fase preliminare della verifica fiscale, secondo criteri di apprezzamento e regole di giudizio non censurabili, ferma restando l'impossibilità oggettiva, nella presente sede processuale, di giungere all'accertamento, definitivo ed ancorato su solide evidenze probatorie, della effettiva fondatezza dell'addebito.

Dunque, non può correttamente affermarsi che dell'addebito gli imputati abbiano fatto uso pretestuoso, e ciò nella sicura consapevolezza della totale inconsistenza dei profili di irregolarità contestati.

Piuttosto, deve ritenersi che la contestazione di mancata regolarizzazione delle presunte dipendenti abbia costituito l'occasione, o meglio abbia offerto il destro per l'attuazione, da parte dei verificatori, di una manovra subdola, caratterizzata dallo sfruttamento della posizione di preminenza da essi rivestita, nonché dall'impiego di toni ambigui ed allusivi, finalizzata ad esercitare pressione psicologica sui controllati, sì da indurli alla dazione dell'indebito, costi-

tuito dal corrispettivo preteso per l'annullamento del verbale di accertamento.

Più specificamente, giusto quanto sopra esposto, gli imputati non hanno, con la loro condotta, prospettato un male ingiusto, in quanto la rappresentazione delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla irregolare posizione delle dipendenti sembra aver costituito, nella situazione descritta, esercizio di un potere legittimo.

Ciononostante, non possono non riscontrarsi, nell'analisi dei successivi segmenti di condotta, rilevanti profili di deviazione dalla causa tipica del potere esercitato, concretatisi in reiterate minacce di esercizio di un potere legittimo per il conseguimento di un fine illecito, quale è certamente l'ottenimento dell'indebito.

Il D.N., dopo aver prospettato l'irrogazione di pesanti sanzioni (soprattutto per la mancata regolarizzazione della N.S. e della C.L.: *"1500 euro a testa per le coadiutrici non in regola, 5-6 mila euro per il registro dei corrispettivi non correttamente aggiornato, 5 mila euro per la mancata dichiarazione della domiciliazione fiscale oltre alle sanzioni competenza dell'INAIL e dell'INPS, del Ministero del Lavoro stimabili tra i 30 ed i 60 mila euro"*), nel contempo confidava al controllato che era stata programmata una verifica analoga anche per l'altro punto vendita, che egli, tuttavia, aveva omesso di effettuare *"perchè a me non piace far piangere la gente, quindi, siamo venuti solo nel punto vendita principale"*, in tal modo mostrando "sensibilità" e comprensione per la grave situazione in cui sarebbe venuto a trovarsi il B.M., palesando, altresì, margini, certamente non consoni alla funzione svolta, di gestione discrezionale dei controlli, nonché modalità di intervento indicative di una disinvolta apertura alla trattativa ed alla sistemazione, come emblematicamente esemplificato nelle battute successive: *"sei stato un po' fesso, se almeno avessi fatto uscire le ragazze... almeno su di loro avrei chiuso un occhio... se eri un po' più furbo ne avremmo parlato prima"*.

L'ultima affermazione era pronunciata dal D.N. in risposta alla domanda rivolta dal B.M. *"ma così io chiudo, mi stai rovinando. Ma non c'è niente che io possa fare per alleggerire un po' la mia posizione?"* e dopo aver palesato a quest'ultimo che ormai il verbale era stato redatto e che non poteva formarne un altro.

La concatenazione logica e l'allusività delle formule semantiche utilizzate non potevano non indurre il B.M. a percepire segnali di apertura sfruttabili a proprio vantaggio, sì da determinarsi ad insistere sino ad ottenere una inequivoca esternazione di assenso, nel momento stesso in cui il D.N., mostrando di cedere alle richieste di sistemazione, replicava che a quel punto per aiutarlo sarebbe stato necessario tornare in ufficio, annullare il verbale e redigerlo ex novo, il tutto previa acquisizione del consenso della sua collega, alla quale lanciava una occhiata d'intesa, senza ricevere alcun segnale di obiezione.

Seguivano l'offerta di denaro, l'accettazione, l'accordo per il pagamento ed il successivo incontro, come sopra analiticamente descritti.

La ricostruzione offerta rende contezza della esistenza di una situazione idonea a determinare uno stato di soggezione psicologica del privato nei confronti del pubblico ufficiale, abilmente creata dagli imputati attraverso subdole manovre persuasive, surrettiziamente dirette a "provocare" l'offerta di pagamento dell'indebito.

Ed è fin troppo evidente come l'artificiosa messa in scena, il "duetto" organizzato dagli imputati, fatto di maliziosi sguardi di intesa e di reciproche consultazioni apparentemente dirette a superare difficoltà e resistenze, ben aderisca ai profili di tipicità del fenomeno induttivo sopra analizzato, sostanziandosi in una odiosa modalità di abuso, poggiante sullo sfruttamento della posizione di preminenza rivestita dai pubblici ufficiali e costituente premessa dell'atto dispositivo indotto.

Come pure è fin troppo chiaro che non vi è stata trattativa in parità dialettica, avendo il B.M.

proposto il pagamento in una condizione di soggezione ed all'esito di una articolata opera di suggestiva persuasione posta in essere dalla parte pubblica, finalizzata a rendere edotto il controllato della esistenza di ampi margini di discrezionalità nella gestione dell'affare e della disponibilità dei controllori ad una sistemazione "indolore".

Del pari, a nulla rileva, come più volte enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, che il B.M. non si sia determinato al pagamento per timore, quanto piuttosto per mero calcolo utilitaristico, poiché anche in tal caso non viene meno l'aspetto fondante la incriminazione della induzione indebita, e cioè il condizionamento della libertà morale del soggetto indotto.

Emerge in maniera lampante un costante raccordo operativo tra i due imputati, avendo il D.N., per tutta la durata della verifica all'interno del negozio, ricercato il consenso della A.L. a "correggere" la versione originale ed a formare un nuovo verbale, palesando in più occasioni al B.M. la necessità dell'apporto collaborativo di quest'ultima, assicurando che *"anche la collega avrebbe chiuso un occhio"*, raccogliendo segnali di intesa dalla donna, o, comunque, di non obiezione, con la stessa discutendo le modalità tecniche di riedizione della verbalizzazione, ricercandone l'assenso a seguito della dazione, da parte del B.M., di una somma inferiore rispetto a quella concordata.

Del resto, come opportunamente evidenziato dal Tribunale del Riesame, è irragionevole ritenere che il D.N. abbia potuto autonomamente esporsi, senza la certezza della disponibilità della collega ad avallare una sua ipotetica solitaria iniziativa.

Ulteriore conferma della compartecipazione attiva della A.L., sia pure in una posizione senz'altro sottordinata al D.N., si ricava dall'ascolto del breve frammento di conversazione registrata sull'apparato cellulare del B.M., dal tenore del quale emerge l'assicurazione, fornita al B.M., della contestuale presenza della donna.

Come sopra anticipato, l'attendibilità della versione offerta dal B.M. non risulta compromessa da alcuna significativa evidenza di segno contrario.

Al rigurado, va precisato che deve ritenersi non risolta la questione relativa alla necessità della regolarizzazione delle ragazze presenti all'interno dell'esercizio, sì che, anche sotto tale profilo, non può dirsi acquisito alcun elemento di insalubre contrasto con la ricostruzione offerta dal denunciante. I più rilevanti dati di riscontro alla prospettazione accusatoria sono forniti dai contenuti delle sommarie informazioni e dalla deposizione del fratello della vittima B.F., sostanzialmente coerenti, nel nucleo significativo essenziale, con la ricostruzione fattuale fornita dal denunciante.

Le incongruenze e le imprecisioni riscontrate nel corso della deposizione resa dal B.F. (ad esempio la mancata indicazione del motivo per cui non ebbe a comunicare ai Carabinieri, nel corso della chiamata al 112, il luogo dell'appuntamento fissato dal fratello con i due accertatori), in parte imputabili alla obiettiva difficoltà (in più occasioni percepita dallo scrivente) di comprensione, da parte del teste, del senso e della rilevanza delle domande rivoltegli, non valgono a minare la tenuta logica dell'impianto narrativo della testimonianza, e, quel che più interessa, dei numerosi elementi di raccordo con la versione resa dal denunciante.

Tanto più che la ricostruzione scaturita dalla sinergia degli apporti informativi o forniti dai fratelli B.M. e B.F. appare ampiamente avallata dal contenuto del frammento di conversazione registrato, e, segnatamente, dalla richiesta, avanzata dal D.N. nei confronti del B.M., di spegnere il telefono cellulare.

La causale di tale richiesta (che ha avuto luogo poco prima della ricezione della somma di 2000 euro da parte degli imputati) è senz'altro da individuare nell'esigenza di apprestamento di una particolare cautela, valevole a scongiurare il rischio di interferenze e/o registrazioni dei flussi comunicativi che di lì a poco si sarebbero prodotti, sintomatica della consapevolezza

della illiceità della operazione in corso di svolgimento, e, quel che più conta, di diffidenza nei confronti dell'interlocutore.

Atteggiamento, quest'ultimo, che, in base a criteri di logica e di opportunità, certamente il D.N. non avrebbe tenuto se la risoluzione del pagamento fosse derivata da un accordo *inter pares*, con le parti in posizione di parità dialettica, ed in esecuzione di un accordo perfezionato a seguito della proposta corruttiva del B.M.

Come pure, se fosse veritiera la tesi difensiva facente leva sulla offerta di pagamento del B.M., non preceduta da operazioni induttive, senz'altro il B.M. non si sarebbe determinato a denunciare l'occorso, ad effettuare la registrazione ed a farne uso in giudizio.

In tale situazione, è del tutto irrilevante stabilire con certezza, onde farne discendere conseguenze risolutive in punto di qualificazione giuridica del fatto, se il B.M. ebbe a sporgere denuncia autonomamente o dietro insistente sollecitazione del fratello, poiché ciò che rileva è unicamente il fatto che una denuncia sia stata formalizzata e che determinati elementi di prova (ivi inclusa la registrazione della conversazione) siano stati prodotti nel corso del procedimento. Non da ultimo, va considerato che la consegna del primo verbale originale alla p.o. (che ne ha avuto autonoma disponibilità per alcune ore) non può interpretarsi come dato sintomatico di una trattativa paritaria, improntata a fiducia reciproca, posto che il rischio che sarebbe potuto derivare dalla disponibilità dell'atto da parte del B.M. avrebbe potuto attualizzarsi solo a seguito della stesura del nuovo verbale, riveduto e corretto, rischio neutralizzato dal contegno serbato dagli imputati, i quali, all'atto della traditio del nuovo verbale, hanno provveduto a distruggere le parti difformi della originaria stesura.

I dati investigativi ricavati dal flusso intercettivo, pur disvelando (sia pure solo in termini di mero sospetto) scenari inquietanti, non possono, evidentemente, costituire oggetto di analisi ai fini del decidere, non essendo stati adeguatamente valorizzati dalla Pubblica Accusa, né tantomeno recepiti in una contestazione formale.

Il reato di induzione indebita appare integro nei suoi elementi costitutivi, tanto sul piano materiale quanto sul versante psichico, risultando, altresì, sulla base di un appagante compendio probatorio, ascrivibile agli odierni imputati.

La modifica della qualificazione giuridica del fatto, contestato dal Pubblico Ministero come concussione per induzione, si fonda, come sopra ampiamente argomentato, sul disposto di cui all'art. 2 comma 4 c.p.

Con una precisazione.

La originaria contestazione, nella narrativa del fatto, riportando come non veritiera la circostanza relativa della necessità della regolarizzazione contributiva, evoca, nella sostanza, al di là della voce verbale impiegata ("inducevano"), i tratti distintivi delle concussione per costrizione, imputando ai prevenuti una tipica condotta di prospettazione di male ingiusto.

Peraltro, nulla osta, permanendo immutata la connotazione strutturale del fatto e discendendo la diversa qualificazione da una rivisitazione della vicenda aderente, sul punto specifico, alla stessa prospettazione difensiva, all'inquadramento della fattispecie entro l'ambito di operatività della concussione per induzione, secondo la formulazione della norma vigente all'epoca di consumazione, ora "sostituita" dalla norma incriminatrice di cui all'art. 319 quater c.p.

Applicati i criteri di cui all'art. 133 c.p., stimasi equo infliggere all'imputato D.N. la pena di anni due e mesi sei di reclusione (cui si perviene riducendo di un terzo, per effetto del computo della diminuzione di rito, la pena base fissata in anni tre e mesi nove di reclusione) e ad A.L. la pena di anni due di reclusione (cui si perviene riducendo di un terzo, per effetto del computo della diminuzione di rito, la pena base fissata in anni tre di reclusione).

Non vi è spazio per la concessione delle generiche attenuanti, a motivo della estrema gravità del fatto e delle modalità esecutive, denotanti una allarmante permeabilità degli imputati, disposti a tradire la funzione esercitata anche per il corrispettivo di modesti importi ed a svilire la tenuta dell'azione amministrativa nei confronti dei contribuenti, il tutto con metodiche scaltrite ed insidiose. Seguono, per legge, la condanna dei prevenuti al pagamento delle spese processuali e, quanto al D.N., di mantenimento in carcere, nonché, nei confronti di entrambi, l'applicazione della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici per la durata della pena principale.

Nulla osta, ricorrendone le condizioni oggettive e potendo formularsi nei confronti della prevenuta prognosi favorevole ex art. 164 c.p. (reputandosi che il periodo sofferto dalla imputata in regime cautelare abbia esplicato una efficace funzione di monito nell'ottica specialpreventiva), alla applicazione, in favore della A.L., del beneficio della sospensione condizionale della pena. Va, altresì, pronunciata condanna degli imputati al risarcimento dei danni subiti dalle costituite parti civili B.M. ed Agenzia delle Entrate, liquidate, in via equitativa ed onnicomprensiva (oggetto di risarcimento è il danno materiale e morale subito dalla parte civile B.M. ed il danno all'immagine, con conseguente effetto di depotenziamento della efficacia dell'azione amministrativa, sofferto dalla parte civile Agenzia delle Entrate), in € 5000,00, quanto alla parte civile B.M., ed in € 10.000,00, quanto alla parte civile Agenzia delle Entrate.

Le spese di costituzione e difesa sostenute dalle predette parti civili sono liquidate come da dispositivo.

Va revocata la misura cautelare in corso di esecuzione a carico di A.L., la cui ulteriore vigenza deve ritenersi incompatibile con il concesso beneficio della sospensione condizionale della pena.

^^

All'esito di perquisizione eseguita presso l'abitazione dell'imputato D.N., in data 6.7.2012, all'atto della esecuzione della ordinanza di custodia cautelare in carcere in relazione al delitto oggetto della odierna contestazione, era rinvenuta e posta sotto sequestro, ex art. 321 comma 3 bis c.p.p. e 12 sexies DL 306/92, una ingente somma di denaro, pari a complessivi € 102.780,00.

Detta somma era rinvenuta occultata all'interno di differenti mobili (la parte più consistente nel doppio fondo di una mensola posta sopra il frigo), suddivisa in numerosi plichi contenenti "mazzette" di banconote, di diversa consistenza.

Il GIP assegnatario del procedimento, richiamata la provvista indiziaria posta a fondamento della su richiamata ordinanza cautelare personale, valorizzate le dichiarazioni rese dal D.N. in sede di interrogatorio di garanzia e l'informativa del G.I.C.O. recante data 12.7.2012, rilevava una sensibile sproporzione tra i valori rinvenuti nella disponibilità del D.N. ed i redditi dichiarati, specificamente evidenziando che quest'ultimo era, all'epoca dei fatti, percettore di redditi dichiarati per circa 24.000,00 euro annui, oltre che titolare di diversi rapporti bancari (uno dei quali, come da stessa informazione fornita dall'allora indagato D.N. in sede di interrogatorio, recante saldo attivo di circa 200.000,00 euro). Ciò anche tenendo conto del reddito della compagna, che pure la Guardia di Finanza accertava non essere anagraficamente convivente con il D.N., e ritenendo del tutto inverosimili le giustificazioni rese in sede di interrogatorio dal D.N. circa la disponibilità delle somme rinvenute, specie nel punto ove quest'ultimo riferiva di prelievi operati per remoti e del tutto generici progetti di investimento immobiliare e per sottrarre risorse a temute imposizioni fiscali sui conti correnti.

L'art. 12 sexies del D.L. 8.6.1992 n. 306 ha introdotto nell'ordinamento una particolare ipotesi di confisca obbligatoria del denaro e degli altri beni (dei quali non venga giustificata la pro-

venienza e che siano sproporzionati al reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o alla attività economica svolta dal soggetto che ha la disponibilità dei beni stessi) che segue ad ogni caso di condanna o di applicazione della pena per uno dei reati specificamente individuati dalla norma (che ha sul punto subito, nel corso dei più recenti anni, un'estensione della sua sfera applicativa), tra i quali vi è il reato di cui all'art. 317 c.p. (l'art. 319 quater c.p. ne è filiazione diretta, per continuità normativa con l'ipotesi di concussione per induzione), contestato nel presente procedimento. La giurisprudenza ormai consolidata osserva da tempo che per l'applicazione della disposizione in parola non è necessario ricercare alcun nesso di derivazione tra i beni confiscabili e il reato per cui si procede e neppure tra i beni stessi e l'attività criminosa del condannato; ci si trova, infatti, di fronte ad una misura di sicurezza atipica, con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla legge n. 575/1965 (sul punto basti citare le due sentenze delle Sezioni Unite, 19.1.04, n. 920, Montella - cui si rimanda per un'analisi completa dell'istituto - e 17.7.01, n. 29022, Derouach, nonché, più di recente, Cass., VI, 16.6.09, n. 25096). Non necessita dunque alcun vincolo di pertinenzialità tra beni e reato.

La scelta di politica criminale del legislatore è stata, infatti, nel senso di individuare delitti particolarmente allarmanti, normalmente idonei a creare per chi ne è autore un'accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, in relazione ai quali configurare una presunzione, *iuris tantum*, di origine illecita del patrimonio "sproporzionato" nella disponibilità della persona condannata per i predetti delitti. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 18 del 1996, ha confermato la ragionevolezza della presunzione, in quanto radicata nella nota capacità di taluni delitti di essere perpetrati in forma quasi professionale ed a porsi quali fonti di illecita ricchezza.

Presupposto applicativo della misura è dunque soltanto, come detto, la sussistenza di una sproporzione dei beni posseduti rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica esercitata. I termini di raffronto dello squilibrio sono indicati dalla previsione normativa, alternativamente, nel reddito dichiarato al fisco e nell'attività economica dell'imputato, chiaro essendo che il giudice, una volta apprezzata la sproporzione rispetto al dato ufficiale, cioè al reddito dichiarato, non deve spingersi a ricercare una situazione di fatto contrastante con il dato documentale (Cass., V, 23.10.07, n. 39048, Casavola ed altri). E detti termini di raffronto dello squilibrio vanno considerati non al momento della applicazione della misura sui beni presenti nel patrimonio del soggetto, ma al momento dei singoli acquisti e al valore dei beni di volta in volta acquisiti (così, oltre alla citata sentenza delle Sezioni Unite, Montella, anche Cass., VI, 16.1.07 n. 721, Nettuno). Quanto, poi, alla valutazione dell'epoca degli acquisiti giova segnalare quanto osservato da Cass., V, 30.7.1998, n. 2469, e cioè che la presunzione di illegittima acquisizione dei beni da parte dell'imputato deve essere circoscritta in un ambito di ragionevolezza temporale, nel senso che deve preliminarmente darsi conto che i beni di cui si dispone il sequestro non siano "ictu oculi" estranei al reato, perché acquistati in un periodo di tempo talmente antecedente alla commissione di quest'ultimo da far escludere qualsiasi possibilità di riferimento. La presunzione normativa di illecita acquisizione è peraltro superata dalla eventuale giustificazione della provenienza del patrimonio ad opera del soggetto privato, qualora, peraltro, la "giustificazione" credibile consista nella prova della positiva liceità della provenienza dei beni e non in quella negativa della loro non provenienza dal reato per cui è stata inflitta condanna (così la citata sentenza Montella). Cass., V, 9.7.01, n. 27656, Corso ed altri, ha poi precisato che non è sufficiente, al fine di giustificare la provenienza dei beni, il riferimento a regolari atti di acquisto, essendo viceversa necessario risalire alla origine dei mezzi finanziari impiegati

per la acquisizione dei predetti beni, il cui valore sia sproporzionato rispetto alle possibilità economiche del soggetto.

I beni che possono formare oggetto della misura sono quelli di titolarità del soggetto gravato, ovvero quelli che di fatto appartengano al condannato e sui quali egli sia in grado di esercitare una qualificata signoria, a prescindere dal formale titolo giuridico ed anche dalla stessa materiale detenzione (Cass., I, 25.10.00, n. 5263, Vergano). Va precisato che la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale opera anche in riferimento ai beni del coniuge o del convivente, ove non risulti la riconducibilità dell'acquisto ai redditi derivanti dall'attività di lavoro svolta da tali soggetti, ma risulti la sproporzione tra il patrimonio nella titolarità di essi e l'attività lavorativa svolta dagli stessi (Cass., II, 2.2.2009, Lo Bianco; Cass., II, 13.1.2009, Trovato).

Se la confisca, che è obbligatoria qualora ne ricorrano i presupposti, può essere disposta solo in sede di condanna, nelle fasi processuali antecedenti alla pronuncia definitiva del giudizio deve essere ordinato il sequestro preventivo funzionale alla confisca stessa, ai sensi dell'art. 321, secondo comma, c.p.p., che, costituendo esercizio di un potere cautelare, può essere disposto anche dopo che sia decorso il termine per le indagini preliminari (Cass., II, 7.12.07, n. 45988, Tripodi). Ed il sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria ex art. 12 sexies D.L. n. 306 del 1992 è misura cautelare pur essa obbligatoria, in ragione della diretta strumentalità con l'indicata confisca, di cui deve assicurare l'effettività (Cass., II, 4.12.07, n. 45210, Magni). Quanto poi ai presupposti per disporre il sequestro preventivo di beni confiscabili a norma dell'art. 12 sexies del D.L. n. 306 del 1992, la giurisprudenza è concorde nell'affermare che sono condizioni necessarie e sufficienti quanto al "fumus commissi delicti", l'astratta configurabilità, nel fatto attribuito all'indagato ed in relazione alle concrete circostanze indicate dal PM, di una delle ipotesi criminose previste dalle norme contemplate dall'art. 12 sexies, e, quanto al "periculum in mora", attesa la coincidenza di quest'ultimo requisito con la confiscabilità del bene, la presenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca, sia per ciò che riguarda la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività economiche del soggetto, sia per ciò che attiene alla mancata giustificazione della lecita provenienza dei beni stessi (da ultimo, Cass, I, 19.4.07, n. 15908, Cortellino; nello stesso senso si veda la citata sentenza Montella delle Sezioni Unite).

Ciò premesso, occorre valutare la completezza e la congruenza delle deduzioni svolte dal D.N. al dichiarato fine di superare la presunzione legale di illecito accumulo.

Non prima di aver, comunque, evidenziato l'assoluta singolarità delle modalità di custodia/occultamento delle somme di denaro rinvenute e poste sotto sequestro, il cui possesso l'imputato ha giustificato per la sfiducia nutrita nei confronti del sistema bancario e, in particolare, *"per la necessità di sottrarli alla tassazione"* affermazione che, di per sé poco credibile e smentita dalla verificata intestazione di numerosi rapporti postali e bancari presso tre distinti istituti di credito, non lascia comprendere perché mai l'ingente importo sia stato conservato per anni all'interno di plichi di diversificata consistenza, disseminati nei luoghi più disparati dell'abitazione ed in condizioni di non sicurezza.

All'esito delle indagini patrimoniali svolte dal G.I.C.O. della Guardia di Finanza, è emerso che: nell'arco temporale 2002-2011 il D.N. ha dichiarato redditi da lavoro dipendente per circa E 24.000,00 annui, percepiti dalla Direzione Territoriale MEF di Roma, nonché redditi da fabbricato per circa E 1700,00 annui, derivanti questi ultimi dalla percezione del canone di locazione relativo ad un fabbricato, acquisito con atto di donazione da parte del padre in data 31.12.1997; il D.N. è risultato, altresì, proprietario di una autovettura acquistata nel lontano 1993; l'immobile ove risiede è di proprietà della madre; come anticipato, è risultato intestatario

di diversi rapporti bancari e/o postali attivi presso tre istituti di credito. L'imputato ha, in estrema sintesi, dichiarato: che parte delle somme rinvenute è costituita dagli stipendi percepiti quale dipendente dell'Agenzia delle Entrate, da lui riscossi in contanti (circostanza confermata dalle sommarie informazioni rese dalla compagna S.R., in sede di indagini difensive, e dalla evidenza negativa di accrediti, concernenti emolumenti da lavoro dipendente, sugli estratti conti conto bancari); di aver percepito, nel periodo compreso tra il gennaio 2001 ed il febbraio 2012, emolumenti per complessivi € 191.761,12; di convivere sin dal 1992 con S.R., quest'ultima impiegata, sino al luglio 2012, come segretaria presso uno studio notarile, con retribuzione mensile di € 2000,00; che gli importi percepiti dalla S.R. a titolo di retribuzione erano utilizzati in parte per il pagamento delle utenze di pertinenza dell'abitazione condivisa con lo stesso D.N., in parte per le spese di vitto, alle quali ultime la coppia provvedeva anche mediante utilizzo dei buoni pasto ricevuti dal D.N. (circostanze confermate dalla sit S.R.); che le somme confluite sul conto corrente bancario acceso presso la UNICREDIT pari ad € 148.317,21, erano costituite da denaro tratto da un conto corrente e da un libretto di deposito, dei quali il D.N. era cointestatario unitamente alla madre; che, successivamente, sul medesimo conto erano confluiti € 32.402,00, derivati dalla successione ereditaria del padre; che, come risultante dai documenti 10 e 11 allegati alla memoria difensiva, erano stati effettuati prelevamenti in contanti dal conto corrente sopra indicato per un ammontare di € 30.000,00; di aver prestato, nel giugno 2006, € 100.000,00, mediante dazione di un assegno tratto sul conto sopra citato, alla S.R., per l'acquisto, da parte di quest'ultima, di un piccolo appartamento, somma poi non utilizzata (in quanto le parti si determinarono, in alternativa, ad accendere un mutuo) e restituita dalla S.R. al D.N. in tre tranches (E 70.000,00 ed € 15.000,00 mediante assegni, € 15.000,00 in contanti, questi ultimi, poi, lasciati in giacenza in casa); di avere, in altra occasione, nel mese di gennaio del 2010, incassato l'importo di € 25.000,00, accreditatogli su conto corrente dalla S.R. a parziale restituzione di una somma (pari ad € 28.000,00) da lui stesso prestata a quest'ultima per l'acquisto (di fatto formalizzato in data 28.1.2010 per il prezzo di E 253.000,00), a scopo di investimento, di un appartamento in Roma, acquisto cui la S.R. aveva avuto la possibilità di addivenire a seguito dell'incasso del prezzo di vendita, pari ad € 225.000,00, della sua quota di proprietà di due immobili siti nel comune di Latina; che il residuo importo dovuto in restituzione dalla S.R. (pari ad € 3000,00) era stato da costei consegnato in contanti al D.N., che poi aveva provveduto a versare in banca € 2300,00, trattando il residuo per le necessità della famiglia; che i fondi che hanno alimentato i conti accesi presso la banca on line ING DIRECT NV provengono tutti da prelevamenti effettuati dal conto UNICREDIT.

Di tutte le circostanze sopra evidenziate, per la massima parte confermate dalle sit rese dalla S.R., il D.N. ha offerto evidenza documentale.

Lo stesso D.N. ha fornito indicazioni in merito alla provenienza (da prelevamenti, dalla riscossione di canoni di locazione, da regalie, da stipendi e restituzioni) dell'importo di circa € 90.000,00.

Risulta, altresì, che tutte le banconote sequestrate sono pressoché nuove e che molte di esse recano numerazione progressiva.

Tirando le fila del discorso, da tale articolata illustrazione e dalla copiosa documentazione prodotta dovrebbe, secondo gli intendimenti espressi dalla Difesa del D.N., scaturire la prova rappresentativa della liceità della provenienza del denaro sequestrato.

Ebbene, ad avviso dello scrivente, permangono gli apprezzamenti di inverosimiglianza e di incongruenza segnalati in apertura.

Con alcune considerazioni ulteriori.

Il D.N. ha sostanzialmente affermato di non aver mai intaccato i fondi a lui pervenuti a titolo di retribuzione, sostenendo, in ciò confortato dalla S.R., che le spese quotidiane e quelle relative al menage familiare erano state integralmente sostenute con denaro tratto dagli emolumenti da quest'ultima percepiti.

A fronte di ciò, il D.N. avrebbe comunque preteso dalla compagna la restituzione, "sino all'ultimo centesimo", di svariate somme alla stessa prestate per finalità di investimento immobiliare, lasciando poi "languire" il denaro ricevuto in restituzione (ammontante e svariate decine di migliaia di euro) per lunghi anni, "per sfiducia nei confronti del sistema bancario" e con la finalità di sottrazione alla tassazione.

Trattasi, evidentemente, di modalità di gestione attuate al di là di ogni comprensibile logica, del tutto confliggenti con i progetti di investimento maturati dalla coppia nel corso degli anni (anche mediante l'accensione di mutui, che, evidentemente, presuppongono il pagamento di interessi) ed in costanza di una (accertata) vivacissima movimentazione bancaria.

La pretesa, poi, di voler provare la coincidenza delle banconote rinvenute con quelle erogate dalla Tesoreria della Banca d'Italia appare a dir poco ardua, tenuto conto della natura fungibile del denaro.

Resta, in ogni caso, indimostrato, anche a voler aderire (solo in via di mera ipotesi astratta) all'impostazione difensiva incentrata sulla provenienza del denaro dagli emolumenti percepiti, come l'imputato per un lungo arco di tempo abbia potuto risparmiare tutto quanto ricavato dal servizio prestato presso l'Agenzia delle Entrate.

Come pure non è dato comprendere come abbia potuto il D.N. optare per la immobilizzazione dei suoi modesti redditi da lavoro e nel contempo mai attingere risorse dai suoi consistenti conti personali.

Sussistono, in definitiva, le condizioni di sproporzione legittimanti la confisca dei beni in sequestro.

PQM

Il Giudice per le Indagini Preliminari, visti gli artt. 438 e sgg., 533 e 535 c.p.p., dichiara D.N. e A.L. colpevoli del reato di cui all'art. 319 quater c.p., così diversamente qualificato il fatto contestato dal PM, e, per l'effetto, previo computo della diminuzione per il rito prescelto, condanna D.N. alla pena di anni due e mesi sei di reclusione ed A.L. alla pena di anni due di reclusione, ed entrambi al pagamento delle spese processuali, e, quanto al D.N., di mantenimento in carcere.

Applica nei confronti di entrambi gli imputati la pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici per la durata della pena principale.

Pena sospesa per A.L.

Confisca del denaro in giudiziale sequestro.

Condanna gli imputati al risarcimento dei danni subiti dalle costituite parti civili B.M. e Agenzia delle Entrate, liquidati in € 5000,00, quanto al B.M., ed € 10.000,00, quanto alla Agenzia delle Entrate, oltre alla rifusione delle spese di costituzione e difesa sostenute dalle predette parti civili, liquidate in complessivi € 1000,00 per l'Agenzia delle Entrate ed € 2000,00 per B.M.

Revoca la misura cautelare in corso di esecuzione a carico di A.L.

Motivazione riservata a gg. novanta.

Roma, il 17 gennaio 2013.

Sul potere del Giudice a pronunciarsi con mera sentenza dichiarativa di illegittimità ed *ex officio* risarcimento del danno. Ricorso all'Adunanza Plenaria

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. QUINTA, ORDINANZA 22 GENNAIO 2015, N. 284

*Francesco Maria Ciaralli**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Sopravvenuta carenza di interesse alla caducazione del provvedimento - 3. Rilievo officioso dell'utilità dell'accertamento a fini risarcitori - 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la recente ordinanza 22 gennaio 2015, n. 284, la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria una questione di notevole rilevanza sistemática.

Oggetto della rimessione è la determinazione del perimetro applicativo dell'art. 34, terzo comma, c.p.a., che ha sancito il definitivo superamento dell'equazione *illegittimità = annullamento* del provvedimento amministrativo.

Come noto, la menzionata disposizione attribuisce al Giudice amministrativo, qualora nel corso del processo sia venuto meno l'interesse del ricorrente all'annullamento, il potere di accertare l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori.

La rilevanza sistemática dell'art. 34, terzo comma, c.p.a., si argomenta in virtù di un duplice ordine di ragioni, di seguito partitamente esaminate.

2. Sopravvenuta carenza di interesse alla caducazione del provvedimento.

In primo luogo, portando a compimento un percorso iniziato dal Legislatore del 2005 che ha inserito l'art. 21-*octies* nella legge sul procedimento amministrativo, il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha stabilito *ex professo* che la pronuncia costitutiva di annullamento non è conseguenza indefettibile a fronte dell'impugnazione di un provvedimento illegittimo.

La qualificazione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto anziché sull'atto, instaurato dal ricorrente per il soddisfacimento di una sua *utilità concreta* e non per un'esigenza di obiettivo ripristino della legalità nell'azione della P.A., ha indotto il Legislatore a circoscrivere l'annullamento del provvedimento illegittimo ai soli casi in cui la rimozione dell'atto possa arrecare al ricorrente una specifica utilità.

Qualora tale concreto interesse alla demolizione difetti, pur sussistendo un interesse a fini risarcitori, il codice del processo amministrativo abilita il Giudice a

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

pronunciare sentenza dichiarativa, con cui accerti l'illegittimità del provvedimento.

L'annullamento non si configura più, dunque, come la *reazione necessaria* dell'ordinamento dinanzi ad un atto illegittimo, ritualmente impugnato, ma come la *reazione massima* giustificata solo quando occorra per soddisfare l'interesse in forma specifica del privato.

Può quindi stabilirsi un parallelismo tra l'art. 34, comma terzo, c.p.a. e l'art. 21-*octies* della legge sul procedimento, atteso che la prima disposizione concerne la *sopravvenuta* carenza di interesse alla caducazione del provvedimento, mentre la seconda si occupa dell'*originaria* inidoneità di una pronuncia demolitoria ad arrecare concreta utilità al ricorrente (1).

Il Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione, ha già avuto occasione di soffermarsi sulla questione, statuendo che *“l'azione costitutiva si depotenzia di quel 'quid pluris' - la modificazione di una situazione giuridica - che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione per ridursi a mero accertamento, per il quale il presupposto dell'interesse è costituito dall'interesse risarcitorio”* (2).

Di conseguenza, in difetto di interesse alla caducazione, l'azione costitutiva *“si converte”* in azione meramente dichiarativa di accertamento dell'illegittimità, *“da far valere in un (anche successivo) giudizio”*.

La disposizione in parola realizza il contemperamento, secondo la ricostruzione giurisprudenziale, dell'esigenza di stabilità dei provvedimenti che abbiano esaurito i propri effetti con l'interesse del ricorrente a conseguire il risarcimento del danno, in via prodromica soddisfatto da una pronuncia di accertamento dell'illegittimità.

Ma v'è di più. Con l'ordinanza in esame la V Sezione del Consiglio di Stato *“ritiene di sottoporre all'esame dell'Adunanza Plenaria (che valuterà se definire anche il secondo grado del giudizio) il quesito se il giudice amministrativo - in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3, del c.p.a. - possa non disporre l'annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno (malgrado questi abbia chiesto soltanto l'annullamento degli atti risultati illegittimi), quando la pronuncia giurisdizionale - in materia di concorsi per l'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente - sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, e cioè quando questi abbiano consolidato le scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie”*.

La Sezione rimettente, dunque, chiede all'Adunanza Plenaria di sciogliere

(1) CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, p. 171.

(2) Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3, in *giustamm.it*. Si segnala il commento di RAFFAELE GRECO in *Treccani.it*, nonché lo studio di VIVIANA DI CAPUA pubblicato su *Amministrazione in cammino*.

il dubbio se la *sproporzione* tra il vantaggio (del tutto eventuale) derivante al ricorrente dall'annullamento e gli svantaggi (consistenti) cagionati ai controinteressati possa legittimare il Giudice amministrativo a pronunciare sentenza di mero accertamento dell'illegittimità.

3. *Rilievo officioso dell'utilità dell'accertamento a fini risarcitori.*

Questione che ha già occupato la giurisprudenza amministrativa, e che l'ordinanza in commento non ritiene necessario rimettere all'Adunanza Plenaria, concerne la rilevabilità *ex officio* dell'interesse ad un accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori.

Secondo un orientamento restrittivo, il ricorrente ha l'onere di avanzare un'istanza specifica con cui manifesti l'interesse all'accertamento dell'illegittimità, "*allegando compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria*" (3).

L'indirizzo maggioritario opina, invece, per la rilevabilità d'ufficio, in base a due ordini di ragioni.

Anzitutto, il *dato testuale* sembra lasciare pochi dubbi sul modo deontico impiegato dal Legislatore, poiché l'art. 34, comma 3, afferma che "*il giudice accerta l'illegittimità dell'atto*".

Inoltre, *sul piano logico*, l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato è contenuto quale presupposto necessario nel *petitum* di annullamento. Di conseguenza, "*siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, quindi da compiere d'ufficio: in quanto manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse all'accertamento ai fini risarcitori*" (4).

4. *Osservazioni conclusive.*

L'ordinanza in commento rappresenta il tentativo di ampliare ulteriormente il perimetro applicativo dell'art. 34, comma 3, c.p.a., onde abilitare il Giudice a pronunciare sentenza dichiarativa dell'illegittimità anziché costitutiva di annullamento nei casi in cui appaia evidente una sproporzione tra gli effetti negativi (per i controinteressati) e positivi (per il ricorrente) derivanti dalla caducazione dei provvedimenti impugnati.

Secondo la Sezione rimettente, l'impatto "*devastante*" che la demolizione degli atti (nella specie relativi a pubblico concorso) avrebbe sulla vita dei controinteressati, a fronte del vantaggio solo eventuale per la sfera giuridica del ricorrente, giustifica l'*attivazione* della menzionata disposizione, ben potendo la tutela per equivalente rappresentare adeguata forma di ristoro, in conside-

(3) Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011 n. 6539 e 6 dicembre 2010 n. 8550, nonché Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703, tutte rinvenibili in *giustizia-amministrativa.it*.

(4) Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *neldiritto.it*.

razione dell'onerosità (non solo economica) della tutela in forma specifica.

La Sezione rimettente valorizza, dunque, il profilo della concreta utilità ritraibile dal ricorrente, per come emerge dalla dinamica effettiva del rapporto sostanziale.

La soluzione prospettata, in conclusione, appare coerente con il processo di evoluzione giurisprudenziale che ha condotto a spostare il baricentro del processo amministrativo dall'atto al rapporto e la tutela ottenibile dalla monolitica caducazione del provvedimento impugnato alla soddisfazione dell'interesse concreto fatto valere dalla parte.

Consiglio di Stato, Sez. Quinta, ordinanza 22 gennaio 2015, n. 284 - Pres. Maruotti, Est. Rocco - G.L. (avv. V. Camerini e A. Rossi) c. Comune de L'Aquila (Avv. Comunale) e nei confronti di C.P. e S.E. (avv. R. Colagrande).

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue.

1.1. L'attuale appellante, dott.ssa L.G., ha partecipato ad un concorso pubblico per titoli ed esami avente ad oggetto la copertura di tre posti di funzionario tecnico di ragioneria (all'epoca VIII^a qualifica funzionale, ai sensi del D.P.R. 25 giugno 1983, n. 347), dei quali uno riservato al personale interno, indetto dal Comune de L'Aquila, con deliberazione della Giunta Comunale n. 1363 del 26 agosto 1997.

Nel bando di concorso, pubblicato in data 10 ottobre 1997, era stato previsto - tra l'altro - all'art. 6 il programma di esami, stabilendo che sarebbero state svolte due prove scritte, una in materia di legislazione amministrativa e tributaria concernente gli enti locali, e la seconda in materia di diritto amministrativo e tributario con particolare riferimento all'ordinamento degli enti locali.

Per quanto attiene alla nomina della commissione esaminatrice, l'art. 8 del bando medesimo rinviava alla normativa vigente, nel mentre l'art. 9 precisava che avrebbero conseguito l'ammissione al colloquio orale i candidati che avessero riportato in ciascuna prova scritta la votazione di almeno 7/10.

Con la nota del 28 aprile 1999 del presidente della commissione esaminatrice, la signora G. è stata informata di avere ottenuto il punteggio di 4/10 per il suo elaborato relativo alla prima prova scritta e di 6/10 per l'elaborato relativo alla seconda prova scritta, e di non essere stata pertanto ammessa a sostenere la prova orale.

La signora G. riferisce di aver chiesto in data 15 maggio 1999 l'accesso, ai sensi dell'art. 22 e ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241, alla documentazione relativa al concorso e di aver constatato che la votazione insufficiente le era stata attribuita da una commissione d'esame da lei ritenuta non costituita secondo la disciplina al riguardo prevista dall'art. 37 del Regolamento organico del personale del Comune, e che in violazione dell'art. 46 del Regolamento medesimo la commissione esaminatrice non aveva previamente stabilito i criteri e le modalità di valutazione delle prove orali sostenute.

1.2. In dipendenza di ciò, con ricorso proposto sub R.G. 469 del 1999 innanzi al T.A.R. per l'Abruzzo, Sede de L'Aquila, la signora G. ha chiesto - tra l'altro - l'annullamento del provvedimento recante la sua mancata ammissione alle prove orali, nonché delle deliberazioni della Giunta Comunale n. 565 del 21 maggio 1998 e n. 979 del 14 luglio 1998, n. 979, recanti la nomina della commissione esaminatrice, nonché degli atti della procedura concorsuale e,

segnatamente, dei verbali della commissione esaminatrice n. 1 del 30 settembre 1998, n. 2 del 7 ottobre 1998 e n. 8 del 28 aprile 1999.

L'interessata ha dedotto al riguardo le seguenti censure.

I) violazione dell'art. 37 del regolamento organico del Personale in vigore presso il Comune di L'Aquila e degli artt. 1 ed 8 del bando concorsuale, nonché eccesso di potere per difetto di presupposti e travisamento dei fatti in dipendenza dell'illegittima composizione della Commissione esaminatrice; e ciò poiché il funzionario "esperto" componente della Commissione, prescelto tra i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, non apparteneva alla qualifica funzionale superiore rispetto a quella relativa al posto messo a concorso; non essendo - per l'appunto - un dirigente;

II) violazione dell'art. 46 del Regolamento organico del personale e degli artt. 1 e 6 del bando concorsuale, nonché eccesso di potere per irragionevolezza dell'azione amministrativa, non avendo la commissione esaminatrice previamente stabilito, nella prima riunione, i criteri di valutazione delle prove scritte;

III) eccesso di potere per illogicità manifesta e per contraddittorietà.

La ricorrente ha concluso per l'accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

1.2. Si sono costituiti in tale primo grado di giudizio i controinteressati E.S., S.A.D. e P.C., eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso e concludendo comunque per la sua reiezione.

1.3. Non si è costituito in tale primo grado di giudizio il Comune.

1.4. Con la sentenza n. 69 del 5 marzo 2002, l'adito T.A.R. ha respinto il ricorso nel senso che "può prescindersi dall'eccezione di inammissibilità sollevata dai controinteressati, stante la infondatezza del ricorso.

È infondato il primo motivo di ricorso, con cui la ricorrente denuncia la illegittima composizione della Commissione esaminatrice per la presenza di un componente, nominato quale esperto, prescelto tra i dipendenti del Comune, che non sarebbe in possesso della qualifica superiore a quella relativa al posto messo in concorso.

L'assunto non può essere condiviso. Dal certificato rilasciato dal Dirigente amministrativo del Comune di Roseto degli Abruzzi, amministrazione di appartenenza dell'esperto di cui si discute, depositato in data 3 novembre 2001, si evince che la stessa, dott. R.C., con atti sindacali in data 25 giugno 1998, 11 dicembre 1998 e 9 febbraio 1999 è stata nominata Dirigente Direttore di Ragioneria ed è tuttora in servizio in qualità di Dirigente Direttore di Ragioneria. Orbene, gli atti formali di incarico, ancorché non costituenti formali atti di nomina, tuttavia sono idonei a supportare la qualità di "esperta" di una Commissione per l'esperienza e la capacità professionale acquisite e riconosciute.

Il Collegio ritiene di interpretare sostanzialmente il dettato dell'art. 37 del Regolamento organico del Comune, nel senso che la disposizione esige garanzie in ordine alle capacità sostanziali del soggetto, alla sua idoneità a svolgere la funzione di "esperto" in seno alla Commissione.

Ne consegue che è indubbio che il dott. C., che effettivamente espleta funzioni dirigenziali, abbia l'esperienza sostanziale richiesta dalla norma di regolamento.

Anche il secondo motivo è infondato. Va precisato che la predeterminazione dei criteri di valutazione delle prove (non dei titoli, che nella specie, risultano determinati nel verbale n. 1 del 30 settembre 1998) di un concorso non può essere considerato elemento imprescindibile ai fini della legittimità concorsuale, poiché trattasi di attività riservata alla discrezionalità amministrativa, quando la valutazione avviene mediante l'attribuzione di un punteggio numerico; configurandosi, questo, come formula sintetica di esternazione della valutazione tecnica compiuta dalla Commissione.

Inammissibile, infine, il terzo motivo di ricorso, atteso che viene richiesto al Collegio una valutazione di merito degli elaborati, riservato alla valutazione tecnico-discrezionale della Commissione esaminatrice, sottratto al sindacato di legittimità, se non nei limiti della manifesta irrazionalità ed ingiustizia”.

Il giudice di primo grado ha integralmente compensato tra le parti

2.1. Con l'appello in epigrafe, la signora G. chiede ora la riforma della sentenza surriportata, riproponendo anche nel presente grado le prime due censure sopradescritte, ma riferendo le relative illegittimità anche alle considerazioni contenute nella sentenza impugnata.

2.2. Si sono costituiti nel presente grado di giudizio gli appellati signori P.C. e E.S., replicando ai motivi avversari e concludendo per la reiezione dell'appello.

2.3. Con l'ordinanza collegiale n. 1170 del 13 marzo 2014, la Sezione ha *“rilevato che nel primo grado di giudizio l'attuale appellante risulta aver formalmente esteso la propria impugnativa a tutti gli atti del procedimento concorsuale di cui trattasi, ivi segnatamente compresa la deliberazione di approvazione della graduatoria del concorso medesimo”* e *“rilevato che tale provvedimento non risulta agli atti di causa”*, ha ritenuto, pertanto, *“la necessità di acquisirne copia mediante ordine al Sindaco de L'Aquila, il quale provvederà al riguardo entro il termine di giorni 60 (sessanta), decorrenti dalla comunicazione della presente ordinanza, ovvero dalla sua notificazione se anteriormente avvenuta, al conseguente deposito presso la Segreteria della Sezione”*.

2.4. Il Comune de L'Aquila ha provveduto a tale incumbente in data 23 aprile 2014 e si è quindi costituito anch'esso nel presente grado di giudizio, concludendo per la reiezione dell'appello.

3. Alla pubblica udienza dell'8 luglio 2014, l'appello è stato trattenuto in decisione.

4. Tutto ciò premesso, il Collegio respinge il primo motivo d'appello che - come sopra rilevato - ricalca nel suo contenuto la corrispondente prima censura dedotta nel ricorso proposto in primo grado.

L'art. 37 del Regolamento organico del personale comunale, laddove segnatamente si riferisce alla *“qualifica funzionale superiore rispetto a quella relativa messa a concorso”*, di per sé non preclude di far espletare l'incarico previsto dalla disciplina regolamentare in esame a coloro che non sono inquadrati in tale qualifica, ma ne svolgono interinalmente le funzioni su formale incarico ricevuto dall'amministrazione di appartenenza (nel caso di specie il Comune di Roseto degli Abruzzi).

A ragione il giudice di primo grado ha in tal senso fatto riferimento all'esperienza maturata nello svolgimento della funzione - comunque assegnata mediante un formale provvedimento dell'amministrazione di appartenenza - quale elemento sostanziale e in sé esaustivo al fine di legittimare la relativa nomina per l'espletamento della procedura concorsuale.

La relativa censura va pertanto respinta dal Collegio, con la valenza propria di sentenza parziale, a' sensi dell'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.

5.1. Più complessa è la questione riguardante il secondo motivo d'appello, anch'esso ricalcante la corrispondente seconda censura proposta in primo grado.

5.2. Come si è rilevato, il T.A.R. ha respinto la censura stessa, affermando che la predeterminazione dei criteri di valutazione delle prove - ossia, l'adempimento segnatamente non posto in essere dalla commissione esaminatrice - non costituirebbe un *“elemento imprescindibile”* ai fini della legittimità del procedimento concorsuale, trattandosi di *“attività riservata alla discrezionalità amministrativa, quando la valutazione avviene mediante l'attribuzione di un punteggio numerico”*, il quale costituirebbe in tal senso una *“formula sintetica di esternazione della valutazione tecnica compiuta dalla Commissione”*.

In effetti, risulta del tutto consolidato nella giurisprudenza di questo Consiglio il principio per cui nella fissazione dei criteri di valutazione delle prove di concorso la commissione è titolare di un'ampia discrezionalità, la quale, pur non precludendo in linea di principio il sindacato giurisdizionale, non consente, comunque, che nell'esercizio di questo il giudice possa sostituirsi alla commissione medesima compiendo valutazioni di merito o di opportunità (così, *ex plurimis*, e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3049), potendo i criteri medesimi essere censurati soltanto nei casi di manifesta illogicità e irrazionalità (cfr., *ex plurimis* e sempre tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2013, n. 5760).

Peraltro, il principio della previa fissazione dei criteri di valutazione delle prove concorsuali che devono essere stabiliti dalla commissione esaminatrice, nella sua prima riunione - o tutt'al più prima della correzione delle prove scritte - deve essere inquadrato nell'ottica della trasparenza dell'attività amministrativa perseguita dal legislatore, che pone l'accento sulla necessità della determinazione e della verbalizzazione dei criteri stessi in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che questi ultimi siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti (così Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2011, n. 1398); e tra la necessaria fissazione dei criteri anzidetti e la legittimità dell'attribuzione del voto numerico che legittimamente sintetizza la valutazione della commissione sussiste un nesso indissolubile, poiché - se mancano criteri di massima e precisi parametri di riferimento cui raccordare il punteggio assegnato - risulta illegittima la valutazione dei titoli in forma numerica (cfr. in tal senso, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2011, n. 913).

Del resto, anche a prescindere dalla stessa fonte regolamentare vigente nel Comune de L'Aquila, in applicazione dell'art. 12 del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, devono essere sempre predeterminati i criteri di valutazione delle prove d'esame; e la violazione di tale adempimento rende conseguentemente illegittimo il procedimento concorsuale (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2007, n. 6096).

L'illegittimità degli atti risulta effettivamente sussistente, non essendo stati fissati i criteri di valutazione da parte della commissione d'esame.

2. Posto ciò, il Collegio ritiene di sottoporre all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione riguardante la sorte che in sede giurisdizionale debbano avere le risultanze di un concorso caratterizzato da atti risultati illegittimi, quando il suo espletamento risulti avvenuto da tempo ormai risalente e sia stato seguito dalla assunzione in servizio dei suoi vincitori (nella specie, avvenuta circa 15 anni prima della rilevazione dei vizi del procedimento, con la presente pronuncia).

Risulta innegabile che in tale consistente lasso di tempo coloro che hanno partecipato al concorso ed hanno poi preso servizio (ed ai quali non sono riferibili i vizi del procedimento) hanno fatto le loro scelte di vita, di ordine familiare, lavorativo, anche di cessazione degli studi a seguito del conseguimento di posti di lavoro a tempo indeterminato.

In una tale situazione, il Collegio ritiene che - ove la parte che abbia fondatamente impugnato gli atti del procedimento concorsuale ne faccia espressa richiesta - la pronuncia del giudice amministrativo, basandosi su una valutazione di tutte le circostanze, possa disporre unicamente il risarcimento del danno, senza il previo annullamento degli atti risultati illegittimi.

In tal senso, possono essere richiamati:

- i principi di giustizia già enunciati da questo Consiglio a partire dalla sentenza della Sez. VI n. 2755 del 2011, la quale ha evidenziato - sia pure in una controversia riguardante la tutela dell'ambiente e dunque caratterizzata dalla applicazione dei principi del diritto europeo - come il giudice amministrativo possa non disporre l'annullamento dell'atto risultato illegittimo (ma, se del caso, disporre la sostituzione con l'eliminazione del vizio riscontrato), quando un tale annullamento non comporti alcun beneficio per gli interessi pubblici coinvolti, né arrechi

giovemento al ricorrente che ha proposto il ricorso d'annullamento, risultato fondato;
- il principio di proporzionalità, da intendere nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale.

3. A questo punto, il Collegio evidenzia che - se l'interessata avesse formulato una espressa domanda risarcitoria, basata sulla illegittimità degli atti del concorso conclusosi nel 1999 - il presente giudizio si sarebbe potuto senz'altro concludere con l'accoglimento di tale domanda, senza l'annullamento dei medesimi atti.

Infatti, ragioni di equità e giustizia inducono a ritenere che - sulla base di una complessiva valutazione del caso di specie - il giudice amministrativo possa in linea di principio modulare la tutela spettante a chi abbia fondatamente impugnato gli atti di un procedimento concorsuale (ad es., perché è risultato illegittimamente escluso, ovvero perché sussistono altri vizi, che non siano imputabili ai vincitori del concorso), decidendo di non annullare la graduatoria finale e di disporre la condanna al risarcimento del danno.

Il danno sociale derivante da un tale annullamento - disposto 'automaticamente' - risulta evidente: la perdita dell'attività lavorativa da parte dei candidati a suo tempo risultati vincitori comporta il radicale e gravissimo sconvolgimento delle loro vite e delle loro famiglie.

Certo, il decorso del tempo (specie quando si tratti di dare tutela ai valori primari, come la tutela del territorio, dell'ambiente, e del paesaggio) non può essere considerato di per sé un elemento ostativo all'annullamento dell'atto illegittimo e all'affermazione del principio per cui chi ha proposto un ricorso fondato ha titolo alla pronuncia favorevole: le insufficienze organizzative degli uffici giudiziari non possono incidere negativamente sulla effettività della tutela di chi abbia ragione.

Tuttavia, il giudice amministrativo - quando si tratti di questioni che riguardino persone fisiche e le loro attività lavorative - non può che farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce, verificando se esse risultino, appunto, conformi ai principi di proporzionalità, di equità e di giustizia. Mentre l'annullamento dell'atto autoritativo illegittimo risulta (e deve risultare) la misura tipica di giustizia quando la sua rimozione attribuisca il 'bene della vita' a chi abbia ragione (o intenda salvaguardare valori primari dell'ordinamento), l'accoglimento del ricorso in concreto - in materia di concorsi (o, ad es., di selezione per l'accesso all'università) può risultare in contrasto con tali principi se - disponendo l'annullamento dell'atto - sottrae il 'bene della vita' ad uno o più controinteressati, senza poterlo attribuire al ricorrente (e dunque quando per soddisfare una chance - per di più ben difficilmente soddisfabile - si facciano cessare rapporti di lavoro da tempo in corso).

4. In questo contesto, va dunque esaminato il contenuto dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., il quale dispone che *"quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori"*.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha sin qui prevalentemente interpretato tale disposizione nel senso che debba esservi anche un'espressa richiesta dell'interessato (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011 n. 6539 e 6 dicembre 2010 n. 8550), incombendo sulla parte medesima l'onere di allegare compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria (così Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703).

Esiste tuttavia anche una giurisprudenza di segno diverso, secondo la quale al quesito se l'applicazione della disciplina in esame presupponga una specifica istanza dell'interessato *"va data risposta negativa"*, posto che *"in tal senso milita, anzitutto, l'argomento testuale. Infatti, la norma dispone che in presenza dei presupposti dalla stessa predefiniti "il giudice accerta*

l'illegittimità dell'atto", *impiegando una locuzione vincolante. In secondo luogo, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel petitum di annullamento come un presupposto necessario. Siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, quindi da compiere d'ufficio: in quanto manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse all'accertamento ai fini risarcitori*" (così Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817).

5. Il Collegio ritiene che tali questioni interpretative dell'art. 34, comma 3, non riguardino specificamente la problematica che si intende porre all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Il medesimo comma 3 non sembra ostacolare una pronuncia del giudice amministrativo che - quando si tratti della tutela di posizioni di lavoro - si limiti ad affermare l'illegittimità dell'atto impugnato, senza disporre l'annullamento, anche se il ricorrente non abbia esplicitato una domanda risarcitoria, quando - dall'esame della complessiva situazione venutasi a verificare - il giudice ritenga che l'annullamento medesimo - lungi dal dare una vera e piena tutela al ricorrente - in realtà non sia altro che una fonte di danno sproporzionato per controinteressati che non abbiano determinato l'illegittimità degli atti.

In tal caso, per i principi sopra richiamati, la vera giustizia del caso concreto e la effettiva tutela per il ricorrente possono consistere nell'accertare - così come richiesto - l'illegittimità degli atti impugnati, affinché - se del caso in un separato giudizio, in ipotesi anche d'ottemperanza - sia quantificato il danno patrimoniale risarcibile.

6. Stando così le cose, il Collegio ritiene di sottoporre all'esame dell'Adunanza Plenaria (che valuterà se definire anche il secondo grado del giudizio) il quesito se il giudice amministrativo - in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3, del c.p.a. - possa non disporre l'annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno (malgrado questi abbia chiesto soltanto l'annullamento degli atti risultati illegittimi), quando la pronuncia giurisdizionale - in materia di concorsi per l'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente - sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, e cioè quando questi abbiano consolidato le scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie.

7. Per le ragioni che precedono, il primo motivo d'appello va respinto, mentre si deferisce all'esame dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 del c.p.a., il secondo motivo in relazione alle conseguenze del suo accoglimento.

Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio sono riservate al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinge il primo motivo di appello a' sensi dell'art. 36, comma 2, cod. proc. amm. e, per il resto, ne dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Riserva al definitivo la pronuncia sulle spese e gli onorari del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2014.

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Potere sanzionatorio e tutela preventiva degli Enti parco contro l'abusivismo edilizio

In allegato:

PARERE 24/10/2014-444210/12, AL 10020/13, SEZ. II, AVV. PAOLO MARCHINI [pag. 166]

PARERE 24/10/2014-444041/42, AL 12108/12, SEZ. II, AVV. PAOLO MARCHINI [pag. 173]

I due pareri che seguono investono questioni di massima di notevole rilevanza ed interessano due enti parco nazionali importanti per estensione (quello del Cilento e della Valle di Diano) e per tradizione (quello d'Abruzzo, Lazio e Molise, il secondo ad essere stato istituito nel 1922).

L'Avvocatura dello Stato è da tempo impegnata a contrastare nelle sedi giudiziarie gli abusi edilizi nelle aree protette. Il Parco del Cilento, in particolare, primo in Italia per dimensioni, ha visto esplodere un vasto contenzioso avverso i pareri negativi sulle istanze di condono edilizio - non rare volte accolte dagli enti comunali - relative a manufatti costruiti molti anni prima della approvazione del piano del parco, financo della istituzione avvenuta con la legge sulle aree protette n. 394/1991.

*Nella maggior parte dei casi l'Ente parco è risultato vittorioso avanti al Consiglio di Stato in virtù del principio secondo cui è irrilevante la anteriorità dell'abuso, purchè la richiesta di nulla osta da parte del Comune sia pervenuta vigente il vincolo di parco (enfasi nostra): "Ritenuta la fondatezza dell'appello proposto dall'Amministrazione soccombente avverso tale statuizione - con cui è devoluta in appello la questione di principio attinente alla compatibilità dell'abuso eseguito con la zona protetta (Parco del Cilento) in relazione al **vincolo sopravvenuto** ed all'esatta incidenza dell'art. 32, comma 43 bis, del decreto legge n. 269 del 2003 (c.d. terzo condono) sulle leggi di condono anteriori n. 47 del 1985 e n. 724 del 1994 -, in quanto, secondo ormai consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato:*

- nel caso di sopravvenienza di un vincolo di protezione, l'autorità com-

*petente ad esaminare l'istanza di condono, riconducibile ai primi due condoni, deve acquisire il parere della autorità preposta alla tutela del 'vincolo sopravvenuto', la quale deve pronunciarsi tenendo conto del quadro normativo **vigente al momento in cui esercita i propri poteri consultivi** (Adunanza Plenaria, 22 luglio 1999, n. 20);*

- il richiamato art. 32, comma 43 bis, si è limitato a disporre che le istanze di condono, presentate in base alle prime due leggi del 1985 e del 1994, continuano a dover essere esaminate sulla base della normativa sostanziale anteriore (più favorevole) a quella (più restrittiva) contenuta nella legge n. 326 del 2003;

- sarebbe, invece, stata palesemente incostituzionale (per contrasto con gli artt. 3, 9 e 117, secondo comma, Cost.) una disposizione statale che avesse inteso porre nel nulla i poteri consultivi delle autorità preposte alla tutela del vincolo, il cui esercizio - come nel caso di specie - fosse stato a lungo impedito dall'inerzia degli enti locali;

*- il medesimo comma 43-bis non ha affatto inciso sui poteri delle autorità preposte alla tutela dei vincoli, imposti con legge o con atto amministrativo in un'area sulla quale è stato in precedenza commesso un abuso edilizio, né ha inciso sul loro dovere di valutare l'attuale compatibilità dei manufatti realizzati abusivamente con lo speciale regime di tutela del bene compendiatore nel vincolo, con cui la disposizione di legge o l'atto amministrativo hanno imposto la immodificabilità dei luoghi e, dunque, la tendenziale insanabilità (relativa) degli abusi ancora esistenti (v. Cons. di Stato, Sez. VI, n. 231 del 2014, n. 5274 del 2013, n. 4660 del 2013, n. 3015 del 2013, n. 2367 del 2013) (**sez. sesta, sent. n. 2308, del 6 aprile 2014**).*

In termini, già si era espressa sempre la sesta sezione (n. 3015/2013): "Il Collegio osserva che, con la propria sentenza n. 2367 del 30 aprile 2013, è stata decisa una fattispecie analoga a quella di cui è causa. In tale circostanza il Collegio ha ribadito che, in base alla pacifica giurisprudenza (consolidatasi a seguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 20 del 1999), il quadro normativo riconducibile alle disposizioni dei primi due condoni (di cui alle leggi n. 47 del 1985 e n. 724 del 1994) va inteso nel senso che, se nel corso del procedimento di esame della domanda di condono entra in vigore una normativa o è emesso un provvedimento, che determina la sopravvenienza di un vincolo di protezione dell'area in questione, l'autorità competente ad esaminare l'istanza di condono deve acquisire il parere della autorità preposta alla tutela del "vincolo sopravvenuto", che deve pronunciarsi tenendo conto del quadro normativo vigente al momento in cui esercita i propri poteri consultivi (Cons. di Stato, Sez. VI, 30 aprile 2013, n. 2367)".

Tuttavia, la stessa sezione (con sent. n. 231/2014) ha mutato orientamento affermando che "il diniego dell'Ente parco non avrebbe potuto far perno esclusivamente sulla contrarietà dell'intervento edilizio realizzato rispetto alle

nuove previsioni del piano del parco, che evidentemente hanno valenza vincolante pro futuro senza incidere, in senso draconianamente ostativo, in ordine alle costruzioni già realizzate e già oggetto di domanda di sanatoria straordinaria. Sotto tale profilo, appare apprezzabile e meritevole di accoglimento il motivo di ricorso di primo grado che ha stigmatizzato il carattere irragionevole ed insufficiente della motivazione addotta dall'Ente parco, esclusivamente su tale questione, a sostegno del diniego di nulla-osta.

D'altra parte, anche nella legge fondamentale sul condono edilizio (legge n. 47 del 1985), il vincolo paesistico implicante inedificabilità dell'area (art. 33, comma 1 lett. a)) in tanto è ostativo al rilascio del titolo in sanatoria in quanto sia preesistente all'intervento edilizio, con ciò restando dimostrata per tabulas l'irragionevolezza del rilievo formale del sopravvenuto regime di inedificabilità dell'area quale limite insuperabile alla condonabilità degli edifici già realizzati".

Al momento, non è dato sapere quale dei due orientamenti prevarrà, se quello formale o quello che privilegia la compatibilità in concreto: alla Adunanza Plenaria spetterà la soluzione.

L'interferenza della disciplina vincolistica edilizio-urbanistica con quella ambientale genera momenti di conflitto istituzionale tra enti locali ed enti parco, e non solo quando si tratti di condono edilizio, ma anche - come nel caso del parere che interessa il Parco d'Abruzzo - nell'ipotesi dell'accertamento di conformità previsto dagli artt. 36 e 37 del d.P.R. n. 380/2001 che il Comune trasmette all'Ente Parco al fine del rilascio del nulla osta ex art. 13 della legge n. 394/1991.

Nulla osta, quindi, "postumo" sulla cui legittimità non constano pronunce, ma è prevedibile lo sviluppo di un contenzioso, non solo "marsicano", ora che l'Avvocatura ha espresso il proprio avviso negativo a presidio della integrità del bene ambiente inteso nella sua valenza massima.

Il successivo parere - reso al Parco del Cilento che, nei casi vittoriosi di cui si diceva, è chiamato a far ridurre in pristino le aree - si segnala per la presa di posizione in ordine ai limiti del potere regolamentare sanzionatorio autonomo degli enti parco alla luce del principio di legalità e di tassatività dell'illecito amministrativo, in presenza di norma sanzionatoria in bianco (l'art. 30 della legge n. 394/1991).

Viene affrontata, infine, oltre alla questione della alternatività tra sanzione demolitoria-ripristinatoria e pecuniaria, anche quella dei rapporti tra ordine di demolizione, sua inottemperanza e possibilità della acquisizione gratuita dell'area.

Paolo Marchini
Avvocato dello Stato

Rilascio del nulla osta da parte degli Enti Parco nei procedimenti di conformità in sanatoria ex artt. 36 e 37 d.P.R. 380/2001 (Testo Unico Edilizia)

PARERE 24/10/2014-444210/12, AL 10020/13, SEZ. II, AVV. PAOLO MARCHINI

Codesta Avvocatura ha trasmesso una richiesta di parere da parte del Responsabile del Servizio Giuridico dell'Ente Parco in indirizzo, con la quale si chiede se quest'ultimo possa rilasciare "in sanatoria" il nulla osta previsto dall'art. 13 della legge n. 394/1991 [ndr Legge Quadro Aree Protette].

Tale richiesta fa seguito ad un allegato parere dello stesso ente parco in senso negativo a detto quesito (e con riferimento ad una istanza di rilascio di nulla osta in sanatoria di un privato). Il responsabile del servizio giuridico del Parco argomenta muovendo dal silenzio della legge n. 394/91 e dal divieto di analogia della norma speciale di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 [ndr Codice Beni Culturali].

Il c.d. "permesso in sanatoria" è previsto dall'art. 36 d.P.R. n. 380/2001 e denominato accertamento di conformità.

Tale norma dispone: *"In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di denuncia di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 22, comma 3, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda"*.

2. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso.

3. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende respinta".

Recita il comma 1 dell'art. 13 cit.: *"Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al **preventivo** nulla osta dell'Ente parco"*.

Va posta attenzione al fatto che, al momento, non esiste né uno strumento pianificatorio del parco, né il regolamento: atti entrambi contemplati come presupposti del nulla osta e parametri di questo.

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 11 della Legge quadro, il regolamento ed il piano costituiscono atti generali ad efficacia *erga omnes* [arg. ex

obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale]; il piano è vincolante nei confronti delle amministrazioni e dei privati e si sostituisce ad ogni altro strumento di pianificazione; il regolamento deroga alle disposizioni regolamentari anche successive, dei comuni, che sono tenuti alla sua applicazione, e può derogare pure a disposizioni di rango legislativo (il generale divieto di *"opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati"*, di cui all'articolo 11, comma 3 della legge n. 394 del 1991). Il piano e il regolamento sono pertanto fonti normative derivate e legittimate dalla legge quadro, dalla imperatività costituzionale e comunitaria della protezione dell'interesse naturalistico, e caratterizzate da procedimenti di formazione collaborativi.

Il regolamento, in particolare, ha la funzione di disciplinare l'esercizio delle attività consentite entro il territorio del parco (articolo 11, comma primo).

Il nulla osta, pertanto, verificando *"la conformità tra le disposizioni del piano e del regolamento"* e gli interventi, impianti ed opere all'interno del parco (articolo 13), *"deve limitarsi a riconoscere dette attività come consentite, estrapolando i criteri relativi dal nucleo normativo costituito dal sistema piano-regolamento, che ne costituisce dunque il presupposto"* (così, in dottrina, **Di Plinio**).

Poiché, in conclusione, il regolamento limita l'ambito oggettivo di applicazione del nulla osta normalmente agli interventi da realizzare, questo non potrebbe ampliare tale ambito estendendolo anche a quelli realizzati (salve, come si è detto, le previsioni di legge di carattere speciale o eccezionale).

Per il Parco nazionale d'Abruzzo gli attuali parametri sono costituiti dai criteri basilari di zonizzazione (di cui alla delibera 30 luglio 1990 del Consiglio di amministrazione del Parco) e dalla concreta suddivisione del territorio in quattro zone di diversa vocazione ambientale (operata con la precedente decisione 29 febbraio 1984 del Presidente dello Ente stesso).

Inoltre il D.P.C.M. 26 novembre 1993 (Adeguamento ai principi della legge-quadro sulle aree protette 6 dicembre 1991, n. 394, della disciplina dell'Ente autonomo Parco nazionale d'Abruzzo, (Pubblicato nella Gazz. Uff. 12 febbraio 1994, n. 35) dispone all'art. 4 che:

"L'Ente Parco nazionale d'Abruzzo elabora, adotta o predispone, ai sensi degli articoli 9, 11 e 12 della legge 6 dicembre 1991, n. 394, lo statuto, il regolamento e il piano del Parco. Per il rilascio del nulla-osta e per le iniziative relative alla promozione economica e sociale, si applica quanto disposto dagli articoli 13 e 14 della legge 6 dicembre 1991, n. 394.

Fino all'approvazione del regolamento e del piano del Parco ai sensi degli articoli 11 e 12 della legge 6 dicembre 1991, n. 394, restano in vigore le deliberazioni, le ordinanze, le intese e gli altri provvedimenti emanati, all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto, dall'Ente parco ai sensi delle norme istitutive".

Tale contesto di assenza del piano e del regolamento del parco, di indubbia precarietà, riverbera sulla tutela penale ancorata alla violazione dell'art. 13 della legge n. 391/94.

Detto profilo viene in rilievo allorché si ipotizzi la situazione di incertezza che si verrebbe a verificare qualora si adottasse la tesi favorevole al rilascio in sanatoria e generando così una prassi collettiva: la vigilanza sugli abusi avverrebbe sempre *ex post*, con grave *vulnus* al bene ambiente ed al **principio di precauzione**.

Infatti, qualora l'ente parco ritenesse comunque conforme l'intervento già realizzato e rilasciasse il nulla osta, si domanda se la assenza del piano del parco e del regolamento legittimino comunque la sanzione penale e/o quella amministrativa avverso la condotta di costruzione senza nulla osta, per assenza di presupposto; con ciò potendo operare da deterrente a tale prassi.

Dopo qualche orientamento contrario, la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che *"In tema di tutela penale delle aree protette, integra il reato di cui agli artt. 13 e 30 della L. 6 dicembre 1991, n. 394 (legge quadro sulle aree protette) la mancanza del nulla osta dell'Ente parco in aree protette nazionali ... restando, in ogni caso, configurabile, in caso di violazione delle misure di salvaguardia, il reato di cui all'art. 30 della citata legge (Cass., Sez. III, Sent. n. 46079 dell'8 ottobre 2008 (ud. dell'8 ottobre 2008), B.A.M. (rv. 241781).*

Infatti, prosegue la Corte, *"l'art. 30, comma 1, della stessa legge punisce con l'arresto fino a dodici mesi e con l'ammenda da Euro 103,00 a Euro 25.822 chiunque viola le disposizioni di cui all'art. 6 (misure di salvaguardia), compresa quella di cui al comma 4 del medesimo articolo, secondo cui "dall'istituzione della singola area protetta sino all'approvazione del relativo regolamento operano i divieti e le procedure per eventuali deroghe di cui all'art. 11" .*

Sembra, quindi, sussistere un deterrente penale ad una eventuale prassi di sanatoria di abusi edilizi.

In ogni caso, il diniego di nulla osta, se previsto anche dal p.r.g., impedirebbe comunque la sanatoria edilizia e darebbe sfogo alla riduzione in pristino (sia da parte comunale, che da parte dell'ente parco); la tutela dell'ambiente sarebbe quindi assicurata, sebbene *ex post*, ma con aggravio di costi e di procedura (non ultima quella di rivalsa sul privato).

La tesi proposta dall'ente parco nella richiesta di parere appare sostenibile sulla base sia della interpretazione letterale delle norme dello Statuto del Parco, sia di quella sistematica desunta dagli articoli 36 e 37 del d.P.R. n. 380/01, 32 della legge n. 47/85, 16 della legge n. 241/90 come operata dal Consiglio di Stato in recente arresto.

Quanto alla interpretazione letterale, l'art. 13 della L. n. 394/91 richiede che il nulla osta sia "preventivo": *"Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco"*.

Dalla natura giuridica mista del “nulla osta” previsto dall’art. 13 della L. n. 394/1991, in teoria generale (assenso procedimentale necessario, obbligatorio, vincolante, parere tecnico obbligatorio e vincolante, atto di controllo di conformità) non è dato desumere approdi certi in favore della tesi della sanatoria postuma.

Nelle ipotesi dei vincoli di parco sopravvenuti e rispetto alle ipotesi di condono edilizio su aree vincolate, la legge richiede il “*parere favorevole*” dell’ente parco (art. 32 L. n. 47/85) su manufatti già realizzati; tuttavia, escluse tali fattispecie tipiche di legge, il testo della legge sulle aree protette richiede la preventività del nulla osta.

In tale senso sono le norme di Regolamento e di Statuto del Parco Nazionale d’Abruzzo, Lazio e Molise.

L’art. 32 dello Statuto del Parco (allegato alla delibera n. 23/2009 e reperito sul web), infatti, riferisce espressamente il nulla osta ex art. 13 della L. n. 394/1991 (enfasi ns.) “*ad interventi, impianti ed opere da realizzare all’interno del Parco*”:

Art. 32

Nulla osta

32.1 Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere da realizzare all’interno del Parco è sottoposto al preventivo Nulla Osta dell’ente ai sensi dell’art. 13 della legge 6 dicembre 1991, n. 394.

32.2 La normativa regolamentare dell’ente disciplina la costituzione, la composizione e il funzionamento del comitato.

32.3 In sede di rilascio del Nulla Osta, l’Ente Parco si attiene alle previsioni delle Norme di Attuazione del Piano del Parco, comprese quelle con funzione di indirizzo, e a quelle del Regolamento. In mancanza di tali previsioni ovvero in caso di insufficienza delle medesime, l’Ente Parco rilascia o nega il Nulla Osta sulla base di valutazioni tecniche adeguatamente motivate.

In termini altrettanto univoci si esprime l’art. 1, comma 1, del Regolamento del Parco, rubricato “Domanda di Nulla Osta”: “*Il rilascio dei Nulla Osta relativi ad interventi, impianti ed opere da realizzare all’interno del Parco è subordinato al preventivo Nulla Osta dell’Ente Parco ai sensi dell’art. 13 della legge 6 dicembre 1991, n. 394*”.

Il successivo comma 3 recita: “*La domanda di Nulla Osta deve essere corredata dalla documentazione necessaria a dar conto dello stato dei luoghi (contesto paesaggistico e area di intervento) prima dell’esecuzione delle opere previste, delle caratteristiche progettuali dell’intervento, nonché a rappresentare nel modo più chiaro ed esaustivo possibile lo stato dei luoghi quale risulterà dopo l’intervento*”.

Come già detto, però, il regolamento non risulta approvato e non è pertanto efficace: si pone, quindi, la questione se lo Statuto del Parco abbia efficacia normativa esterna. L’art. 9 della legge quadro attribuisce allo statuto le

seguenti funzioni e competenze “*Lo statuto dell'Ente definisce in ogni caso l'organizzazione interna, le modalità di partecipazione popolare, le forme di pubblicità degli atti*”. Dalla lettura della norma, l'inciso “*in ogni caso*” sembrerebbe rendere non esaustivo l'elenco delle attribuzioni: la legge indica quelle imprescindibili, ma non limita altri ambiti.

Se si ritiene che il procedimento di rilascio del nulla osta ex art. 13 della L. 394/91 attiene alla organizzazione ed alla attività amministrativa dell'ente, non sembra opinabile sostenere la natura normativa esterna dello Statuto, come tale vincolante anche per gli amministrati. Se, viceversa, si opta per la estraneità di tale disciplina alla organizzazione amministrativa, tale norma non assumerebbe alcuna efficacia vincolante esterna.

È da rilevare, comunque, che la norma sul nulla osta sembra attenere più alla disciplina dell'esercizio delle attività nel territorio del parco e, come tale, dovrebbe essere contenuta nel regolamento piuttosto che nello statuto.

L'art. 11, comma 1, della legge quadro, infatti, dispone che “Il regolamento del parco disciplina l'esercizio delle attività consentite entro il territorio del parco ed è adottato dall'Ente parco, anche contestualmente all'approvazione del piano per il parco di cui all'articolo 12 e comunque non oltre sei mesi dall'approvazione del medesimo”.

Pertanto l'utilizzo dello strumento dello statuto parrebbe illegittimo sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello formale. Infatti, lo statuto fungerebbe da regolamento senza, tuttavia, essere stato approvato col procedimento descritto dall'ultimo comma dell'art. 11 che suona: “Il regolamento del parco è approvato dal Ministro dell'ambiente, previo parere degli enti locali interessati, da esprimersi entro quaranta giorni dalla richiesta, e comunque d'intesa con le regioni e le province autonome interessate; il regolamento acquista efficacia novanta giorni dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Entro tale termine i comuni sono tenuti ad adeguare alle sue previsioni i propri regolamenti. Decorso inutilmente il predetto termine le disposizioni del regolamento del parco prevalgono su quelle del comune, che è tenuto alla loro applicazione”.

Il tenore letterale della norma statutaria, comunque, non lascia dubbio alcuno sul necessario presupposto della non avvenuta realizzazione di alcuna opera edilizia.

A favore della tesi restrittiva milita anche la possibile analogia con il vincolo paesistico, ossia con la fattispecie contemplata dall'art. 146, comma 4, del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali): “*L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio. Fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi. L'autorizzazione è efficace per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'ese-*

cuzione dei progettati lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione”.

Il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza n. 5203/2007 ha escluso l'accertamento di conformità per le aree sottoposte a vincolo paesaggistico: *“la procedura di accertamento di conformità ora divisata dall'art. 36 del T.U. sull'edilizia di cui al D.P.R. n. 380 del 2001 è inapplicabile al caso di opere come quella in controversia realizzate in zona sottoposta a vincolo paesistico, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 146 del D.L.vo n. 42 del 2004 (Codice dei beni culturali): e ciò perchè per le opere comportanti aumento di volumetria l'autorizzazione paesaggistica - la quale ovviamente condiziona l'accertamento - non può essere rilasciata ex post dall'autorità preposta alla tutela del vincolo”.*

Ora, considerata la generale prevalenza del vincolo di parco rispetto a quello paesaggistico, sembra incoerente non applicare una disciplina più rigorosa, prevista per uno strumento di grado inferiore, ad un vincolo posto da strumento *potiore*.

Infatti, la tutela dei valori naturali ed ambientali nonché storici, culturali, antropologici tradizionali affidata all'Ente parco è perseguita attraverso lo strumento del piano per il parco e questo “ha effetto di dichiarazione di pubblico generale interesse e di urgenza e di indifferibilità per gli interventi in esso previsti e **sostituisce ad ogni livello i piani paesistici, i piani territoriali o urbanistici e ogni altro strumento di pianificazione**”.

Ora, è vero che il piano non esiste, tuttavia esiste il vincolo costituito dai criteri, dalle zonizzazioni e dalle intese con i Comuni di cui al D.P.C.M. 26 novembre 1993, già menzionati, che assolvono ad identica tutela, sia pure transitoria.

Un ulteriore appiglio interpretativo può essere fornito dall'art. 37 del d.P.R. n. 380/2001 il quale prevede al comma 4 che “Ove l'intervento realizzato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'intervento, sia al momento della presentazione della domanda, il responsabile dell'abuso o il proprietario dell'immobile possono ottenere la sanatoria dell'intervento versando la somma, non superiore a 5164 euro e non inferiore a 516 euro, stabilita dal responsabile del procedimento in relazione all'aumento di valore dell'immobile valutato dall'agenzia del territorio”.

Ma tale sanatoria non risulta ammissibile, se l'immobile è sottoposto a vincolo statale o regionale, a mente del precedente comma 2: “Quando le opere realizzate in assenza di denuncia di inizio attività consistono in interventi di restauro e di risanamento conservativo, di cui alla lettera c) dell'articolo 3, eseguiti su immobili comunque vincolati in base a leggi statali e regionali, nonché dalle altre norme urbanistiche vigenti, l'autorità competente a vigilare sull'osservanza del vincolo, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti, può ordinare la restituzione in pristino a cura e spese del responsabile ed irroga una sanzione pecuniaria da 516 a 10329 euro”.

In tale fattispecie il potere di riduzione in pristino è, all'evidenza, incompatibile con la sanatoria.

Premesso che la norma disciplina un abuso minore (la assenza della d.i.a., ora s.c.i.a.) ed un ambito oggettivo ristretto (gli interventi di restauro o di risanamento conservativo), essa prevede in ogni caso l'insanabilità **se l'immobile è sottoposto a vincolo di legge statale o regionale.**

Poiché non è revocabile in dubbio che l'esistenza delle misure di salvaguardia, previste dall'art. 6 della legge quadro, costituiscano (ove emanate) vincolo previsto dalla legge statale sulla cui osservanza è competente l'ente parco, non sembra da escludersi l'interpretazione estensiva anche a fattispecie più gravi quali quelle previste dall'art. 36 dello stesso d.P.R.

*

Alla tesi restrittiva ha aderito il G.A.

Il Consiglio di Stato si è occupato della fattispecie oggetto del quesito con la sentenza n. 3723/2011, resa su appello della Scrivente.

Il supremo consesso ha ritenuto che (enfasi ns.) *“4.4 In definitiva dal sistema normativo (brevemente in particolare, art. 36 d.P.R. n. 380/01; art. 32 della legge n. 47/85; art. 16 della legge n. 241/90) sembra trarsi il principio, peraltro rispondente ad intuibili esigenze di ragionevolezza e di buon andamento dell'azione amministrativa, secondo cui i provvedimenti di sanatoria, in materia edilizia ed urbanistica, necessitano per regola generale di una forma espressa e non tacita di manifestazione di volontà delle amministrazioni coinvolte nel rilascio del provvedimento assentivo, salvo ipotesi derogatorie introdotte in particolari settori dal legislatore con disposizioni normative ad hoc. **Inserita in tale contesto normativo la dianzi citata disposizione (art. 13 L. 394/91) va quindi letta ed interpretata nel senso che essa trovi applicazione con riguardo agli interventi edilizi da realizzare e non invece ai procedimenti di sanatoria di opere abusive già realizzate”.***

Tale pronuncia, pur riferibile al tema del silenzio, costituisce, comunque, significativo precedente a favore della necessaria preventività del nulla osta.

Per le suesposte ragioni, questo G.U. è del parere che la tesi restrittiva, fuori delle ipotesi legali del condono edilizio, sia la più adeguata a tutelare l'interesse del Parco: pertanto, il nulla osta di cui all'art. 13 della legge sulle aree protette non può essere rilasciato in sanatoria nei procedimenti di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001, i quali dovranno concludersi necessariamente con un provvedimento negativo, a pena di illegittimità.

Sul presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo di cui alla legge n. 103/1979 che si è espresso in conformità nella seduta del 2 ottobre 2014.

Poteri sanzionatori dell'Ente Parco a fronte di abusi edilizi posti in essere all'interno dell'area protetta (*)

PARERE 24/10/2014-444041/42, AL 12108/12, SEZ. II, AVV. PAOLO MARCHINI

L'Avvocatura in indirizzo riferisce che l'Ente Parco Nazionale del Cilento, Vallo di Diano, ha richiesto un parere in relazione alle sanzioni irrogabili dall'Ente Parco a fronte dell'accertamento di abusi edilizi realizzati all'interno del Parco stesso, ponendo in particolare tre quesiti:

1) se, sia possibile irrogare sanzioni amministrative in alternativa alla riduzione in pristino, qualora ritenuta "materialmente impossibile" o "controproducente", applicando in via analogica la disciplina prevista dall'art. 34, co. II D.P.R. n. 380/2001;

2) se siano irrogabili sanzioni amministrative in presenza del rilascio di provvedimento favorevole del Comune ex articolo 36 D.P.R. n. 380/2001 sulla istanza d'accertamento di conformità;

3) in caso di risposta positiva, se possano essere oggetto di sospensione le eventuali sanzioni irrogate in alternativa all'ordine di ripristino, in attesa della definizione della procedura di accertamento di conformità ex art. 36 cit.

(*) Il presente parere è stato diramato agli Enti Parco Nazionali dal vigilante Ministero con circolare n. 26512 del 23/12/2014 che integralmente si riporta:

« Si unisce il parere n. 444041 del 24 ottobre 2014 reso dall'Avvocatura Generale dello Stato inerente le sanzioni irrogabili da un Ente Parco a fronte di abusi posti in essere all'interno dell'Area Protetta. Con detto parere è stata, tra l'altro, ribadita, l'obbligatorietà della sanzione della riduzione in pristino, non alternativa rispetto alla sanzione pecuniaria.

Si unisce, altresì, il parere reso dall'Avvocatura Generale dello Stato lo scorso 9 dicembre in merito alla determinazione della sanzione amministrativa in conseguenza del mancato pagamento in misura ridotta ex art. 16 della legge 689/1981. Con detto parere è stato confermato, in via generale, l'orientamento già espresso in ottobre e, nello specifico, è stato precisato che in caso di mancato pagamento entro i sessanta giorni - dalla contestazione o dalla notificazione degli estremi della violazione -, ex art. 16 della legge 689/1981, si produce la decadenza dal beneficio della misura ridotta e, pertanto, alla determinazione della sanzione si applicano i criteri generali previsti dall'art. 11 della legge 689/1981.

In merito ai richiamati pareri, si pone, altresì, all'attenzione di codesti Enti l'avviso espresso e confermato dall'Avvocatura relativo ai cd. regolamenti per le sanzioni amministrative che, in assenza di Regolamento del Parco potranno e dovranno limitarsi al mero richiamo dei divieti esplicitamente previsti dalle lettere da a) ad h) del comma 3, dell'art. 11 della legge 394/1991.

In conclusione, secondo l'Avvocatura, in assenza di Regolamento del Parco che disciplini anche in materia sanzionatoria i provvedimenti eventualmente adottati costituiscono in sostanza tabelle/prontuari con i quali i medesimi enti si limitano ad elencare ed a riepilogare i divieti direttamente stabiliti dalla legge e le regole procedurali che presidono all'accertamento ed all'irrogazione delle sanzioni ad uso dei funzionari incaricati dell'accertamento delle violazioni nonché degli utenti del parco.

Alla luce degli uniti pareri, si raccomanda gli enti di voler adottare le misure conseguenti ».

IL DIRETTORE GENERALE
Dr.ssa Maria Carmela Giarratano

In relazione al primo quesito, in via generale, dalla interpretazione letterale della normativa relativa alle sanzioni, in particolare gli articoli 29 e 30 della legge Quadro delle aree protette (n. 394/1991), sembra inequivocabile l'intenzione del legislatore di configurare come "infungibile" la sanzione ripristinatoria.

Recita la prima disposizione "*Il legale rappresentante dell'organismo di gestione dell'area naturale protetta, qualora venga esercitata un'attività in difformità dal piano, dal regolamento o dal nulla osta, dispone l'immediata sospensione dell'attività medesima ed ordina in ogni caso la riduzione in pristino o la ricostituzione di specie vegetali o animali a spese del trasgressore con la responsabilità solidale del committente, del titolare dell'impresa e del direttore dei lavori in caso di costruzione e trasformazione di opere*" (così l'art. 29, comma 1).

A mente dell'articolo 30, II co.: "*la violazione delle disposizioni emanate dagli organismi di gestione delle aree protette è altresì punita con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire cinquantamila a lire duemilioni*".

Dunque, le tipologie di sanzioni irrogabili dall'Ente sono due: quelle di tipo ripristinatorio, regolate dall'articolo 29, sulla base del tenore letterale della norma, presentano il carattere sia della obbligatorietà, desumibile dall'espressione "ordina", sia della esclusività, stante il sintagma "*in ogni caso*"; quelle di tipo pecuniario, previste dall'articolo 30, le quali accedono alle prime, come si evince chiaramente dalla parola "*altresì*".

In virtù di un'interpretazione letterale del combinato disposto delle due disposizioni, le sanzioni amministrative-pecuniarie sono comminabili **cumulativamente** a quelle ripristinatorie, **non anche alternativamente**.

*

Quanto alla fattispecie concreta, codesta Avvocatura prospetta due ipotesi:

- 1) la materiale impossibilità di ridurre in pristino i luoghi;
- 2) la sua non convenienza (nell'essere "controproducente").

Va premesso che la disciplina di settore (legge quadro sulle aree protette) non contempla tali eccezioni alla regola generale e, quindi, non attribuirebbe discrezionalità amministrativa alcuna all'Ente nello stabilire l'*an* ed il *quomodo* del provvedimento amministrativo di rinuncia ad esercitare il potere di ordinare la riduzione in pristino e di provvedere in altro modo.

Si tenga presente, inoltre, che la sanzione ripristinatoria non eseguita, costituisce il presupposto della ulteriore sanzione **necessaria ed autonoma** della gratuita acquisizione al patrimonio dell'Ente parco ex art. 1, comma 1104, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (sulla natura sanzionatoria della acquisizione gratuita cfr. parere di questo G.U. CS 47802/11 reso a codesto Ente parco e trasmesso anche al Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del Mare, con avviso conforme del Comitato Consultivo); conseguentemente, non esercitare il potere di irrogazione della sanzione della riduzione in

pristino, comporta l'effetto di poter impedire *ex ante* la successiva acquisizione gratuita in proprietà; effetto, questo, che potrebbe risolvere (salvo quanto di dirà *infra*) tanto l'impossibilità della riduzione in pristino, quanto la sua opportunità in termini di convenienza economica per le casse pubbliche (si pensi ad es. all'utilizzo dei manufatti per le attività compatibili con le finalità istitutive del parco nelle zone D).

In ogni caso, si verrebbe surrettiziamente a disporre della acquisizione gratuita, effetto, questo, contrastante con la legge e con il diritto vivente.

Se si ammettesse la tesi della alternatività della sanzione, l'Ente dovrebbe necessariamente motivare in ordine alla impossibilità e/o inopportunità della eventuale acquisizione in proprietà, e ciò contrasterebbe - come detto - con il diritto positivo e con l'orientamento dominante in giurisprudenza.

Nel citato parere reso a codesta Avvocatura distrettuale (CS 47802/11 Avv. Marchini), riguardante sempre abusi edilizi commessi nel territorio dell'Ente Parco Nazionale del Cilento e Vallo di Diano, questo G.U. ha ritenuto la obbligatorietà ed esclusività della **sanzione** della riduzione in pristino. In questa sede, anche in considerazione delle ragioni di cui sopra, non può che ribadirsi tale orientamento.

La giurisprudenza si è più volte espressa sulla predetta obbligatorietà e sulla conseguente acquisizione gratuita dell'immobile a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, sia pure nell'ambito **edilizio privato** il quale, avendo ad oggetto beni meno tutelati rispetto alle aree protette di cui alla L. n. 394/1991, costituisce utile "cartina al tornasole" della prova decisiva e irrefutabile della applicabilità del suddetto principio anche nel caso oggetto del quesito.

"La mancata indicazione, nel provvedimento di ingiunzione a demolire, delle conseguenze in caso di inottemperanza, non impedisce l'acquisizione gratuita del manufatto abusivo al patrimonio comunale, in quanto l'effetto ablatorio si verifica di diritto all'inutile scadenza del termine di novanta giorni dall'ingiunzione (Cass., Sez. III, sent. n. 32826 del 7 aprile 2011 (ud. del 7 aprile 2011)).

Il T.A.R. Campania Napoli, Sezione II, 20 gennaio 2012, nella sentenza n. 308 ha ritenuto che *"L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive è atto dovuto, senza alcun contenuto discrezionale, avente natura meramente dichiarativa, subordinato unicamente all'accertamento dell'inottemperanza e del decorso del termine di legge fissato per la demolizione e il ripristino dello stato dei luoghi, che opera automaticamente con riguardo non solo all'opera abusiva ed all'area di sedime, ma anche alle pertinenze. Ne consegue che esso è sufficientemente motivato con l'affermazione dell'abusività delle opere connessa alla loro realizzazione senza previo titolo autorizzatorio e dell'accertata inottemperanza, per cui non assume alcun rilievo il richiamo alla asserita edificabilità dell'area come anche il generico riferimento al fatto che analoghe opere abusive in aree limitrofe non sarebbero state sanzionate"*.

In termini anche Tar Palermo Sez. II, sentenza n. 40 del 11 gennaio 2011: *“Nel sistema disciplinato dall'art. 7 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, l'acquisizione al patrimonio del Comune del bene abusivamente realizzato, e delle aree di sedime e circostanti, opera automaticamente, verificandosi di diritto al compimento del 90° giorno decorrente dalla notifica dell'ingiunzione di demolizione non ottemperata, e non richiede l'adozione di alcuna preliminare determinazione inerente l'esercizio di una scelta da parte del Comune sull'applicabilità della stessa più grave misura acquisitiva, rispetto alla semplice demolizione del manufatto abusivo (cfr., fra le tante, T.A.R. Lazio, sez. II, 12 aprile 2002, n. 3160; T.A.R. Sicilia, sez. III, 6 marzo 2009, n. 480)”*.

Secondo T.A.R. Toscana Firenze, Sez. III, 20 gennaio 2009, n. 24, *“il provvedimento con il quale viene disposta l'acquisizione gratuita - costituendo titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari - può essere adottato senza la specifica indicazione dell'ulteriore area "necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive" (area che "non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita") oggetto di acquisizione, potendosi procedere a tale individuazione anche con un successivo e separato atto”*.

In linea con l'orientamento della Corte Suprema penale sez. III, n. 9186 del 14 gennaio 2009, sia pure in un passo della motivazione, è stato anche il Consiglio di Stato sez. sesta, 6 marzo 2012, n. 1260 che ha poi escluso attività di verifica da parte dell'ente nei seguenti termini: *“Ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, accertata l'esecuzione di opere in assenza di concessione ovvero in difformità totale dal titolo abilitativo, non vi è spazio per apprezzamenti discrezionali, atteso che l'esercizio del potere repressivo di un abuso edilizio consistente nell'esecuzione di un'opera in assenza del titolo abilitativo costituisce atto dovuto, per il quale è in re ipsa l'interesse pubblico alla sua rimozione; pertanto non costituisce onere del Comune, nell'esercizio di tale potere repressivo, verificare la sanabilità delle opere in sede di vigilanza sull'attività edilizia”*.

Anche il T.a.r. Salerno, con riguardo alla ingiunzione di demolizione irrogata da codesto Ente parco, ha affermato che *“il potere esercitato nella fattispecie è quello relativo alla tutela ambientale che recide in radice la possibilità di mantenimento in vita dei manufatti edilizi, stante la tassativa sanzione ripristinatoria comminata dalla legge ed in considerazione del rilevato pregiudizio ambientale individuato con la relazione prot. n. 2014 del 24/4/1997, richiamata nel provvedimento di demolizione d'ufficio adottato in conseguenza dell'inosservanza all'ingiunzione per cui è controversia”* (T.A.R. Salerno Campania sez. II, 22 aprile 2003, n. 329, Cooperativa Stabia s.r.l.).

*

L'**acquisizione gratuita in proprietà** delle opere abusive eseguite nelle

aree naturali protette prevista dall'art. 1, comma 1104, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 costituisce, al pari di quella a suo tempo prevista dall'art. 7, commi 3 e 6, della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e, ora, dagli stessi commi dell'art. 31 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, una sanzione amministrativa ablativa reale di secondo grado (v. il già richiamato parere Cs 47802/11).

Come tale, e al pari di ogni altra sanzione, essa **presuppone**, sul piano **oggettivo**, la commissione di un **illecito**, vale a dire la tenuta di una condotta antidoverosa costituita, nella specie, dalla **inottemperanza all'ingiunzione di demolizione** (v. art. 7, comma 6, l. n. 47/1985 e, ora, art. 31, comma 6, d.P.R. n. 380/2001).

Per integrare l'**elemento soggettivo** dell'illecito - ambientale - sanzionato con l'acquisizione gratuita in proprietà dell'opera abusiva l'inottemperanza all'ingiunzione di riduzione in pristino deve poi consistere - secondo la regola generale dettata dall'art. 3, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689 - in un comportamento omissivo cosciente e volontario, doloso o colposo.

Ciò premesso, la riduzione in pristino/demolizione **oggettivamente impossibile** è di difficile prospettiva, o quantomeno, costituisce fattispecie marginale, atteso che così come si è elevata e costruita, l'opera può essere altrettanto eliminata. Se, tuttavia, la riduzione in pristino/demolizione può risultare "**controproducente**", perché suscettibile di sortire sull'ambiente effetti ancor più dannosi di quelli arrecati dalla realizzazione dell'opera abusiva, pare a questo G.U. che l'autorità amministrativa non possa **esimersi** dall'emanare l'ingiunzione di rimessione in pristino perché - secondo quanto sostenuto nello stesso parere sulla scorta del disposto testuale degli artt. 29 e 30 della l. 6 dicembre 1991, n. 394: "*ordina in ogni caso*" la riduzione in pristino - la sanzione ripristinatoria è **obbligatoria, infungibile ed irrinunciabile**.

Nella *subiecta materia* l'autorità amministrativa non dispone infatti di un potere **discrezionale** che le consenta di valutare e scegliere se l'interesse ambientale è meglio tutelato attraverso la **eliminazione** o mediante la **conservazione** dell'opera abusiva; il potere del quale l'organismo di gestione dell'area naturale protetta risulta tributario si configura infatti come rigidamente **vincolato** nel senso che, una volta accertato l'illecito, esso è tenuto "*in ogni caso*" ad ingiungere al trasgressore la riduzione del bene nel pristino stato.

A tutto concedere, potrebbe sostenersi che in tali casi la discrezionalità dell'organismo di gestione dell'area naturale protetta è **limitata e circoscritta** alla (sola) scelta tra la **riduzione in pristino** in senso stretto - la quale, in caso di costruzioni, si risolve nella demolizione di quanto edificato - o la **ricostituzione di specie vegetali o animali** - che, a ben vedere, costituisce una forma particolare ed alternativa di rimessione del bene nel pristino stato -.

Peraltro, qualora l'autorità preposta alla tutela del vincolo ambientale decidesse, per ipotesi, di astenersi dall'emanare l'ordine di demolizione onde evitare maggiori danni all'ambiente, imponendo magari la (semplice) ricostituzione

di specie vegetali o animali, sembra doversi escludersi, in ossequio al principio di legalità di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 689/1981, (l'applicabilità della sanzione del)l'acquisizione gratuita in proprietà dell'opera abusiva realizzata per difetto, questa volta, del(l'illecito amministrativo) presupposto costituito, appunto, dall'inottemperanza ad un'ingiunzione di riduzione in pristino.

Per completezza, ed in via di coordinamento delle tutele, va richiamata la legittimazione del Ministro dell'ambiente ad agire per il risarcimento del danno ambientale, anche in forma specifica "primaria" prevista dall'art. 311 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. "Codice dell'ambiente"), fatta salva espressamente dal comma 6 dell'art. 30 della legge n. 394/1991: *"In ogni caso trovano applicazione le norme dell'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, sul diritto al risarcimento del danno ambientale da parte dell'organismo di gestione dell'area protetta"*.

A seguito della abrogazione dell'art. 18 della legge n. 349/1986 da parte dell'art. 318 del Codice dell'ambiente, può ritenersi che il rinvio alla concorrente disciplina del risarcimento del danno ambientale vada operato con riferimento all'art. 311 citato a mente del quale: *"Quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti"*.

*

Contro la tesi della mancata previsione legislativa, viene prospettata la tesi della applicazione in via analogica: il potere d'irrogare sanzioni amministrative in alternativa a quelle ripristinatorie discenderebbe dalla interpretazione delle disposizioni legislative relative al settore urbanistico disciplinato dal D.P.R. 380\2001.

Viene richiamato l'articolo 34 in tema opere edilizie abusive realizzate in parziale difformità, secondo il quale è possibile applicare, in luogo della sanzione ripristinatoria, una sanzione amministrativa quando la demolizione dell'opera non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità.

L'art. 32, III comma precisa che gli interventi abusivi edilizi realizzati in aree sottoposte al vincolo paesaggistico **ed ambientale**, nonché su immobili ricadenti nelle aree protette nazionali, sono considerati dalla legge come rea-

lizzati in totale difformità: ne discende, pertanto, che applicare analogicamente tale norma alle aree di competenza degli Enti Parco tradirebbe il tenore letterale della stessa laddove intende espressamente escludere le aree protette dal proprio ambito applicativo.

Non si ritiene, pertanto, percorribile la prospettata interpretazione analogica.

*

La interpretazione analogica è preclusa anche per una seconda ragione.

L'analogia è operazione ermeneutica ammissibile esclusivamente in presenza di lacune normative, pertanto non può essere invocata nella fattispecie concreta atteso che, al contrario, ad essa si attaglia la precisa disposizione costituita dall'articolo 29 che, tramite il sintagma "*in ogni caso*" **esclude inequivocabilmente la possibilità di ricorrere a sistemi sanzionatori alternativi alla sanzione ripristinatoria.**

D'altra parte, la soluzione orientata a configurare la sanzione inibitoria come infungibile, si sposa con la *ratio* sottesa alla disciplina che regola le Aree Protette e le competenze degli Enti Parco, data dalla preminente esigenza di conservazione del paesaggio e dell'ambiente.

*

Con riguardo al secondo quesito, incentrato sulla possibilità di irrogare sanzioni amministrative in presenza di permesso in sanatoria ex art. 36 D.P.R. 380\2001, si svolgono le seguenti considerazioni a favore della soluzione positiva.

L'articolo 36 citato introduce in materia edilizia una forma di sanatoria che consente di legittimare *a posteriori* un intervento edificatorio realizzato senza il previo titolo abilitativo o in difformità dallo stesso, ma sostanzialmente conforme alla disciplina di riferimento già al momento della sua esecuzione.

In particolare l'art. 36, comma 1, t.u. edilizia rubricato "Accertamento di conformità" stabilisce che "*In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di denuncia di inizio attività nelle ipotesi di cui all'art. 22, comma 3, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli artt. 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda*".

È noto che qualsiasi intervento edilizio in presenza di vincoli ambientali che operano nell'ambito del Parco, sia subordinato al rilascio del nulla osta paesaggistico e a quello dell'Ente Parco ex art. 13 della legge 1991 n. 394. In tal senso si è espressa la Suprema Corte: "*La realizzazione di interventi ed opere in aree protette deve essere sottoposta al preventivo rilascio di tre au-*

tonomi provvedimenti: il permesso di costruire disciplinato dal testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, l'autorizzazione paesaggistica di cui al d.leg. 22 gennaio 2004 n. 42, ed il nulla osta dell'ente Parco, di cui alla l. 6 dicembre 1991 n. 394, stante l'autonomia dei profili paesaggistici ed ambientali da quelli urbanistici" (Cass. pen., sez. III, 9 ottobre 2003, in senso conforme C. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 714; Cass. pen., sez. III, 30 maggio 2003).

Va ribadito, quindi, che il rilascio del provvedimento di accertamento di conformità ex art. 36 t.u. edilizia può avvenire solo qualora l'ente parco abbia rilasciato il nulla osta ex art. 13 della legge sulle aree protette **prima della realizzazione del manufatto abusivo**, restando del tutto esclusa la ammissibilità di un nulla osta in sanatoria (in tal senso cfr. parere di questa Avvocatura generale reso nel CS 10020/2013, con conforme avviso del Co.co. nella seduta del 2 ottobre 2014, in risposta al Parco nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise).

Ne consegue che, essendo illegittimo, per difetto di atto presupposto e, quindi, annullabile per violazione di legge un eventuale provvedimento di accertamento di conformità in assenza di nulla osta preventivo dell'ente parco, nessun impedimento sussiste a che quest'ultimo irroghi le sanzioni amministrative ex art. 30 L. n. 394/1991.

Il rilascio dell'accertamento in conformità da parte del Comune in mancanza del nulla osta dell'Ente Parco, quindi, non esplica alcun effetto sui poteri ripristinatori e sanzionatori attribuiti a quest'ultimo dagli artt. 29 e 30 della legge 394\1991.

Va, in definitiva, condiviso, sul punto, il parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Salerno.

Come si è detto il comma 2 dell'art. 30, L. n. 394/91 sanziona la violazione delle "disposizioni emanate dagli organismi di gestione delle aree protette". In attuazione di tale norma l'Ente Parco del Cilento ha emanato il "Regolamento sanzioni amministrative" con delibera n. 27 dell'8 luglio 2010, nel quale sono individuati i precetti.

È ben vero che il rinvio operato dall'art. 30, comma 5, della L. n. 394/1991, alla legge 689\1981 (1), implica che in virtù del principio di legalità e di riserva di legge la sanzione non possa essere comminata direttamente mediante disposizioni di fonti normative secondarie, tra le quali il Regolamento del Parco va annoverato, ma è altrettanto vero che le sanzioni comminate dal regolamento appaiono in concreto rispettose del principio di riserva di legge, atteso che esse coincidono nella misura con quelle previste dal comma 2 dello stesso articolo 30 (da cinquantamila a due milioni, rispettivamente 25,82 euro e 1032,91 euro).

*

Il Ministero dell'Ambiente, nella citata risposta resa a questa Avvocatura generale, ha riportato le perplessità del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali in ordine alla legittimità del regolamento sulle sanzioni

emanato dal parco del Cilento “*quale possibile schema-tipo di regolamento da diramare a tutti gli enti parco*” (pag. 4) che possa introdurre ulteriori divieti e consentanee sanzioni rispetto a quelli già tipizzati dal comma 3 dell’art. 11 della legge n. 391/1994 lett. da a) a h).

Il problema che si pone è se l’art. 30 della legge n. 394/1991 possa fondare il potere regolamentare di irrogazione di sanzione, **pur non indicando il precetto**, in possibile conflitto, quindi, con il principio di legalità sancito dall’art. 23 Cost. (per le sanzioni amministrative).

Il dubbio, in buona sostanza, nasce dal fatto che tale norma sembra rivestire la natura di **norma sanzionatoria in bianco** priva di **sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dei provvedimenti dell'autorità** non legislativa, alla trasgressione dei quali consegue la sanzione: “*il principio di legalità della pena non può considerarsi soddisfatto quando non sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato - non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge - a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena* (tra le altre, C. cost., 28 giugno 2002, n. 295; C. cost., 14 giugno 1990, n. 282; C. cost., 27 giugno 1972, n. 113; C. Cost. 8 luglio 1971, n. 168; C. cost., n. 26 del 1966).

La legittimità - anche sotto il profilo del rispetto della riserva (relativa) di legge di cui all’art. 23 Cost. - **tanto** del regolamento del parco **quanto**, *a fortiori*, del c.d. regolamento per le sanzioni amministrative deve essere scrutinata alla luce di quanto disposto dall’art. 11 della l. n. 394/1991 il quale, com’è noto, **per un verso**, demanda al regolamento del parco a) la disciplina delle attività consentite entro il territorio del parco (commi 1 e 2) e b) le eventuali deroghe alle attività vietate (comma 4); e, **per un altro**, vieta, **in generale**, “*le attività e le opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati*” e, **in particolare**, le attività specificamente indicate dalle lettere da a) ad h) del comma 3.

Ciò significa che, quanto alle **attività consentite** e, in particolare, quanto a quelle attività **specificamente indicate** dal comma 2 dell’art. 11 della l. n. 394/1991, il regolamento del parco può disciplinarne **in via autonoma** lo svolgimento prescrivendo e vietando condotte ed opere nel rispetto, comunque, delle esigenze di tutela del paesaggio e degli ambienti naturali; quanto alle **attività vietate, genericamente e specificamente** indicate dal comma 3 dello stesso art. 11 della l. n. 394/1991, il regolamento del parco ha invece il potere di **individuare**, nell’esercizio della discrezionalità tecnica che la legge ha inteso comunque riservare all’ente parco, attività ed opere - genericamente - suscettibili di pregiudicare valori connessi alla salvaguardia del paesaggio e dell’ambiente dovendo **in ogni caso** vietare - nell’esercizio di un potere (questa volta) meramente ricognitorio e, comunque, **vincolato** - lo svolgimento delle

attività specificamente indicate dalle lettere da a) ad h) dello stesso comma 3.

Sotto questo profilo, può dunque dirsi che i **precetti** e, in particolare, i **divieti** la cui violazione comporta e legittima l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 30, comma 2, della l. n. 394/1991 sono contenuti nell'art. 11 della stessa legge il quale **integra** e **completa**, per questo riguardo, la norma in bianco di cui all'art. 30, comma 2, citato rispettando così la riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. Il regolamento del parco sarà dunque **legittimo se e nella** misura in cui le disposizioni emanate dall'ente parco nell'esercizio, rispettivamente, del potere **regolatorio** previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 11 della l. n. 394/1991 e di quello **interdittivo** contemplato dal comma 3 dello stesso art. 11 risultino rispettose degli **ambiti**, dei **limiti** e dei **divieti** che la legge ha inteso porre alla potestà regolamentare dell'ente parco. Il regolamento del parco sarà invece **illegittimo** per violazione dell'art. 11 della l. n. 394/1991 nel caso, inverso, in cui le disposizioni in esso contenute eccedano gli ambiti, i limiti e i divieti posti dalla legge e, **in particolare**, e per quanto qui specificamente interessa, nell'ipotesi in cui le norme del regolamento configurino, **ex novo e in via autonoma, illeciti non** riconducibili alla violazione di disposizioni legittimamente emanate dall'ente parco o comminino **sanzioni** diverse da quelle previste dalla legge o in casi diversi da quelli da questa previsti. E dunque, se i regolamenti del parco non possono "creare" **illeciti diversi** e **ulteriori** rispetto a quelli **direttamente** (violazioni dei divieti di cui all'art. 11, comma 3, lett. da a) ad h)) o **indirettamente** (violazioni delle disposizioni emanate e dei divieti imposti dall'ente parco ai sensi dell'art. 11, commi 1, 2 e 3) previsti dalla legge **né** comminare **sanzioni diverse** e **ulteriori** rispetto a quelle contemplate dagli artt. 29 e 30 della legge n. 394/1991 o in casi **diversi** da quelli per i quali le stesse sono state previste, è giocoforza ritenere che, *a fortiori*, i c.d. regolamenti per le sanzioni amministrative non possano a loro volta né "creare" nuovi illeciti amministrativi né irrogare nuove o diverse sanzioni.

I c.d. regolamenti per le sanzioni amministrative - della cui legittimità, in difetto di espressa previsione normativa e di esplicita attribuzione legislativa alla competenza degli enti parco, è peraltro lecito dubitare alla luce dei principi di legalità e di tipicità degli atti amministrativi - possono infatti assolvere, al più, ad una funzione **meramente ricognitiva**, da un lato, degli illeciti e delle sanzioni previste dalla legge n. 394/1991 e, sulla base di questa, dal regolamento del parco e, dall'altro, del procedimento previsto dalla legge n. 689/1981, rispettivamente, per la contestazione dei primi e per l'irrogazione delle seconde, dovendosi invece escludere *in radice* che possa essere loro attribuita una qualsiasi valenza normativa innovativa e/o qualsiasi efficacia costitutiva.

In particolare, nelle ipotesi peraltro frequenti in cui non risulti ancora emanato e/o approvato un regolamento del parco, i cennati regolamenti per le sanzioni amministrative - ferme le perplessità in precedenza esposte a proposito della loro legittimità alla luce dei richiamati principi generali dell'ordina-

mento giuridico - **possono** - e **debbono** - limitarsi, al più, al mero **richiamo** dei **divieti** esplicitamente previsti dalle lettere da a) ad h) del comma 3 dell'art. 11 citato i quali, come esplicitamente disposto dall'art. 6, comma 4, della l. n. 394/1991, operano *ex lege*, nell'ambito delle misure di salvaguardia, dalla data del provvedimento istitutivo della singola area protetta sino all'approvazione del regolamento del parco.

In definitiva, in assenza di un potere regolamentare degli enti parco in materia sanzionatoria, detti regolamenti null'altro costituiscono - e possono costituire - che semplici **tabelle/prontuari** con i quali gli enti parco, nelle more dell'adozione dei regolamenti ex art. 11 l. n. 394/1991 e a meri fini di trasparenza e di pubblicità, si limitano ad **elencare** e a **riepilogare** i divieti **di-rettamente** stabiliti dalla legge - divieti peraltro operanti **anche** in assenza del regolamento - e le regole procedurali che presiedono all'accertamento e all'irrogazione delle sanzioni - ad uso **sia** degli agenti e funzionari incaricati dell'accertamento delle violazioni (uso **interno**) **sia** del pubblico degli utenti del parco (uso **esterno**).

*

In relazione al terzo quesito, circa la possibile sospensione dell'irrogazione di sanzione alternativa all'ordine di ripristino in attesa della definizione della procedura di accertamento ex art. 36 cit., si deve offrire risposta negativa, atteso che si è negata la possibilità di comminare sanzioni alternative, in risposta al primo quesito.

Infatti, se si sostiene che l'Ente Parco non può irrogare sanzioni alternative all'ordine di ripristino, *ergo* non si pone un problema di sospensione delle stesse.

Da ultimo, va richiamato quanto detto in risposta al secondo quesito, ossia che *“Il rilascio dell'accertamento in conformità da parte del Comune in mancanza del nulla osta dell'Ente Parco, quindi, non esplica alcun effetto (n.d.r. nemmeno sospensivo) sui poteri ripristinatori e sanzionatori attribuiti a quest'ultimo dagli artt. 29 e 30 della legge 394\1991”*.

Sul presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato consultivo di cui alla legge n. 103/1979 che si è espresso in conformità nella seduta del 9 ottobre 2014.

Sull'assegno vitalizio a favore di deputato regionale a seguito di interdizione perpetua dai pubblici uffici

PARERE 27/10/2014-446052, AL 29850/14, SEZ. VI, AVV. ANGELO VITALE

La questione oggetto del parere riguarda il regime dell'assegno vitalizio di un ex deputato regionale, condannato in via definitiva alla pena complessiva di 7 anni di reclusione, per il reato di favoreggiamento personale *ex art. 378 c.p.*, aggravato dalla finalità di cui all'*art. 7 L. 203/91*, unito dal vincolo della continuazione con il reato di rivelazione di segreto di ufficio *ex art. 326 c.p.* Sulla scorta di tale condanna ad una pena maggiore di 5 anni di reclusione, l'*ex* deputato regionale è stato altresì raggiunto dalla pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici *ex art. 29 c.p.*

Su queste basi, l'Assemblea Regionale chiede lumi sul regime dell'assegno vitalizio e, in particolare, sull'applicazione dell'*art. 6, comma 7° del Reg. pensioni deputati*, secondo cui *"Ai sensi dell'articolo 11, comma 2°, L.R. 4 gennaio 2014, n. 1, l'assegno vitalizio o la pensione sono sospesi in caso di condanna definitiva per delitti contro la Pubblica amministrazione, che comportino interdizione dai pubblici uffici ai sensi degli articoli 28 e 29 del codice penale, come stabilito dall'art. 2, comma 1, lettera n) del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 713, fatti salvi gli effetti della riabilitazione"* (1).

L'*ex* deputato regionale sostiene, al riguardo, di non incorrere nella previsione regolamentare di sospensione del vitalizio, atteso che - a rigore - l'interdizione dai pubblici uffici non è stata comminata in ragione di condanna definitiva per delitti contro la pubblica amministrazione (per la rivelazione di segreto d'ufficio è stata disposta infatti la pena di anni 1 e mesi 6 di reclusione, insufficiente da sola alla interdizione *ex art. 29 c.p.*), bensì per un reato di diversa natura (il favoreggiamento personale aggravato, contro l'Amministrazione della Giustizia), non contemplato dalla disposizione regolamentare.

Sul punto, l'Avvocatura Distrettuale di Palermo ha reso parere contrario

(1) La suddetta norma regolamentare trova il suo necessario presupposto normativo nell'articolo 2, comma 1, lett. n), del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213, che - nell'ambito di una disposizione volta a contenere le spese delle Regioni - condiziona i trasferimenti statali a favore delle stesse al fatto che:

n) abbia(no) escluso, ai sensi degli articoli 28 e 29 del codice penale, l'erogazione del vitalizio in favore di chi sia condannato in via definitiva per delitti contro la pubblica amministrazione.

In esecuzione di tale disposizione statale, la Regione Sicilia ha approvato la L.R. n. 1 del 2014, che, all'articolo 11 recita:

"L'Assemblea regionale siciliana, secondo le disposizioni del Regolamento interno, disciplina i casi di esclusione o sospensione dall'erogazione dei vitalizi, nel rispetto dei principi contenuti nell'articolo 2, comma 1, lettera n), del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213, per il periodo corrispondente alla durata dell'interdizione dai pubblici uffici e fatti salvi gli effetti della riabilitazione".

alle rivendicazioni dell'ex deputato regionale, ritenendo correttamente che non si possa contravvenire per via regolamentare né alle previsioni del codice penale (artt. 28 e 29 c.p.) né ad una interpretazione sistematica delle norme di legge presupposte (e riportate in nota): in via interpretativa, ha quindi concluso nel senso che la sospensione del vitalizio del deputato regionale trova giustificazione in tutti i casi di condanna definitiva per reati contro la p.a., proprio in ragione della particolare "qualità" del bene in interesse tutelato e del reato commesso, anche a prescindere dalla misura della pena (come previsione aggiuntiva, di tutela e presidio rafforzato dell'incarico elettivo, rispetto alla fattispecie della pena accessoria della interdizione in perpetuo dai pubblici uffici prevista dal codice penale e legata esclusivamente all'entità della condanna ex art. 29 c.p.) (2).

La soluzione interpretativa, condivisibile in astratto, pone sul tappeto la questione del rapporto tra le diverse fonti normative e, nella specie, del criterio risolutivo di prevalenza nell'ipotesi di contrasto tra le previsioni della legge (nel caso, sia statale (3) che regionale (4), di contenuto omogeneo) rispetto a quelle regolamentari dell'assemblea siciliana.

Nel caso, tuttavia, la questione può più agevolmente risolversi sulla scorta della immediata applicazione, *de plano*, della prevalente norma penale e, quindi, del regime dettato dagli artt. 28, 2° comma, n. 5 e 29 c.p.

L'art. 28, 2° comma, n. 5, c.p. prescrive infatti che il soggetto interdetto in perpetuo dai pubblici uffici - per effetto di condanna definitiva a pena superiore a 5 anni, ex art. 29 c.p. (come nel caso) - venga privato "*degli stipendi, delle pensioni e degli assegni a carico dello Stato o di un altro ente pubblico*".

Come noto, la Corte Costituzionale ha ridisegnato il perimetro applicativo di tale disposizione, dichiarandone l'illegittimità costituzionale limitatamente alla parte in cui privi il condannato della "pensione", rigorosamente intesa come trattamento avente titolo in un rapporto di lavoro (5).

Nello specifico, la Corte fonda la sua statuizione sulla violazione dei parametri offerti dagli artt. 1 e 36, riguardanti appunto il lavoro e la retribuzione, chiarendo che il giudizio "*non va esteso alle ipotesi relative a trattamenti economici non aventi titolo in un rapporto di lavoro*".

(2) A ulteriore conforto della soluzione interpretativa delineata, il parere richiama - in via sistematica - anche le previsioni degli artt. 7 e 8 D.lvo n. 235/2012, che dalla condanna penale per tutta una serie di reati contro la p.a. fanno discendere un regime di incandidabilità, sospensione e/o decadenza dalla carica.

(3) Articolo 2, comma 1, lett. n), del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213.

(4) Art. 11, L.R. n. 1 del 2014.

(5) Cfr. Corte Cost. 13 gennaio 1966, n. 3, che precisa anche di non voler certo escludere, in via assoluta, la possibilità di una misura del genere anche a carico di trattamenti economici traenti titolo da un rapporto di lavoro, purché qualificata dalla natura del reato e non "*collegata puramente e semplicemente all'entità della pena detentiva inflitta, così come attualmente dispone l'art. 29*". A tale pronuncia è seguita poi Corte Cost. 19 luglio 1968, n. 113, relativamente alle pensioni di guerra.

A seguito dell'intervento della Corte Costituzionale - e al fine di scongiurare eventuali disparità di trattamento - è stata poi emanata la Legge 8 giugno 1966, n. 424, secondo cui *“Sono abrogate le disposizioni che prevedono, a seguito di condanna penale o di provvedimento disciplinare, la riduzione o la sospensione del diritto del dipendente dello Stato o di altro Ente pubblico al conseguimento e al godimento della pensione e di ogni altro assegno od indennità da liquidarsi in conseguenza della cessazione del rapporto di dipendenza”* (art. 1, sottolineatura aggiunta), con chiaro riferimento letterale alla salvaguardia dei trattamenti pensionistici legati ad un pregresso rapporto di pubblico impiego.

In questi termini, ad avviso della Scrivente, l'art. 28, 2° comma, n. 5 c.p. trova piena applicazione rispetto all'assegno vitalizio dei deputati condannati penalmente in via definitiva e perciò interdetti in perpetuo dai pubblici uffici, rispondendo certamente alla *ratio* della pena accessoria (tesa alla più rigorosa tutela del pubblico ufficio) e non rientrando tale trattamento nell'area, costituzionalmente protetta, di salvaguardia e di esenzione sopra delineata.

Il vitalizio dei deputati, infatti - pur potendo assumere connotati di tenore previdenziale, avvicinati al regime delle assicurazioni private - non trova titolo in un rapporto di lavoro, come tale costituzionalmente protetto *ex artt.* 1 e 36, bensì in un mandato pubblico elettivo, assimilabile per certi versi alle funzioni onorarie.

Al riguardo, sia la Corte Costituzionale che la Suprema Corte di cassazione hanno a più riprese ribadito e sottolineato tale chiaro tratto distintivo tra le pensioni e l'assegno vitalizio ai deputati, fondato appunto sul diverso titolo da cui traggono fondamento.

Nello specifico, il Giudice delle Leggi - trovandosi a valutare la situazione di pretesa assimilazione tra i titolari di assegni vitalizi goduti in conseguenza della cessazione di determinate cariche e, dall'altro, quelle dei titolari di pensioni ordinarie derivanti da rapporti di impiego pubblico - ha avuto modo di affermare chiaramente che *“tra le due situazioni - nonostante la presenza di alcuni profili di affinità - non sussiste, infatti, una identità né di natura né di regime giuridico, dal momento che l'assegno vitalizio, a differenza della pensione ordinaria, viene a collegarsi ad una indennità di carica goduta in relazione all'esercizio di un mandato pubblico: indennità che, nei suoi presupposti e nelle sue finalità, ha sempre assunto, nella disciplina costituzionale e ordinaria, connotazioni distinte da quelle proprie della retribuzione connessa al rapporto di pubblico impiego”* (6).

(6) Cfr. Corte Cost. 13 luglio 1994, n. 289, che aggiunge *“La diversità tra assegno vitalizio e pensione - pur variando in relazione alla diversa tipologia dei vitalizi previsti dalla legislazione in vigore - assume, d'altro canto, un'evidenza particolare in relazione ai vitalizi spettanti ai parlamentari cessati dal mandato, dal momento che questo particolare tipo di previdenza ha trovato la sua origine in una forma di mutualità (Casse di previdenza per i deputati ed i senatori istituite nel 1956) che si è gradualmente trasformata in una forma di previdenza obbligatoria di carattere pubblicistico, conservando peraltro un regime speciale che trova il suo assetto non nella legge, ma in regolamenti interni delle Camere (v. il regolamento della previdenza per i deputati, approvato il 30 ottobre 1968, con suc-*

Sulla scia dell'orientamento del giudice costituzionale, anche la Suprema Corte di cassazione - a più riprese e anche di recente - ha ribadito chiaramente la netta diversità sostanziale e giuridica dell'istituto del vitalizio previsto per l'eletto ad una pubblica carica rispetto al trattamento previdenziale o pensionistico conseguente ad un rapporto di lavoro, atteso che *"l'eletto ad una pubblica carica non ha certamente un rapporto di lavoro con l'ente che rappresenta"*, cosicché *"l'assegno vitalizio, a differenza della pensione ordinaria, viene a ricollegarsi ad una indennità di carica goduta in virtù di un mandato pubblico, con caratteri, criteri e finalità ben diverse da quelle proprie della retribuzione connessa ad un rapporto di lavoro"* (7).

In questi termini, dunque, ad avviso della Scrivente, la perdita dell'assegno vitalizio a favore del deputato regionale condannato in via definitiva ad una pena superiore ai 5 anni (come nel caso), trova immediato fondamento negli artt. 28, 2° comma, n. 5 e 29 c.p., rappresentando l'effetto automatico *ex lege* della pena accessoria della interdizione in perpetuo dai pubblici uffici comminata in sede penale.

La questione è stata portata all'esame del Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, che - nella seduta del 17 ottobre 2014 - ha deliberato in conformità.

cessive modificazioni, ed il regolamento per la previdenza ed assistenza ai senatori e loro familiari, approvato il 23 ottobre 1968, con successive modificazioni).

L'evoluzione che, nel corso del tempo, ha caratterizzato questa particolare forma di previdenza ha condotto anche a configurare l'assegno vitalizio - secondo quanto è emerso dai dati acquisiti presso la Presidenza delle due Camere - come istituto che, nella sua disciplina positiva, ha recepito, in parte, aspetti riconducibili al modello pensionistico e, in parte, profili tipici del regime delle assicurazioni private. Con una tendenza che di recente ha accentuato l'assimilazione del regime dei contributi a carico dei deputati e dei senatori a quello proprio dei premi assicurativi (v., in particolare, la delibera dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati n. 61/93 e del Consiglio di presidenza del Senato n. 44/93, dove si stabilisce, a fini fiscali, di includere i contributi stessi nella base imponibile dell'indennità parlamentare "in analogia ai premi assicurativi destinati a costituire le rendite vitalizie").

(7) Cfr. Cass. 20 giugno 2012, n. 10177, nonché Cass. 24 novembre 2010, n. 23793 e Cass. 1 ottobre 2010, n. 20538; da ultimo, sui deputati dell'Assemblea regionale siciliana, seppure a diversi fini, Cass. 20 marzo 2014, n. 6557, che ribadisce come l'indennità di carica non possa in alcun modo assimilarsi alla retribuzione connessa a rapporto di pubblico impiego.

Modalità attuative di intervento per la bonifica e rivitalizzazione della c.d. “Terra dei Fuochi”: la disciplina per i controlli antimafia

PARERE 10/12/2014-525465, AL 44024/14, SEZ. IV, AVV. MARIO ANTONIO SCINO

Inquadramento normativo

Il d.l. 10 dicembre 2013, n. 136, convertito dalla L. 6 febbraio 2014, n. 6, contiene disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali e a favorire lo sviluppo delle aree interessate.

In particolare, gli articoli da 1 a 3 del predetto decreto disciplinano il programma straordinario di iniziative finalizzate alla bonifica dei siti nei terreni della regione Campania (cosiddetta “Terra dei fuochi”).

In ragione della delicatezza di tali interventi, anche in considerazione del contesto ambientale in cui gli stessi si andranno a collocare, l’art. 2-*bis* del citato d.l. ha delineato un sistema di controlli rafforzato, dal punto di vista antimafia, in analogia a quanto già sperimentato, in occasione di vicende di analoga delicatezza quali l’EXPO 2015 e la ricostruzione post-sisma in Abruzzo e in Emilia Romagna.

Nello specifico, il comma 5 del predetto art. 2-*bis* dispone che *“I controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sono altresì effettuati con l’osservanza delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l’alta sorveglianza delle grandi opere, anche in deroga a quanto previsto dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”*.

Il successivo comma 6 prevede, inoltre, che *“Per l’efficacia dei controlli antimafia nei contratti pubblici e nei successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture e nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche è prevista la tracciabilità dei relativi flussi finanziari. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri dell’interno, della giustizia, dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, delle politiche agricole alimentari e forestali e dell’economia e delle finanze, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono definite le modalità attuative del presente comma ed è prevista la costituzione, presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo di Napoli, di elenchi di fornitori e prestatori di servizi, non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori oggetto del presente articolo. Il Governo presenta alle Camere una relazione annuale concernente l’attuazione del presente comma”*.

Lo stesso art. 2-*bis*, nei commi da 1 a 4, prevede, in analogia a quanto già sperimentato per le esperienze di EXPO e della ricostruzione in Abruzzo, una strumentazione rafforzata, sul piano ordinamentale, assegnando un ruolo

di indirizzo e coordinamento al Prefetto di Napoli, quale Prefetto del capoluogo della regione Campania, di tutte le attività finalizzate alla prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti per la bonifica delle aree inquinate.

In particolare, per lo svolgimento di tali compiti, il Prefetto potrà avvalersi di una Sezione specializzata del Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere, istituita presso quella Prefettura-UTG, nonché di un Organismo info-investigativo, istituito presso il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno.

Alla luce del quadro normativo delineato, appare evidente l'intento del Legislatore di mettere in campo un sistema di presidi, nel campo della prevenzione antimafia, demandandone la puntuale definizione al Comitato di Coordinamento che opera presso il Ministero dell'Interno, calibrati sulla specificità del rischio connesso alla tipologia degli interventi che si andranno a realizzare su quei territori e, di conseguenza, alla categoria degli operatori economici che saranno interessati alle operazioni di risanamento del territorio.

Al fine di dare attuazione alle dette disposizioni, il sopra richiamato Comitato di Coordinamento ha predisposto uno schema di Linee guida, che dovranno essere emanate in ossequio a quanto previsto dall'art. 2-bis, comma 5, cit., richiedendo altresì parere a questa Avvocatura in merito a taluni aspetti.

I quesiti

Nell'ambito degli interventi da attuare per la bonifica e la rivitalizzazione della c.d. "Terra dei Fuochi" (di cui al d.l. 10 dicembre 2013 n. 136, conv. con modificazioni dalla L. 6 febbraio 2014 n. 6), ricostruita la *ratio legis* ed il contesto di cui all'art. 2-bis del citato d.l., che dispone nuove modalità attuative delle vigenti misure di prevenzione antimafia, è chiesto parere, in sintesi, in ordine a due profili, che possono così essere riassunti, senza con ciò voler semplificare la complessità e pregio delle questioni esposte e argomentate nella formulazione del quesito:

1. il primo, se il comma 5 del citato art. 2-bis debba essere interpretato nel senso che i controlli effettuati secondo le Linee guida del CCASGO possano essere eseguiti derogando solo a quanto previsto dal Codice di cui al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (secondo una interpretazione restrittiva della norma), ovvero derogando non solo a quanto previsto dal detto Codice ma anche ad altre fonti (secondo una interpretazione finalistica della norma e della sua *ratio legis*, quest'ultima propugnata dal Ministero richiedente il quesito); in tale seconda ipotesi, ad avviso del richiedente Ministero, le Linee Guida potrebbero "legittimamente prevedere il ricorso a strumenti di controllo contemplati da fonti diverse dallo stesso D.Lgs. n. 159/2011, purchè nel rispetto dei principi desumibili dallo stesso art. 2-bis, della sua *ratio ispiratrice* (rafforzamento della prevenzione delle infiltrazioni criminali) e dei limiti imposti alla riserva di legge";

2. il secondo, analogamente all'esperienza "post sisma" in Abruzzo (Linee Guida pubblicate in G.U. 12 agosto 2010 n. 186) prima della adozione delle misure attuative della c.d. Legge Severino (L. n. 190/2012) con DPCM 18 aprile 2013, se nelle more del DPCM di cui al comma 6 d.l. cit. di istituzione degli elenchi di prestatori e fornitori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, possano essere utilmente impiegati nella prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'affidamento ed esecuzione di contratti pubblici, erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche connessi alle attività di monitoraggio e di bonifica delle aree inquinate, istituti e strumenti già contemplati dall'ordinamento giuridico, quale, ad esempio, quello di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 159/2011 (recante "*disposizioni relative ai contratti pubblici*" con previsione di specifici poteri e facoltà in capo al Prefetto della provincia interessata), con conseguente possibilità di attivazione di un sistema di *white list* "*più rigoroso rispetto a quello generale previsto dall'art. 1, comma 52, della legge n. 190/2012 [...] che sarà assorbito dagli elenchi da istituirsi sulla base dell'emanando decreto presidenziale*".

Con la conseguente possibilità, ad avviso del richiedente Ministero, di:

- **estendere** l'indice delle attività considerate "*...maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa...*" di cui all'art. 1, comma 53, L.n. 190/2012, decalogo che pare assumere valenza ricognitiva e quindi non tassativa ed esaustiva;

- **considerare obbligatoria**, e non già facoltativa, l'iscrizione nell'elenco ai fini dell'aggiudicazione del contratto o autorizzazione al subappalto, sicché gli operatori economici "*...ove intendano contrattare con la pubblica amministrazione sono tenuti a richiedere l'ammissione nella white list*";

- **fornire** al Prefetto un indirizzo volto a declinare, nell'ambito della propria sfera di valutazione discrezionale, le previsioni degli artt. 84, comma 4, lett. d) e 91, comma 6, del d.lgs. n. 159/2011 onde poter "*...desumere l'esistenza di tentativi di infiltrazione da situazioni, per così dire, non tipizzate*".

Considerazioni

Ciò premesso, appare alquanto evidente, anche sulla base del complesso sistema di riferimento (quale già delineato dall'art. 1 della L. 6 novembre 2012 n. 190, nonché dal DPCM 18 aprile 2013) e degli obiettivi comunque perseguiti con il d.l. n. 136 cit., reso necessario per fronteggiare una situazione connotata da elementi di eccezionale gravità e pericolosità per la salute e sicurezza dell'uomo, che il comma 5 dell'art. 2-bis cit. non possa essere applicato se non secondo la prospettazione di codesta Amministrazione, quanto alle finalità perseguite.

Invero il comma 5 dell'art. 2-bis del d.l. 10 dicembre 2013, n. 136 - aggiunto dalla legge di conversione 6 febbraio 2014, n. 6 - detta - demandandola alle linee guida indicate dal CCASGO - la disciplina speciale dei controlli antimafia:

a) sui contratti pubblici - principali e derivati - aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture connessi alle attività di monitoraggio e bonifica delle aree inquinate della Campania nonché

b) sulle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche ai medesimi fini e nel medesimo territorio.

Come, infatti, emerge anche dai lavori preparatori, nell'intento del legislatore tale disciplina speciale deve ritenersi derogatoria e tendenzialmente più stringente e rigorosa "anche" - ma non solo - rispetto alla disciplina generale dei controlli antimafia di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 avuto riguardo al contesto - territoriale, economico e sociale - e all'oggetto specifico - mappatura e bonifica aree inquinate - degli interventi. Il comma 5 dell'art. 2-*bis* del d.l. n. 136/2013 non deve essere necessariamente letto in connessione con il successivo comma 6 posto che le due disposizioni hanno oggetti e funzioni diverse.

Il comma 5 disciplina, a mezzo delle linee guida indicate dal CCASGO, le modalità di esercizio - in senso, diverso, derogatorio e (tendenzialmente) più stringente e rigoroso - dei controlli di antimafia relativamente ai contratti pubblici - principali e derivati - aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture connessi alle attività di monitoraggio e bonifica delle aree inquinate della Campania.

Il comma 6, invece, impone, relativamente a tali contratti, da un lato, la tracciabilità dei relativi flussi finanziari e dall'altro, rimette ad un d.P.C.M. "le modalità attuative del presente comma" - e non del comma precedente - e la costituzione, presso la prefettura-U.T.G. di Napoli, di elenchi di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, "ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori" .

Le *white list* di cui alle linee guida sono dunque, al pari delle *white list* di cui al futuro d.P.C.M. e non dissimilmente, del resto, dalle *white list* previste da altre disposizioni e, segnatamente, dall'art. 1, comma 52, della l. n. 190/2012, null'altro che strumenti sostitutivi, in un'ottica di semplificazione amministrativa, degli ordinari controlli antimafia nel senso che l'iscrizione nell'elenco "tiene luogo - esonerandone, l'Amministrazione preposta e l'operatore economico interessato - della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta", come appunto recita il comma 52-*bis* dell'art. 1 della citata l. n. 190/2012.

La differenza tra la *white list* del comma 5 dell'art. 2-*bis* del d.l. n. 136/2013 e le altre risiede nel fatto che la prima è speciale, perché riguarda solo i contratti pubblici e i successivi subappalti e subcontratti relativi agli interventi di cui al comma 1 dell'art. 2-*bis* e può essere più restrittiva, ed anche derogatoria, quanto ai requisiti di iscrizione, rispetto alle "normali" *white list*.

Soluzioni proposte

Si condivide, quindi, quanto ritenuto da codesta Amministrazione in ordine alla natura non tassativa dell'elenco delle attività a rischio di cui all'art. 1, comma 53, L. n. 190/2012, non risultando preclusa la facoltà, stanti le finalità preventive, di individuare nuove e diverse aree di attività a rischio, anche come si ricava dal successivo comma 54 che indica altresì la procedura di periodico aggiornamento, in relazione all'evoluzione, sul piano temporale rispetto alla citata L. n. 190 cit., delle dinamiche economiche e sociali, e quindi anche rilevanti ai fini della lotta alla criminalità; in tal caso, gli atti adottati ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 2-*bis* cit. dovranno avere cura di evidenziare la specialità che giustifica il procedimento alternativo per l'aggiornamento delle liste, secondo i comuni canoni ermeneutici della successione delle leggi nel tempo.

Analogamente, deve ritenersi condivisibile la possibilità di rendere obbligatoria tale iscrizione, e non meramente facoltativa, avendosi cura, da parte delle Stazioni appaltanti, di precisare negli atti di gara, ivi comprese le informazioni complementari, tale circostanza e ciò al fine di dare compiuta conoscenza dei vincoli nascenti a carico degli operatori economici, con riguardo alla capacità giuridica a contrarre.

Pur condividendosi infine la necessità che sul piano operativo il Prefetto possa *desumere* l'esistenza di tentativi di infiltrazione da situazioni, che non appaiono però del tutto generiche, e da elementi e circostanze ulteriori rispetto a quelli indicati dagli artt. 84, comma 4, lett. d) del d.lgs. n. 159/2011, si sottolinea che le previsioni che dovranno declinare la conseguente azione prefettizia dovranno essere attentamente valutate alla luce del Codice Antimafia, anche in relazione alle modifiche introdotte dal Decreto legislativo correttivo (D.lgs. n. 153 del 2014), e della normativa concernente in generale le misure amministrative di prevenzione antimafia, come interpretata dalla consolidata giurisprudenza del Giudice amministrativo il cui sindacato è orientato alla stregua della sistematicità del quadro indiziario qualificato, quale presupposto fondante delle misure di prevenzione in esame.

In tale contesto si richiama l'attenzione, al riguardo, soprattutto con particolare riferimento alla prospettata rilevanza sintomatica delle condanne anche non definitive per le contravvenzioni previste per la materia ambientale, e si evidenzia l'opportunità che tali condanne siano suffragate da ulteriori elementi sintomatici e risultino collegate funzionalmente ad una modalità di gestione dei rifiuti ed alla considerazione degli interessi ambientali non consona all'attività per cui si richiede l'iscrizione.

Sull'attività di riscossione del prelievo supplementare previsto dal regime delle c.d. "quote latte" (*)

PARERE 11/12/2014-527672/3/4, AL 43062/14, SEZ. V, AVV. MARINA RUSSO

Con la nota in riferimento, codesto Comando Generale sottopone alla Scrivente un articolato quesito, inerente la collaborazione di cui all'oggetto.

In particolare, si chiede di conoscere l'avviso della Scrivente sulle seguenti questioni:

1. Se, a mente dell'art. 8-*quinquies* comma 10-*bis* del D.L. 5/09, l'Agea sia obbligata ad avvalersi della Guardia di Finanza per lo svolgimento delle attività di riscossione del prelievo supplementare previsto dal regime delle c.d. "quote latte";

2. Se Agea possa fare ricorso, per le suddette attività, a soggetti esterni abilitati, ai sensi del D.M. 12 febbraio 2012;

3. Se rientri fra le facoltà di Agea, quale agente della riscossione, provvedere autonomamente alla notifica delle cartelle di pagamento mediante raccomandata a.r. secondo quanto previsto dall'art. 26 comma 1 secondo periodo del D.P.R. 602/1973;

4. Se gli appartenenti alla Guardia di Finanza quali ufficiali della riscossione, possano eseguire le notifiche delle cartelle di pagamento a mezzo posta, ai sensi dell'art. 26 comma 1 secondo periodo del D.P.R. 602/1973;

5. Se l'art. 8-*quinquies* del D.L. 5/09 sia costituzionalmente illegittimo sotto il profilo della copertura finanziaria;

6. Se lo stesso art. 8-*quinquies* commi 10-*bis* e 10-*ter* del D.L. 5/2009 cit. sia compatibile con le previsioni vigenti in materia di abilitazione ed autorizzazione all'esercizio delle potestà di ufficiale della riscossione, segnatamente con il combinato disposto dell'art. 42 D.lgs 112/1999 e del D.P.R. 402/00.

§§§

Preliminarmente la Scrivente segnala a tutte le amministrazioni in indirizzo che la questione proposta, come è noto, si connette inscindibilmente con

(*) Il parere è stato redatto a margine della legge di stabilità 2015 (L. 23 dicembre 2014, n. 190) che ha apportato modifiche ai commi 10-*bis* e 10-*ter* dell'art. 8 *quinquies*, D.L. 5/09:

10-*bis* "La notificazione della cartella di pagamento prevista dall'articolo 25 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni, e ogni altra attività contemplata dal titolo II del medesimo decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973, e successive modificazioni, sono effettuate dall'AGEA, che a tal fine si avvale delle società del gruppo Equitalia ovvero del Corpo della guardia di finanza. Il personale di quest'ultimo esercita le funzioni demandate dalla legge agli ufficiali della riscossione"

10-*ter* "Le procedure di riscossione coattiva sospese ai sensi del comma 2 sono proseguite, sempre avvalendosi delle società del gruppo Equitalia ovvero del Corpo della guardia di finanza, dalla stessa AGEA, che resta surrogata negli atti esecutivi eventualmente già avviati dall'agente della riscossione e nei cui confronti le garanzie già attivate mantengono validità e grado"

una procedura di infrazione ormai pervenuta al parere motivato che sembra preludere ad un contenzioso avanti alla Corte di giustizia UE potenzialmente foriero, a danno dell'Italia, di una elevatissima condanna a titolo di sanzione forfetaria e di penalità di mora.

Nell'ambito di detta procedura, la Commissione non ha mancato di stigmatizzare, tra l'altro, "*... la legislazione confusa e fortemente influenzata dalle iniziative dei produttori, ha generato una mole straordinaria di contenzioso, che ha di fatto inibito l'azione dell'Amministrazione nel perseguire rimedi efficaci per ingiungere il pagamento del prelievo ...*" "*Le autorità italiane sono state attive nel corso degli anni nell'introdurre nuove disposizioni che spesso sortivano il solo effetto di moltiplicare le procedure di recupero, e quindi le possibilità di opposizione o differimento dei versamenti*"; "*Come anche rilevato dalla Corte dei Conti italiana nella relazione 11/2013/G del 5 Dicembre 2013 a seguito delle modifiche della legge 228/2012, nelle more della stipula della convenzione si è verificato un nuovo stallo nei recuperi ...*" "*... il quadro legislativo permane oscuro e questo comporta ritardi ed ostacoli - a volte insormontabili - per la sua efficace attuazione*" (punti 53 e 55 del parere motivato ex art. 258 TFUE).

È quindi indispensabile che tutte le articolazioni dello Stato agiscano con il massimo spirito di collaborazione nell'interpretare e applicare le norme che si vanno a commentare.

In considerazione di ciò, è necessario che si proceda senza indugio alle notifiche necessarie ai fini della riscossione del prelievo in oggetto, incombente al quale - come si dirà meglio nel prosieguo - il Corpo della Guardia di Finanza, quando richiestone da Agea, dovrà senz'altro procedere, potendo a tal fine utilizzare tutte le modalità di notifica consentite dalla legge ai sensi del combinato disposto degli artt. 26 comma 6 D.P.R. 602/1973 e 60 del D.P.R. 600/1972 (quindi applicando le norme stabilite dagli artt. 137 ss. c.p.c., salve le modifiche di cui all'art. 60 ultimo cit..) nonché la notifica a mezzo raccomandata a.r. ai sensi dell'art. 26 comma 1 secondo periodo D.P.R. 602/1973, salvo quanto si dirà al punto B.4.

Essendo - peraltro - evidente la finalità di rafforzamento dell'efficacia delle procedure di notificazione sottesa all'intervento legislativo che ha previsto la facoltà di avvalimento di un corpo militare quale la Guardia di Finanza, il ricorso alla notifica direttamente operata dal personale del Corpo, oltre ad apparire in linea di massima preferibile in termini di certezza del risultato, si imporrà comunque in tutti i casi in cui l'utilizzo di forme diverse prospetti un esito incerto, nonché quando - all'atto pratico - il tentativo di consegna dell'atto al destinatario abbia incontrato resistenza e non sia andato a buon fine.

§§§

Tutto quanto sopra premesso, si ricorda che su parte dell'articolato quesito sopra sintetizzato (in particolare, sulla questione sub 1), la Scrivente è già stata

chiamata ad esprimersi da Agea, ed ha riscontrato tale richiesta con la nota n. 434191 del 31 ottobre 2013, sulla base della quale la stessa Agea ha adottato l'interpretazione restrittiva cui l'Amministrazione in indirizzo fa riferimento nella nota a margine.

In quell'occasione, è stato osservato: *“Per quanto infine attiene alla notifica degli atti della riscossione, essa è attività che spetterebbe all'ufficiale della riscossione (art.26 DPR 602/1973) o ad altri soggetti abilitati dall'agente della riscossione (con facoltà di questi, prevista dall'art. 45 del d.lgs. 112/1999, di avvalersi di messi notificatori). Ora, il tassativo disposto dell'art. 8 quinquies che impone a codesta Agenzia di avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza per la notifica delle cartelle di pagamento, senza apparente possibile alternativa, e che attribuisce per ciò alla Guardia di Finanza la qualifica di ufficiale della riscossione, non sembra consentire modalità di notifica diverse da quella espressamente prevista. Onde appare prudente, per non legittimare contestazioni appuntate su aspetti formali capaci di paralizzare l'attività di riscossione, intendere la norma come cogente sul punto”*.

Come esposto nella nota sopra citata, alla luce del tenore testuale della norma, si è ritenuto insomma di suggerire, a prevenzione di prevedibili contestazioni, l'opzione che privilegia una lettura di tipo formalistico.

Ciò tanto più che una proliferazione di contenziosi basati su contestazioni formali sarebbe assolutamente controproducente ai fini della difesa del Governo italiano nella procedura di infrazione 2013/2092 promossa dalla Commissione europea per il *“mancato rispetto degli obblighi di porre in essere quanto necessario per garantire l'effettiva ripartizione del prelievo sulle eccedenze nei confronti dei produttori obbligati e al suo pagamento ai sensi degli articoli 66 (2), 79, 80 ed 83 del regolamento unico OCM (Regolamento (CE) 1234/2007), e degli articoli da 15 a 17 del Regolamento (CE) n. 595/2004 e delle disposizioni previgenti aventi analogo contenuto”*.

§§§

Ciò premesso, e fermo restando l'avviso come sopra manifestato, si osserva quanto segue.

A) Si prendono le mosse dal quesito 1, e si osserva innanzi tutto che se, da un lato - le peculiari competenze della Guardia di Finanza in materia di polizia economico- finanziaria comportano, come del resto riconosciuto nella stessa nota che si riscontra, che Agea possa ricorrere all' *“avvalimento”* ai fini della ricostruzione del profilo patrimoniale del debitore - non sembra, d'altra parte, almeno ragionando *de iure condito*, che la collaborazione della Guardia di Finanza debba intendersi limitata a tale attività: l'attività di notificazione delle cartelle, che il citato comma 10-*bis* affida alla Guardia di Finanza, non è infatti preclusa dalla pure prospettata illegittimità costituzionale della norma, che codesto Comando argomenta sulla base del difetto di copertura finanziaria per un'attività i cui costi - in quanto estranea ai compiti tipici della Guardia di Finanza - non po-

trebbero essere fronteggiati con l'ordinaria dotazione finanziaria dell'Istituto.

Premesso che l'eventuale illegittimità costituzionale di una norma - fino a che la stessa non sia accertata nell'unica sede competente, costituita dal giudizio di costituzionalità - non esime comunque dalla relativa osservanza, va altresì rilevato come (e con ciò si evade, incidentalmente, **il quesito sub 5**), le funzioni di ufficiale della riscossione descritte all'art. 8-*quinquies* comma 10-*bis* cit., e particolarmente, l'attività di notificazione di cui alla norma stessa - oltre a presentare affinità, con specifico riferimento all'attività di notifica - a compiti normalmente inerenti le funzioni di polizia giudiziaria - non paiono comunque estranee ai compiti istituzionali della Guardia di Finanza per come definiti dal D.lgs. 68/2001 recante "*Adeguamento dei compiti della Guardia di Finanza*": quest'ultimo prevede (art. 2 comma 1) che tale Corpo assolva "*le funzioni di polizia economica e finanziaria a tutela del bilancio pubblico, delle regioni, degli enti locali e dell'Unione Europea*"; fa salvi i compiti previsti dall'art. 1 della l. 189/1959, ove si prevede che la Guardia di Finanza abbia, tra l'altro, il compito di "*vigilare, nei limiti stabiliti dalle singole leggi, sull'osservanza di disposizioni di interesse politico ed economico*" (quali sono le norme in materia di "quote latte"), e di eseguire "*gli altri servizi ... di tutela per i quali sia dalla legge richiesto il suo intervento*"; attribuisce (art. 2 comma 2 lett. m), "*compiti di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni in materia di ... ogni altro interesse economico finanziario nazionale o dell'Unione Europea*".

In considerazione di quanto sopra, non pare possa dubitarsi del fatto che Agea possa valersi, per il compimento delle notifiche in oggetto, della Guardia di Finanza, né del fatto che quest'ultima sia legittimata ed anzi tenuta a svolgerle, sembrando altresì superabile il dubbio dell'Amministrazione in indirizzo circa la possibile incompatibilità (**quesito sub 6**) delle previsioni di cui all'art. 8-*quinquies* cit. con quelle vigenti in materia di abilitazione ed autorizzazione all'esercizio delle funzioni di ufficiale della riscossione, segnatamente con il combinato disposto dell'art. 42 D.lgs 112/1999 e del D.P.R. 402/00. Le due discipline invero non paiono in contrasto, stante il carattere di specialità - rispetto al regime generale disciplinato dalle due normative da ultimo citate - della norma di cui all'art. 8-*quinquies* cit., che vale quale abilitazione *ex lege*.

B) Si viene, ora, alla trattazione dei **quesiti 2, 3 e 4** che si ritiene possano essere esaminati congiuntamente per via della stretta connessione dei profili che vi ineriscono.

B.1) I quesiti con cui si chiede se Agea, per il compimento delle attività di notificazione in questione, possa valersi di soggetti individuati ai sensi del D.M. 12. novembre 2012, o della notifica a mezzo posta di cui all'art. 26 comma 1 secondo periodo del D.P.R. 602/73 sulla base dell'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità segnalata da codesta Amministrazione, si fondano sull'assunto che - anche a prescindere dalle competenze che l'art. 8-*quinquies* cit. attribuisce alla Guardia di Finanza - l'attuale contesto norma-

tivo autorizzi a ravvisare in capo ad Agea una residua competenza, di analogo contenuto (magari solo in via concorrente con quella della Guardia di Finanza).

Tale competenza troverebbe, secondo il Comando in indirizzo, indiretta conferma nella previsione, di cui all'art. 8-*quinquies* comma 10-*bis* D.L. 5/09, secondo la quale Agea "si avvale" della Guardia di Finanza: la norma non determinerebbe la sottrazione - nei confronti della stessa Agea - della titolarità della funzione che le è propria, ma solo l'affiancamento, nell'espletamento di determinate attività, di un altro soggetto, avente precise competenze e strumenti (nella specie, la Guardia di Finanza).

B.2) Ciò premesso, si osserva che il tenore testuale dell'art. 8-*quinquies* comma 10-*bis* cit. è comunque ben chiaro nel prevedere espressamente che Agea "... a tal fine ... si avvale del Corpo della Guardia di Finanza".

Ebbene, pur se - in astratto - potrebbe non essere irragionevole teorizzare la persistenza di una concorrente legittimazione di Agea al compimento delle notifiche in particolare al fine di interrompere i termini prescrizionali con i mezzi ritenuti più idonei, sulla base degli argomenti richiamati al punto che precede, tuttavia il summenzionato, inequivocabile dato testuale rimane dirimente (anche nella sopra descritta ottica di prevenzione del contenzioso) nel senso di indurre ad individuare nel Corpo della Guardia di Finanza il soggetto legittimato ad effettuare le notifiche in questione, senza margini che gli consentano di declinare l'incarico affidatogli da AGEA.

B.3) Quanto, poi, alla pure prospettata possibilità che Agea si valga, per la suddetta attività di notifica, di soggetti individuati ai sensi del D.M. 12 novembre 2012, si osserva che il sistema delineato da quest'ultimo appare incompatibile con (e, come tale, deve considerarsi implicitamente abrogato da) quello disciplinato dall'art. 8-*quinquies* commi 10 e 10-*bis* del D.L. 5/2009 cit., come aggiunti dall'art. 1 comma 525 l. 228 del 24 dicembre 2012.

B.4) Si viene, infine, alla questione se il personale del Corpo della Guardia di Finanza possa ricorrere alla notifica a mezzo raccomandata a.r. ai sensi del comma 1 secondo periodo dell'art. 26 D.P.R. 602/1973, ovvero se possa farlo direttamente Agea, in forza del principio affermato nella sentenza Cass. 6395/14, richiamata da codesto Comando (*"In tema di riscossione delle imposte, la notifica della cartella esattoriale può avvenire anche mediante invio diretto, da parte del concessionario, di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, in quanto la seconda parte del comma 1 dell'art. 26 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, prevede una modalità di notifica, integralmente affidata al concessionario stesso ed all'ufficiale postale, alternativa rispetto a quella della prima parte della medesima disposizione e di competenza esclusiva dei soggetti ivi indicati. In tal caso, la notifica si perfeziona con la ricezione del destinatario, alla data risultante dall'avviso di ricevimento, senza necessità di un'apposita relata, visto che è l'ufficiale postale a garantirne, nel menzionato avviso, l'esecuzione effettuata su istanza del soggetto legittimato*

e l'effettiva coincidenza tra destinatario e consegnatario della cartella, come confermato implicitamente dal penultimo comma del citato art. 26, secondo cui il concessionario è obbligato a conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o con l'avviso di ricevimento, in ragione della forma di notificazione prescelta, al fine di esibirla su richiesta del contribuente o dell'amministrazione" - in senso analogo, si veda anche 14327/2009).

La giurisprudenza di cui sopra potrebbe prestarsi a sostenere ragionevolmente che il personale della Guardia di Finanza - sia pure *mutatis mutandis*, in quanto esso non è concessionario, bensì ufficiale per la riscossione - possa, per *eadem ratio*, accedere a tale modalità di notifica la quale - peraltro - è plausibile che gli sia consentita anche alla luce dei principi generali di cui all'art. 26 comma 6 D.P.R. 602/1973.

Minor peso potrebbero avere, in contrario, le obiezioni secondo cui:

- l'argomento su cui si fonda il principio affermato dalla citata giurisprudenza fa riferimento allo stesso art. 26 D.P.R. 602 cit., che obbliga proprio "il concessionario" (e non altri) a conservare per cinque anni l'avviso di ricevimento;
- la Corte definisce la notifica postale come "modalità ... [che] ... resta del tutto affidata al concessionario stesso";

Del resto, nel momento in cui il legislatore demanda con l'art. 8-*quinquies* comma 10-*bis* D.L. 5/2009 all'Agea e, per avvalimento, alla Guardia di Finanza, il compito di effettuare "la notificazione della cartella di pagamento prevista dall'articolo 25 del Decreto del Presidente della Repubblica del 29 settembre 1973 n. 602, e successive modificazioni, ..." parrebbe in tal modo autorizzare la Guardia di Finanza anche a ricorrere alla notifica postale consentita al concessionario dalle richiamate disposizioni del D.P.R. 602/1973, e vincolarla alla conservazione per cinque anni della matrice o copia della cartella con la relazione di notificazione.

Quanto fin qui detto, peraltro - non essendo il precedente perfettamente in termini con la fattispecie oggetto del quesito - non vale ad escludere in radice la possibilità di contestazioni di ordine formale che potrebbero sfociare in contenzioso, fermo restando che le notifiche andate a buon fine, ove mai fossero ritenute viziate sotto il profilo della forma, potrebbero valere tuttavia ai fini dell'interruzione dei termini.

Quanto, infine, alla possibilità che sia Agea ad utilizzare la notifica nelle forme di cui all'art. 26 comma 1 secondo periodo del D.P.R. 602/1973, la questione - in disparte ogni altra considerazione in ordine ai dubbi nascenti dal fatto che essa agirebbe direttamente in proprio nome ed interesse, non rivestendo alcuna delle qualifiche rilevanti (agente, concessionario o ufficiale della riscossione) - appare all'atto pratico superata da quanto esposto al punto B.2).

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che nella seduta del 3 dicembre 2014, si è espresso in conformità.

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

La Provincia: ieri ed oggi. Un problema aperto

*Antonio Tallarida**

SOMMARIO: 1. Introduzione: una storia di annessioni - 2. Il decreto Rattazzi e le leggi postunitarie - 3. La svolta autoritaria - 4. L'Assemblea costituente e la Costituzione - 5. Le funzioni della Provincia - 6. La riforma del Titolo V e la legge La Loggia - 7. I tentativi di riordino - 8. La legge Del Rio e il ddl costituzionale - 9. Conclusioni aperte.

1. Introduzione: una storia di annessioni.

La Provincia è un'istituzione ereditata dallo Stato sabauda, ma che subito è stata messa in discussione, stante la diversità degli ordinamenti vigenti negli Stati preunitari e la necessità di un riordino generale dell'articolazione amministrativa e territoriale del nuovo Stato.

Eppure le province e non gli Stati hanno costituito oggetto di annessione.

Infatti i decreti commissariali o reali che sancirono l'esito dei plebisciti e l'annessione dei territori degli Stati preunitari si esprimevano in termini di provincia: così il decreto Farini 30 novembre 1859 e il successivo decreto 27 dicembre 1859 n. 79 decretarono l'appartenenza allo Stato delle Province di Modena e Parma; il R.D. 22 marzo 1860 n. 4014 sancì che *"le Province della Toscana fanno parte dello Stato a partire dal giorno della data del presente decreto"*; il R.D. 17 dicembre 1860 decretò l'annessione delle Province delle Marche; il R.D. 15 dicembre 1860 n. 240 riunì in unica provincia quelle annesse dell'Umbria; il R.D. 4 novembre 1866 n. 3300 stabilì che *"le Province di Venezia e quella di Mantova fanno parte integrante del Regno d'Italia"*; il R.D. 15 ottobre 1870 n. 5929 unificò *"le cinque Province che componevano lo Stato pontificio, ora felicemente restituite alla patria comune"*; e così via.

(*) Vice Avvocato Generale dello Stato in quiescenza.

Si può perciò affermare che lo Stato unitario è nato su base provinciale, anche perché allo stesso fu presto esteso l'ordinamento comunale e provinciale piemontese articolato in "Province, Circondari, Mandamenti e Comuni" (art. 1, L. 23 ottobre 1859 n. 3702), mentre nelle regioni meridionali la suddivisione in 14 province risaliva al decreto Murat del 4 maggio 1811 e come tale era rimasta in prosieguo.

Con il procedere quindi delle annessioni, il nuovo Stato si è venuto organizzando in circoscrizioni omogenee a livello provinciale, aggiungendo alle originarie province piemontesi e sarde, le sette lombarde, le tre toscane, Parma e Modena, le 17 dell'ex Stato Pontificio, le 22 del Regno delle due Sicilie, per un totale di 59 all'atto dell'Unità d'Italia.

Tale assetto è derivato dalla scelta, in qualche modo necessitata, avvenuta *"quando nel periodo post-unitario il modello austriaco della disciplina differenziata delle autonomie venne scartato a favore del modello franco-piemontese della uniformità, e dunque si scelse di introdurre una disciplina uniforme per ogni e qualsivoglia Comune, a prescindere dall'estensione, dalla popolazione, dalle risorse, etc."* (1).

Da allora sono seguiti testi unici comunali e provinciali unitari ed omogenei (1865, 1889, 1908, 1915, 1934, 2000), con il risultato che *"quello provinciale risulta di gran lunga il livello territoriale preferito dal potere politico centrale, in quanto più omogeneo dal punto di vista del territorio e degli interessi che ad esso fanno capo"* (2).

Tuttavia è anche giusto dire che *"forse nessun ente territoriale ha subito e subisce una sorte tanto paradossale quanto quella che spetta alle province italiane. A scadenza più o meno regolare, infatti vi è chi propone l'abolizione di questo livello istituzionale intermedio ritenuto inutile, titolare di non meglio identificati poteri e competenze, presenza superflua posta tra il ben più connotato e definito Comune e la assai più rilevante Regione... però l'abolizione della Provincia non è passaggio da poco"* (3).

Ma andiamo con ordine.

2. Il decreto Rattazzi e le leggi postunitarie.

La storia della Provincia italiana comincia con un atto di dubbia legittimità.

Lo Statuto Albertino demandava alla legge l'istituzione e i circondari delle province e dei comuni (art. 74), ma già prima che si compisse formalmente l'unità d'Italia, e ancor prima della Pace di Zurigo che doveva sancire

(1) G. MANFREDI, *Riordino delle province*, in *Riv. dir. pubblico*, 2012, n. 9.

(2) G. PALOMBELLI, *L'evoluzione delle circoscrizioni provinciali dall'Unità d'Italia ad oggi*, in www.provincia.torino.gov.it 2012.

(3) F. FABRIZZI, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente locale più discusso*, in *Federalismi.it* n. 23/2008.

la cessione della Lombardia alla Francia e da questa al Regno di Sardegna, fu emanato - in forza dei poteri speciali dello stato di guerra - il decreto Rattazzi del 23 ottobre 1859 n. 3702, di riordino territoriale del Regno.

Con tale decreto, furono disegnate le nuove province del Regno individuate in: Torino, Cuneo, Novara, Alessandria, Genova, Cagliari, Sassari, Milano, Bergamo, Brescia, Como, Pavia, Cremona, Sondrio (ed altre in terra oltralpe, poi perdute con la cessione del 24 marzo 1860 alla Francia di Nizza e della Savoia: Chambery e Annecy).

Siffatto ordinamento preunitario venne esteso, insieme alla restante legislazione piemontese, al Regno d'Italia, dopo l'unificazione del 1861.

Andarono infatti a vuoto i tentativi di approvare ed attuare una revisione complessiva dell'ordinamento territoriale dello Stato.

In particolare, il pacchetto di 4 disegni di legge presentato dal Ministro Minghetti alla Camera, nel marzo del 1861, volto a introdurre un maggiore e più ampio decentramento amministrativo, a rivendicare la libertà provinciale e a valorizzare i consorzi tra Province, si arenò nelle secche parlamentari per l'ostilità di più parti, per cui fu necessario ripiegare su una disposizione transitoria, che estendeva a tutto il territorio del Regno il decreto Rattazzi, che finì con il rappresentare la prima legge comunale e provinciale dell'Italia unita "*sino a che le nuove leggi organiche di ordinamento amministrativo del Regno siano approvate e poste in vigore*" (Regio decreto 6 luglio 1861).

Alle province del nuovo Regno, come sopra definite, si vennero aggiungendo le nuove province venete, di Mantova, del Friuli-V.G., di Roma e del Lazio e così via nel tempo. In tutto questo periodo, perciò, il numero delle province si è accresciuto per annessione, e così avvenne poi anche per Trento, Trieste e le province istriane e dalmate.

La legge di unificazione amministrativa n. 2248 del 1865 segnò la c.d. *piemontesizzazione* dell'ordinamento, mettendo al centro dello stesso il Prefetto, coadiuvato da un Consiglio di Prefettura e con un Consiglio Provinciale eletto su base mandamentale da un ristretto numero di elettori aventi precisi requisiti, generali e specifici (censo e qualità). Tuttavia al Prefetto sfuggivano varie Amministrazioni periferiche statali (istruzione, fiscale, giustizia, ecc.) e questo lo contraddistingueva dalla figura di riferimento di origine napoleonica.

Nemmeno l'ascesa della Sinistra al potere (1876) cambiò le cose, nonostante che De Pretis già nel discorso di insediamento alla Camera avesse preannunciato l'intenzione di promuovere una svolta in senso rappresentativo e democratico negli organi degli Enti locali.

Bisognerà attendere la riforma Crispi del 1889 (t.u. com. prov. n. 5921/1889) perché fossero introdotti una maggiore autonomia (elettività del Presidente e del Sindaco) e un allargamento della base elettorale. Nel contempo furono rafforzati i controlli, istituendo la GPA e la IV Sezione del Con-

siglio di Stato, questa per la tutela degli interessi legittimi rimasti orfani con l'abolizione degli organi del contenzioso amministrativo.

Rimaneva però ancora forte il divario tra Nord e Sud e nel tentativo di superarlo furono approvate varie leggi speciali (come ad es. per Napoli) e si cercò di aggredire l'enorme incremento della spesa pubblica locale.

Con Giolitti si avrà l'età dell'oro dei Prefetti, ma anche la municipalizzazione dei servizi pubblici e la trasformazione degli enti locali in enti autarchici, definizione questa che ci porteremo sino alla Costituzione.

3. La svolta autoritaria.

Il fascismo non intese mutare la sorte degli Enti locali, ma aumentò i poteri di controllo dello Stato, abolendo gli organi elettivi di governo e introducendo al loro posto il podestà e una Consulta municipale nei comuni (L. n. 237 del 1926) e il preside e il Rettorato nelle province (L. n. 2962 del 1928).

Nel contempo, con d.lgs. n. 1 del 1927, si procedette al primo organico "riordinamento delle circoscrizioni provinciali", istituendo *ex novo* 17 nuove province, sopprimendo Caserta (ricostituita nel 1945) e apportando altre minori modifiche, questa volta non per effetto di nuove annessioni, ma dichiaratamente per eliminare alcune incongruenze storico-geografiche dell'assetto territoriale amministrativo e per meglio ripartire la popolazione e cercare di frenarne l'esodo verso le città.

In questo quadro, il t.u. della finanza locale n. 1175 del 1931 doveva fornire il necessario supporto di risorse, anche autonome, agli enti locali, mentre il nuovo t.u. com. prov. n. 383 del 1934 doveva a sua volta consolidare il meno liberale ordinamento comunale e provinciale, segnato da forti poteri centrali di controllo, sia di legittimità che di merito, sugli atti dei comuni e delle province.

Era logico che alla caduta del Regime, uno dei primi atti fosse quello di richiamare in vita le disposizioni sulle istituzioni rappresentative degli E.L., contenute nel precedente t.u. com. prov. n. 148 del 1915 (v. d.lgs.lgt. 7 gennaio 1946 n. 1).

4. L'Assemblea costituente e la Costituzione.

Ma la vera partita delle Province era destinata a riaprirsi con l'Assemblea Costituente, chiamata a ridisegnare l'assetto istituzionale dello Stato repubblicano.

Subito infatti riprese vigore la vecchia diatriba sulla natura e sulla utilità delle Province. Nella competente sottocommissione del Comitato dei 75 si fronteggiarono le opposte tesi di chi sottolineava l'armonicità dell'ente provincia in tutti i campi (tradizioni, linguaggio, commercio, abitudini di vita, ambiente) e additava il pericolo che la sua abolizione favorisse un accentramento regionale altrettanto opprimente di quello statale e chi riteneva invece che il nuovo ente Regione, organizzato su una unità territoriale più vasta, fosse più che sufficiente.

Il 31 gennaio 1947, in plenaria del Comitato, passò il testo che prevedeva che *“il territorio della Repubblica è ripartito in Regioni e Comuni. Le Province sono circoscrizioni amministrative di decentramento regionale”*, ma bastarono pochi mesi perché l'Assemblea costituente - sotto la spinta di ragioni storiche e di preoccupazioni sociali - approvasse il diverso testo *“la Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni”*, divenuto l'art. 114 della Costituzione.

La Costituente non provvide a ridisciplinare anche le funzioni dei confermati enti locali e ne rimandò la individuazione alle leggi generali della Repubblica, prevedendo nel periodo transitorio il mantenimento di quelle *“che esercitano attualmente”* e rinviando alla legge l'adeguamento del loro ordinamento (art. VIII e IX disp. trans.).

Una sostanziale continuità dunque finì con lo stabilirsi con la storia precedente nonostante le conclamate innovazioni pur presenti nella Carta, quali quelle dell'art. 5 (*“la Repubblica... promuove le autonomie locali”*) e dell'art. 128 (*“le Province ed i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati dalle leggi generali della Repubblica”*).

Tutto ancora da decidere perciò, così come sulla figura centrale del Prefetto, che uscì indenne dalla riforma ed anzi finì con il rafforzarsi ricollegandosi ai nuovi organi di controllo e coordinamento (art. 124).

5. Le funzioni della Provincia.

Le funzioni delle Province e dei Comuni restarono quindi quelle del t.u. del 1934 e analogamente accadde sul versante della finanza locale.

Deve perciò riconoscersi che il substrato ordinamentale su cui poggia la Costituzione, per quanto riguarda le Province, è quello di una articolazione periferica dello Stato, fatta propria nell'ottica del decentramento amministrativo e istituzionale. Di qui l'indubbia doppia natura della Provincia, al contempo articolazione periferica (basta ricordare la GPA) ed ente autonomo, riconosciuta generalmente anche dai più convinti sostenitori della Provincia (4).

È la stessa Costituzione che lo dice, all'art. VIII disp. transitorie e finali, allorchè statuisce che *“Fino a quando non sia provveduto al riordinamento e alla distribuzione delle funzioni amministrative fra gli enti locali restano alle Province ed ai Comuni le funzioni che esercitano attualmente”*, ossia anzitutto quelle di articolazione amministrativa dello Stato.

Da allora, l'esigenza di un riordino organico dell'ordinamento amministrativo (quella che era stata denominata, all'indomani dell'Unità, come *“quisione amministrativa”*) si è sempre più avvertita ed è sfociata in vari tentativi di riforma, intrecciati anche a proposte di revisione costituzionale (v. d.d.l. Scelba 1961, d.d.l. Biasini 1977, Commissione Bozzi 1983, Commissione De Mita - Iotti 1992, Commissione bicamerale 1997, ecc.).

(4) G. PASTORI, *Provincia*, in *Digesto - Discipline pubblicistiche*, UTET, XII, 1997, 201.

Non seguiremo nei dettagli tutti questi tentativi abortiti, rimandando all'ampia letteratura in argomento, ma giova soffermarsi sulle funzioni effettivamente svolte dalla Provincia, spesso tacciate di essere generiche e di poco conto.

All'attualità, le Province sono quelle che a partire dal decreto Rattazzi si sono venute riconoscendo dallo Stato e che la Costituzione, non contenendo proprie disposizioni sul punto, ha a propria volta presupposto come province repubblicane, con i caratteri anche di ente autonomo. Alcune di esse (ad es. Sondrio, Cuneo) sono rimaste identiche anche per circoscrizione territoriale a quelle Rattazzi.

Le funzioni delle Province, in relazione alle quali è autorizzata la spesa, come elencate nell'art. 144 del t.u. 1934 n. 383 (sanità e igiene, strade e opere pubbliche di interesse provinciale, scuole e istruzione, agricoltura, assistenza e beneficenza, servizi pubblici intercomunali), sono rimaste sostanzialmente immutate sino alla riforma della L. n. 142 del 1990, poi trasfusa nel t.u. com. prov. n. 267 del 2000, che così le raggruppa per settori (art. 19): *a*) difesa del suolo, ambiente e calamità; *b*) risorse idriche ed energetiche; *c*) valorizzazione dei beni culturali; *d*) viabilità e trasporti; *e*) parchi e riserve naturali; *f*) caccia e pesca; *g*) rifiuti; *h*) istruzione secondaria di 2° grado, artistica, professionale ed edilizia popolare; *l*) raccolta ed elaborazione dati, oltre ad opere di rilevante interesse provinciale nei settori economico, produttivo, commerciale, turistico, sociale, culturale e sportivo; nonché (art. 20) compiti di programmazione economica, territoriale e ambientale e di concorso al programma di sviluppo regionale.

La riforma del 1990 ebbe peraltro il merito di riconoscere agli E.L. la potestà di dotarsi di propri statuti, nei quali sono stabilite le norme fondamentali di organizzazione e che costituiscono una esplicitazione concreta del principio autonomistico. Importanti anche, sotto questo aspetto, sono le modifiche dei controlli regionali sugli atti, ora limitati alle sole questioni di legittimità (e non più di merito) e relativi solo agli atti del Consiglio, e l'attribuzione formale dell'autonomia impositiva e finanziaria, destinata a trovare una prima attuazione con la legge delega n. 142 del 1992 e relativi decreti legislativi, istitutivi di ICI, TARSU, TOSAP, ecc. (n. 504/1992 e n. 507/1993).

Ulteriore incremento dell'autonomia fu rappresentato dalla successiva L. n. 662 del 1996, che in applicazione del principio di sussidiarietà attribuì a Province e Comuni anche il potere di regolamentare le proprie entrate e dalla L. n. 265 del 1999 che confermò a tali enti l'autonomia normativa, organizzativa, amministrativa e impositiva (5).

Ma proprio con la legislazione degli anni '90 spuntava minacciosa, per la prima volta, la figura della Città metropolitana, destinata a soppiantare pro-

(5) Su questi temi, v. A. TALLARIDA, *Federalismo fiscale e nuova finanza locale*, in questa *Rass.*, n. 2 del 2014, pag. 235.

prio le province più importanti (Milano, Torino, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Napoli, Bari, cui la L. n. 42 del 2009 avrebbe aggiunto Reggio Calabria). A questo punto la Provincia non doveva più difendersi dalla sola concorrenza della Regione, ma doveva fare i conti con questa nuova figura di ente territoriale, anch'esso di area vasta, che doveva trovare definitiva consacrazione nel t.u. com. prov. del 2000 n. 267 (artt. 22 e 23) e poi nella riforma del Titolo V.

La legge Bassanini, n. 59 del 1997 e i successivi decreti delegati (tra cui il più importante è il n. 112 del 1998) avevano intanto provveduto, a Costituzione invariata, ad un imponente serie di conferimenti a Regioni, Province e Comuni di funzioni e compiti amministrativi in molti settori, segnando l'inizio di una nuova fase per l'Amministrazione pubblica, completata dal nuovo ordinamento del rapporto di pubblico impiego (d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e s.m.).

6. La riforma del Titolo V e la legge La Loggia.

La riforma del Titolo V della Costituzione, approvata a maggioranza con la legge cost. n. 3 del 2001, rappresenta un nuovo *revival* della Provincia, accomunata a Stato, Regioni, Comuni e Città metropolitane, come componente della Repubblica (art. 114).

Essa vede riconosciuta a livello costituzionale l'autonomia statutaria (art. 114), la potestà regolamentare (art. 117), l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa e patrimoniale (art. 119), la titolarità di funzioni amministrative fondamentali (art. 117, secondo comma, lett. p), proprie e conferite da Stato o Regione in base ai principi sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (art. 118).

Un ulteriore punto a vantaggio degli Enti Locali è rappresentato dalla prevista istituzione, in ogni regione, di un Consiglio delle autonomie locali (CAL), quale organo statutario di consultazione e di raccordo (art. 123).

La legge La Loggia, n. 131 del 2003, di adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla riforma costituzionale (che non aveva previsto norme transitorie) ha dato delega al Governo per la individuazione delle funzioni fondamentali degli E.L., dettandone i principi e criteri direttivi (art. 2), ha disciplinato la potestà normativa di detti enti (regolamentare e statutaria) (art. 4), il conferimento delle funzioni amministrative da parte di Stato e Regioni (art. 7) e il controllo collaborativo della Corte dei Conti (art. 7) ed ha istituito il Rappresentante dello Stato per i rapporti con le Regioni, quasi un plenipotenziario statale in Regione (art. 10).

Non ha trovato invece attuazione l'art. 11 della riforma che prevedeva la modifica della composizione della Commissione bicamerale per le questioni regionali, allargata ai rappresentanti delle Regioni e degli Enti locali, quale alternativa alla introduzione di una Camera delle Autonomie, incompatibile con la persistenza del Senato, già eletto su base regionale (art. 57 Cost.).

I problemi lasciati aperti dalla legge cost. n. 3 del 2001 sono stati affrontati da un ddl cost. approvato nel 2005 dal Parlamento a maggioranza ma respinto nella successiva consultazione referendaria. Questo si segnalava per l'introduzione del Senato federale, per la previsione dell'esercizio delle funzioni amministrative secondo i principi di leale collaborazione e sussidiarietà e per la possibilità per gli Enti locali di promuovere questioni di costituzionalità avanti alla Corte (6).

7. I tentativi di riordino.

A partire dalle prime avvisaglie della grave crisi economica, sull'onda della polemica sui costi della politica, è iniziato un movimento critico volto a sopprimere le Province, avvertite come l'anello debole dell'organizzazione della Repubblica. Tornano le argomentazioni di un tempo che sembravano superate (la Provincia è ente lontano dai cittadini, è ente non identitario, è privo di reale rappresentatività e di competenze specifiche, è generatore di costi inutili).

In attesa di una nuova iniziativa di modifica costituzionale, l'attività di revisione dell'assetto provinciale si è spostata sul piano della legislazione ordinaria. Così accanto alle consuete proposte parlamentari di istituzione di nuove province, si è sviluppata una forte attività governativa volta a ridimensionare la Provincia per motivi soprattutto economici o per tali dichiarati.

Si sono quindi succeduti a breve distanza due decreti-legge.

Il primo d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. n. 214 del 2011, ha provveduto ad un riordino delle province con l'art. 23, modificandone radicalmente le funzioni (ridotte a solo quelle di indirizzo e coordinamento delle attività dei Comuni) e gli organi (eliminando la Giunta, prevedendo che il Consiglio fosse composto da non più di 10 membri eletti dagli organi elettivi dei comuni e disponendo che il Presidente venisse eletto dal Consiglio).

Il secondo d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. n. 135 del 2012, a parziale modifica del precedente, ha ripristinato un nucleo essenziale di funzioni, individuate nella pianificazione territoriale, tutela e valorizzazione dell'ambiente, pianificazione dei servizi di trasporto provinciale e delle strade provinciali, programmazione della rete scolastica, gestione dell'edilizia delle scuole secondarie di 2° grado, mentre ha mantenuto ferme le modifiche apportate agli organi dal precedente d.l. (art. 17, commi 10, 11, 12). Nel contempo ha previsto una complessa procedura di riordino delle circoscrizioni territoriali delle Province, articolata in:

- un DPCM circa i requisiti minimi necessari consistenti in dimensione territoriale e in entità della popolazione (che il DPCM 20 luglio 2012 stabilì in 2500 kmq e 350.000 abitanti, salvo alcune deroghe)

(6) T. GROPPÌ, *Soppressione delle Province e nuovo Titolo V*, in *Federalismi.it* n. 16/2009.

- una delibera dei CAL di ogni Regione circa un'ipotesi di riordino
- una proposta regionale di riordino, nel rispetto dei suddetti requisiti
- un atto legislativo di iniziativa governativa di complessivo riordino sulla base delle proposte regionali o in difetto previo parere della Conferenza Unificata.

Le Regioni a statuto speciale (escluso il Trentino-AA.AA) avrebbero dovuto adeguare i propri ordinamenti alle suddette disposizioni.

L'atto legislativo si concretizzò nel d.l. 5 novembre 2012, n. 188 che, in applicazione dei requisiti stabiliti e in esito alla procedura descritta, individuò quali erano le Province delle Regioni a statuto ordinario. Tale decreto non fu mai convertito perché nel frattempo è intervenuta la sentenza n. 220 del 2013 della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 23, commi da 14 a 20 *bis*, d.l. n. 201 del 2011 e degli artt. 17 e 18 del d.l. n. 95 del 2012.

Secondo la Corte, adita da numerose Regioni, si tratta di *“una riforma complessiva di una parte del sistema delle autonomie locali, destinata a ripercuotersi sull'intero assetto degli enti esponenziali delle comunità territoriali, riconosciuti e garantiti dalla Costituzione”* (punto 11.3), di cui andava preliminarmente valutata la compatibilità con lo strumento del d.l. alla luce degli artt. 77, 117 e 133 Cost.

In esito a tale esame, la Corte ha ritenuto che la trasformazione radicale di un ente locale territoriale non riveste i caratteri di necessità e urgenza che legittimano il ricorso alla decretazione d'urgenza. Inoltre tale procedura non consente l'esplicazione dell'iniziativa dei Comuni, prevista dall'art. 133 Cost.

8. La legge Del Rio e il ddl costituzionale.

La situazione tornava quindi al punto di partenza anche se rimanevano in vigore l'art. 10 d.l. n. 95 del 2012 sul riassetto dell'organizzazione periferica dello Stato e gli artt. 19 e 20 sulle funzioni fondamentali dei Comuni e sull'esercizio associato delle stesse.

L'iniziativa veniva ripresa dal Governo che presentava due disegni di legge, uno costituzionale comprendente la modifica del Titolo V e la soppressione delle Province dal testo costituzionale, l'altro di legge ordinaria concernente Province e Città metropolitana.

Il primo è stato approvato in prima lettura dal Senato l'8 agosto 2014 e ora è all'esame della Camera (AC 2613).

Il secondo è divenuto la legge 4 aprile 2014, n. 56, recante *“Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sull'unioni e fusioni di comuni”*, c.d. legge Del Rio, modificata con d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (conv. in L. n. 114/2014).

Tale legge, oltre a contenere norme sulle elezioni nelle città metropolitane e nelle province, ne ridetermina le funzioni e gli organi secondo il seguente schema:

ORGANI della Città Metropolitana

Sindaco è di diritto il Sindaco del comune capoluogo

Consiglio metropolitano è eletto dai Sindaci e Consiglieri comunali tra loro stessi (salvo elezione diretta anche del Sindaco per statuto ex art. 1 comma 22)

Conferenza metropolitana è composta da tutti i Sindaci

FUNZIONI

Le funzioni fondamentali delle Province

Piano strategico triennale del territorio metropolitano

Pianificazione territoriale generale

Sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici

Mobilità e viabilità

Promozione dello sviluppo economico e sociale

Sistemi di informatizzazione e digitalizzazione del territorio

Ulteriori funzioni conferite ex art. 118 Cost.

ORGANI della PROVINCIA

Presidente è eletto dai sindaci e consiglieri comunali tra i sindaci con mandato di almeno 18 mesi

Consiglio provinciale è eletto dai sindaci e consiglieri comunali tra i medesimi

Assemblea dei sindaci è composta da tutti i sindaci

FUNZIONI

Pianificazione territoriale e ambiente

Pianificazione trasporti e costruzione e gestione strade provinciali

Programmazione rete scolastica

Raccolta ed elaborazione dati

Gestione edilizia scolastica

Pari opportunità in ambito occupazionale

Cura sviluppo strategico del territorio e gestione servizi associati e delle relazioni istituzionali

Stazione appaltante e ulteriori funzioni conferite ex art. 118 Cost.

Come si vede, si tratta di organi che costituiscono emanazione dei Comuni stessi, nominati con elezioni di secondo livello, salvo diversa disposizione statutaria per la Città metropolitana che preveda l'elezione diretta del Sindaco e del Consiglio. Il territorio di questa coincide con quello della Provincia omonima, salvo adesione di altri comuni limitrofi ex art. 133 Cost., previo parere della Regione.

La Città metropolitana succede a titolo universale alla Provincia cui subentra in tutti i rapporti attivi e passivi concernenti il patrimonio, le risorse

strumentali, il personale e le entrate. Per le esigenze di EXPO 2015, è la Regione Lombardia a subentrare in tutte le partecipazioni azionarie di controllo detenute dalla Provincia di Milano nelle società che operano per la realizzazione dell'Esposizione Universale.

Tutte queste disposizioni sono espressamente adottate “*in attesa della riforma del Titolo V parte II della Costituzione e delle relative norme di attuazione*” (art. 1, c. 51).

Peraltro, proprio la ridotta rappresentatività degli organi di governo di tali enti ha fatto oggetto di ricorso della Regione Veneto alla Corte Costituzionale contro la legge n. 56/2014, deducendo la violazione degli artt. 114, 117, 138 Cost., perché sarebbe stata trasformata la Provincia facendo venir meno la natura di ente esponenziale della collettività territoriale e ledendo gli standard minimi di rappresentatività e democraticità della stessa, oltre a numerose altre violazioni della Costituzione (artt. 1, 3, 5, 48, 118, 133).

La dotazione organica di città metropolitane e province è stabilita in misura percentuale ridotta, tenuto conto del riordino delle funzioni, con conseguente previsione di procedure di mobilità del personale interessato (art. 1, commi 421-429, l. 23 dicembre 2014 n. 190, legge di stabilità 2015).

9. Conclusioni aperte.

Quali conclusioni trarre da questa lunga storia e quali le prospettive oggi della Provincia? È indubbio che vi sia una forte spinta del Governo per l'abolizione dell'istituto della Provincia, testimoniato dalle iniziative messe in atto e dalla riforma costituzionale *in itinere*, motivate dall'intento di ridurre i costi della politica e da esigenze di semplificazione amministrativa.

Peraltro occorre anzitutto domandarsi se questo sia l'unico modo o il più idoneo per raggiungere i suddetti obiettivi o se non sarebbe prioritario mettere ordine nel sistema regionale, afflitto da analoghi problemi, magari ripensando alla loro articolazione sul territorio o al loro accorpamento. Tanto più che la mera eliminazione dei corpi intermedi si è rivelata spesso, in vari campi, scelta non sempre felice né risolutiva (7).

In ogni caso, anche una volta approvata la riforma costituzionale, questa non appare esaustiva, limitandosi ad eliminare le Province dal testo della Costituzione, senza sopprimerle formalmente, per cui nulla osterebbe ad una loro sopravvivenza sulla base della legislazione ordinaria vigente, né mancano esempi di enti territoriali anche rappresentativi non garantiti costituzionalmente (ad es. Comunità montane). Sarà dunque necessario comunque un intervento attuativo del Legislatore per sopprimere le attuali province e regolarne la successione.

(7) G. DE RITA, *Non demonizzare i corpi intermedi*, in *Corriere della sera*, 16 novembre 2014, pag. 1.

Infine, la definitiva eliminazione delle Province dal panorama italiano, al di là della formale presa di posizione della attuale politica, non sembra corrispondere al comune sentire della collettività, ancora molto legata al suo “particolare”, alle sue tradizioni, ai suoi riti quotidiani. Ha affermato ironicamente di recente un scrittore e insegnante, a margine della polemica sull’abolizione delle province: *“io mi sento proprio provinciale nella particolare accezione del termine... e cioè un attardato culturalmente e periferico”*, per concludere, dopo una breve disamina della letteratura italiana da Dante a Pasolini, che *“Massi! Aboliamole tutte ‘ste Province! Meno la mia”* (8).

Il tutto senza contare possibili colpi di scena da parte della Corte Costituzionale. Forse non siamo ancora all’atto finale.

(8) A. BANDA, *Letteratura e vita provinciale*, in *Doppiozero.com* 6.9.2012.

Mansioni nel pubblico impiego: assegnazione, svolgimento di fatto di mansioni superiori e demansionamento

*Laura Raineri**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Evoluzione storico-normativa del rapporto di pubblico impiego e della disciplina delle mansioni nel rapporto di pubblico impiego - 3. Assegnazione di mansioni nel pubblico impiego e lo ius variandi del datore di lavoro pubblico nell'attuale sistema normativo - 3.1 Assegnazione di diritto di mansioni superiori - 4. Assegnazioni di fatto di mansioni superiori - 4.1 L'orientamento della giurisprudenza amministrativa, costituzionale e civile in tema di svolgimento di fatto di mansioni superiori da parte del pubblico dipendente - 5. Demansionamento - 6. Sindacato del Giudice del lavoro e onere della prova delle parti.

1. Premessa.

Nell'ambito del generale processo di ammodernamento della pubblica amministrazione, il settore del pubblico impiego è stato interessato da una graduale evoluzione normativa, culminata in quella che comunemente viene definita "privatizzazione del pubblico impiego", nel corso della quale si sono progressivamente ridotte le distanze tra impiego pubblico e impiego privato.

Tuttavia, date le peculiarità relative alla natura pubblica del datore di lavoro (condizionato, nell'organizzazione del lavoro, da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria delle risorse) nonché la duplice posizione rivestita dai pubblici dipendenti (1), non è possibile una totale identificazione tra i due sistemi.

Invero, se i rapporti di lavoro pubblico (ad eccezione del personale in regime di diritto pubblico, art. 3 d.lgs n. 165/2001) sono in linea generale disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dallo statuto dei lavoratori (fatte salve le diverse disposizioni contenute nel d.lgs n. 165/2001, art. 2 comma 2 d.lgs cit.) e dalla contrattazione sia sul piano individuale (art. 2 comma 3 d.lgs cit.) che su quello collettivo (art. 40 d.lgs n. 165/2001) - restano assoggettati alla disciplina pubblicistica gli organi, gli uffici, i principi fondamentali del-

(*) Avvocato dello Stato.

Il presente studio è la relazione presentata dalla Autrice ad un incontro-laboratorio - tenutosi presso la Biblioteca del Tribunale di Catania, Venerdì 13 febbraio 2015 - organizzato dalla struttura territoriale di formazione decentrata della Scuola Superiore della Magistratura.

(1) Secondo la dottrina tradizionale la posizione dei pubblici impiegati è caratterizzata da un duplice profilo: da un lato essi sono incardinati nella struttura organica configurandosi come veri e propri organi dell'amministrazione, esprimendone all'esterno la volontà e realizzandone i fini istituzionali (rapporto organico o di ufficio), dall'altro sono legati al soggetto pubblico da un rapporto di lavoro comportante diritti e obblighi analoghi a quelli che scaturiscono dal rapporto di lavoro privato (rapporto di servizio). F. CARINGELLA, *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2006.

l'organizzazione, i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro, la determinazione delle dotazioni organiche (art. art. 2, comma 1 d.lgs cit.).

All'interno di tale sistema, la disciplina delle mansioni nel pubblico impiego (art. 52 d.lgs n. 165/2001) fa parte proprio delle "diverse disposizioni" (art. 2 comma 2 d.lgs n. 165/2001) che derogano all'applicazione della normativa civilistica ai rapporti di pubblico impiego e ha costituito - da sempre - uno dei profili di maggiore diversificazione tra impiego pubblico e impiego privato.

La presente relazione si propone di analizzare le diversità e le analogie che i due sistemi (pubblico e privato) registrano in ordine a detta comune tematica ed a tal fine è opportuno ripercorrere le tappe fondamentali dell'evoluzione storico-normativa della disciplina del rapporto di pubblico impiego.

2. Evoluzione storico-normativa del rapporto di pubblico impiego e della disciplina delle mansioni nel rapporto di pubblico impiego.

In passato il pubblico impiego presentava i caratteri di vero e proprio ordinamento speciale e la posizione del pubblico impiegato era caratterizzata dall'assoluta priorità dell'inquadramento formale rispetto alle mansioni effettivamente svolte.

In dettaglio, il **D.P.R. n. 3/1957** contenete il Testo unico degli impiegati civili dello Stato prevedeva l'inquadramento del personale civile in **quattro carriere** gerarchicamente organizzate (direttiva, di concetto, esecutiva ed ausiliaria), nell'ambito delle quali era prevista una scala di qualifiche con mansioni diverse (cui si accedeva per la prima volta tramite concorso e, successivamente, tramite promozione).

L'art. 31 (2) del predetto D.P.R. affermava il diritto dell'impiegato all'esercizio di funzioni corrispondenti alla qualifica di appartenenza ed, in particolare, il terzo comma attribuiva all'Amministrazione la facoltà, seppur temporaneamente e per sopravvenute esigenze di servizio, di destinare il pubblico dipendente a mansioni proprie di altra qualifica, indipendentemente dalla posizione rivestita, purchè nell'ambito della carriera di appartenenza.

In tal modo veniva garantito il diritto dell'impiegato dello Stato a svolgere le mansioni della qualifica rivestita (che costituiva una sorta di *status* giuridico del dipendente), consentendogli di pretendere la cessazione dell'applicazione a diverse mansioni, ma dall'esercizio di fatto di mansioni superiori non derivava alcun diritto ad un trattamento economico diverso da quello corrispondente alla qualifica rivestita.

Detto eccessivo formalismo veniva solo in parte superato con la **legge n. 312/1980** in tema di *nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile*

(2) Art. 31 "L'impiegato ha diritto all'esercizio delle funzioni inerenti alla sua qualifica e non può essere privato del suo ufficio, tranne che nei casi previsti dalla legge. Può essere destinato a qualunque altra funzione purchè corrispondente alla qualifica che riveste e al ruolo cui appartiene. Quando speciali esigenze di servizio lo richiedano, l'impiegato può temporaneamente essere destinato a mansioni di altra qualifica della stessa carriera...".

e militare dello Stato, nonché con gli art. 17 e 18 della **legge n. 93/1983** (legge quadro sul pubblico impiego), con cui veniva istituito il sistema delle **qualifiche funzionali**, correlate alla qualità della prestazione e al grado di responsabilità dei dipendenti e, all'interno delle qualifiche, venivano istituiti i **profili professionali** fondati sulla tipologia della prestazione lavorativa (espressivi, quindi, delle mansioni in concreto espletate).

Tuttavia, il nuovo criterio legale, nonostante la finalità di attribuire maggiore flessibilità al sistema di inquadramento professionale, non raggiungeva i risultati auspicati, atteso che l'inquadramento dei dipendenti continuava ad essere affidato ad una regolamentazione legislativa totalmente indifferente alle concrete mansioni svolte dal dipendente.

Successivamente, la materia del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è stata caratterizzata da una "prima privatizzazione" del pubblico impiego, attuata con il **d.lgs n. 29/1993**, con il quale è stata operata un'ampia delegificazione in favore della contrattazione collettiva quale fonte della disciplina del rapporto di lavoro e da una "seconda privatizzazione" avviata con il **d.lgs n. 80/1998** che ha inciso sul versante giurisdizionale, ovvero con la devoluzione del contenzioso in tema di pubblico impiego dal giudice amministrativo al giudice ordinario a partire dal 1 luglio 1998 (fatta eccezione per le categorie in regime di diritto pubblico di cui all'art. 3 d.lgs cit.).

Il dato differenziale rispetto al precedente sistema è stato rappresentato dal superamento della precedente rigida ed analitica ripartizione del personale in qualifiche funzionali e dalla costituzione di "aree" o categorie comprensive di più profili e più livelli retributivi; si è assistito quindi al passaggio dalla precedente prospettiva, ancorata alla "qualifica di appartenenza", ovvero ad un dato puramente formale, ad un criterio concreto ed empirico, quale quello strettamente mansionistico.

In particolare, con il d.lgs. n. 29 del 1993 è stata riscritta *ex novo* la disciplina delle mansioni e nel nuovo sistema il tradizionale primato della qualifica sulle mansioni ha subito una graduale modifica poiché, analogamente al settore privato, la prima è divenuta criterio di base per la determinazione delle seconde, e quest'ultime hanno acquisito una propria tipicità, elevandosi a oggetto immediato e specifico dell'obbligazione lavorativa.

Tuttavia la disciplina della mansioni superiori di cui all'art. 56 d.lgs n. 29/1993 (3) e cit. prevedeva l'irrelevanza, per il pubblico impiegato, dello svol-

(3) Art. 56 d.lgs n. 29/1993 *Mansioni* "1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di appartenenza, nelle quali rientra comunque lo svolgimento di compiti complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro. 2. Il dipendente può essere adibito a svolgere compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore, ovvero, occasionalmente e ove possibile con criteri di rotazione, compiti o mansioni immediatamente inferiori, se richiesto dal dirigente dell'unità organizzativa cui è addetto, senza che ciò comporti alcuna variazione del trattamento economico". Art. 57 d.lgs n. 29/1993 *Attribuzione temporanea di mansioni superiori* "1. L'utilizzazione del dipendente

gimento di mansioni superiori, e ciò sia sotto il profilo economico che al fine dell'inquadramento nella superiore qualifica rivestita; il successivo art. 57 prevedeva alcune ipotesi di assegnazione temporanea di mansioni superiori con diritto del dipendente al trattamento economico corrispondente all'attività svolta per il periodo di espletamento delle medesime.

La nuova disciplina dell'attribuzione temporanea di mansioni superiori di cui all'art. 57 del d.lgs n. 29/1993 veniva però abrogata dall'art. 43 d.lgs n. 80/1998 senza avere avuto mai applicazione (essendo stata la sua operatività più volte differita dalla legge prima dell'abrogazione e da ultimo sino al 31 dicembre 1998); la materia è rimasta disciplinata dall'art. 56 d.lgs n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 25 del d.lgs n. 80/1998 (4), che ha previsto che "1. Il

in mansioni superiori può essere disposta esclusivamente per un periodo non eccedente i tre mesi, nel caso di vacanze di posti di organico, ovvero per sostituire altro dipendente durante il periodo di assenza con diritto alla conservazione del posto, escluso il periodo del congedo ordinario, sempre che ricorrano esigenze di servizio. 2. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori, il dipendente ha diritto al trattamento economico corrispondente all'attività svolta per il periodo di espletamento delle medesime. Per i dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, in deroga all'articolo 2103 del codice civile l'esercizio temporaneo di mansioni superiori non attribuisce il diritto all'assegnazione definitiva delle stesse. 3. L'assegnazione alle mansioni superiori è disposta sotto la propria responsabilità disciplinare e patrimoniale dal dirigente preposto all'unità organizzativa presso cui il dipendente presta servizio, anche se in posizione di fuori ruolo o comando, con provvedimento motivato. Qualora l'utilizzazione del dipendente per lo svolgimento di mansioni superiori sia disposta per sopperire a vacanze dei posti di organico, contestualmente alla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 4. Non costituisce esercizio di mansioni superiori l'attribuzione di alcuni soltanto dei compiti propri delle mansioni stesse, disposta ai sensi dell'articolo 56, comma 2. 5. In deroga a quanto previsto dal comma 1, gli incarichi di presidenza di istituto secondario e di direzione dei conservatori e delle accademie restano disciplinati dalla L. 14 agosto 1971, n. 821, e dall'art. 3, terzo comma, del R.D.L. 2 dicembre 1935, n. 2081, convertito dalla L. 16 marzo 1936, n. 498".

(4) Art. 56 d.lgs n. 29 del 1993, come mod. dall'art. 25 del d.lgs n. 80/1998 "1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive. L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. 2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. 3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. 4. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 5. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave. 6. Le disposizioni del

prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive" (comma 1) e la retribuitività dello svolgimento di mansioni superiori (sia di diritto che di fatto), rinviandone tuttavia l'attuazione alla nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza ivi stabilita, disponendo espressamente che "Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore (cfr. art. 56, comma 6 d.lgs n. 29/93).

Il concetto di equivalenza è entrato, così, a far parte della normativa del lavoro pubblico sugli inquadramenti e la legittimità dell'esercizio «orizzontale» dello *ius variandi* è stata subordinata al rispetto del parametro di equivalenza delle nuove mansioni con quelle definite come tali dalla classificazione professionale prevista dai contratti collettivi.

Il compito di stabilire i parametri dell'equivalenza professionale è stato conferito alle parti sociali, che, sulla base dell'esperienza effettiva, erano in grado di attribuire meglio il giusto valore alle mansioni, determinando gruppi professionali omogenei (per professionalità e compiti).

L'evoluzione normativa è proseguita con la modifica apportata dall'**art. 15 del d.lgs n. 387/1998** che, nell'omettere al comma 6, ultimo periodo, il riferimento alle parole "differenze retributive", ne ha per la prima volta sancito il riconoscimento.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione predetta disposizione, nel sopprimere il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori nel pubblico impiego privatizzato, avrebbe una portata interpretativa e retroattiva, "atteso che la modifica del comma sesto ultimo periodo disposta dalla norma integra una disposizione di carattere transitorio e non essendo formulata in termini atemporalì, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e quindi in modo idoneo ad incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio; la portata retroattiva della disposizione risulta peraltro conforme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha ritenuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 Cost., nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione pro-

presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore.

porzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché alla conseguente intenzione del legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali” (cfr. *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 8 gennaio 2004 n. 91, Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2010 n. 4382, Cass. civ., sez. VI, ordinanza 6 giugno 2011 n. 12193).

Diversamente, la giurisprudenza amministrativa è stata sempre costante nel ritenere che il diritto del dipendente pubblico, che abbia svolto mansioni superiori, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore, può essere riconosciuto con carattere di generalità soltanto a far tempo dal 22 novembre 1998, data di entrata in vigore dell’art. 15 del d.lgs n. 387/1998 e non spiega efficacia su situazioni pregresse, stante il carattere innovativo delle disposizioni introdotte con detta norma (v. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2000 n. 10, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3 del 2006; Cons. di St., sez. IV, sent. n. 4165 del 30 giugno 2010, Cons. Stato, sez. III, 21 novembre 2014 n. 5737); è stato altresì affermato che la norma non possa trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, quale espressione dell’art. 36 della Cost., *“concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale, quali quelli degli artt. 97 e 98 della Costituzione, in quanto, relativamente al primo l’esercizio di mansioni superiori si porrebbe in contrasto con il buon andamento e l’imparzialità dell’Amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei pubblici impiegati; mentre relativamente all’art. 98 si deve ricordare che tale norma, nel disporre “i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione” vieta che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio”* (Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2012 n. 3109, Cons. Stato, sez. III, 21 novembre 2014 n. 5737).

Infine, il processo di avvicinamento del lavoro pubblico a quello privato si è concluso con l’entrata in vigore del testo unico in materia di pubblico impiego **d.lgs n. 165/2001** recante *“norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, che ha riorganizzato le precedenti disposizioni in un testo contenente norme con valore generale nell’ambito del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

In sostanza il d.lgs n. 165/2001 costituisce la fonte primaria dello statuto del pubblico impiego, sia per lo Stato che per le amministrazioni pubbliche in genere (comprese quelle territoriali).

Ai sensi dell’art. 2 comma 2 d.lgs 165/2001 *“I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle ammini-*

strazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge”.

Come già anticipato, il nucleo precettivo della disposizione riportata sta nell'estendere al rapporto di p.i. tutto il coacervo di norme applicabili all'impiego privato, fatte salve *“le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”.*

Tra queste ultime diverse disposizioni, si colloca sia l'**art. 19 del d.lgs n. 165/2001** che nel dettare la disciplina delle mansioni per i dirigenti pubblici esclude espressamente, al comma 1, l'applicabilità dell'art. 2103 c.c. al *“conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi”*, sia l'**art. 52 del d.lgs n. 165/2001** (5) che detta la disciplina delle mansioni per il restante

(5) Art. 52 d.lgs 165/2001 "1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35 comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione.

1-bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore.

2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore:

a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4;

b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza.

3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni.

4. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti.

5. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave.

6. Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore”.

personale pubblico, integralmente recependo il disposto dell'art. 56 del d.lgs n. 29/1993, novellato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998, a sua volta modificato dall'art. 15 del d.lgs n. 387/1998.

Dunque, nel sistema delle fonti di disciplina dei rapporti di pubblico impiego, la disciplina delle mansioni nel pubblico impiego esclude in radice l'applicabilità dell'art. 2103 c.c. (6), come modificato dall'art. 13 della legge n. 300/1970, applicabile ai soli rapporti di lavoro privato.

Da ultimo, sono intervenute due modifiche: la prima ad opera del d.lgs n. 150/2009 (c.d. legge Brunetta), che ha riscritto il primo comma ed inserito i commi 1 *bis* e 1 *ter*, mentre la seconda con il D.P.R. 16 aprile 2013 n. 70, che ha soppresso il comma 1 *ter*.

La riforma del 2009 è stata finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza della pubblica amministrazione, con l'obiettivo di trasferire nel sistema del lavoro pubblico alcuni meccanismi di stampo squisitamente imprenditoriale, quali la meritocrazia, la premialità e la trasparenza, funzionali alla creazione di strutture organizzative efficienti, competitive e flessibili.

Invero, sebbene la realizzazione di detti obiettivi non rappresenti, nel settore pubblico, la *condicio sine qua non* per continuare ad operare nel mercato (come avviene, invece, nel settore privato), tuttavia costituisce indubbiamente l'attuazione dei doveri istituzionali di efficienza e di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

3. Assegnazione di mansioni nel pubblico impiego e lo ius variandi del datore di lavoro pubblico nell'attuale sistema normativo.

La norma di cui all'art. 52 d.lgs n.165/2001 sancisce il diritto del lavoratore ad essere adibito alle mansioni *“per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35 comma 1, lettera a)”*.

Rispetto alla versione precedente con le modifiche apportate dal d.lgs n. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta) è venuto meno il riferimento alle mansioni *“considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi”*: il legislatore ha riscritto in tal modo i confini per

(6) Art. 2103 c.c. *“Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo”*.

l'esercizio legittimo dello *ius variandi* datoriale nella mobilità orizzontale e mentre in precedenza condizione necessaria e sufficiente per ritenere equivalenti le mansioni era la previsione in tal senso dei contratti collettivi, oggi nella nuova disciplina legale si individuano le mansioni equivalenti nell'ambito "*dell'area di inquadramento*".

Tuttavia, anche se è stato eliminato il riferimento ai contratti collettivi, quale parametro per operare il giudizio di equivalenza, il rinvio resta implicito, poiché le aree di inquadramento non sono altro che il sistema di classificazione del personale pubblico e sono pur sempre definite dalla contrattazione collettiva; del resto la declaratoria dell'area professionale serve a individuare le mansioni che in concreto il dipendente pubblico è tenuto a svolgere, delimitando il concetto di equivalenza previsto dalla stessa norma.

Invero, i contratti collettivi vigenti che dettano la disciplina della classificazione del personale dei vari comparti (peraltro quasi tutti stipulati precedentemente l'entrata in vigore del d.lgs n. 150 del 2009) contengono disposizioni che rilevano in tema di giudizio di equivalenza (7).

Invero, appare innegabile che nel settore pubblico il legislatore, rinviando alla *contrattazione collettiva* (art. 52 T.U. versione originaria) o, comunque, all'*area* (contrattuale) *di inquadramento* (art. 52 T.U. versione novellata) ha inteso (nel primo caso esplicitamente, mentre nel secondo caso implicitamente) rendere la fonte contrattuale sovrana nel valutare l'equivalenza professionale nell'ambito dei livelli di inquadramento, sottraendo al Giudice il ruolo di primo piano che riveste nel settore privato, quale unico soggetto chiamato a sindacare il legittimo esercizio dello *ius variandi* (8).

Ne consegue che, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, nel lavoro pubblico l'indagine giudiziale è circoscritta all'accertamento oggettivo della riconducibilità, sulla base delle previsioni collettive, delle nuove e precedenti mansioni alla medesima area di inquadramento, senza alcun rilievo per la professionalità acquisita dal dipendente.

(7) Così il CCNL comparto Ministeri 2006/2009, l'art. 6 ccnl Enti Pubblici non economici 2006/09, l'art. 6 ccnl Presidenza Consiglio Ministri 2006/09 prevedono che "*ai sensi dell'art. 52 del d.lgs n. 165/2001 ogni dipendente è tenuto a svolgere tutte le mansioni considerate equivalenti all'interno dell'area*"; l'art. 47 ccnl scuola 2006/2009 personale ATA opera un riferimento alle attività e mansioni espressamente previste dall'area di appartenenza.

Si distingue il comparto Sanità, nel quale il ccnl 2006/2009 si discosta dagli altri contratti collettivi perchè delinea un modello tutto particolare in cui le quattro categorie formali in cui è classificato il personale sono determinate sulla base di declaratorie afferenti alla competenza richiesta per svolgere i compiti pertinenti a ciascuna di esse e i profili professionali raggruppati in ciascuna di esse dettano poi le mansioni corrispondenti. In tale modello il profilo diviene l'asse portante della classificazione, dal momento che "*ogni dipendente è inquadrato nella corrispondente categoria... in base al profilo di appartenenza*".

(8) LISO, *Autonomia Collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, 256; CAMPANELLA, *Mansioni e ius variandi nel lavoro pubblico*, in *Rivista Lavoro nelle p.a.*, 1999, 64; FIORILLO, *Commento all'art. 56*, cit., 1932; CAPONETTI, *Le mansioni nel pubblico impiego*, *LPO*, 2006, 451; MARTA VENDRAMIN, *Lavoro nelle p.a.*, fasc. 6, 2009, pag. 997.

Trattasi del principio di **equivalenza “formale” delle mansioni nel pubblico impiego** che rappresenta la più significativa differenza con la disciplina fissata per i rapporti di lavoro privati dall’art. 2103 c.c.

Ed invero, mentre l’art. 2103 c.c., attribuendo rilievo a un dato empirico (le mansioni di fatto e da ultimo espletate, ovvero la professionalità acquisita), valorizza una nozione *sostanziale* di equivalenza (che può ritenersi sussistente solo se le nuove mansioni consentono la conservazione, lo sviluppo e l’arricchimento del bagaglio professionale del dipendente), l’art. 52, comma 1 del d.lgs 165/2001, nel sancire il diritto del dipendente pubblico ad essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto o ad altre equivalenti, ha recepito un concetto di equivalenza formale, risultante dal contratto o dalle progressioni verticali ed indipendente dalla professionalità acquisita dal dipendente.

In definitiva, ai fini del giudizio di equivalenza nel P.I. il confronto non deve essere condotto con le mansioni *“ultime effettivamente svolte”*, come previsto dall’art. 2103 c.c., bensì con quelle equivalenti nell’area di inquadramento.

Sotto tale profilo il giudizio di equivalenza rappresenta prima che un’indagine di fatto (come avviene per il settore privato) (9) un giudizio di interpretazione di norme contrattuali.

Pertanto, nel sistema di disciplina delle mansioni nel pubblico impiego, la funzione della contrattazione collettiva rimane molto più incidente rispetto a quella svolta nel settore privato e si traduce in un limite ai poteri del Giudice del Lavoro, che - secondo l’impostazione prevalente - non può sindacare né la corrispondenza delle nuove mansioni al tipo di professionalità proprio di quelle precedenti, né le previsioni della contrattazione collettiva relative all’equivalenza formale delle mansioni stesse, con la conseguenza che *“condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita”* (Cass. civ., sez. lav. 23 ottobre 2014 n. 22535, nonché Cass. 11 maggio 2010 n. 11405, Cass. 21 maggio 2009 n. 11835, Cass. 5 agosto 2010 n. 182839 ivi richiamate; Cass. sez. un. n. 8740 del 2008).

Peraltro, è stato osservato che la devoluzione alla contrattazione collettiva della competenza in tema di determinazione dell’equivalenza, se da un lato presenta il vantaggio di ancorare la mobilità orizzontale alle valutazioni concrete delle parti sociali, si infrange al cospetto di inquadramenti ampi e generici

(9) Nella prassi prevalente nel settore privato la verifica viene condotta "caso per caso" sulla base di una doppia chiave: quella oggettiva, diretta a verificare l’identità tra il livello di inquadramento tra le vecchie e le nuove mansioni e quella soggettiva, diretta a saggiare l’attitudine delle nuove mansioni a non svilire o, in alcuni casi ad accrescere il patrimonio professionale del lavoratore. Sul punto MARTA VENDRAMIN, *Lavoro nelle p.a.*, fasc. 6, 2009, pag. 997, che richiama GARILLI, BELLAVISTA, *Innovazioni tecnologiche e statuto dei lavoratori: limiti al potere dell’imprenditore fra tutela individuale e collettiva* in *QL*, 1989, 6, 176.

che si dimostrano del tutto impermeabili alla tutela e (valorizzazione) della reale professionalità del lavoratore (10).

Per arginare detto rischio una parte della dottrina (11) ha rilevato che la disposizione di cui all' art. 52 T.U. (nel testo precedente il d.lgs n. 150/2009) non era riferita alle mansioni "*considerate equivalenti dalla contrattazione collettiva*" bensì "*alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della qualificazione prevista nei contratti collettivi*", limitandosi a fissare un limite esterno, rappresentato dalle aree tracciate dai contratti collettivi, oltre il quale, certamente, non può esservi equivalenza, ma entro il quale non può darsi per scontato che tutte le mansioni siano equivalenti, con la conseguenza che il lavoratore non possa essere spostato indiscriminatamente da una mansione ad un'altra senza margini di sindacabilità della scelta datoriale da parte del Giudice del Lavoro.

La questione dell'interpretazione (in senso assoluto o in senso relativo) della riserva contenuta nell'art. 52 T.U. si ripropone anche alla luce dell'attuale versione, come mod. dal d.lgs n. 150/2009, secondo cui "*il prestatore deve essere adibito alle mansioni ... equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento*".

Come è stato osservato (12), l'orientamento da ultimo esposto è, però, destinato a scontrarsi con il problema relativo all'individuazione dell'elemento in relazione al quale il giudice possa accertare in concreto l'equivalenza. Infatti, mentre nel settore privato il parametro dell'equivalenza è rappresentato dalle mansioni "*ultime effettivamente svolte*", in un'ottica di protezione dell'esperienza professionale del lavoratore, nel lavoro pubblico manca analogo riferimento, con la conseguenza che, anche a voler ammettere un intervento giudiziale di controllo dell'equivalenza, si dovrebbe escludere che, ai fini dello stesso, il Giudice possa tener conto del reale percorso professionale del lavoratore, dovendosi basare esclusivamente sulla gamma di mansioni previste dal contratto collettivo.

In ogni caso, nella risoluzione dei casi concreti appare imprescindibile che l'interprete operi un delicato bilanciamento tra esigenze contrapposte, quali quelle di assicurare da un lato - nello spirito della riforma operata dalla legge Brunetta - la flessibilità e la mobilità nella gestione delle risorse umane ai fini di migliorare l'efficienza dell'Amministrazione, nonché quella di rispettare dall'altro lato le istanze di delegificazione e contrattualizzazione che restano comunque sottese alla logica di cui all'art. 52.

Sotto altro profilo, alla luce dell'attuale versione dell'art. 52, si pone il problema della rilevanza delle previsioni dei CCNL (peraltro quasi tutti stipulati precedentemente l'entrata in vigore del d.lgs n. 150 del 2009) nel senso della

(10) MARTA VENDRAMIN, *Lavoro nelle p.a.*, fasc. 6, 2009, pag. 997 che sul punto richiama GRAGNOLI, *Le qualifiche dei nuovi contratti: il reinquadramento e la fase transitoria*, in *Rivista*, 1999, 109.

(11) CURZIO, *Pubblico Impiego, sospensioni, congedi, aspettative, mutamenti di mansioni, promozioni*, in *D&L*, 2002, I. 264.

(12) MARTA VENDRAMIN, *Lavoro nelle p.a.*, fasc. 6, 2009, pag. 997.

possibilità di restringere in quale maniera l'ambito in cui può esercitarsi lo *ius variandi* del datore di lavoro pubblico (vale a dire l'intera area di inquadramento).

Ad esempio, il sistema classificatorio del C.C.N.L. comparto ministeri 2006-2009 introduce un modello di classificazione del personale c.d. *generico*, improntato a criteri di flessibilità, articolato in tre aree (denominate A, B, C), individuate attraverso le declaratorie che descrivono l'insieme dei requisiti indispensabili per l'inquadramento nell'area medesima e che corrispondono a *"livelli omogenei di competenze, conoscenze e capacità necessarie per l'espletamento di una vasta e diversificata gamma di attività lavorative, secondo quanto previsto dall'allegato A del presente CCNL"* (art. 6 n. 2).

All'interno di ogni singola area sono poi inseriti i diversi profili professionali, che secondo i settori di attività, definiscono i contenuti tecnici della prestazione lavorativa e le attribuzioni proprie del dipendente (art. 6 n. 4).

Per ciascun profilo, in relazione all'arricchimento professionale conseguito dai dipendenti nello svolgimento della propria attività, viene individuato un sistema di progressioni economiche, che si attua mediante l'attribuzione di successive fasce retributive (art. 6 n. 8).

L'art. 6 n. 5 CCNL cit. prevede che *"Ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, ogni dipendente è tenuto a svolgere le mansioni considerate professionalmente equivalenti all'interno dell'area, fatte salve quelle per il cui espletamento siano richieste specifiche abilitazioni professionali. Ogni dipendente è tenuto, altresì, a svolgere tutte le attività strumentali e complementari a quelle inerenti allo specifico profilo attribuito"*.

In definitiva, rispetto al precedente C.C.N.L. del 16 febbraio 1999 sono stati chiariti i rapporti il profilo professionale ed il livello economico (mentre il CCNL 1998-2001 non distingueva i due concetti perchè divideva le aree in posizioni economiche formulate in chiave soggettiva, con riferimento al grado di conoscenze, capacità e autonomia) ed è stata prevista l'individuazione delle mansioni in maniera più ampia, ovvero non per singole posizioni, bensì per aree funzionali (ad. es. l'area seconda comprende le ex posizioni B1, B2, B3), all'interno delle quali i profili (la cui definizione è rimessa alla contrattazione integrativa), distinti per settori di attività, possono accorpate le mansioni precedentemente articolate sulle diverse posizioni economiche di ciascuna area, secondo le caratteristiche professionali di base indicate nell'allegato A (art. 8).

In tal modo è consentita una maggiore flessibilità nella gestione del personale semplificando notevolmente le procedure di gestione delle risorse umane.

Per contro, sotto la vigenza del precedente C.C.N.L. del 16 febbraio 1999, si poneva un principio di interscambiabilità e fungibilità all'interno del medesimo livello economico (e non dell'area) di appartenenza (con la conseguenza che risultavano *ex se* inferiori mansioni relative al più basso livello economico) ed inoltre si poneva il problema dell'interscambiabilità tra vari profili del medesimo livello economico (13).

Per altro verso il legislatore del 2009 ha in parte ristretto l'ambito di operatività della contrattazione collettiva sotto un duplice profilo.

In primo luogo, a livello di fonti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico, la legge delega n. 15 del 4 marzo 2009 con un'inversione di tendenza rispetto al passato, ove la fonte contrattuale era legittimata a disapplicare tutte le disposizioni legislative attinenti al rapporto di lavoro pubblico, tranne i casi in cui tale competenza era espressamente esclusa dalla legge (14), ha previsto che il contratto collettivo possa disciplinare in maniera diversa aspetti del rapporto di lavoro già regolati con legge solo se esplicitamente autorizzato in tal senso (v. art. 2, comma 2, secondo periodo, d.lgs cit. come mod. dall'1, comma 1, L. 4 marzo 2009 n. 15 *modifica all'art. 2 del d.lgs 30 marzo 2001 n. 165 in materia di derogabilità delle disposizioni applicabili solo ai dipendenti pubblici: "Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge"*).

In secondo luogo, è stato ridotto l'ambito di operatività della contrattazione collettiva nel determinare i passaggi di aree.

Invero, mentre nella formulazione originaria dell'art. 52 nel testo precedente al d.lgs 150/2009 il diritto alle mansioni corrispondenti alla qualifica superiore successivamente acquisita poteva maturare per effetto dello *"sviluppo professionale"* o di procedure concorsuali o selettive, dopo la riforma Brunetta è necessario il superamento di una prova selettiva volta all'accertamento della professionalità richiesta e che garantisca in misura adeguata l'accesso dall'esterno.

Infatti, il nuovo comma 1 *bis* prevede che i dipendenti pubblici (con esclusione dei dirigenti e dei docenti) debbano essere inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali e stabilisce due distinte discipline per le progressioni di

(13) Nella vigenza del precedente testo dell'art. 2, d.lgs cit. e del previgente ccnl comparto Ministeri del 16 febbraio 1999 sono state evidenziate le assurde conseguenze applicative che scaturirebbero dal ritenere a priori legittima un'indiscriminata mobilità nel livello economico, senza alcun limite interno (es. considerando il livello economico B1, si dovrebbe ritenere legittima la variazione tra i seguenti profili: dattilografo, autista, manutentore; o nel livello C2 tra i profili di specialista informatico, consulente amministrativo e coordinatore di unità organiche), v.si MARIA CASOLA, *L'equivalenza nella contrattazione collettiva di comparti, in Mansioni e trasferimenti*.

(14) v.si art. 2, comma 2, secondo periodo, nel testo precedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, L.4 marzo 2009 n. 15 (modifica all'art. 2 del d.lgs 30 marzo 2001 n.165 in materia di derogabilità delle disposizioni applicabili solo ai dipendenti pubblici): *"Eventuali disposizioni di legge, regolamento o di statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario"*.

carriera a seconda che avvengano all'interno della stessa area funzionale o tra diverse aree.

Per le progressioni all'interno dell'area riservate agli interni (le uniche riservate alla giurisdizione del G.O. v. Cass. sez. un. 19 febbraio 2007 n. 3717) sono previsti meccanismi selettivi che tengano conto delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito (con esclusione, dunque, di qualsiasi automatismo fondato sull'anzianità); per le progressioni di area la legge Brunetta ha privilegiato lo strumento del concorso pubblico, con facoltà per l'Amministrazione di destinare al personale interno (purché in possesso del titolo di studi richiesto per l'accesso dall'esterno) una riserva di posti non superiore al 50 % di quelli messi a concorso.

È stato altresì previsto, con ciò ulteriormente restringendo l'ambito di operatività della contrattazione collettiva, che *“la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore”*.

3.1 Assegnazione di diritto di mansioni superiori.

Il comma 2 dell'art. 52 d.lgs 165/2001 consente l'assegnazione al dipendente pubblico di *“mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore”* solo in due ipotesi, ovvero in caso di vacanza del posto in organico (per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti) e di sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto (con esclusione dell'assenza per ferie) per la durata dell'assenza.

Trattasi di ipotesi che hanno ad oggetto esclusivamente l'assegnazione di mansioni proprie della qualifica *“immediatamente superiore”* e disposte per obiettive esigenze di servizio, la cui conseguenza è il riconoscimento del diritto, sancito dal comma 4 dell'art. 52, del dipendente pubblico a percepire per tutta la durata dell'assegnazione il trattamento economico previsto per la qualifica superiore.

Tuttavia, affinché si realizzino dette conseguenze economiche, deve ricorrere anche la condizione prevista dal comma 3, secondo cui *“si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni”*.

4. Assegnazione di fatto di mansioni superiori.

L'art. 52 comma 5 d.lgs n. 165/2001 prende in considerazione l'ipotesi di assegnazione di *“mansioni proprie di una qualifica superiore”* al di fuori delle condizioni previste dai commi 2, 3, 4, per sancire da un lato la nullità

di detta assegnazione, con conseguente personale responsabilità del dirigente che ha disposto l'assegnazione che abbia agito con dolo o colpa grave, e dall'altro il diritto del lavoratore a percepire la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore (*"Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave"*).

Tuttavia una significativa differenza con la disciplina privatistica è rappresentata dalla previsione di cui all'ultimo cpv del comma 1 dell'art. 52, secondo cui *"l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione"*.

Infatti, mentre nella disciplina privatistica il sistema dello *ius variandi* è fondato sull'automatica trasformazione delle mansioni in acquisizione della posizione superiore ad esse corrispondente (ovvero sul consolidamento e sul conseguimento della posizione rivestita a seguito del loro svolgimento, cfr. art. 2103 c.c.), tale principio non può trovare applicazione nel rapporto di pubblico impiego, ancorchè privatizzato, dal momento che si verrebbe a determinare un contrasto con l'art. 97, comma 3, della Costituzione, secondo cui agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Inoltre, l'applicazione del principio civilistico importerebbe notevoli conseguenze giuridiche ed economiche sull'organico delle amministrazioni, strettamente correlato all'organizzazione degli uffici.

Pertanto, può ritenersi che i due sistemi (privato e pubblico privatizzato) si equivalgano unicamente sotto il profilo del riconoscimento del diritto alla retribuzione per la svolgimento di mansioni superiori di fatto.

Conseguentemente la giurisprudenza ha ritenuto che, nell'ambito di un concorso per la progressione interna, lo svolgimento di fatto di mansioni superiori non sia equiparabile, in difetto di previsioni specifiche del bando, al possesso - per un tempo minimo previsto - della qualifica superiore richiesta per la partecipazione al concorso (Cass. civ. Sez. lavoro Sent. 14 maggio 2008, n. 12087).

4.1 L'orientamento della giurisprudenza amministrativa, costituzionale e civile in tema di svolgimento di fatto di mansioni superiori da parte del pubblico dipendente.

La **giurisprudenza amministrativa** per lungo tempo ha seguito un orientamento volto al diniego dell'applicabilità dell'art. 36 Cost. al pubblico impiego sul presupposto che su detta norma volta al rispetto della "giusta retribuzione"

dovessero prevalere gli artt. 97 e 98 Cost., non potendo il rapporto di pubblico impiego essere in alcun modo assimilato ad un rapporto di scambio e dovendosi, anche ai fini del controllo della spesa, rispettare l'esigenza di conservazione di un assetto della pubblica amministrazione rigido e trasparente, espressione della quale è quella della supremazia del parametro della qualifica su quello delle mansioni, sicché in una siffatta ottica ostavano all'applicabilità dell'art. 36 Cost. pure le norme codicistiche dell'art. 2126 c.c. e art. 2041 c.c. (cfr. per tale indirizzo Cons. Stato, Ad. Plen., 18 novembre 1999 n. 22; *ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 1999 n. 1291, Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2000 n. 6466, Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 1999 n. 1438, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2001 n. 1073).

In dettaglio, è stato ritenuto che *“Non è invocabile, ai fini di rendere rilevanti le mansioni superiori adempiute da un pubblico dipendente, l'art. 2126 c.c., il quale, oltre a non dare rilievo alle mansioni svolte in difformità dal titolo invalido, riguarda un fenomeno del tutto diverso (lo svolgimento di attività lavorativa da parte di chi non è qualificabile pubblico dipendente) ed afferma il principio della retribuitività del lavoro prestato sulla base di atto nullo o annullato. Esso, pertanto, non incide in alcun modo sui principi concernenti la portata dei provvedimenti che individuano il trattamento giuridico ed economico dei pubblici dipendenti e non consente di disapplicare gli atti di nomina o d'inquadramento, emanati in conformità delle leggi e dei regolamenti, specie se divenuti inoppugnabili”*; conseguentemente poiché *“Nel pubblico impiego è la qualifica e non le mansioni il parametro al quale la retribuzione è inderogabilmente riferita, considerato anche l'assetto rigido della p.a. sotto il profilo organizzatorio, collegato anch'esso, secondo il paradigma dell'art. 97 cost., ad esigenze primarie di controllo e contenimento della spesa pubblica; ciò comporta che l'amministrazione è tenuta ad erogare la retribuzione corrispondente alle mansioni superiori solo quando una **norma speciale** consenta tale assegnazione e la maggiorazione retributiva”*. (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 novembre 1999, n. 22; cfr., *ex multis*, Cons. Stato 8 maggio 2012 n. 2631, Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5852, Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 758, Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2005 n. 2184, Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2004 n. 222) (15).

(15) In applicazione di detto principio la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che nel **comparto sanità** *“In deroga al generale principio di irrilevanza ai fini giuridici ed economici dello svolgimento delle mansioni superiori - la retribuitività delle stesse, ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. n. 761 del 1979, può avere luogo in presenza della triplice e contestuale condizione inerente: all'esistenza in organico di un posto vacante cui ricondurre le mansioni di più elevato livello; alla previa adozione di un atto deliberativo di assegnazione delle mansioni superiori da parte dell'organo a ciò competente; all'espletamento delle suddette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare”* (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2014 n. 5982; *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2012 n. 768; Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2012 n. 829; Cons. Stato, sez. III, 21 giugno 2011 n. 3661; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2010 n. 814; Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 2012 n. 9016).

Detto indirizzo, coerente con il carattere di indisponibilità degli interessi coinvolti nel rapporto di pubblico impiego, è stato recentemente confermato dalla giurisprudenza amministrativa, che ribadito come *“Nel pubblico impiego l'attribuzione di mansioni superiori e del relativo trattamento economico devono trarre non eludibile presupposto nel provvedimento di nomina o di inquadramento - ovvero in procedimenti all'uopo stabiliti dalla disciplina di settore - non potendo costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari preposti alle diverse strutture organizzative dell'ente pubblico (art. 33 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3)”*; ciò in quanto *“la nozione di mansione nel pubblico impiego assume aspetti di peculiarità e non si identifica nel mero collegamento materiale di taluni compiti espletati dal dipendente a quelli di una diversa e superiore qualifica, ma presuppone il concorso di qualità professionali e di livello culturale da vagliarsi preventivamente in base a giudizi idoneativi previsti dalle norme di settore, i quali soli garantiscono l'effettiva corrispondenza della professionalità richiesta - cui si collega un determinato livello di trattamento economico - agli scopi che l'Amministrazione intende perseguire avvalendosi di una determinata prestazione lavorativa”* (in questi termini Cons. Stato Sez. III, 21 novembre 2014, n. 5737; in ordine all'inapplicabilità dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2126 c.c. in mancanza di norma speciale v.si anche, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, n. 5982 del 4 dicembre 2014).

Tuttavia la giurisprudenza amministrativa è attestata nel ritenere che il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle funzioni superiori da parte dei pubblici dipendenti possa essere riconosciuto con carattere di generalità a decorrere dal 22 novembre 1998, cioè dall'entrata in vigore del d.Lg.vo n. 387/1998, che, con l'art. 15, ha reso operativa la disciplina di cui all'art. 56 del D.Lg.vo n. 29/1993, mentre per quanto riguarda i periodi precedenti - che vengono all'esame della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in virtù dell'art. 69, comma 7, d.lgs 165/01 - è stata ribadita l'impossibilità di applicare in modo generalizzato e indiscriminato l'art. 36 Cost. al rapporto di lavoro nel settore pubblico (il quale, a norma dell'art. 98, primo comma della Costituzione, si sottrae alla logica del puro rapporto di scambio, cfr. Corte Cost., sent. n. 236 del 18 maggio 1992) (Cons. Stato, sez. III, n. 1277 del 2014, Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2011 n. 467; Cons. Stato, sez. IV 30 giugno 2010 n. 4165; Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2010 n. 4465; Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2009 n. 1810).

A diverse conclusioni è pervenuta la **giurisprudenza dei giudici della legge** per avere, infatti, la Corte costituzionale con numerose pronunzie affermato la diretta applicabilità al rapporto di pubblico impiego dei principi dettati dall'art. 36 Cost., specificando al riguardo che detta norma *“determina l'obbligo di integrare il trattamento economico del dipendente nella misura della quantità del lavoro effettivamente prestato”* a prescindere dalla eventuale irregolarità dell'atto o dall'assegnazione o meno dell'impiegato a mansioni su-

periori (Corte Cost. 23 febbraio 1989 n. 57; Corte Cost. ord. 26 luglio 1988 n. 908); che *"il principio dell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante pubblico concorso non è incompatibile con il diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni superiori alla sua qualifica, di percepire il trattamento economico della qualifica corrispondente, giusta il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 Cost."* (Corte Cost. 27 maggio 1992 n. 236); che il mantenere da parte della pubblica amministrazione l'impiegato a mansioni superiori, oltre i limiti prefissati per legge, determina una mera illegalità, che però non priva il lavoro prestato della tutela collegata al rapporto - ai sensi dell'art. 2126 c.c. e, tramite detta disposizione, dell'art. 36 Cost. - perchè non può ravvisarsi nella violazione della mera ristretta legalità quella illiquidità che si riscontra, invece, nel contrasto *"con norme fondamentali e generali e con i principi basilari pubblicistici dell'ordinamento"* e che, alla stregua della citata norma codicistica, porta alla negazione di ogni tutela del lavoratore (Corte Cost. 19 giugno 1990 n. 296 attinente ad una fattispecie riguardante il trattamento economico del personale del servizio sanitario nazionale in ipotesi di affidamento di mansioni superiori in violazione del disposto del D.P.R. n. 761 del 1979, art. 29, comma 2).

L'estensione della norma costituzionale all'impiego pubblico è stata condivisa anche dalla **dottrina giuslavoristica** che ha evidenziato come - pur essendo a seguito del D.Lgs n. 165 del 2001 il trattamento economico dell'impiegato disciplinato dalla contrattazione collettiva e pur essendo detta contrattazione non priva di vincoli unilateralmente opposti per fini di controllo della spesa pubblica (quali quelli derivanti dai primi tre commi dell'art. 48 del suddetto decreto) - i suddetti vincoli derivanti da esigenze di bilancio non impediscano comunque la piena operatività, anche nel settore del lavoro pubblico, dei principi costituzionali di proporzionalità ed efficienza della retribuzione espressi dall'art. 36 Cost.

Principio questo che per poggiare sulla peculiare corrispettività del rapporto lavorativo - qualificato dalla specifica rilevanza sociale che assume in esso la retribuzione volta a compensare *"una attività contrassegnata dall'implicazione della stessa persona del lavoratore"*, il quale ricava da tale attività il mezzo normalmente esclusivo di sostentamento suo e della sua famiglia - da un lato ha portato autorevole dottrina a sganciare il rapporto giuridico retributivo dal novero dei diritti di credito per inquadrarlo tra i diritti assoluti della persona, e dall'altro ha spinto ad affermare, sulla base di una coesenzialità o di una stretta relazione dei due principi della "sufficienza" e della "proporzionalità" ostativa a qualsiasi rapporto gerarchico tra gli stessi, che l'attenuazione del principio sinallagmatico, integrato nel caso in esame dalla rilevanza della persona umana (che determina una traslazione del datore di lavoro del rischio della inattività del prestatore di lavoro, come in caso di sospensione del rapporto) attestano una dimensione sociale della retribuzione e

la sentita esigenza della copertura a livello costituzionale dei diritti inderogabili del lavoratore.

Alla stregua di quanto enunciato e proprio in conformità alla ricordata giurisprudenza della Corte Costituzionale, i **Giudici di legittimità** hanno fissato e ribadito più volte il principio di diritto secondo cui "*In materia di pubblico impiego - come si evince anche dalla lettura del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, art. 56, comma 6, (nel testo sostituito dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 25, così come successivamente modificato dal D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, art. 15) - l'impiegato cui sono state assegnate, al di fuori dei casi consentiti, mansioni superiori, ha diritto, in conformità della giurisprudenza della Corte Costituzionale, ad una retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost. Norma questa che deve, quindi, trovare integrale applicazione - senza sbarramenti temporali di alcun genere - pure nel settore del pubblico impiego privatizzato, sempre che le superiori mansioni assegnate siano state svolte, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, nella loro pienezza, e sempre che in relazione all'attività spiegata siano stati esercitati i poteri ed assunte le responsabilità correlate a dette superiori mansioni*" (cfr. in tali esatti termini, Cass., Sez. Un., 11 dicembre 2007 n. 25837 cui adde, più di recente, Cass. 17 settembre 2008 n. 23741).

È stato altresì ripetutamente affermato che "*In materia di pubblico impiego contrattualizzato, il diritto al compenso per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, da riconoscersi nella misura indicata nell'art. 52, quinto comma del d.lgs. n. 165 del 2001, non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni o alle previsioni dei contratti collettivi, né all'operatività del nuovo sistema di classificazione del personale introdotto dalla contrattazione collettiva, posto che una diversa interpretazione sarebbe contraria all'intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 della Costituzione*" (Cass, sez. lavoro, 18 giugno 2010 n. 14775, Cass. civ. Sez. lavoro, 7 agosto 2013 n. 18808).

La giurisprudenza di legittimità ritiene inoltre che il diritto del dipendente pubblico al trattamento corrispondente all'attività superiore svolta, riconosciuto in ossequio al principio della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost. "*non debba comunque tradursi in un rigido automatismo che porti ad attribuire al dipendente l'esatto trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori, essendo sufficiente che vi sia un compenso aggiuntivo rispetto alla retribuzione della qualifica di appartenenza* (Corte cost., 25 luglio 1997, n. 273)" (Cass. civ. Sez. Unite, 11 dicembre 2007 n. 25837, Cass. civ. sez. lavoro, 14 giugno 2007 n. 13877; Cass. civ. sez. lavoro, 25 ottobre 2003 n. 16078).

Le considerazioni svolte inducono a concludere nel senso che sia ormai principio acquisito la necessità di un giusto temperamento, da perseguirsi

attraverso il ricorso alla "giusta retribuzione" ex art. 36 Cost., fra retribuzione e quantità e qualità del lavoro svolto nel caso che l'utilizzazione del dipendente avvenga in mansioni che siano state irregolarmente acquisite.

Passando all'analisi della casistica giurisprudenziale in tema di lavoro pubblico contrattualizzato, è stato ritenuto che lo svolgimento di mansioni rientranti in una qualifica superiore, pur non avendo effetto ai fini dell'inquadramento superiore, rileva, alle condizioni stabilite della legge ai fini della maturazione del diritto alle relative differenze retributive, anche nel caso in cui le mansioni non rientrino nella qualifica immediatamente superiore ma in quelle ulteriori (es. in una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento), e ciò per ragioni sia di ordine letterale che sistematico.

In dettaglio, sotto il profilo letterale è stato osservato che il comma 5, nel prevedere l'ipotesi di assegnazione di fatto "*a mansioni proprie di una qualifica superiore*" e nel sancire la nullità dell'assegnazione e il diritto del lavoratore alle relative differenze retributive, non abbia contenuto equivalente all'espressione "*qualifica immediatamente superiore*" che il legislatore usa al comma 2 per individuare i casi in cui è legittima l'assegnazione di mansioni immediatamente superiori alla qualifica di appartenenza del dipendente; inoltre una diversa interpretazione, oltre a non essere giustificata dalla lettera del comma 5, sarebbe anche contraria alla sua "ratio", che è quella di assicurare al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost. (Cass. 25 ottobre 2004 n. 20692, Cass. Sez. lavoro, 23 febbraio 2009 n. 4367, Cass. civ., sez. lavoro, 7 agosto 2013 n. 18808).

La giurisprudenza ha avuto altresì modo di affrontare la questione se lo svolgimento di mansioni dirigenziali non immediatamente superiori a quelle corrispondenti alla qualifica posseduta integri ipotesi di svolgimento di mansioni superiori, con conseguente obbligo retributivo.

Invero, a rigore, in tali casi trattandosi, più che di "mansioni superiori", di una diversa "carriera", può apparire dubbia l'applicazione della disciplina del d.lgs 3 febbraio 1929, n. 29, art. 56 (nel testo sostituito dal d.lgs 31 marzo 1998, n. 80, art. 25, e successivamente modificato dal d.lgs 29 ottobre 1998, n. 387, art. 15: v. ora D.lgs 30 marzo 2001, n. 165, art. 52).

Sul punto la Corte di Cassazione ha però osservato in linea generale che la considerazione delle specifiche caratteristiche delle posizioni organizzative di livello dirigenziale e delle relative attribuzioni regolate dal contratto di incarico, come della diversità delle "carriere", non può escludere l'applicazione della disciplina in esame quando venga dedotto, l'espletamento di fatto di mansioni dirigenziali da parte di un funzionario; tale ipotesi può essere invece ricondotta certamente alla previsione del citato comma 5, relativa al conferimento illegittimo di mansioni superiori, da cui consegue il diritto al corrispondente trattamento economico, secondo la *ratio* della norma che è di assicurare co-

munque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestatato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost. (Cass. 4 agosto 2004 n. 14944, 25 ottobre 2004 n. 20692, Cass. 19 aprile 2007, n. 9328).

Tuttavia, a tal fine non è stato ritenuto sufficiente il provvedimento di incarico, occorrendo invece l'allegazione e la prova della pienezza delle mansioni assegnate, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, in relazione alle concrete attività svolte e alle responsabilità attribuite (Cass. civ., sez. lav., 19 aprile 2007, Cass., sez. un., 11 dicembre 2007 n. 25837, Cass. civ. sez. lavoro, 30 dicembre 2009, n. 27887).

Ed ancora è stato osservato che *“In tema di impiego pubblico contrattualizzato, l'assegnazione temporanea, ma per lunghi periodi, delle funzioni di reggente dell'ufficio di assegnazione per la vacanza del posto di dirigente, che rientra nell'ambito di applicazione dall'art. 52, comma 5, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, attribuisce al lavoratore il diritto alla differenza di trattamento economico previsto per la qualifica superiore ricoperta, restando escluso che tale disciplina possa essere diversamente regolata dalla contrattazione collettiva, la quale, ai sensi del comma 6 del citato art. 52, può regolare diversamente i soli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4 della disposizione, e non anche quelli di cui al comma 5, non richiamato”* (Cass. civ. Sez. lavoro, 28 marzo 2013, n. 7823).

La questione investe, più in generale, i rapporti tra l'istituto della reggenza di un ufficio e l'esercizio di mansioni superiori; sul punto è stato osservato che le disposizioni relative al comparto Ministeri che consentono la reggenza del pubblico ufficio sprovvisto temporaneamente del dirigente titolare devono essere interpretate, ai fini del rispetto del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e dei principi generali di tutela del lavoro (art. 35 e 36 Cost.; art. 2103 c.c. e art. 52 D.lgs n. 165/2001), nel senso che l'ipotesi della reggenza costituisce una specificazione dei compiti di sostituzione del titolare assente o impedito contrassegnata dalla straordinarietà e dalla temporaneità, con la conseguenza che a tale posizione può farsi luogo, senza che si producano gli effetti collegati allo svolgimento di mansioni superiori, solo allorquando sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante e nei limiti di tempo ordinariamente previsti per tale copertura, cosicché, al di fuori di tale ipotesi, la reggenza dell'ufficio concreta svolgimento di mansioni superiori; in tal caso la Corte, con particolare riguardo al profilo relativo all'inclusione della retribuzione di posizione e di quella di risultato nel calcolo del trattamento differenziale, pur premettendo che si tratta di elementi retributivi accessori, e non fondamentali, della retribuzione, connessi ai diversi livelli della funzione di dirigente e al conseguimento di predeterminati obiettivi propri di quella qualifica (cfr. Cass. n. 11084 del 2007), ha precisato (cfr. Cass. n. 29671 del 2008) che l'attribuzione delle mansioni dirigenziali, con la pienezza delle relative funzioni, e con l'assunzione delle responsabilità inerenti al perseguimento degli

obiettivi propri delle funzioni di fatto assegnate, non può che comportare, anche in relazione al principio di adeguatezza sancito dall'art. 36 Cost., la corresponsione dell'intero trattamento economico (Cass. civile SS.UU. sent. 16 febbraio 2011 n. 3814).

Per ciò che concerne, in particolare, il sistema normativo del lavoro pubblico dirigenziale negli enti locali (trasfuso nel D.lgs n. 267 del 2000, art. 109), la Corte di Cassazione, nell'escludere la configurabilità di un diritto soggettivo a conservare in ogni caso determinate tipologie di incarico dirigenziale, ha confermato il principio generale che, nel lavoro pubblico, alla qualifica dirigenziale corrisponde soltanto l'attitudine professionale all'assunzione di incarichi dirigenziali di qualunque tipo, e non consente perciò - anche in difetto dell'espressa previsione di cui al d.lgs n. 165 del 2001, art. 19, stabilita per le amministrazioni statali - di ritenere applicabile l'art. 2103 c.c., risultando la regola del rispetto di determinate specifiche professionalità acquisite non compatibile con lo statuto del dirigente pubblico locale, con la sola eccezione della dirigenza tecnica, la quale va tuttavia interpretata in senso stretto, ossia nel senso che il dirigente tecnico, il cui incarico è soggetto ai principi della temporaneità e della rotazione, deve comunque svolgere mansioni tecniche (Cass. civ., sez. lav., 21 ottobre 2014 n. 22284; Cass. civ., sez. lav. 23 ottobre 2013 n. 24035; Cass. civ., sez. lav., 15 febbraio 2010 n. 3451).

È stato altresì affrontato e recentemente risolto dalle SS.UU. della Corte di Cassazione il contrasto giurisprudenziale insorto circa il calcolo della base retributiva dell'indennità di buonuscita spettante ai sensi degli artt. 3 e 38 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032 al pubblico dipendente in caso di l'esercizio di fatto di mansioni più elevate rispetto a quelle della qualifica di appartenenza.

Invero, secondo un primo orientamento è stato ritenuto che *“nel rapporto di lavoro c.d. privatizzato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, poiché l'esercizio di fatto di mansioni più elevate rispetto a quelle della qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore nella superiore qualifica, la base retributiva dell'indennità di buonuscita, che sia normativamente costituita dalla retribuzione corrispondente all'ultima qualifica legittimamente rivestita dall'interessato all'atto della cessazione del servizio, non è da riferire alla retribuzione corrispondente alla superiore qualifica, bensì a quella corrispondente all'inferiore qualifica di appartenenza”* (principio espresso da Cass. civ. Sez. lav., 11 giugno 2008 n. 15498 e poi ribadito da Cass. civ., sez. lav., 2 luglio 2013 n. 16506).

Detto principio però non è stato condiviso da altra parte della giurisprudenza, che aveva osservato come *“l'indennità di buonuscita dei dipendenti statali, pur realizzando una funzione previdenziale, ha natura retributiva e, alla luce del principio di proporzionalità sancito dall'art. 36 Cost., deve essere commisurata all'ultima retribuzione anche se percepita per lo svolgimento di mansioni superiori, purché queste ultime siano esercitate, sotto il profilo qua-*

litativo e quantitativo, con pienezza di poteri e responsabilità. Ne consegue che, ove sia stata conferita la reggenza per un posto di dirigente con attribuzione del relativo trattamento economico e tali mansioni siano state effettivamente esercitate per lungo tempo (tre anni), ai fini del contributo dell'indennità di buonuscita del dipendente, che, nel frattempo, abbia maturato i requisiti per il collocamento a riposo, si deve considerare, quale ultimo trattamento economico percepito, quello corrisposto per l'incarico svolto a titolo di reggenza” (Cass. civ., sez. lav., 13 giugno 2012, n. 9646).

La questione è stata definita con sentenza della Cass. civ. Sez. Unite, 14 maggio 2014, n. 10413, che richiamando le pronunce della Corte Costituzionale che hanno affermato la legittimità della tassatività degli emolumenti computabili ai fini dell'indennità di buonuscita (C. Cost. n. 243/93 e n. 278/95) nonché le pronunce di legittimità e del Consiglio di Stato che si sono espresse in piena sintonia con la giurisprudenza costituzionale con riguardo a settori diversi (Cass. Sez. Un. n. 3673/97; Cass. n. 16596/04; Cass. n. 22125/11; Cass. n. 2259/12; Cass. n. 709/12; Cons. St., Sez. 6[^], n. 6736/11; n. 2075/11; n. 3717/09; n. 482/09), hanno affermato che gli stessi principi trovano applicazione nella fattispecie della reggenza, la quale è connotata dalla temporaneità e presuppone che per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro, nel caso di vacanza di posto in organico, sia temporaneamente adibito a mansioni proprie di una qualifica superiore. Anche in tali ipotesi l'intrinseca temporaneità dell'incarico dirigenziale come reggente, affidato al dipendente sprovvisto della qualifica di dirigente, comporta che l'incremento di trattamento economico rispetto a quello corrispondente alla qualifica di appartenenza sia concettualmente isolabile e non appartenga alla nozione di "stipendio" che è invece il trattamento economico tabellarmente riferibile alla qualifica di appartenenza.

D'altra parte, aggiungono le Sezioni Unite, riportare la liquidazione dell'indennità di buonuscita alla retribuzione da ultimo percepita in forza delle mansioni dirigenziali espletate in via di reggenza temporanea, anziché alla retribuzione dell'ultima qualifica rivestita, significa realizzare di fatto lo stesso effetto che si sarebbe verificato se il dipendente avesse regolarmente conseguito il superiore inquadramento, effetto questo che il legislatore con la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego ha sempre inteso evitare, disponendo che l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non rileva ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi dirigenziali.

Ne consegue, hanno rilevato Sezioni Unite, che nella base di calcolo dell'indennità di buonuscita del dipendente che da ultimo abbia svolto le superiori mansioni di dirigente in situazione di reggenza, non possono comprendersi emolumenti diversi da quelli previsti dal combinato disposto del D.P.R. n. 1032 del 1973, artt. 3 e 38, non potendo in particolare interpretarsi le locuzioni "stipendio", "paga" o "retribuzione", nel senso generico di

retribuzione onnicomprensiva riferibile a tutto quanto ricevuto dal dipendente in modo fisso o continuativo e con vincolo di corrispettività con la prestazione, ma dovendo esse essere riferite al trattamento retributivo relativo alla qualifica di appartenenza.

Diversamente opinando il sistema si presterebbe a speculazioni e a calcoli opportunistici (si pensi all'ipotesi in cui l'incarico di reggenza venga conferito poco prima che il dipendente venga collocato a riposo, con la conseguenza che la buonuscita dovrebbe essere calcolata sulla base dell'ultima retribuzione percepita).

V'è da dire, altresì, che per le fattispecie successive all'entrata in vigore della c.d. riforma Brunetta (d.lgs n. 150 del 2009 art. 40, che ha modificato il d.lgs n. 165/52001 art. 19 inserendo il comma 2, ulteriormente mod. dal D.L. n. 138 del 2011, art. 1, comma 32, conv. con mod. in L. n. 148 del 2011), il legislatore, con riguardo ai dipendenti statali titolari di incarichi dirigenziali, ha disposto che, ai fini della determinazione della misura del trattamento di quiescenza ex art. 43 cit., l'ultimo stipendio vada individuato nell'ultima retribuzione percepita in relazione all'incarico svolto, mentre, nell'ipotesi di incarico inferiore a tre anni perchè coincidente con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato (terzo periodo del comma 2), il legislatore ha stabilito che l'ultimo stipendio vada individuato nell'ultima retribuzione percepita prima del conferimento dell'incarico avente durata inferiore a tre anni, norma questa palesemente diretta ad evitare ogni forma di speculazione (Cass. civ., sez. lav. 20 ottobre 2014 n. 22156).

5. Demansionamento.

In materia di pubblico impiego privatizzato il c.d. demansionamento può verificarsi sia nell'ipotesi di assegnazione del dipendente a mansioni inferiori a quelle di assunzione o a mansioni equivalenti nell'area di inquadramento (da valutarsi sempre alla luce delle previsioni della contrattazione collettiva), sia in caso di sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa; in tale ultimo caso, peraltro, come ritenuto dalla giurisprudenza, la vicenda esula dall'ambito delle problematiche sull'equivalenza delle mansioni, configurandosi la diversa ipotesi della sottrazione pressoché integrale delle funzioni da svolgere, vietata anche nell'ambito del pubblico impiego (Cass. civ., sez. lav., 15 gennaio 2014 n. 687; Cassazione civile sez. lav. 11 aprile 2013 n. 8854; Cass. civ., sez. lavoro, 21 maggio 2009, n. 11835).

Va altresì precisato che l'illecito del demansionamento da parte del datore di lavoro non è configurato da qualsiasi inadempimento alle obbligazioni datoriali, ma quando vi sia una effettiva perdita di mansioni svolte e il progressivo depauperamento dei compiti più qualificanti, appartenenti alla posizione professionale del lavoratore, con conseguente depauperamento del suo patrimonio professionale e della sua dignità lavorativa. In particolare, nel pubblico

impiego il demansionamento è stato ravvisato nei casi in cui si attribuiscono funzioni inferiori non rientranti nella qualifica di appartenenza; escluso, invece, quando il pubblico dipendente sia dimesso dalle funzioni svolte e incaricato di altre mansioni rientranti nella qualifica funzionale di inquadramento.

Non può, dunque, prescindersi dalla verifica relativa alla rilevanza concreta della sottoutilizzazione professionale, potendosi configurare la dequalificazione solo quale fatto duraturo e foriero di perdita di professionalità e dovendosi necessariamente considerare gli inevitabili assestamenti conseguenti a modifiche organizzative comportanti la cessazione e l'avvio di nuove strutture operative.

L'ipotesi di demansionamento del dipendente va ovviamente concettualmente distinta dalla più ampia ipotesi di c.d. *mobbing*, tenendo presente che nell'ambito del lavoro "pubblico", per configurarsi una condotta di *mobbing*, è necessario un disegno persecutorio tale da rendere tutti gli atti dell'Amministrazione, compiuti in esecuzione di tale sovrastante disegno, non funzionali all'interesse generale a cui sono normalmente diretti (Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2013 n. 1609; Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011 n. 3648).

In tema di lavoro privato (ma il principio appare applicabile anche in tema di pubblico impiego privatizzato) è stato, altresì, osservato che l'eventuale assegnazione di mansioni (inferiori o comunque non rientranti nella qualifica di appartenenza) se può consentire al lavoratore di richiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, non giustifica il rifiuto del prestatore di lavoro di eseguire la prestazione lavorativa richiesta, rendendosi così inadempiente, sia perchè lo stesso è tenuto ad osservare le disposizioni impartite dal datore di lavoro ex artt. 2086 c.c. e 2104 cod. civ. e può invocare l'art. 1460 c.c. solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte (mentre, nel caso in cui sussista contestazione solo su una delle obbligazioni a carico di una delle parti, il datore continua ad assolvere tutti gli altri propri obblighi (pagamento retribuzione, copertura previdenziale ed assicurativa, etc.) (Cass. civ., sez. lav. 5 dicembre 2007 n. 25313); peraltro, recentemente è stato affermato che il lavoratore può invocare l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. se il rifiuto appare proporzionato all'illegittimo comportamento del datore e conforme a buona fede (Cass. civ., sez. lav. 19 luglio 2013 n. 17713).

Sempre in tema di lavoro privato, non si ritiene in contrasto con il divieto di patti contrari di cui all' art. 2103 c.c., il c.d. patto di demansionamento (sorto, dunque, dall'interesse e dal consenso del lavoratore) quale unico mezzo per conservare il rapporto di lavoro (ad es. in caso sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore, ovvero in linea generale al fine di tutelare interessi superiori, quali la conservazione del posto) (Cass. civ., sez. lav., 12 aprile 2012 n. 5780). Nel settore pubblico, non essendo applicabile l'art. 2103 c.c. in tema di mansioni, non sembrano sussistere ragioni ostative all'applicabilità di principi

analoghi in caso di deroghe convenzionali o collettive alla disciplina generale di cui all'art. 52 T.U. volte alla tutela di interessi superiori.

Con particolare riguardo agli oneri di allegazione e di prova gravanti sulle parti, secondo la costante giurisprudenza, in tema di risarcimento del danno non patrimoniale derivante da demansionamento e dequalificazione, non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale: incombe sul lavoratore l'onere, non solo di allegare il demansionamento, ma anche di fornire la prova ex art. 2697 c.c. del danno non patrimoniale e del nesso di causalità con l'inadempimento datoriale (Cass. civ. Sez. lavoro, 25 marzo 2014, n. 6965; Cass. civ., sez. lav., 17 settembre 2010 n. 19785).

A tal fine è opportuno ricordare che l'inadempimento del datore di lavoro è già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione ed è perciò necessario non solo che si produca una lesione aggiuntiva e per certi versi autonoma, nella sfera del lavoratore (16), ma anche che lo stesso assolva i relativi oneri probatori.

In tal senso la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che *"in caso di accertato demansionamento professionale, la risarcibilità del danno all'immagine derivato al lavoratore a cagione del comportamento del datore di lavoro presuppone che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi"* (Cass. civ. Sez. lavoro, 4 marzo 2011, n. 5237).

È stata altresì respinta la domanda per *perdita di chance* sulla base della mancata allegazione di fatti idonei a comprovare che il lavoratore abbia subito una compromissione effettiva delle sue concrete aspettative di natura professionale a causa della dequalificazione subita o dell'atteggiamento discriminatorio del datore di lavoro (Cassazione civile sez. lav. 7 agosto 2014 n. 17755); in particolare, nella specie, non si era specificato da quali concorsi interni fosse stato escluso il lavoratore, a quali corsi di formazione non fosse stato ammesso, da quali prove selettive fosse stato illegittimamente escluso, quali promozioni avesse mancato per il periodo di inattività per il demansionamento subito).

Pertanto, in ipotesi di demansionamento e di dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del c.c. danno non patrimoniale che asseritamente ne deriva - non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale - non può prescindere da una specificata allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo (Cass. civ. Sez. lavoro, 4 settembre 2014, n. 18673).

Come affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (v. Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572) *"in tema di demansionamento e di dequalificazione,*

(16) v. MARIA CASOLA, *Mansioni e trasferimenti*, cit.

il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, che asseritamente ne deriva - non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale - non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo; mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) - il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico - si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove".

Nel contempo è stato anche affermato che "la risarcibilità del danno morale, a norma dell'art. 2059 c.c., non è soggetta al limite derivante dalla riserva di legge e non richiede che il fatto illecito integri in concreto un reato, essendo sufficiente che vi sia stata una lesione di un interesse inerente alla persona, costituzionalmente garantito, atteso che la previsione costituzionale dell'interesse relativo ne esige in ogni caso la protezione" (v. Cass. 19 dicembre 2008 n. 29832).

Rimane ferma, però, la necessità di evitare, trattandosi di danno non patrimoniale, ogni duplicazione con altre voci di danno non patrimoniale accomunate dalla medesima fonte causale (Cassazione civile sez. lav. 29 settembre 2014 n. 20473, nella specie, la Corte ha respinto la richiesta del ricorrente, secondo cui l'inattività per oltre sei anni dal ruolo di dirigente chimico di 2° livello, nonché di coordinatore del laboratorio a carattere centralizzato del servizio di ematologia di un prestigioso policlinico universitario non costituiva di per sé prova del danno subito, atteso che a detta della Corte la parte non aveva allegato le specifiche circostanze atte a provare il depauperamento del proprio bagaglio professionale).

Invero, alla stregua del "diritto vivente" segnato dall'arresto delle Sezioni

Unite civili del 2008 (sentenza n. 26972 del 2008, Cass. n. 24015 del 16 novembre 2011, Cass. 29 novembre 2011 n. 25222, Cass. 19 febbraio 2013 n. 4043), la liquidazione del danno non patrimoniale deve essere complessiva e cioè tale da coprire l'intero pregiudizio a prescindere dai "nomina iuris" dei vari tipi di danno, i quali non possono essere invocati singolarmente per un aumento della anzidetta liquidazione. Tuttavia, sebbene il danno non patrimoniale costituisca una categoria unitaria, le tradizionali sottocategorie di danno biologico e danno morale continuano a svolgere una funzione, per quanto solo descrittiva, del contenuto pregiudizievole preso in esame dal Giudice al fine di dare contenuto e parametrare la liquidazione del danno risarcibile.

È stato poi ulteriormente osservato che se il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ. preclude la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale, ecc), che costituirebbero vere e proprie duplicazioni risarcitorie, resta fermo, però, l'obbligo del giudice di tenere conto di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi del danno non patrimoniale nel singolo caso, tramite l'incremento, della somma dovuta a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione (Cass. n. 21716 del 23 settembre 2013).

Devono, dunque, trovare corretta applicazione in presenza del ritenuto demansionamento, i principi in materia enunciati dalla Corte di Cassazione (sez. lav., 19 settembre 2014, n. 19778) e dal Consiglio di Stato (sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 223), secondo cui, in tema di dequalificazione, il giudice del merito può desumere l'esistenza del relativo danno, avente natura patrimoniale e, ricorrendone i presupposti, anche non patrimoniale, il cui onere di allegazione incombe al lavoratore, determinandone anche l'entità in via equitativa, con processo logico-giuridico attinente alla formazione della prova, anche presuntiva, in base agli elementi di fatto relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa pregressa, al tipo di professionalità colpita, alla durata del demansionamento, all'esito finale della dequalificazione e alle altre circostanze del caso concreto.

Infine, è stato altresì recentemente osservato che in tema di lavoro pubblico contrattualizzato, poiché il passaggio dall'inquadramento nelle aree funzionali alla qualifica di dirigente implica una novazione oggettiva del rapporto di lavoro, equiparata al reclutamento dall'esterno, e non riconducibile alle procedure concorsuali o selettive di cui all'art. 52 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in tale evenienza, non è ipotizzabile un danno da demansionamento ma, eventualmente, da mancato conferimento o ritardata attribuzione di un incarico dirigenziale (Cass. civ. Sez. lavoro, 28 ottobre 2014, n. 22835).

6. Sindacato del Giudice del lavoro e onere della prova delle parti.

Come è noto, nei rapporti di pubblico impiego privatizzati, ai sensi del-

l'art. 5 comma 2 d.lgs n. 165/01, *“le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”*.

Pertanto, sono regolati dal diritto privato sia le determinazioni per l'organizzazione degli uffici (c.d. atti di micro-organizzazione) che gli atti di gestione del rapporto di lavoro, mentre sono regolati dal diritto amministrativo i soli atti di c.d. macro organizzazione, ovvero quelli inerenti il profilo strutturale degli uffici, riguardanti le materie tassativamente elencate all'art. 2 comma 1 del d.lgs n. 165/2001 (*“Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive...”*), nelle quali si esprime la posizione di supremazia speciale che nell'ordinamento ha il soggetto pubblico.

Conseguentemente, poiché dopo la riforma del P.I., tutti i poteri di gestione del rapporto di lavoro presso la P.A. hanno natura privatistica, il **sindacato** sugli atti o comportamenti gestionali del rapporto di lavoro pubblico privatizzato deve rigorosamente vertere su categorie civilistiche (nullità ed art. 1418 e 1324 c.c. nei casi di violazione di norme imperative, annullabilità, inefficacia, inesistenza, risolubilità) e la condotta del datore di lavoro pubblico deve essere valutata in termini di inadempimento contrattuale (e non di illegittimità degli atti), con tutto ciò che ne discende (contenuto del ricorso, onere della prova, risarcimento del danno, contenuto della sentenza).

Da ciò consegue non solo l'infondatezza di tutti i motivi di ricorso fondati sull'applicabilità di regole e principi propri degli atti amministrativi e dell'azione di diritto pubblico dell'amministrazione (es. l. 241/90 in tema di procedimento amministrativo), ma anche i vizi tipici dei provvedimenti amministrativi (illogicità, incoerenza, difetto di motivazione e più in generale incompetenza, violazioni di legge, eccesso di potere) devono tradursi - già a livello di prospettazioni del ricorso - in termini di scorrettezza, mala fede, discriminarietà, illiceità, lesione del diritto alla dignità del prestatore di lavoro o inadempimento in genere.

In definitiva, la conformità a legge degli atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico privatizzato - anche in tema di mansioni - deve valutarsi secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i datori di lavoro privati.

Detto è l'orientamento espresso dalla giurisprudenza costante, secondo cui *“in seguito della c.d. privatizzazione del lavoro pubblico, attuata con le norme raccolte nel D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 e contraddistinta dalla contrattualizzazione della fonte dei rapporti di lavoro e dall'adozione di misure organizzative non espressamente riservate ad atti di diritto pubblico e realiz-*

zate mediante atti di diritto privato (art. 5, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 cit.), deve ritenersi che la conformità a legge del comportamento dell'amministrazione negli atti e procedimenti di diritto privato posti in essere ai fini della costituzione, gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro finalizzati al proseguimento di scopi istituzionali - deve essere valutata esclusivamente secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i privati datori di lavoro, secondo una precisa scelta del legislatore (nel senso dell'adozione di moduli privatistici dell'azione amministrativa) che la Corte Costituzionale ha ritenuto conforme al principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (v. Corte cost. n. 275 del 2001, n. 11 del 2002)” (Cass. 19 marzo 2004 n. 5565).

A titolo esemplificativo si osserva che, in applicazione di detti principi, in tema di conferimento di c.d. posizione organizzativa, le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto che *“Il conferimento della posizione organizzativa al personale non dirigente delle pubbliche amministrazioni inquadrato nelle aree si iscrive nella categoria degli atti negoziali, adottati con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato e l'attività dell'Amministrazione, nell'applicazione della disposizione contrattuale, si configura come adempimento di un obbligo di ricognizione ed individuazione degli aventi diritto, non come esercizio di un potere di organizzazione. Ne consegue che è devoluta alla giurisdizione del g.o. la domanda di un dipendente comunale intesa ad ottenere la condanna del comune al risarcimento del danno derivato dalla mancata attribuzione di una posizione organizzativa all'interno dell'ente, con conseguente perdita della relativa indennità di posizione e di risultato, non essendo a ciò di ostacolo che vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, intesi alla fissazione dei criteri per l'attribuzione delle posizioni organizzative (nella specie, l'istituzione di un registro degli idonei al ruolo di posizione organizzativa responsabile di strutture complesse), i quali sono valutati incidentalmente dal giudice e disapplicati, se illegittimi”* (Cassazione civile sez. un. 14 aprile 2010 n. 8836).

Ciò in quanto, secondo i giudici di legittimità, le cd. posizioni organizzative previste dai contratti di comparto (che si concretano nel conferimento al personale appartenente all'area apicale dei diversi comparti di incarichi relativi allo svolgimento di compiti che comportano elevate capacità professionali e culturali corrispondenti alla direzione di unità organizzative complesse e all'espletamento di attività professionali e nell'attribuzione della relativa posizione funzionale) non determinano un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato, nè un mutamento di area, ma comportano soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell'incarico. Si tratta, in definitiva, di una funzione *ad tempus* di alta responsabilità la cui definizione - nell'ambito della classificazione del personale di ciascun comparto - è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva.

Ed ancora, al riguardo è stato ritenuto che *“al suddetto conferimento vanno applicate le regole sancite da questa Corte in materia di limiti interni dei poteri attribuiti al datore di lavoro pubblico dalle norme di diritto privato.*

Tali limiti si delineano in relazione a previsioni, contrattuali o normative, che dettano le prescrizioni dell'esercizio del potere discrezionale, sul piano sostanziale o su quello procedimentale, precetti questi suscettibili di essere integrati e precisati dalle clausole generali di correttezza e buona fede, cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (vedi, per tutte: Cass. 30 settembre 2009, n. 20979).

Del resto le Sezioni unite di questa Corte hanno ritenuto che, nell'ambito del rapporto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il Giudice ordinario sottopone a sindacato i poteri esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche all'attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. (vedi Cass. S.U. n. 9332 del 2002, n. 18017 del 2003 e n. 1252 del 2004).

... In particolare, con riferimento alle procedure di selezione per promozione del personale, è stato più volte affermato che il datore di lavoro (anche pubblico) che abbia vincolato la propria discrezionalità, per propria autonoma iniziativa o pattiziamente, stabilendo delle regole da applicare per la disposta selezione deve attenersi a tali regole, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede (vedi, per tutte: Cass. 14 settembre 2005, n. 18198; Cass. 24 marzo 2009, n. 7053)” (Cassazione civile sez. lav. 7 febbraio 2014 n. 2836).

Con particolare riguardo, poi, agli **oneri probatori gravanti sulle parti**, trattandosi di azioni aventi ad oggetto un inadempimento contrattuale (obbligo di fare, ovvero di assegnare mansioni proprie della qualifica o equivalenti) il creditore/ricorrente dovrà allegare e provare il fatto costitutivo del diritto azionato (ovvero le circostanze storiche generatrici della situazione soggettiva azionata) ed allegare l'inadempimento del debitore/resistente (ovvero i fatti storici concretizzanti la lamentata violazione del diritto); invece il debitore/resistente dovrà allegare e provare i fatti estintivi, impeditivi, modificativi e la non imputabilità dell'inadempimento, secondo i principi generali vigenti in tema di inadempimento di contratti a prestazioni corrispettive (cfr. Cass. Sezioni Unite 30 ottobre 2001 n. 13533).

In applicazione di detti principi generali in tema di lavoro privato (ma il principio è applicabile al lavoro pubblico privatizzato) è stato recentemente ribadito che quando il rifiuto di rendere una prestazione per una data unità di tempo non sia integrale, ma riguardi solo uno o più tra i compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere (c.d. sciopero di mansioni), la condotta del lavoratore non è scriminata dall'esercizio del diritto di sciopero, ma costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali, passibile di sanzioni disciplinari (Cass. civ., sez. lav., 5 dicembre 2014 n. 25817).

Con particolare riguardo agli oneri di allegazione e di prova in ipotesi di assegnazione di mansioni superiori, secondo la costante giurisprudenza il ricorso deve contenere una analitica comparazione del contenuto delle mansioni di provenienza e di destinazione e il Giudice di merito deve procedere a una penetrante ricognizione di tutto il contenuto delle mansioni svolte e all'esame delle declaratorie generali delle categorie di inquadramento coinvolte nella controversia e dei profili professionali pertinenti (Cass. civ., Sez. lav., 25 ottobre 2004, n. 20692); invero, come già evidenziato, in tema di pubblico impiego contrattualizzato, la disciplina collettiva costituisce la fonte esclusiva per valutare se un dipendente sia stato assegnato a mansioni superiori (Cass. civ., Sez. Unite, 29 maggio 2012 n. 8520).

Inoltre, sul versante fattuale è necessario che le mansioni assegnate siano in concreto svolte nella loro pienezza, sia per quanto attiene al profilo quantitativo che qualitativo dell'attività spiegata sia per quanto attiene all'esercizio dei poteri ed alle correlative responsabilità attribuite (cfr. al riguardo: Cass. 19 aprile 2007 n. 9328); dette circostanze possono ritenersi però provate solo sulla base dei fatti allegati in causa (ad esempio, lunga durata nello svolgimento delle mansioni, mancata denuncia di inadempimenti o di inesatti assolvimenti degli obblighi derivanti dalle mansioni assegnate) nonché della condotta processuale della parte datoriale (acquiescenza o mancata contestazione *ex art. 416 c.p.c.* dei fatti e degli elementi di diritto della domanda di controparte).

A tale ultimo riguardo è utile precisare che solo nel caso in cui le allegazioni del creditore/ricorrente siano sufficientemente determinate si radica in capo al resistente l'onere di contestare la fondatezza della pretesa e di allegare e provare l'eventuale esistenza di fatti storici diversi, concretizzanti vicende impeditive (cioè che hanno ostato ad inizio all'insorgere del diritto azionato), estintive (che hanno fatto venir meno il diritto, in origine esistente) o modificative (17).

È invece onere dell'Amministrazione allegare e provare la non imputabilità dell'inadempimento, come nel caso in cui l'espletamento di mansioni superiori sia avvenuto all'insaputa o contro la volontà dell'ente (*invito o prohibente domino*) oppure allorquando sia il frutto della fraudolenta collusione tra dipendente e dirigente.

Analogamente, nell'ipotesi di demansionamento o dequalificazione, è sul datore di lavoro che incombe l'onere di provare l'esatto adempimento del suo obbligo, o attraverso la prova della mancanza in concreto di qualsiasi dequalificazione o demansionamento, ovvero attraverso la prova che l'una o l'altro siano state giustificate dal legittimo esercizio dei poteri imprenditoriali o di-

(17) CASOLA, *Mansioni, demansionamenti, trasferimenti e mobbing*, relazione tenuta all'incontro di studi CSM, Roma, 25-27 giugno 2007, "Controversie di Lavoro ed onere della prova".

sciplinari o, in base al principio generale di cui all'art. 1218 c.c., comunque da una impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile (Cass. civ., sez. lav., 6 marzo 2006, n. 4766).

Dalla circostanza per cui gli atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico privatizzato (adottati anche in tema di assegnazione di mansioni) sono regolati dal diritto privato consegue, altresì, che in caso di sindacato su tali atti di regola non è necessario invocare ed applicare l'**istituto della disapplicazione** di cui all'**art. 63 comma 1 D.lgs 165/2001** (18), che è applicabile solo agli atti amministrativi e quindi solo agli atti di macro-organizzazione che costituiscano il presupposto di emanazione del singolo atto gestionale incidente sulla posizione del dipendente.

Sul punto si è espressa la giurisprudenza di legittimità ritenendo la sussistenza della giurisdizione ordinaria ed osservando che *“In tema di impiego pubblico privatizzato, la previsione dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 che conferma la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario anche “se vengono in questione atti amministrativi presupposti e quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione”, giacché in tal caso il giudice li disapplica ove illegittimi, trova applicazione allorché il lavoratore, in riferimento a quegli atti, che provvedono a stabilire le linee fondamentali della organizzazione degli uffici ovvero individuano gli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, nonché le dotazioni organiche complessive - come tali suscettibili di essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo da coloro che possono vantare un interesse legittimo - li contesti unicamente in ragione della loro incidenza diretta o indiretta su posizioni di diritto soggettivo derivanti dal rapporto lavorativo, così da rendere possibile la loro mera disapplicazione. (Nella specie, le S.U. hanno dichiarato la sussistenza della giurisdizione ordinaria sulla controversia concernente la pretesa di conferimento di incarico dirigenziale di Soprintendente da parte di interessato che, ai fini del riconoscimento di diritto e delle relative mansioni, aveva contestato la legittimità delle delibere riguardanti l'organizzazione della Soprintendenza stessa)* (in questi termini, Cass. civ. Sez. Unite Ord. 7 novembre 2008 n. 26799 e da ultimo, Cass. S.U. 29 settembre 2014 n. 20454, ma

(18) I limiti di esercizio del potere di disapplicazione sono previsti dall'art. 63 comma 1 d.lgs 165/2001 *“Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. Trattasi, invero, di un semplice richiamo, con riferimento alle controversie di lavoro, dell'istituto previsto in via generale dall'art. 5 l. 2248/19865 all. E (Cass. n. 3252/2003).*

v.si anche Cass. S.U. 12 marzo 2013 n. 6079, Cass. S.U. 28 maggio 2013 n. 13178, Cass. S.U. 27 dicembre 2011 n. 28806 in tema di disapplicazione di atti amministrativi presupposti ad atti di gestione comportanti il conferimento o la revoca di incarichi dirigenziali).

Infine, dalla natura privatistica degli atti compiuti dalla P.A. in ordine all'assegnazione di mansioni, deriva che - in caso di violazione e quindi di inadempimento contrattuale - il ricorrente può chiedere la condanna dell'ente pubblico datore di lavoro o all'**adempimento** (ad es. nel caso di violazione delle regole della procedura di conferimento di c.d. posizioni organizzative, a ripetere la procedura di valutazione e di scelta del dipendente) o al **risarcimento** del danno (ad es. il danno da perdita di *chance* di vedersi conferito l'incarico), ma non anche il riconoscimento del diritto all'incarico (19).

Analogamente, in caso di demansionamento, la Suprema Corte - pur dando atto di due diversi orientamenti in relazione alle conseguenze della violazione del divieto di assegnazione a mansioni inferiori di cui all'art. 2103 (da una parte ritenendosi ammissibile il ripristino della situazione pregressa mediante reintegrazione e dall'altra, il solo obbligo del risarcimento del danno) ha statuito che *"ove venga accertata l'esistenza di un comportamento contrario all'art. 2103 cod. civ., il giudice di merito, oltre a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo contrattualmente assunto dal datore di lavoro con la condanna al risarcimento del danno, può emanare una pronuncia di adempimento in forma specifica che - pur non essendo coercibile, né equiparabile all'ordine di reintegrazione ex art. 18 legge n. 300 del 1970, disposizione che ha i caratteri della tipicità, eccezionalità e dell'efficacia reale - ha un contenuto pienamente soddisfacente dell'interesse leso in quanto diretta a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento illegittimo"* (Cass. n. 16689/08).

Da ultimo la Corte di Cassazione ha ribadito che *"In tema di demansionamento illegittimo, ove venga accertata l'esistenza di un comportamento contrario all'art. 2103 cod. civ., il giudice di merito, oltre a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo contrattualmente assunto dal datore di lavoro con la condanna al risarcimento del danno, può emanare una pronuncia di adempimento in forma specifica, di contenuto soddisfacente dell'interesse leso, intesa a condannare il datore di lavoro a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento di assegnazione delle mansioni inferiori, affidando al lavoratore l'originario incarico, ovvero un altro di contenuto equivalente. L'obbligo del datore di lavoro è derogabile solo nel caso in cui provi l'impossibilità di ricollocare il lavoratore nelle mansioni precedentemente occupate, o in altre equivalenti, per inesistenza in azienda di tali ultime mansioni o di mansioni ad esse equivalenti"* (Cass. civ. Sez. lavoro, 11 luglio 2014 n. 16012).

(19) PAOLO SORDI, *I poteri e il sindacato del giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico*.

Sul punto è stato, peraltro, evidenziato che nel pubblico impiego in caso di demansionamento la **tutela in forma specifica**, mediante l'automatico ripristino delle precedenti mansioni (salvo il legittimo esercizio di *ius variandi* del datore di lavoro) è certamente ammissibile anche alla luce delle previsioni di cui al comma 2 dell'art. 68 D.lgs 165/2001 che sancisce il potere dovere del Giudice ordinario di adottare nei confronti della P.A. tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna richiesti dalla natura dei diritti tutelati (20).

(20) CASOLA, *Mansioni e trasferimenti*, cit.

Il regime giuridico dell'Agazia Spaziale Italiana: assetto organizzativo e profili funzionali

*Domenico Andracchio**

SOMMARIO: Premessa - 1. L'istituzione dell'Agazia Spaziale Italiana - 2. Nozione e autonomia - 3. La natura giuridica - 3.1. (segue) Gli indici rivelatori dell'organismo di diritto pubblico - 4. Sede legale e Piano di razionalizzazione delle localizzazioni degli uffici - 5. Le missioni e gli obiettivi - 6. L'organigramma dell'Agazia Spaziale Italiana - 7. Il Comitato di selezione del Presidente e dei componenti del Consiglio di amministrazione - 8. Il Presidente e il Vice Presidente - 9. Il Consiglio di amministrazione - 10. Il Consiglio tecnico-scientifico - 11. Il Collegio dei revisori dei conti - 12. L'Organismo Indipendente di Valutazione delle Prestazioni - 13. Il Direttore Generale - 14. Il Responsabile dei programmi e progetti - 15. Il Direttore tecnico e i settori tecnici - 16. Incompatibilità e decadenze - 17. Gli strumenti di cui l'Agazia Spaziale Italiana è legittimata ad avvalersi - 18. Gli accordi e le convenzioni. - 19. Gli accordi internazionali - 20. I Centri di ricerca - 21. I consorzi - 22. Le fondazioni - 23. L'impresa pubblica: le società - 24. Il Piano Aerospaziale Nazionale (PANS) - 25. Il Piano Triennale di Attività (PTA) - 26. Il Documento di Visione Strategica decennale (DVS) - 27. Il controllo della Corte dei conti sull'ASI sotto il vigore del D.lgs. n. 27/1999 - 28. Il giudizio di legittimità costituzionale (conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato): la sentenza n. 457 del 23 dicembre 1999 - 29. Il controllo della Corte dei Conti a seguito del secondo riordino ASI attuato con il D.lgs. n. 128/2003 - 30. Il patrocinio obbligatorio e autorizzato dell'Avvocatura dello Stato - 31. Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore dell'Agazia Spaziale Italiana - 32. I finanziamenti e le entrate dell'Agazia Spaziale Italiana - 33. L'autonomia negoziale dell'Agazia Spaziale Italiana - 34. I rapporti contrattuali dell'ASI - 35. Le procedure di scelta del contraente - 36. Conclusioni.

Premessa

Il comparto aerospaziale, all'interno del quale si trovano ad operare, in stretta interrelazione tra di loro, imprese private, società pubbliche ed enti di ricerca, è senz'altro idoneo ad incidere in modo significativo sullo sviluppo e sulla competitività di uno Stato. L'elevato contenuto tecnico di cui è intrisa ogni scelta che gli operatori sono chiamati ad adottare, la consistente portata degli investimenti economici da realizzare e la vocazione eminentemente internazionale delle attività svolte sono i tratti maggiormente caratteristici del settore cui ci si riferisce. Ne discende che la edificazione di un'adeguata regolazione normativa, unitamente alla diffusione e al consolidamento di una *culturã aerospazialis*, che venga configurandosi come risultato della maturata consapevolezza di quanto straordinari possano essere i vantaggi conseguibili dal comparto spaziale ed aerospaziale (dalla possibilità di estrarre minerali dai

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

corpi celesti alle telecomunicazioni satellitari, dalla localizzazione di pianeti con caratteristiche fisiche analoghe a quelle della Terra al turismo spaziale etc.), costituiranno, all'evidenza, i fattori di successo per quegli Stati che abbiano concepito le politiche connesse alla ricerca e all'utilizzo delle tecnologie spaziali come una priorità tutt'altro che trascurabile.

Per quel che riguarda il comparto spaziale e aerospaziale italiano, sul finire degli anni ottanta è stata istituita l'Agenzia Spaziale Italiana come ente pubblico avente la finalità di promuovere, sviluppare e diffondere la ricerca scientifica e tecnologica applicata al campo spaziale ed aerospaziale. Il presente scritto ha così la pretesa di illustrare i profili organizzativi, strutturali e funzionali proprio di quell'ente pubblico, l'ASI, che, sebbene abbia reso il nostro Paese uno dei principali attori mondiali del settore spaziale, si ritiene essere stato troppo ingiustamente trascurato dalla letteratura giuridica.

Si cercherà di dare risposta, tra gli altri, ad interrogativi come: Quali sono gli organi dell'ASI? Quale è la sua natura giuridica? Come si profilano il controllo della Corte dei Conti e il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato? Quali sono i mezzi di finanziamento? e Come si estrinseca l'autonomia contrattuale? Solo imbastendo (o quanto meno tentandovi) delle risposte ai quesiti poc'anzi cennati, si avrà modo di addentrarsi - con l'umiltà e la curiosità di chi sa di non sapere, ma di voler, ciò malgrado, disperatamente iniziare a sapere - nello studio del diritto dello spazio. Un complesso di principi e di norme, di matrice prevalentemente internazionale, in cui il risoluto tecnicismo giuridico e la suggestiva visionarietà fantascientifica che connota, da sempre, l'antico e magico rapporto esistente tra uomo e cosmo si intersecano perfettamente; ma guai a ridimensionare il diritto dello spazio sino al punto da considerarlo il frutto della mente capricciosa o stravagante del legislatore.

Non v'è chi possa negare, infatti, che il sempre più diffuso dominio delle tecnologie spaziali e aerospaziali imponga, non soltanto, come già sta accadendo, la creazione di una normativa *ad hoc*, ma anche la opportunità che la 'scienza del diritto' prenda con maggiore serietà le problematiche implicazioni connesse all'utilizzo dello spazio cosmico, cessando di guardare a questa materia come oggetto di studio riservato alle scienze matematiche, fisiche e naturali ed, al più, alle scienze politiche.

Ciò posto, è bene evidenziare che la disamina dei profili organizzativi e funzionali dell'ASI ha imposto - per fini di chiarezza e completezza espositiva - l'inevitabile svolgimento di un'attività di coordinamento tra le 'norme primarie' contenute nel D.lgs. n. 128/2003 e nel D.lgs. n. 213/2009 e le 'norme secondarie' incastonate nello Statuto e nei regolamenti interni dell'Agenzia.

1. L'istituzione dell'Agenzia Spaziale Italiana.

I programmi di ricerca ed applicazione in campo spaziale sono stati per lungo tempo di competenza del Centro Nazionale di Ricerca (CNR) e, segna-

tamente, del Servizio attività spaziale del CNR (1). Con la nascita dell'Agazia Spaziale Europea nell'anno 1975 e con la sempre più decisiva partecipazione dell'Italia ai progetti spaziali europei ed internazionali è prorompentemente sorta l'esigenza di snellire l'originario sistema pubblico-burocratico operante in tale settore e contestualmente creare un organismo dotato di una più accentuata flessibilità organizzativa ed operativa.

Per dare una concreta risposta a siffatte esigenze è stata così approvata la legge n. 186 del 30 maggio 1988, istitutiva dell'Agazia Spaziale Italiana (2). A norma dell'art. 1 della legge di cui sopra, l'ASI subentra al CNR nello svolgimento dei compiti ad esso precedentemente affidati dal CIPE, così da ereditarne impianti, strutture e progetti.

L'Agazia Spaziale Italiana è stata dunque istituita con il precipuo fine di dare un coordinamento unico agli sforzi strutturali e agli investimenti economico-finanziari che l'Italia, sin dai primi degli anni Settanta, ha dedicato al settore spaziale ed aerospaziale (3). Per assolvere a tale funzione, quale ente pubblico nazionale alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (già Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica), l'ASI predispone, sulla base delle direttive promananti dal suddetto dicastero, i programmi scientifici, tecnologici ed applicativi da portare a compimento.

Riordinata con il D.lgs. n. 27 del 30 gennaio 1999 (attuativo della delega contenuta nella Legge n. 57/1995), più di recente, con il D.lgs. n. 128 del 4 giugno 2003 (attuativo della delega contenuta nella Legge n. 137/2002) e da ultimo con il D.lgs. n. 213 del 31 dicembre 2009 (attuativo della delega contenuta nella Legge n. 165/2007 di riordino degli enti di ricerca) (4), l'ASI è

(1) DA VALLE L. (2002), *L'Agazia Spaziale Italiana e il ruolo nella politica spaziale nazionale: organizzazione e programmazione*, [s.l.] e [s.n.].

(2) Tra i più autorevoli contributi dedicati allo studio del comparto aerospaziale italiano nei quali è dato riscontrare preziosi riferimenti all'ASI si ricordano: CAPRARA G. (1992), *L'Italia nello spazio*, ed. Levi - ANCILLOTTI R. (1993), *L'Agazia Spaziale Italiana*, in *Il Regime internazionale dello spazio* - SAPORITO L. (1993), *L'Agazia Spaziale Italiana. Il piano Spaziale Nazionale. I comitati scientifico e tecnologico*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Santaniello G. - SALERNO A.M. (1998), *L'ordinamento dell'Agazia spaziale italiana*, in *Enti pubblici*, n. 2 - SAGGESE E. - ARRIGO G. (2010), *La nuova Strategia decennale dell'Agazia Spaziale Italiana*, in *La Comunità Internazionale*, fasc. 4 - CATALANO SGROSSO G. (2011), *Il diritto internazionale dello spazio*, ed. LoGisma - CAPRARA G. (2012), *Dallo spazio alla Terra. Una storia di uomini e tecnologie*, ed. Mondadori electa - CAPRARA G. (2012), *Storia italiana dello spazio*, ed. Bompiani.

(3) Per approfondimenti sulle attività spaziali cui l'Italia partecipa si rimanda al sito istituzionale dell'Agazia Spaziale Italiana, (www.asi.it).

(4) In realtà, sebbene il più recente intervento che ha riguardato l'Agazia Spaziale Italiana sia effettivamente rinvenibile nel D.lgs. n. 213 del 31 dicembre 2009 che, in attuazione dell'art. 1 della Legge n. 165/2007, ha disposto il riordino degli Enti di Ricerca vigilati dal MIUR, tra i quali deve annoverarsi anche l'ASI, la ampia portata del D.lgs. n. 213/2009 (nel senso che ha riguardato gli enti di ricerca in generale e solo per alcuni specifici aspetti l'Agazia Spaziale Italiana) suggerisce di considerare il D.lgs. n. 128/2003, allo stato delle cose, come l'ultimo più penetrante intervento di riordino del-

venuta consacrando come uno dei più importanti attori mondiali operativi nel settore delle scienze spaziali, delle tecnologie satellitari e dello sviluppo dei mezzi che consentono il raggiungimento e l'esplorazione dello spazio cosmico in poco meno di un ventennio dalla sua nascita. L'Italia, oggi, grazie all'attività dell'Agenzia è il terzo Paese ad offrire un consistente contributo alle missioni e ai singoli progetti dell'Agenzia Spaziale Europea (ESA) ed è tra le Agenzie di analoga natura che intrattengono un costante e proficuo rapporto di collaborazione con la NASA.

È proprio in ragione della sinergica collaborazione con la NASA che l'ASI ha avuto modo di partecipare a gran parte dei più complessi progetti spaziali, primo fra tutti la costruzione della Stazione Spaziale Internazionale.

2. Nozione e autonomia.

Per poter dare una corretta ed esaustiva definizione dell'Agenzia Spaziale Italiana occorre rifarsi alle disposizioni normative contenute nell'art. 2 del decreto di riordino n. 128 del 2003 e nell'art. 1 dello statuto A.S.I. (5). Dalla combinata lettura delle norme testé richiamate se ne ricava che l'Agenzia Spaziale Italiana può definirsi come «l'ente pubblico nazionale, assimilato agli altri enti di ricerca, avente il compito di promuovere, sviluppare e diffondere, con il ruolo di agenzia, la ricerca scientifica e tecnologica applicata al campo spaziale e aerospaziale». Nell'assolvimento di tali compiti, l'Agenzia deve perseguire obiettivi di eccellenza, coordinare progetti nazionali e gestire la partecipazione dell'Italia ai diversi programmi spaziali, europei ed extra-europei, nel quadro delle relazioni internazionali assicurate dal Ministero degli Affari Esteri.

l'Agenzia Spaziale Italiana. Ad ogni modo, le più significative novità introdotte dal D.lgs. 213/2009 sono ravvisabili: a) nel riconoscimento di un'ampia autonomia statutaria e nella prescrizione di deliberare i nuovi statuti (l'ultimo Statuto dell'Agenzia Spaziale Italiana è infatti successivo al riordino del 2009); b) nella ripartizione dei contributi statali legata a valutazione e merito; c) nella riduzione dei componenti degli organi e nelle nuove modalità di designazione dei membri dei consigli di amministrazione; d) nella possibilità di assumere, nel limite del 3% dell'organico, studiosi italiani o stranieri che si siano distinti per merito eccezionale.

(5) L'art. 1 dello Statuto ASI dispone che: «L'Agenzia Spaziale Italiana (ASI), di seguito denominata Agenzia, è l'ente pubblico nazionale, assimilato agli enti di ricerca, avente il compito di promuovere, sviluppare e diffondere, con il ruolo di Agenzia, la ricerca scientifica e tecnologica applicata al campo spaziale e aerospaziale e lo sviluppo di servizi innovativi, perseguendo obiettivi di eccellenza, coordinando e gestendo i progetti nazionali e la partecipazione italiana a progetti europei ed internazionali, nel quadro del coordinamento delle relazioni internazionali assicurato dal Ministero degli Affari Esteri, avendo attenzione al mantenimento della competitività del comparto industriale italiano. L'Agenzia, nel rispetto dell'art. 33, sesto comma, della Costituzione, è dotata di autonomia statutaria, scientifica, organizzativa, amministrativa, finanziaria, patrimoniale e contabile, ed è sottoposta alla vigilanza del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. L'Agenzia, esplica funzioni di rilevante interesse sociale ed economico e, conseguentemente, nell'attuazione dei compiti favorisce forme di sinergia tra gli enti di ricerca, le amministrazioni pubbliche, le strutture universitarie ed il mondo dell'impresa, assumendo modelli organizzativi tendenti alla valorizzazione, partecipazione e rappresentanza dell'intera comunità scientifica nazionale di riferimento, con particolare attenzione ai principi della Carta europea dei ricercatori. L'Agenzia ha sede legale in Roma».

L'ASI ha personalità giuridica di diritto pubblico e, nel rispetto dell'articolo 33, comma sesto della Costituzione, gode di un'ampia autonomia statutaria, scientifica, organizzativa, amministrativa, finanziaria, patrimoniale, negoziale e contabile, pur rimanendo irrimediabilmente sottoposta alla vigilanza del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

3. La natura giuridica.

Sebbene oggi sia normativamente descritta col sintagma «agenzia», la problematica connessa alla natura giuridica da riconoscere all'Agenzia Spaziale Italiana è da intendersi tutt'altro che superata. Nel nostro ordinamento giuridico non è dato rinvenire una nozione di agenzia (6); l'unico dato certo è che le agenzie sono (recenti) articolazioni del sistema amministrativo italiano caratterizzate, tra l'altro, da modalità di funzionamento di tipo privatistico.

Tra le nuove entità amministrative emerse dal processo di metamorfosi e adattamento della Pubblica Amministrazione alla mutata realtà sociale ed economica, vanno certamente segnalate le Autorità attributarie di funzioni di garanzia per la collettività (le autorità amministrative indipendenti) e quelle con funzioni di indirizzo e coordinamento in settori eminentemente tecnici (le agenzie amministrative).

Ognun sa che, se le Autorità amministrative indipendenti risultano caratterizzate da una elevata indipendenza dal potere politico della compagine di governo e dall'essere titolari di un potere normativo e regolamentare per quanto riguarda la loro organizzazione, il loro funzionamento e il trattamento del personale dipendente (7), le Agenzie amministrative trovano nella accentuata flessibilità organizzativa e nello svolgimento di attività tecniche a supporto di scelte di valenza politica i propri precipui tratti indefettibili (8).

(6) AA.Vv. (1994), *Agenzie e governo per l'ambiente*, Milano, Franco Angeli.

(7) Sul tema, sempre attuale e mai scontato, delle *Authorities* si rinvia a: PATRONI GRIFFI F. (1996), *Tipi di autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole e del mercato* a cura di Cassese S. e Franchini C., Bologna, il Mulino - MANETTI M. (1997), *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, n. 4 - CAINELLO V. (1997), *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rass. Giur. en. el.* - PREDIERI A. (1997), *L'erompere della autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli editore - TITOMANLIO R. (2000), *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè - MERUSI F. (2000), *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino - GIANI L. (2002), *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli - GRASSO G. (2006), *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè - CUNIBERTI M. (2007), *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè - LUCIANI F. (2011), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane - TITOMANLIO R. (2012), *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli - TITOMANLIO R. (2013), *Il Potere normativo delle autorità amministrative indipendenti. Report Annuale 2013-Italia*, in www.ius-publicum.com.

(8) Per una analitica ed esaustiva trattazione del fenomeno dell'*agencification* e delle agenzie si rinvia a: ARENA G. (1999), *Agenzia Amministrativa*, Roma, in *Enc. Giur. Treccani* - MERLONI F. (1999), *Le agenzie nel sistema amministrativo italiano*, in *Dir. pubbl.* - PAJNO A. - TORCHIA L. (2000), *La riforma*

In ragione di ciò, parte della dottrina ha ritenuto che l'ASI dovesse essere inquadrata nel genere delle *agenzie amministrative* giacché, come queste, nasceva dalle intenzioni legislative di snellire, velocizzandola, la burocrazia del sistema amministrativo e di creare un organo dotato di flessibilità che consentisse di riunire in sé le attività in precedenza svolte da una pluralità di enti.

Un tale inquadramento venne, però, da taluni contestato. Di fatti, sin dalla sua istituzione, nello strumentario a disposizione dell'Agenzia Spaziale Italiana sono sempre figurati anche strumenti di natura civilistica (contratti, consorzi, fondazioni, società, partecipazioni in società). Sicché, facendo leva proprio su tale aspetto, si è ritenuto che la condizione giuridica dell'Agenzia Spaziale Italiana fosse piuttosto assimilabile a quella degli *enti pubblici economici* (9), quali enti deputati alla gestione di imprese industriali o commerciali, usando mezzi del diritto privato e svolgendo attività in concorrenza, almeno potenziale, con imprenditori privati (10).

3.1. (segue) *Gli indici rivelatori dell'organismo di diritto pubblico.*

Nonostante costituiscano il risultato di apprezzabili sforzi esegetici, nessuna delle due sopraccennate tesi dottrinali (la seconda men che meno) sembra tuttavia potersi considerare pienamente risolutiva della delicata questione concernente la natura giuridica dell'ASI. Da una rigorosa analisi delle caratteristiche strutturali e funzionali dell'Agenzia Spaziale Italiana sembrerebbe, infatti, potersi sostenere la sussistenza di tutti gli indici rivelatori di quel modello organizzativo tradizionalmente denominato *organismo di diritto pubblico* (11).

del governo: commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei ministeri, Bologna, il Mulino - CHITI E. (2002), *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni europee*, Padova - CASINI L. (2003), *Le agenzie amministrative* in *Riv. trim. dir. pubbl.* - AA.VV. (2006), *Le agenzie pubbliche. Modelli Istituzionali e organizzativi*, Soveria Mannelli, Rubettino editore - E. CHITI (2009), *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale* (a cura di) Marchetti B., Padova - FERRARI E. (2009), *Agenzie europee, interessi degli Stati membri e conflitti istituzionali*, in *L'amministrazione comunitaria cit.* - CHITI E. (2010), *La trasformazione delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* - CHITI E. (2014), *Agenzie amministrative*, in *Enc. Ita. Treccani*.

(9) ANCILLOTTI R. (1993), *L'Agenzia Spaziale Italiana*, in *Il regime internazionale dello Spazio*, Milano, Giuffrè, pp. 343 ss.

(10) Più specificamente, secondo un consolidato insegnamento giurisprudenziale «un ente pubblico è sicuramente economico se, allo scopo di realizzare un fine di lucro e solo indirettamente una finalità pubblica, esercita una attività imprenditoriale diretta alla produzione e allo scambio di beni e servizi, ponendosi sullo stesso piano con gli imprenditori privati svolgenti analoghe attività e utilizzando gli stessi strumenti di diritto privato» (cfr. C. Cass., n. 6279/1983; Con. St., n. 175/1985; TAR Lazio, n. 92/1988).

(11) Sul tema, la produzione scientifica è vastissima: GRECO. G. (1995), *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. publ. comunit.* - RIGHI. R. (1996), *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti*, in *Riv. it. dir. publ. comunit.* - GAROFOLI R. (1998), *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi dei giudici italiani a*

Impiegata per la prima volta dal legislatore comunitario nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici (12), la nozione di organismo di diritto pubblico, per via del suo carattere onnicomprensivo e trasversale, continua ad animare dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in ragione delle difficoltà applicative in cui ci si imbatte qualora si intenda accertare se una determinata Amministrazione possa o meno essere sussumibile nella categoria di cui trattasi.

Giova rammentare che non v'è testo normativo, comunitario o nazionale, in cui sia dato rinvenire una "definizione socratiana", *id est* semanticamente netta, puntuale e circoscritta, di organismo di diritto pubblico. Di contro, propugnando un approccio meramente funzionale, il legislatore ha ritenuto opportuno avvalersi di una "definizione ombra" o "definizione mantello" idonea a poter essere elasticamente adattata, *case by case*, ad un numero potenzialmente illimitato di Amministrazioni, quale che sia la veste giuridica in concreto assunta. In tal senso militano le diverse pronunce giurisprudenziali in cui taluni enti, indipendentemente dalla forma organizzativa con cui siano stati costituiti o trasformati, sono stati qualificati come organismi di diritto pubblico (13).

confronto, in *Foro.it.* - GRECO G. (1998), *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. publ. comunit.* - CHITI E. (1999), *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e App.* - GRECO G. (1999), *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. publ. comunit.* - CHITI M.P. (2001), *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, Clueb - BARBARA M. (2003), *L'organismo di diritto. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè - CHITI M.P. (2004), *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, a cura di M.A. Sandulli in *Servizi pubbl. e app.*, *Quaderni*, n. 1, Milano, Giuffrè - GAROFOLI R. (2005), *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di Garofoli R. e Sandulli M.A., Milano, Giuffrè - ROVERSI MONACO M.G. (2007), *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. e proc. amm.* - CORSO G. (2008), *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Trattato su contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli - De Nictolis R. - Garofoli R., Milano, Giuffrè.

(12) SCOTTI E. (2005), *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico-privato*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, pp. 915 ss.

(13) Tra le tante, si v.: Trib. Amm. Reg. Lomb., 8 aprile 2013, n. 861 poi confermata da Cons. St., 3 giugno 2014, n. 2843 in cui si riconosce la qualifica di organismo di diritto pubblico alla Fondazione Cà D'Industria O.N.L.U.S. perché «istituzionalmente e in concreto diretta ad operare in campo socio assistenziale, senza fini di lucro, prestando assistenza alle fasce più deboli della popolazione»; Cons. St., 23 dicembre 2013, n. 6185 con la quale sono state qualificate come organismo di diritto pubblico l'Enpam e la Fondazione Enasarco in quanto «il controllo pubblico sulla gestione è affidato al Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale»; Cons. St., 12 dicembre 2010, n. 7393 con la quale è stata riconosciuta organismo di diritti pubblico la Fondazione Carnevale di Viareggio sul presupposto che «la Fondazione persegue esclusivamente finalità di interesse pubblico e svolge attività e destina le risorse disponibili preminentemente allo scopo di promuovere e sostenere la realizzazione della manifestazione del Carnevale»; Cons. St., 13 marzo 2008, n. 1094 con cui, il Giudice Amministrativo d'appello, nel qualificare Società Autostrade per l'Italia S.p.A. come organismo di diritto pubblico, ha affermato che «la costruzione e la gestione delle autostrade costituisce attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali, di tal che l'ente cui tale attività è affidata è da qualificare come organismo di diritto pubblico, irrilevante essendo la sua natura giuridica privatistica».

Si tratta allora di capire in che modo viene definito l'organismo di diritto pubblico nel vigente ordinamento giuridico. L'art. 3, comma 26 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli Appalti Pubblici), ricalcando, con marginali variazioni semantiche, la definizione offerta dalla normativa comunitaria (si v. Direttiva CEE n. 89/440, Direttiva CEE n. 93/36; Direttiva CEE n. 93/37; Direttiva CE n. 2004/17; Direttiva CE n. 2004/18), descrive l'organismo di diritto pubblico come «qualsiasi organismo, anche in forma societaria istituito: a) per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

A ben vedere, quindi, sono tre gli elementi strutturali alla cui ricorrenza *cumulativa* un soggetto potrà essere qualificato come organismo di diritto pubblico. Incisivamente, le Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione hanno di recente affermato che «la figura dell'organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3, comma 26 del D.lgs. n. 163/2006, ricorre quando il soggetto è dotato di personalità giuridica (requisito personalistico), le sue finalità non hanno carattere industriale o commerciale (requisito teleologico) e la sua attività è finanziata in prevalenza da pubbliche amministrazioni ovvero è direttamente controllata dalle stesse od orientata da un gruppo di gestione a prevalente designazione pubblica (requisito dell'influenza dominante)» (14).

Non hanno occasionato particolari dubbi interpretativi i requisiti della personalità giuridica e della influenza pubblica dominante. Con riguardo al primo, senza che debba in qualche maniera distinguersi la personalità di diritto pubblico da quella di diritto privato, è ormai unanimamente condivisa - in dottrina come in giurisprudenza - la concezione della personalità giuridica nei termini di "attitudine" di un ente ad essere titolare di situazioni giuridiche attive e passive e di "godimento" di un'autonomia patrimoniale perfetta.

L'influenza pubblica dominante è stata invece definita come «quel legame che unisce l'organismo di diritto pubblico a un'altra amministrazione» (15), la sussistenza del quale è subordinata alla ricorrenza anche solo *alternativa* delle fattispecie tipizzate dal legislatore. Appunto, perché possa dirsi esistente il requisito dell'influenza dominante sarà necessario e sufficiente che il soggetto che si pretenda di qualificare come organismo di diritto pubblico benefici di un finanziamento pubblico maggioritario o che sia soggetto ad un controllo

(14) Cfr. C. Cass., SS.UU., 7 aprile 2014, n. 8051; C. Cass. SS.UU., 1 agosto 2012, n. 13792.

(15) CASALINI D. (2003), *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, ed. Jovene.

pubblico nella gestione o nella designazione della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione, di direzione ovvero di vigilanza.

Diversamente dal requisito personalistico e da quello dell'influenza dominante, ha sollevato non pochi problemi il requisito teleologico, rappresentato dagli interessi generali, a carattere non industriale o commerciale, che il soggetto deve perseguire per potere essere qualificato come organismo di diritto pubblico.

Nella lucida consapevolezza dei rischi in cui si sarebbe incorso allorché si fossero autorizzati, implicitamente od esplicitamente, i giudici nazionali dei singoli Stati membri ad elaborare interpretazioni plurime e discordanti circa il significato da attribuire alla formula *de qua*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha voluto, innanzitutto, scongiurare il rinvio all'ordinamento dei singoli Stati, puntualizzando la necessità di fornire «una interpretazione autonoma e uniforme nell'intera Comunità» (16).

Dopo aver ribadito le esigenze di uniformità interpretativa del diritto comunitario, il Giudice europeo ha susseguentemente specificato che «sono di carattere non industriale o commerciale i bisogni strettamente collegati al funzionamento istituzionale dello Stato e degli altri enti territoriali, bisogni al cui soddisfacimento i medesimi preferiscono, in concreto, provvedere direttamente o, con riguardo ai quali, intendono mantenere un'influenza determinante» (17).

Orbene, la conduzione di un'attività prognostica che abbia come parametri di riferimento, da un lato, gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico e, dall'altro lato, le concrete caratteristiche, strutturali e funzionali, dell'Agenzia Spaziale Italiana, induce ad affermare che l'ente di cui ci si occupa possa farsi rientrare, al pari di altri, proprio nella categoria degli organismi di cui all'art. 3, comma 26 del D.lgs. n. 163/2006.

Innanzitutto, l'ASI è dotata di personalità giuridica. L'art. 2, comma secondo del D.lgs. n. 128/2003 stabilisce che l'Agenzia «ha personalità giuridica di diritto pubblico, autonomia scientifica, finanziaria, patrimoniale e contabile». Particolare conformazione assume, poi, il requisito dell'influenza dominante, il quale è qui rinvenibile nella duplice declinazione di «finanziamento pubblico maggioritario» e di «nomina della maggioranza degli organi di direzione, di amministrazione o di vigilanza da parte dello Stato». Se la gran parte dei finanziamenti di cui dispone l'Agenzia Spaziale Italiana derivano dal Fondo ordinario per il finanziamento degli enti pubblici di ricerca, non può di certo sfuggire come più della metà dei suoi organi di vertice siano nominati dallo Stato. Nello specifico: il Presidente è nominato dal Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro vigilante, il Consiglio di amministrazione si compone del Presidente e da

(16) Cfr. C. Giust. CE, 3 ottobre 2000, C-380/98, *The Queen c./ H. M. Treasury*.

(17) Cfr. C. Giust. CE, sent. 11 giugno 2002, C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy c./ Vaerkauden Taitotalo Oy*.

quattro componenti nominati dal Ministro degli Affari Esteri, dal Ministro della Difesa, dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca mentre il Collegio dei revisori dei conti è composto da cinque membri nominati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

In ultimo, quanto all'elemento teleologico, non v'è dubbio che la finalità di promuovere, di sviluppare e di diffondere la ricerca scientifica e tecnologica applicata al campo spaziale e aerospaziale, unitamente alla gestione e al coordinamento di progetti nazionali nonché alla partecipazione italiana a progetti europei ed internazionali riprovano che l'ASI è preordinata al soddisfacimento di interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale perché, evidentemente, connessi al «funzionamento istituzionale» dello Stato.

Qualora dovessero registrarsi opinioni discordanti circa la sussistenza dell'elemento teleologico attorno al quale è imperniata la nozione di organismo di diritto pubblico, non pare inutile richiamare l'unica pronuncia sin qui resa dalla giurisprudenza amministrativa sulla natura giuridica di un ente operante in ambito spaziale: il Centro Italiano Ricerche Aerospaziali (CIRA s.c.p.a.). Il Consiglio di Stato, chiamato a decidere, tra le altre questioni, sulla natura giuridica del CIRA, è giunto a precisare che «ha natura di organismo di diritto pubblico la CIRA s.c.p.a., costituita per la progettazione, realizzazione e gestione delle opere strumentali al programma PRORA (Programma Nazione di Ricerche Aerospaziali) destinato a finalità di ricerca e sperimentazione nel settore aerospaziale» (18).

Dalla richiamata decisione, se ne ricava, *mutatis mutandis*, che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto le finalità di ricerca e di sperimentazione applicate al settore spaziale ed aerospaziale come finalità di interesse generale a carattere non industriale o commerciale; diversamente opinando, non potrebbe spiegarsi la qualificazione del CIRA s.c.p.a. nei termini di organismo di diritto pubblico al quale il Consesso è giunto.

Pertanto - ad avviso di chi scrive - considerato che la ricerca e la sperimentazione spaziale e aerospaziale rientrano, a rigore, tra le finalità dell'ASI, quella di organismo di diritto pubblico è una qualifica che, a maggior ragione, ben si attaglia all'ente prioritariamente deputato a promuovere e garantire lo sviluppo della cultura *aerospatialis*.

4. Sede legale e Piano di razionalizzazione delle localizzazioni degli uffici.

Per assolvere i propri compiti istituzionali, l'ASI si avvale non soltanto della sua struttura centrale ma anche di quelle territoriali. Puntualizzato che la struttura centrale dell'Agenzia ha sede legale a Roma, mentre le strutture decentrate, o se si preferisce territoriali, sono strategicamente dislocate sul territorio nazionale (tra queste si ricordano il Centro di Geodesia Spaziale,

(18) Cfr. Cons. St., sent. del 23 agosto 2006, n. 4959.

la Base di lanci di palloni Stratosferici e il Centro Spaziale “Luigi Broglio”) non ci si può esimere dall’evidenziare che tra i profili strutturali e organizzativi dell’Agenzia Spaziale Italiana sui quali ha inciso il D.lgs. n. 213/2009 sono da farsi rientrare gli aspetti concernenti le sedi.

Difatti, l’art. 14 del sopraccennato decreto, prospettando la necessità che venga predisposto un «piano volto alla razionalizzazione della localizzazione degli uffici acquisiti in proprietà o in locazione», fa richiamo all’art. 12 del D.lgs. n. 419/99 il quale, nel disciplinare il riordinamento degli enti pubblici nazionali, chiarisce i caratteri contenutistici e procedurali attinenti al Piano di razionalizzazione della localizzazione degli uffici che, a vario titolo, sono in dotazione dell’Ente.

Il Piano di razionalizzazione è un documento con cadenza biennale da predisporre entro un termine fissato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri mediante il quale gli Enti di Ricerca (e per quel che qui rileva, l’Agenzia Spaziale Italiana) puntano al conseguimento di obiettivi di economia di spesa attraverso «l’utilizzo, l’acquisizione e la gestione in comune di immobili e servizi». Una volta redatto, viene trasmesso (entro trenta giorni) dal Presidente dell’ASI, previo parere del Collegio dei revisori, al Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca e al Ministero dell’Economia e delle Finanze che, analizzati comparativamente i risultati previsti nel Piano e quelli effettivamente conseguiti, riferiscono alle Camere circa la attuazione dei principi che sovrintendono alla razionalizzazione delle risorse pubbliche da impiegare per l’utilizzo degli immobili di cui l’Ente deve avvalersi per l’esercizio delle proprie funzioni.

5. Le missioni e gli obiettivi.

Si è già avuto modo di affermare che la missione dell’ASI si sostanzia nella promozione, nello sviluppo e nella diffusione della ricerca scientifica e tecnologica applicata al campo spaziale ed aerospaziale. Questa formula, solo apparentemente astratta e generica, in verità è in grado di riassumere con straordinaria chiarezza la «finalità» delle attribuzioni di cui è titolare l’Agenzia.

Le funzioni espletate dall’Agenzia Spaziale Italiana sono elencate in maniera esauriente nell’art. 3 del decreto di riordino (d.lgs. n. 128/2003) e nella pressoché corrispondente norma statutaria contenuta nell’art. 2 dello Statuto ASI.

L’Ente di cui ci si occupa - perseguendo obiettivi di eccellenza e coordinando progetti di ricerca nazionali e internazionali - tiene conto degli indirizzi strategici promanati dal Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, dei programmi dell’Unione europea nonché dei principi in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso, per poter, tra le altre cose: *i)* promuovere l’eccellenza nazionale nel settore della ricerca e un alto livello di competitività del comparto industriale; *ii)* partecipare ai lavori del Consiglio dell’Agenzia Spaziale Europea (ESA); *iii)* stipulare accordi bilaterali e multilaterali con organismi di altri Paesi; *iv)* diffondere la cultura aerospaziale e l’assegnazione di borse di studio e assegni di ricerca ecc. (19).

(19) Specificamente, la lunga e articolata disposizione contenuta nell’art. 2 dello Statuto ASI precisa che: «L’Agenzia, in particolare, secondo quanto previsto al comma 1 e nel rispetto delle norme in

6. *L'organigramma dell'Agenzia Spaziale Italiana.*

Come ogni ente pubblico, l'ASI è costituita da specifici organi, ciascuno dei quali incaricato di svolgere determinati compiti che si profilano come necessari per consentire all'Agenzia di promuovere lo sviluppo e la diffusione della ricerca scientifica e tecnologica applicata al campo spaziale e aerospaziale.

A norma dell'art. 4 del decreto n. 128/2003 sono organi dell'ASI il Presidente, il Consiglio di amministrazione, il Consiglio tecnico-scientifico e il Collegio dei revisori dei conti. Stando alla lettera del decreto, dunque, gli organi dell'Agenzia risultano essere nel numero di quattro. Tuttavia, l'ampia autonomia statutaria che il legislatore nazionale riconosce all'ASI, sembrava aver determinato il verificarsi di una situazione di antinomia fra il pocanzi richiamato art. 4 del D.lgs. n. 128 cit. e l'art. 5 dello Statuto, ambedue rubricati «Organi».

Invero, diversamente dal decreto di riordino, la normativa statutaria sembrerebbe con-

materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso: a) promuove, sviluppa e diffonde la ricerca scientifica e tecnologica e le sue applicazioni, perseguendo obiettivi di eccellenza, coordinando e gestendo i progetti nazionali e la partecipazione italiana a progetti europei e internazionali, nel quadro del coordinamento delle relazioni internazionali assicurato dal Ministero degli Affari Esteri; b) promuove l'eccellenza nazionale nel settore della ricerca e un alto livello di competitività del comparto industriale italiano; c) partecipa, sulla base degli indirizzi del Governo, nel quadro del coordinamento delle relazioni internazionali assicurato dal Ministero degli Affari Esteri, ai lavori del consiglio dell'Agenzia Spaziale Europea (ESA) e alle attività di carattere tecnico dell'Unione Europea; d) promuove e coordina la presenza italiana ai programmi approvati dall'Agenzia Spaziale Europea (ESA), nonché, nei limiti delle risorse disponibili, stipula accordi bilaterali o multilaterali con organismi di altri Paesi per la partecipazione dell'Italia a programmi od imprese aerospaziali; e) promuove, sostiene e coordina la partecipazione italiana a progetti, iniziative dell'Unione Europea nel campo spaziale e aerospaziale; f) realizza, sulla base di accordi con Ministeri, organismi pubblici e privati, programmi applicativi di prevalente interesse istituzionale; g) realizza, con partner pubblici e privati, nazionali, comunitari e internazionali, infrastrutture complesse tese a sviluppare la ricerca scientifica e tecnologica applicata; h) intrattiene nel quadro del coordinamento delle relazioni internazionali assicurato dal Ministero degli Affari Esteri, relazioni con organismi aerospaziali di altri Paesi e, al tal fine, può istituire proprie unità operative presso le principali organizzazioni comunitarie e internazionali; i) promuove e realizza, con il coinvolgimento della comunità scientifica, la ricerca scientifica nazionale, predisponendo, coordinando e sviluppando appositi programmi, curando, in particolare, il raccordo con gli altri enti di ricerca ed università, con particolare riferimento l'Istituto nazionale di astrofisica (INAF) e l'Istituto nazionale di fisica nucleare (INFN), per quanto riguarda i settori di rispettiva competenza; j) svolge attività proprie di agenzia, finanziando e coordinando attività di ricerca svolte da terzi; k) svolge attività di comunicazione e promozione della ricerca, curando la diffusione dei relativi risultati economici e sociali all'interno del Paese e garantendo l'utilizzazione delle conoscenze prodotte; l) sviluppa programmi e progetti, anche attraverso affidamenti contrattuali, di elevata valenza tecnologica e applicativa; m) promuove, realizza e finanzia, sulla base di appositi progetti, iniziative che integrino la ricerca pubblica con quella privata, nazionale e internazionale, anche al fine di disporre di risorse ulteriori per il finanziamento di progetti congiunti; n) promuove la diffusione della cultura e delle conoscenze derivanti dalla relativa ricerca, nonché la valorizzazione, a fini produttivi e sociali, e il trasferimento tecnologico dei risultati della ricerca; o) promuove l'assegnazione di borse di studio, assegni di ricerca e favorisce, sulla base di apposite convenzioni con le Università, corsi di dottorato di ricerca, anche con il coinvolgimento del mondo produttivo e, attraverso misure organizzative volte a potenziarne la professionalità e l'autonomia, cura la formazione e la crescita tecnico-professionale del personale dell'Agenzia nel campo delle scienze e tecnologie e delle loro applicazioni; p) promuove iniziative per il trasferimento tecnologico per assicurare il massimo ritorno degli investimenti effettuati; q) cura, tenendo conto di accordi bilaterali e internazionali, i centri operativi dedicati all'osservazione della terra e geodesia spaziale, al controllo orbitale di satelliti, all'archiviazione dei dati scientifici e all'attività di volo stratosferico».

templare solo tre organi, escludendo da questi il Consiglio tecnico-scientifico; ai sensi dell'art. 5 dello Statuto ASI sono organi dell'Agenzia: a) il Presidente; b) il Consiglio di amministrazione e c) il Collegio dei revisori dei conti». Ciononostante, rilevato che anche lo stesso Statuto - malgrado nella elencazione degli organi non includa anche il Consiglio tecnico-scientifico - al suo art. 8 disciplina nel dettaglio il Consiglio tecnico-scientifico; dal ch , al cennato (apparente) contrasto non resta che attribuire il valore di scelta puramente stilistico-formale.

7. Il Comitato di selezione del Presidente e dei componenti del Consiglio di amministrazione.

La analisi degli organi deve essere preceduta dalla indicazione del soggetto e delle procedure attraverso cui si procede alla selezione delle persone maggiormente idonee a ricoprire ruoli di responsabilit .

Sul punto,   l'art. 11 del D.lgs. n. 213/2009 a precisare, puntualizzandolo, quale sia il soggetto competente ad attivare gli *iter* procedurali previsti ai fini della selezione del Presidente e dei componenti del Consiglio di amministrazione (20). Con riguardo al soggetto competente a selezionare le persone con i profili accademici, professionali ed attitudinali pi  adatti a ricoprire i ruoli di vertice all'interno dell'ASI, non v'  dubbio che esso debba identificarsi nel Comitato di selezione, composto da un massimo di cinque persone scelte tra esperti della comunit  scientifica nazionale ed internazionale e tra esperti di alta amministrazione.

Quanto, poi, alla procedura, una volta perfezionata la sua composizione, il Comitato fissa con avviso pubblico le modalit  e i termini della presentazione delle candidature; acquiesce nel termine e con i modi fissati nell'avviso pubblico, il Comitato propone al Ministro dell'Istruzione, dell'Universit  e della Ricerca cinque nominativi per la carica di Presidente e tre nominativi per quella di consigliere di amministrazione.

Spetter , infine, al Ministro selezionare tra i nominativi proposti dal Comitato di selezione, quelle reputate pi  idonee a ricoprire il ruolo di Presidente e quello di consigliere di amministrazione.

8. Il Presidente e il Vice-Presidente.

Il Presidente   l'organo di vertice cui spettano le responsabilit  direttive ed operative

(20) Ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. n. 213/2009 «Ai fini della nomina dei presidenti e dei membri del consiglio di amministrazione di designazione governativa, con decreto del Ministro   nominato un comitato di selezione, composto da un massimo di cinque persone, scelte tra esperti della comunit  scientifica nazionale e internazionale ed esperti in alta amministrazione, di cui uno con funzioni di coordinatore, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio del Ministero. Il comitato di selezione agisce nel rispetto degli indirizzi stabiliti dal Ministro nel decreto di nomina e, per gli adempimenti avente carattere amministrativo,   supportato dalle competenti direzioni generali del Ministero. Il personale del Ministero non pu , in nessun caso, fare parte del comitato di selezione. Il comitato di selezione fissa, con avviso pubblico, le modalit  e i termini per la presentazione delle candidature e, per ciascuna posizione ed ove possibile in ragione del numero dei candidati, propone al Ministro: a) cinque nominativi per la carica di presidente; b) tre nominativi per la carica di consigliere. Nei consigli di amministrazione composti da tre consiglieri, due componenti, incluso il presidente, sono individuati dal Ministro. Il terzo consigliere   scelto direttamente sulla base di una forma di consultazione definita negli statuti. Nei consigli di amministrazione composti da cinque consiglieri, tre componenti e tra questi il presidente, sono individuati dal Ministro. Gli altri due componenti sono scelti direttamente dalla comunit  scientifica o disciplinare di riferimento sulla base di una forma di consultazione definita negli statuti, fatto salvo quanto specificamente disposto all'art. 9. I decreti ministeriali di nomina dei presidenti e dei consigli di amministrazione sono comunicati al Parlamento».

dell'Agenzia Spaziale Italiana (21). Nominato con decreto del Consiglio dei Ministri - previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e sentito il parere delle competenti commissioni parlamentari - viene scelto fra persone di alta qualificazione scientifica e manageriale, con una profonda conoscenza del sistema della ricerca in Italia e all'Estero e con una pluriennale esperienza nella gestione di enti o organismi pubblici o privati operanti nel settore della ricerca.

La durata del mandato è di quattro anni rinnovabili (*rectius* confermabili) una sola volta. A norma dell'art. 6 decreto n. 128 del 2003, così come dell'art. 6 dello Statuto, il Presidente ha la rappresentanza legale dell'ente ed è responsabile delle relazioni istituzionali con il Governo, con le altre Pubbliche Amministrazioni, con gli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale nonché con le Autorità amministrative indipendenti.

Tra le sue principali attribuzioni, si ricordi che spetta al Presidente: convocare e presiedere il Consiglio di amministrazione, stabilendone l'ordine del giorno; formulare le proposte di deliberazione del Consiglio di amministrazione; adottare, sentito il Direttore generale, i provvedimenti d'urgenza, di competenza del Consiglio di amministrazione; definire le strategie e le linee guida per lo sviluppo dell'Agenzia in coerenza con il Piano Nazionale di Ricerca (PNR); formulare la proposta del Documento di Visione Strategica Decennale (DVS), del Piano triennale d'attività (PTA) e dei relativi aggiornamenti annuali, acquisendo il parere del Consiglio tecnico-scientifico; richiedere pareri agli organi istituzionali di consulenza giuridica e tecnica etc.

Per assolvere i propri compiti, il Presidente si avvale oltre che della propria segreteria anche delle Unità organizzative tecnico-amministrative. A capo di queste, sono collocati i c.d. Responsabili delle Unità afferenti al Presidente che, scelti tra i dipendenti ASI con qualifica non inferiore a quella di primo tecnologo e/o di dirigente amministrativo, sono nominati con delibera del Consiglio di amministrazione su proposta del Presidente.

(21) L'art. 6 dello Statuto ASI dispone che: «Il Presidente ha la rappresentanza legale dell'ente, con facoltà di conferire deleghe e procure, ed è responsabile delle relazioni istituzionali. Il Presidente: a) convoca e presiede il Consiglio di amministrazione, stabilendo l'ordine del giorno, sentito il Direttore generale; b) formula le proposte di deliberazione del Consiglio di Amministrazione; c) adotta, sentito il Direttore generale, i provvedimenti di urgenza, di competenza del Consiglio di amministrazione, da sottoporre alla ratifica nella prima riunione utile del consiglio stesso; d) definisce le strategie e le linee guida per lo sviluppo dell'Agenzia in coerenza con il PNR e l'atto di indirizzo e le direttive adottate dal Ministro vigilante e formula la proposta del DVS, del PTA e dei relativi aggiornamenti annuali, acquisendo il parere del Consiglio tecnico-scientifico; e) vigila, sovrintende e controlla il corretto svolgimento delle attività dell'Agenzia; f) partecipa ai lavori del consiglio dell'Agenzia Spaziale Europea (E.S.A.) in rappresentanza del Governo italiano; g) individua il candidato per l'incarico di Direttore generale, da sottoporre alla deliberazione del Consiglio di amministrazione; h) richiede pareri alle autorità amministrative indipendenti e agli organi istituzionali di consulenza giuridica e tecnica; i) richiede al Consiglio tecnico-scientifico specifici approfondimenti su argomenti da trattare in Consiglio di amministrazione; j) cura la predisposizione di una relazione illustrativa, da allegare allo schema di rendiconto generale, sulla base della relazione sulla gestione predisposta dal Direttore generale.

Il Presidente, se professore o ricercatore universitario, può essere collocato in aspettativa ai sensi dell'articolo 13 del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382; se ricercatore o tecnologo dipendente di pubbliche amministrazioni è collocato in aspettativa senza assegni, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2011, n. 165 s.m.i.

In caso di assenza o impedimento, il Presidente è sostituito da un Vice Presidente, nominato dal Consiglio di amministrazione tra i suoi componenti su proposta del Presidente. Altro Vice-Presidente, sempre scelto nell'ambito dei componenti del consiglio di amministrazione, può operare in virtù di specifica delega del Presidente, con riferimento alle proprie responsabilità di carattere istituzionale».

Tra le funzioni esercitate da tali Unità si annoverano: la predisposizione degli atti di competenza del Presidente (si pensi ai provvedimenti presidenziali ovvero alle proposte da sottoporre al Consiglio di amministrazione), il supporto alle attività del Consiglio di amministrazione, del Consiglio Tecnico-scientifico, del Collegio dei Revisori dei Conti e dell'OIV, la cura delle relazioni internazionali con organismi aerospaziali di altri paesi e con amministrazioni e organismi pubblici o privati nonché la diffusione delle comunicazioni e delle informazioni ASI.

9. Il Consiglio di amministrazione.

Il Consiglio di amministrazione è costituito a norma dell'art. 7 del D.lgs. n. 128/2003 (così come confermato dall'art. 9 del D.lgs. n. 213/2009 e dal corrispondente art. 7 dello Statuto ASI) con decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (22). Della

(22) L'art. 7 dello Statuto ASI è del seguente tenore: «Il Consiglio di amministrazione ha i compiti di indirizzo e programmazione generale dell'attività dell'Agenzia. Il Consiglio di amministrazione, su proposta del Presidente: a) delibera il DVS, il PTA dell'Agenzia ed i relativi aggiornamenti annuali; b) delibera, a maggioranza dei componenti, in ordine alla definizione e modifiche dello Statuto e dei regolamenti del personale, di amministrazione e finanza e contabilità, da perfezionarsi, tutti, secondo le procedure di cui al successivo art. 16; c) approva il bilancio preventivo e il bilancio consuntivo e le relative relazioni di accompagnamento; d) ratifica i provvedimenti d'urgenza adottati dal Presidente; e) nomina un Vice Presidente, eleggendolo tra i propri componenti; f) delibera la nomina del Direttore generale, dei componenti del consiglio tecnico-scientifico e dell'Organismo Indipendente di Valutazione delle prestazioni (O.I.V.); g) definisce i compensi del Direttore generale e dei responsabili dei settori tecnico-scientifici, con riferimento alle indennità di carica del Presidente, dei Consiglieri di amministrazione e dei componenti del Collegio dei revisori dei conti; h) esprime un parere vincolante sui *curricula* dei dirigenti e dei responsabili dei settori tecnici dell'Agenzia proposti dal Direttore generale, cui si applica la previsione del successivo art. 12, comma 2, lett. d); i) verifica i risultati dell'attività gestionale, tecnico-scientifica ed economica dell'Agenzia ed individua i punti di maggior rilievo nella programmazione delle attività ai fini del monitoraggio e della valutazione; j) ripartisce le risorse finanziarie, strumentali e umane tra i settori tecnico-scientifici, tenendo conto delle proposte da esse formulate; k) delibera la partecipazione a società, fondazioni e consorzi, nonché la stipulazione di accordi con organismi nazionali, comunitari ed internazionali; l) delibera sui grandi investimenti in infrastrutture e su commesse rilevanti previste nel piano triennale e negli aggiornamenti annuali, secondo criteri definiti dal Regolamento di finanza e contabilità; m) adotta, nei limiti indicati dal regolamento di finanza e contabilità, i provvedimenti concernenti il patrimonio immobiliare, mutui, assicurazioni, fondi di investimento e su altre operazioni finanziarie; n) esercita, nei limiti della normativa vigente, il potere di indirizzo per il rinnovo del contratto collettivo di lavoro; o) emana le direttive generali contenenti gli indirizzi strategici che il Direttore generale deve seguire nella predisposizione sia del Piano Triennale della Performance e della Relazione a detto piano conseguente di cui all'art. 10, comma 1, lettere a) e b) del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sia del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'art. 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nonché degli eventuali aggiornamenti annuali allo stesso; p) definisce gli obiettivi individuali annuali, di cui agli artt. 5 e 9 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che dovranno essere assegnati al Direttore Generale affinché detti obiettivi vengano inclusi nella proposta di Piano triennale della Performance di cui all'art. 10, comma 1, lett. a) del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150; q) approva sia il Piano triennale della Performance e la Relazione a detto piano di cui all'articolo 10, comma 1, lettere a) e b) del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sia il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nonché gli eventuali aggiornamenti annuali dello stesso, documenti questi predisposti dal Direttore generale; r) delibera la programmazione triennale e annuale del fabbisogno di personale, ivi incluse le relative azioni di formazione; s) delibera, secondo le modalità indicate nel regolamento del personale e di amministrazione, le procedure concorsuali per l'assunzione, anche a

durata di quattro anni, si compone del Presidente e di altri quattro componenti, confermabili una sola volta e nominabili (uno per ciascun Dicastero) dal Ministro degli Affari Esteri, dal Ministro della Difesa, dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

Dietro formale convocazione del Presidente, il Consiglio, che ha compiti di indirizzo e programmazione generale dell'attività dell'Agenzia, si riunisce una volta al mese. I consiglieri (almeno nel numero di due) possono motivatamente richiedere al Presidente la convocazione del Consiglio di amministrazione per trattare all'ordine del giorno specifici argomenti da loro indicati.

Come per l'organo di amministrazione di qualsiasi altro ente pubblico o privato, si richiedono anche per il C.d.A. dell'Agenzia Spaziale Italiana *quorum* costitutivi e deliberativi. Il Consiglio di amministrazione si considera validamente costituito quando è presente la *maggioranza dei componenti* di esso, mentre le delibere si intendono validamente adottate solo una volta raggiunto il voto favorevole della *maggioranza dei consiglieri presenti*. Qualora dovesse verificarsi una situazione di parità di voto, tale per cui il C.d.A. venga a trovarsi in uno stato di stallo, risulterà decisivo e prevalente il voto del Presidente. La corretta verbalizzazione delle sedute è garantita da un Segretario nominato dal Consiglio di amministrazione su proposta del Presidente.

Quanto alle funzioni esercitate dall'organo di amministrazione, nel rimandare alla lettura dell'apposita nota in cui si riporta il testo integrale del già richiamato art. 7 dello statuto ASI, sia sufficiente ricordare che il Consiglio di amministrazione ha una competenza così ampia da poter deliberare su tutte le materie di indirizzo non espressamente riservate ad altri organi dell'Agenzia dalla legge o dallo statuto medesimo.

10. Il Consiglio tecnico-scientifico.

Il Consiglio tecnico-scientifico previsto e contemplato dall'art. 8 del D.lgs. n. 128/2003 (per come integrato dall'art. 10 del D.lgs. n. 213/2009 e dal corrispondente art. 8 dello Statuto ASI) è l'organo che esercita funzioni consultive su aspetti altamente tecnici a supporto del Consiglio di amministrazione (23).

tempo determinato, del personale, anche dirigenziale ed in materia di mobilità, comandi e distacchi; t) delibera sull'affidamento nominativo di incarichi di consulenza e studio ad esperti esterni secondo le previsioni del Regolamento di finanza e contabilità; u) definisce criteri e modalità: per lo svolgimento della attività di certificazione tecnica; per la collaborazione con enti e istituzioni nazionali, stranieri e internazionali nel settore della normativa tecnica, anche ai fini dell'espletamento delle funzioni di vigilanza affidate da leggi e regolamenti; per le attività di valorizzazione e trasferimento dei risultati della ricerca; per la realizzazione, nei termini previsti dalla legge, di attività di formazione *post lauream*; v) delibera su tutte le altre materie di indirizzo, non espressamente riservate ad altri organi dell'Agenzia dalla legge o dal presente Statuto.

I consiglieri, in un numero minimo di due, possono motivatamente chiedere al Presidente la convocazione del Consiglio di amministrazione, con l'inserimento di specifici argomenti all'ordine del giorno. Le sedute del Consiglio di amministrazione, salvo le previsioni di cui all'art. 2, lette. b), sono valide quando è presente la maggioranza dei componenti e le delibere sono approvate quando ottengono il voto della maggioranza dei presenti; a parità di voti prevale quello del Presidente. Il Consiglio di amministrazione stabilisce con apposito regolamento, le norme per il suo funzionamento».

(23) L'art. 8 dello Statuto ASI così dispone: «Il Consiglio tecnico-scientifico, i cui componenti sono selezionati tra scienziati e personalità con particolare e qualificata professionalità ed esperienza nei settori tecnici di competenza dell'Agenzia, anche stranieri, di fama internazionale, ha compiti consultivi nei confronti del Consiglio di amministrazione, relativi agli aspetti tecnico-scientifici dell'attività

Composto da sette componenti è nominato, su proposta del Presidente, dal Consiglio di amministrazione. In particolare, al fine della sua composizione, il Presidente dell'Agenzia, al termine di consultazioni con i rappresentanti dei principali Enti pubblici di ricerca, della Conferenza Stato-Regioni e delle istituzioni ed associazioni della comunità scientifica, economica ed industriale, individua un numero di candidati pari almeno al doppio del numero dei componenti per poi selezionare, tra questi, coloro che per comprovata competenza nel settore andranno a ricoprire la carica di consigliere tecnico-scientifico.

L'organo in parola dura in carica quattro anni e i suoi componenti possono essere confermati una sola volta. La nomina del componente del Consiglio tecnico-scientifico che dovrà assumere la presidenza compete al Presidente dell'Agenzia che lo sceglie fra i sette componenti; la carica di Presidente del Consiglio tecnico-scientifico dura in carica due anni rinnovabili.

Il Consiglio tecnico-scientifico deve ritenersi validamente costituito quando è presente la *maggioranza dei suoi componenti* ed esprime i suoi pareri con il voto favorevole della *maggioranza dei presenti*. Come il Consiglio di amministrazione, anche il Consiglio tecnico-scientifico si avvale di un Segretario che, proposto e nominato dal Presidente, redige il verbale delle sedute. Alle riunioni dell'organo tecnico-scientifico possono essere invitati il Direttore generale, i Responsabili dei settori tecnici nonché esperti nazionali ed internazionali.

11. Il Collegio dei revisori dei conti.

L'art. 9 del D.lgs. n. 128/2003 e il corrispondente art. 9 dello Statuto ASI disciplinano il Collegio dei revisori dei conti. Costituito con decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e composto da tre membri effettivi e due supplenti, questo è l'organo di controllo della regolarità amministrativa e contabile dell'Agenzia Spaziale Italiana (24).

dell'Agenzia. Il Consiglio tecnico-scientifico: a) esprime al Consiglio di amministrazione il parere tecnico-scientifico sul documento di visione strategica decennale (DVS), sulle proposte di piano triennale (PTA) e sui relativi aggiornamenti annuali; b) realizza, su richiesta del Presidente, analisi, studi e confronti sullo stato della ricerca spaziale e aerospaziale a livello nazionale e internazionale; c) individua, su richiesta del Presidente, le possibili linee evolutive della ricerca spaziale e aerospaziale; d) esprime parere sulle proposte di modifica dello statuto. Il Consiglio tecnico-scientifico, composto da sette componenti, è nominato, su proposta del Presidente, dal Consiglio di amministrazione dell'Agenzia. A tal fine, il Presidente dell'Agenzia individua, all'esito di consultazioni con i rappresentanti dei principali enti di ricerca di cui al decreto legislativo 31 dicembre 2009, n. 213, della Conferenza Stato-Regione e delle istituzioni ed associazioni della comunità scientifica ed economica ed industriale di riferimento, anche, quest'ultima, per il tramite del Ministero dello Sviluppo Economico, un numero di candidati pari ad almeno il doppio del numero dei componenti. Il Consiglio tecnico-scientifico, i cui componenti possono essere confermati una sola volta, dura in carica quattro anni. Il Presidente è nominato, all'interno del Consiglio tecnico-scientifico, dal Presidente dell'Agenzia e dura in carica due anni, rinnovabili. Il Presidente concorda con il Presidente dell'Agenzia l'ordine del giorno dei lavori».

(24) Questo il testo dell'art. 9 dello Statuto ASI: «Il Collegio dei revisori dei conti è l'organo di controllo della regolarità amministrativa e contabile dell'Agenzia e svolge i compiti previsti dall'art. 2403 del codice civile, per quanto applicabile. In particolare, controlla la legittimità della gestione amministrativa e contabile dell'Agenzia; accerta la regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle disposizioni di legge e statutarie; esamina i bilanci dell'Agenzia redigendo apposite relazioni; effettua periodiche verifiche di cassa; può procedere in ogni momento ad atti di ispezione e di controllo. Il Collegio dei revisori dei conti esprime parere di legittimità sugli atti deliberativi riguardanti bilanci preventivi, variazione ai medesimi, conti consuntivi, operazioni finanziarie e partecipazioni in enti, fondazioni, consorzi, società, ricognizioni e riaccertamenti dei residui attivi e passivi e inesigibilità dei crediti iscritti nella situazione patrimoniale, nonché sulle questioni ad esso sottoposte dal Consiglio

I cinque membri del Collegio devono essere tutti iscritti al Registro dei revisori legali dei conti. Il membro effettivo con funzione di Presidente ed uno dei membri supplenti sono nominati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, i restanti tre membri (due effettivi e un supplente) sono invece nominati dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. Il mandato di revisore dei conti ha durata quadriennale rinnovabile una sola volta.

I membri del Collegio dei revisori dei conti possono assistere alle riunioni del Consiglio di amministrazione e possono chiedere al Presidente dell'Agenzia la convocazione del Consiglio di amministrazione. Anche tale organo, si avvale di una Segreteria che cura la corretta verbalizzazione delle sedute. I verbali di esso sono inviati al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, al Ministro dell'Economia e delle Finanze, alla Corte dei Conti, al Presidente dell'Agenzia e al Direttore Generale.

In via di generale, al Collegio dei revisori dei conti spetta di controllare il rispetto delle norme che sovrintendono alla gestione amministrativa e contabile degli Enti pubblici di ricerca e verificare la regolare tenuta delle scritture contabili.

12. L'Organismo Indipendente di Valutazione delle Prestazioni (OIV).

Nella struttura organizzativa dell'Agenzia Spaziale Italiana vi rientra anche l'Organismo Indipendente di Valutazione delle prestazioni (OIV). Questo, oltre ad essere disciplinato dall'art. 10 decreto di riordino n. 128 del 2003 è pure previsto dall'art. 10 dello Statuto ASI (25).

Se sinora la nostra attività espositiva si è basata su una sostanziale corrispondenza tra normativa legale e normativa statutaria, la stessa cosa non può dirsi quanto all'Organismo di cui si discute. Confrontando l'art. 10 dello Statuto ASI con il (solo numericamente) corrispondente art. 10 del D.lgs. n. 128 cit. ci si rende presto conto che la disciplina legislativa -

di amministrazione, al quale può chiedere informative specifiche e su ogni questione da esso rilevata. I membri del Collegio dei revisori dei conti possono assistere alle riunioni del Consiglio di amministrazione. Il Collegio dei revisori può chiedere al Presidente dell'Agenzia la convocazione del Consiglio di amministrazione. Il Collegio dei revisori dei conti, costituito con decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, è composto da tre membri effettivi e due membri supplenti, iscritti nel registro dei revisori legali, di cui un membro effettivo, con funzione di Presidente, e un membro supplente designati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze. Il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca provvede alla nomina di due membri titolari e di un membro supplente. I membri del Collegio dei revisori dei conti durano in carica quattro anni e possono essere confermati una sola volta. Il Presidente e i membri effettivi del Collegio dei revisori dei conti, se dipendenti pubblici, sono collocati fuori ruolo per la durata del mandato. Le indennità di carica del Presidente e dei componenti del Collegio dei revisori dei conti sono determinate, a valere sul bilancio dell'Agenzia, con decreto del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze».

(25) L'art. 10 del D.lgs. n. 128/2003 dispone che: «Il comitato di valutazione valuta periodicamente i risultati dei programmi e dei progetti di ricerca dell'Agenzia, anche in relazione agli obiettivi definiti nel piano aerospaziale nazionale, in accordo con i criteri di valutazione definiti, in deroga a quanto previsto dall'art. 5, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 5 giugno 1998, n. 204, dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, sentito il Comitato di indirizzo per la valutazione della ricerca (CIVR). Il comitato di valutazione è composto da cinque membri esterni dell'Agenzia, ivi compreso il presidente, nominati dal consiglio di amministrazione, di cui due, tra i quali il presidente, designati dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, uno designato dal Ministro della Difesa ed uno designato dalla Conferenza dei rettori delle università italiane. Il presidente e i componenti del comitato durano in carica quattro anni e possono essere confermati una sola volta. Il comitato di valutazione svolge i propri compiti in piena autonomia. Il comitato presenta al presidente ed al consiglio di amministrazione dell'Agenzia una relazione di valutazione annuale dei risultati dell'attività di ricerca».

che parla di Comitato di valutazione anziché di Organismo Indipendente di Valutazione delle prestazioni - questa volta è sorprendentemente più dettagliata rispetto a quella statutaria.

Per evitare equivoci qualsivoglia, è bene precisare che l'impiego delle diverse locuzioni di «Organismo Indipendente di Valutazione delle prestazioni» ovvero di «Comitato di valutazione» non determina il riferimento a due diverse entità organiche, trattandosi, piuttosto, di una semplice differenza di *drafting* normativo a cui non debbono ricollegarsi implicazioni di sorta.

I cinque membri che compongono l'Organismo di Valutazione, compreso il Presidente, sono scelti fra persone esterne all'Agenzia e nominati dal Consiglio di amministrazione su proposta del Presidente ASI. Due dei suoi membri - tra cui il Presidente - sono designati dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, uno è designato dal Ministro delle Attività Produttive, un altro è designato dal Ministro della Difesa e, infine, un altro ancora dalla Conferenza dei Rettori delle Università Italiane. Il Presidente e i membri dell'Organismo Indipendente di Valutazione delle prestazioni durano in carica quattro anni e possono essere confermati una sola volta.

Come intuibile dalla sua stessa denominazione, l'Organismo assolve la funzione di valutare periodicamente i risultati dei programmi e dei progetti di ricerca dell'Agenzia in relazione agli obiettivi definiti nel Piano Aerospaziale Nazionale. Una volta esercitate le proprie funzioni, l'Organismo comunica al Presidente ASI e al Consiglio di amministrazione una relazione di valutazione annuale sui risultati conseguiti dall'Agenzia nel campo della ricerca scientifica e tecnologica spaziale ed aerospaziale.

13. Il Direttore Generale.

Il Direttore generale è un dirigente apicale dell'Agenzia Spaziale Italiana che esercita funzioni di «alta gestione». Scelto dal Presidente ASI fra persone di alta qualificazione tecnico-professionale con profonda conoscenza delle normative e degli assetti organizzativi degli enti pubblici e del comparto dell'industria aerospaziale viene nominato con deliberazione maggioritaria del Consiglio di amministrazione (26).

(26) A norma dell'art. 12 dello Statuto ASI: «Il Direttore generale, dirigente apicale dell'Agenzia, ha la responsabilità della gestione e cura l'attuazione delle delibere del Consiglio di amministrazione e dei provvedimenti del Presidente; dirige, coordina e controlla la struttura organizzativa; partecipa alle riunioni del Consiglio di amministrazione senza diritto di voto. Il Direttore generale: a) predispone il bilancio preventivo e il bilancio consuntivo dell'Agenzia; b) elabora, sulla base delle indicazioni dei settori tecnici, la relazione annuale di verifica dei risultati gestionali ed economici dell'Agenzia da sottoporre al Presidente, che la presenta al Consiglio di amministrazione; c) predispone schemi di modifica dei regolamenti di amministrazione, finanza e contabilità e del personale da sottoporre al Presidente, che li presenta al Consiglio di amministrazione; d) conferisce gli incarichi ai dirigenti ed ai responsabili tecnici previo parere vincolante del Consiglio di amministrazione sulla validità curriculare dei soggetti proposti; e) definisce gli obiettivi individuali annuali di cui agli artt. 5 e 9 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 assegnati ai dirigenti, da includere nella proposta di Piano triennale della Performance di cui all'art. 10, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150; f) predispone, sulla base delle linee guida deliberate dal Consiglio di amministrazione, il Piano triennale della misurazione delle prestazioni e la Relazione a detto piano di cui all'articolo 10, comma 1, lettere a) e b) del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nonché gli eventuali aggiornamenti annuali dello stesso; g) conferisce gli incarichi delle unità organizzative tecniche e amministrative; h) cura le relazioni con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, secondo gli indirizzi espressi dal Presidente e dal Consiglio di amministrazione. Il Direttore generale, il cui rapporto di lavoro è re-

La durata in carica del Direttore generale coincide con quella del Presidente; quattro anni rinnovabili una sola volta. Laddove venga accertata la violazione delle disposizioni in materia di incompatibilità e conflitto di interessi ovvero la sussistenza di gravi inadempienze, l'incarico di Direttore Generale potrà essere legittimamente revocato con decreto del Presidente, previa deliberazione del Consiglio di amministrazione. In caso di dimissioni, impedimenti o revoca dell'incarico prima della scadenza, le funzioni del Direttore Generale, nelle more della nuova nomina, sono svolte dal «facente funzioni» nominato dal C.d.A. su proposta del Presidente.

È sul Direttore Generale - come previsto dall'art. 11 del D.lgs n. 128/2003 e dall'art. 12 dello Statuto - che grava la responsabilità gestionale dell'Agenzia, dal momento che spetta a questi curare la corretta attuazione delle delibere del Consiglio di amministrazione e dei provvedimenti del Presidente, partecipare alle riunioni del Consiglio di amministrazione senza possibilità di esercitare diritto di voto e ricopre la qualifica di datore di lavoro dell'Agenzia con la correlata responsabilità relativa alla sicurezza sui luoghi di lavoro.

Al pari del Presidente, anche il Direttore Generale, per assolvere i propri compiti istituzionali, si avvale di apposite Unità tecnico-amministrative: le c.d. Unità afferenti al Direttore Generale. La loro struttura appare dotata di una complessa e articolata composizione essendo possibile riscontrare una Unità organizzativa direttamente a supporto della Direzione Generale e un Settore tecnico, articolato a sua volta in due Unità organizzative di primo livello.

L'Unità organizzativa direttamente a supporto del Direttore generale espleta funzioni di coordinamento amministrativo, di garanzia della sicurezza sul lavoro, di pianificazione degli investimenti, di cura delle relazioni con il pubblico e di cura dei contenziosi. Il Settore Tecnico invece - come già detto - si articola in due Unità organizzative di primo livello; la prima, denominata Direzione-Amministrazione, cura le attività di contabilità, di bilancio nonché i contratti e il controllo della gestione, la seconda, denominata Direzione-Organizzazione, cura invece la gestione del personale, la logistica, la documentazione, il trattamento dei dati personali, le pari opportunità e i procedimenti disciplinari.

14. Il Responsabile dei programmi e progetti.

I programmi e i progetti dell'Agenzia Spaziale Italiana sono affidati ai c.d. Responsabili dei programmi ovvero dei progetti che, scelti nell'ambito del personale tecnologo dell'ASI, sono nominati dal Direttore Generale su proposta del Responsabile della competente Direzione o Unità.

Per quel che concerne le funzioni, i Responsabili in parola hanno la direzione, il controllo e l'attuazione di attività di norma svolte da terzi e definite nei contratti stipulati dall'Agenzia. Inoltre, assumono la rappresentanza dell'ASI nei confronti dei contraenti al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi contrattualmente assunti.

golato con contratto di diritto privato con durata coincidente con la durata in carica del Presidente, è scelto tra persone di alta qualificazione tecnico-professionale e di comprovata esperienza gestionale, con profonda conoscenza delle normative e degli assetti organizzativi degli enti pubblici e del settore industriale aerospaziale. Nel caso di cessazione anticipata del mandato degli organi di indirizzo rimane in carica per il disbrigo degli affari correnti sino alla nomina del successore da parte dei nuovi organi. Il Direttore generale, se professore o ricercatore universitario, è collocato in aspettativa ai sensi dell'articolo 12 del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382; se ricercatore o tecnologo o dipendente di pubblica amministrazione può, a domanda, essere collocato in aspettativa senza assegni ai sensi dell'art. 19, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e s.m.i».

15. Il Direttore tecnico e i settori tecnici.

L'art. 12 del più volte citato D.lgs. n. 128/2003, nel disciplinare i settori tecnici, indirettamente tratteggia la figura dei Direttori tecnici. L'ASI, invero, realizza le sue attività di ricerca applicata al campo spaziale e aerospaziale per il tramite di talune peculiari unità organizzative in un numero non superiore a due: i settori tecnici.

Responsabili dell'attività svolta da detti settori sono i Direttori tecnici che, scelti dal Direttore Generale fra soggetti in possesso di alta qualificazione professionale ed esperienza scientifica e manageriale nel settore spaziale ed aerospaziale, sono nominati con deliberazione del Consiglio di amministrazione. L'incarico di Direttore tecnico è conferito per una durata massima di cinque anni e non può essere rinnovato per oltre un quinquennio. Per la eventuale violazione delle norme in tema di incompatibilità ovvero nei casi di gravi inadempienze, l'incarico di Direttore tecnico può essere revocato prima della scadenza con provvedimento del Direttore Generale previa deliberazione del Consiglio di Amministrazione. In ipotesi di dimissioni, impedimento o revoca del Direttore Tecnico prima del termine fissato e in attesa della selezione del nuovo Direttore, i relativi compiti sono svolti temporaneamente da un «facente funzioni» nominato dal Consiglio di amministrazione.

Compete al Direttore tecnico: *i*) dirigere, controllare e attuare i programmi definiti nel Piano Triennale di Attività (PTA); *ii*) fornire al Direttore generale gli elementi programmatico-gestionali indispensabili per la formulazione del bilancio preventivo e consuntivo; *iii*) elaborare una relazione di autovalutazione dell'attività del settore tecnico che dirige da trasmettere al Direttore Generale che la presenta all'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV); *iv*) istituire, a tempo determinato, unità di ricerca per singoli progetti, presso le università, gli enti di ricerca pubblici o privati ovvero presso imprese.

16. Incompatibilità e decadenze.

Per i soggetti che rivestano una determinata carica nell'organizzazione dell'Agenzia Spaziale Italiana, sono previste specifiche cause di incompatibilità e decadenza. In particolare, l'art. 8 del Regolamento di Organizzazione e Funzionamento dell'Agenzia Spaziale Italiana stabilisce che le cariche di membro del Consiglio di amministrazione, del Consiglio tecnico-scientifico, del Collegio dei Revisori dei Conti e dell'Organismo Indipendente di Valutazione delle prestazioni sono incompatibili tra di loro e con quelle di Direttore Generale, Direttore Tecnico e Dirigente o Responsabile di Unità organizzative dell'Agenzia.

Ancora, il Presidente, i membri del Consiglio di amministrazione, i membri del Consiglio tecnico scientifico, i membri del Collegio dei revisori dei Conti e quelli dell'Organismo Indipendente di Valutazione non possono essere né amministratori o dipendenti di imprese o società che partecipano a programmi di interesse prevalente dell'Agenzia, tampoco componenti delle commissioni di selezione per il reclutamento del personale ASI. In aggiunta, tutte le cariche sopradette sono incompatibili con incarichi politici elettivi nazionali.

I soggetti che nell'organigramma dell'Agenzia Spaziale Italiana rivestano una delle cariche sopracennate, entro trenta giorni dalla data di insediamento del Consiglio di amministrazione debbono formalmente dichiarare sotto la propria responsabilità di non trovarsi in nessuna delle predette situazione di incompatibilità. Una volta rese da ciascun interessato le anzidette dichiarazioni, il Presidente, o chi ne ha le veci, dovrà esperire tutti gli opportuni accertamenti del caso.

Se all'esito di questi non risulti l'esistenza di cause di incompatibilità *nulla quaestio*, al

contrario, accertata la sussistenza di cause di incompatibilità in difformità rispetto a quanto dichiarato dal soggetto interessato, il Presidente dovrà stabilire un termine non superiore a venti giorni entro il quale l'interessato dovrà provvedere a rimuovere la causa di incompatibilità. Decorso inutilmente tale termine, il Presidente ne dà immediata comunicazione all'autorità competente per la nomina affinché questa ne dichiari la decadenza.

Speciali cause di incompatibilità sono dettate per il Direttore Generale dell'Agenzia; la disposizione normativa che viene in rilievo è quella formalmente consacrata nell'art. 11 del già citato Regolamento di Organizzazione e Funzionamento, ai sensi del quale la carica di Direttore Generale è incompatibile con altri uffici o con gli impieghi pubblici o privati, con l'esercizio di attività professionali, commerciali o industriali e con la carica di amministratore o sindaco di società lucrative. Per di più, il Direttore generale non può far parte delle commissioni di concorso per il reclutamento di personale dell'Ente e di commissioni di collaudo di lavori, forniture e servizi.

17. Gli strumenti di cui l'Agenzia Spaziale Italiana è legittimata ad avvalersi.

Nel novero degli strumenti di cui l'ASI si avvale per l'esercizio delle sue funzioni, accanto a quelli di natura pubblicistica ve ne rientrano anche di natura privatistica. Se tra i primi - oltre all'istituzione di Centri di ricerca spaziale ed aerospaziale - devono ricordarsi gli accordi e le convenzioni, tra quelli privatistici vengono fatti tradizionalmente rientrare la costituzione di consorzi, di società e di fondazioni (27). Stante il loro sempre più frequente impiego ci si soffermerà anzitutto sugli accordi e le convenzioni per poi passare all'esame degli altri strumenti.

(27) L'art. 4 dello Statuto ASI è nel senso che: «L'Agenzia per lo svolgimento dei compiti di cui all'articolo 2 e di ogni altra attività connessa, ivi compreso l'utilizzo economico dei programmi realizzati, secondo criteri e modalità determinate con i Regolamenti del personale e di amministrazione, finanza e contabilità può: a) stipulare accordi e convenzioni; b) partecipare o costituire consorzi, fondazioni o società con soggetti pubblici e privati, italiani e stranieri. Per la costituzione o la partecipazione in società con apporto al capitale sociale superiore a 500.000,00 euro o con quota azionaria pari o superiore al 50 per cento del predetto capitale sociale è richiesto, previa informativa al Ministro vigilante, il parere del Ministro dell'Economia e delle Finanze che deve esprimersi entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta, decorsi i quali si prescinde dal parere; c) promuove la costituzione di nuove imprese, anche con riferimento al proprio personale in costanza di rapporto, nel rispetto della normativa vigente; d) partecipare alla costituzione e alla conduzione anche scientifica di centri di ricerca internazionali, in collaborazione con analoghe istituzioni scientifiche di altri Paesi; e) commissionare attività di ricerca e studio di soggetti pubblici e privati, nazionali e internazionali; f) avvalersi di centri di ricerca aerospaziale e segnatamente del Centro italiano di ricerca aerospaziale (CIRA), in base alla normativa vigente. L'Agenzia può promuovere o concorrere, previa valutazione di legittimità e di merito da parte del Ministro vigilante, e senza rilasciare garanzie, alla costituzione o partecipazione di fondi di investimento con la partecipazione di investitori pubblici o privati, articolati in un sistema integrato tra fondi di livello nazionale e rete di fondi locali. I predetti fondi sono destinati all'attuazione di programmi di trasferimento tecnologico e di investimento per la realizzazione di iniziative produttive con elevato contenuto di innovazione e ricerca, con il coinvolgimento di apporto dei soggetti pubblici e privati operanti nel territorio di riferimento e la valorizzazione di risorse finanziarie destinate allo scopo, anche derivanti da cofinanziamenti europei ed internazionali. L'Agenzia riferisce sui programmi, sugli obiettivi, sulle attività e sui risultati dei soggetti di cui al comma 1 in apposita sezione del PTA».

18. *Gli accordi e le convenzioni.*

Sono svariati gli accordi e le convenzioni (28) che l'Agenzia Spaziale Italiana stipula con soggetti pubblici e privati nazionali.

Tra le più recenti convenzioni siglate dall'ASI, merita di essere segnalata la

(28) La Pubblica Amministrazione, nell'adoperarsi per la cura concreta dell'interesse generale, ha «la facoltà di scelta, sia per ciò che concerne l'an che il *quomodo* della procedura» cfr. GUZZI F.F. - ROLLI R. (2008), *La legge di riforma del procedimento amministrativo al vaglio della giurisprudenza*, in *federalismi.it*, n. 4, p. 16.

È evidente che con riferimento al *quomodo*, i due autori alludono alla possibilità, per i Pubblici Soggetti, di esercitare il potere amministrativo tanto nella *tradizionale* forma provvedimentoale, quanto nella *alternativa* forma negoziale. Se nel primo caso l'esercizio del potere si traduce nella adozione di un atto (il provvedimento amministrativo) che è il frutto di scelte discrezionali assunte unilateralmente dalla Pubblica Amministrazione, nel secondo, invece, il contenuto dispositivo degli atti nei quali il potere si estrinseca è oggetto di un negozio (accordo) con le parti sulla cui sfera giuridica il potere pubblico è destinato a sortire i suoi effetti. Siffatto negozio «può configurarsi come quello che definisce la fattispecie procedimentale e produce gli effetti (accordo sostitutivo) ovvero come quello il cui contenuto dispositivo viene versato nel provvedimento (accordo integrativo)» cfr. CERULLI IRELLI V. (2006), *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.

Fermo che uno dei più grandi scienziati che il diritto amministrativo italiano ha avuto nel secolo scorso ha affermato, cum *solemnia verbis*, che «l'accordo è concepito, non già come una rottura del procedimento, come una soluzione eccezionale e anomala dei problemi aperti dall'iniziativa di procedimento, ma come uno sbocco alternativo all'atto (provvedimento) e come questo direttamente e coerentemente discendente dallo sviluppo dello stesso procedimento, nel cui continuo dispiegarsi si pongono le premesse e si creano le condizioni per la formazione di quella consensualità che l'accordo porta alle sue naturali conseguenze» cfr. NIGRO M. (1988), *L'accordo nell'azione amministrativa*, non si può incorrere nel grossolano, e sino a qualche tempo addietro, consueto errore di confondere gli accordi amministrativi ex art. 11 della L. n. 241/1990 con il contratto di diritto privato.

Gli accordi amministrativi costituiscono, pur sempre, un modello di esercizio autoritativo del potere pubblico, il quale, pur dialogando, interagendo, trattando e accordandosi con il destinatario dell'esercizio del potere, continua a mantenere una posizione di supremazia nei confronti della controparte, cfr. STICCHI DAMIANI E. (2005), *Gli accordi amministrativi dopo la l. n. 15/2005*, in *Foro amm.*, n. 6/2005 - SCOCA F.G. (2002), *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.* - GRECO G. (2003), *Gli accordi amministrativi*, Giappichelli, Torino. Per converso, il contratto, si profila come lo strumento che i privati prediligono al fine di autoregolamentare i propri interessi economici e l'essenza di esso rimanere immutata quand'anche uno dei contraenti sia una Pubblica Amministrazione.

Ad ogni modo, una adeguata ricostruzione dottrinale idonea ad illustrare, in maniera perspicua, le differenze esistenti tra contratto, accordi e convenzioni è contenuta in PERLINGERI P. (2014), *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI). Nello specifico, si afferma che: «Nell'ambito dei negozi a struttura bi- o plurilaterale, accanto ai contratti si collocano gli "accordi" e le "convenzioni". I contratti hanno una analitica definizione (art. 321 c.c.) che non è tuttavia immune da incongruenze (...). Gli "accordi" e le "convenzioni", invece, non sono definite dalla legge e incerta è la loro linea di demarcazione dal contratto. Di "accordi" discorre non soltanto il codice civile, ma anche la legislazione amministrativa (art. 11, l. n. 241/1990 sul "diritto di accesso"). Del pari, le "convenzioni" sono richiamate nel diritto di famiglia (art. 162 ss., c.c., sulle "convenzioni matrimoniali"); nel diritto commerciale e nel diritto amministrativo, ove sono usate, ad es. le c.d. convenzioni di lottizzazione fra Comuni e proprietari di suoli edificabili (art. 28, l. n. 1150/1942, come modificato dall'art. 8, l. n. 765/1967). A voler proporre un criterio distintivo di tale figura rispetto al contratto, si potrebbe discorrere di "accordo" e "convenzioni" per l'atto di autoregolazione di interessi a struttura bi- o plurilaterale suscettibili di assumere diversamente dal contratto - contenuto patrimoniale e/o non patrimoniale. Quanto alla normativa applicabile, agli "accordi" e alle "convenzioni" è estendibile la disciplina del contratto in virtù della sua "forza espansiva" (artt. 1323 e 1324 c.c.)».

Convenzione Quadro del 2007 stipulata con l'Istituto Nazionale di Astrofisica (INAF). In ossequio a tale convenzione, l'Agenzia Spaziale Italiana affida all'Istituto Nazionale di Astrofisica lo svolgimento di attività di supporto alla strumentazione spaziale ed aerospaziale e alle diverse infrastrutture centrali e periferiche di cui l'ASI consta. In particolare, il supporto che l'INAF si impegna ad erogare in favore dell'Agenzia, si sostanzia in studi per la preparazione di nuove missioni e in ricerche finalizzate alla realizzazione di nuovi strumenti scientifici da lanciare in orbita o da utilizzare per una più efficiente raccolta dati. L'INAF, per onorare al meglio gli impegni assunti nei confronti dell'ASI, provvede altresì a reclutare personale con comprovata ed elevatissima competenza tecnica e scientifica mentre, sinallagmaticamente, l'Agenzia Spaziale Italiana si obbliga ad erogare in suo favore una somma annua di almeno venti milioni di euro.

Quanto agli accordi, centrale per l'intero svolgimento delle attività ASI è l'accordo stipulato con il Ministero vigilante (MIUR) e avente ad oggetto il Piano Triennale di Attività (PTA) in cui fissare i programmi, le attività e gli obiettivi da perseguire. Sussistono, poi, numerosi altri accordi siglati dall'Agenzia e aventi una più ridotta importanza.

19. *Gli accordi internazionali.*

L'ASI, nel rispetto della normativa internazionale e costituzionale vigente in materia, è legittimata a stipulare anche accordi internazionali (29). In proposito, va anzitutto menzionato il coacervo degli accordi stipulati fra l'Agenzia Spaziale Italiana e la NASA. Tra questi due apparati pubblici operanti nel settore spaziale ed aerospaziale, esiste una solida tradizione di rapporti bilaterale in forza dei quali sono stati avviati numerosi programmi di cooperazione. Attraverso uno

(29) Gli accordi internazionali cui si allude non sono da identificarsi con i Trattati *stricto sensu*; quelli cioè assoggettati alle norme contenute nella Convenzione di Vienna del 1969 e che la più autorevole dottrina definisce come «l'unione o meglio l'incontro della volontà di due o più Stati, diretti a regolare una determinata sfera di rapporti riguardanti questi ultimi» cfr. CONFORTI B. (2006), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli - CAPOTORTI F. (1969), *Il diritto dei trattati secondo la Convenzione di Vienna*, in *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Cedam, Padova - MASTROJENI G. (2000), *Il negoziato e la conclusione degli accordi internazionali*, Cedam, Padova - FERRARI BRAVO L. (1964), *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Quelli di cui ci si occupa, invero, non devono essere stipulati, a pena d'invalidità, nel rispetto delle rigide e stringenti norme (procedurali e sostanziali) previste per i Trattati ratificati dagli Stati dotati di personalità giuridica internazionale, ma sono quegli accordi (correntemente denominati "accordi di cooperazione internazionale") che gli Enti di Ricerca, le Università e le Accademie dello Stato italiano possono stipulare con analoghe Istituzioni di Paesi esteri allo scopo di promuovere, coordinare e diffondere la ricerca scientifica ai più alti livelli.

Con specifico riguardo all'Agenzia Spaziale Italiana, la legittimazione a stipulare accordi di cooperazione internazionale con le Agenzie Spaziali e con altri Enti di Ricerca stranieri trova il suo fondamento giuridico, *in primis*, nell'art. 33, ultimo comma Cost. e, secondariamente, nell'art. 3, lett. b), della L. n. 128/2003 in virtù del quale l'ASI «stipula accordi bilaterali o multilaterali con organismi di altri Paesi per la partecipazione dell'Italia a programmi od imprese aerospaziali».

specifico accordo bilaterale ASI-NASA, l'Agenzia italiana ha contribuito alla realizzazione di tre moduli logistici presurrizzati nonché alla progettazione, alla costruzione e alla messa in funzione della Stazione Spaziale Internazionale.

Con l'Agenzia Spaziale Russa (Roscosmos), l'ASI coopera sulla base di un accordo inter-governativo per l'utilizzazione dello spazio con finalità pacifiche. Le due Agenzie Spaziali hanno stipulato anche accordi bilaterali volti ad agevolare una collaborazione nel settore della ricerca scientifica e tecnologica spaziale e nel settore della medicina e bio-tecnologia aerospaziale.

Accordi bilaterali sono stati stipulati anche con l'Agenzia Spaziale Canadese (CSA); si tratta di accordi sostanzialmente finalizzati a snellire le pastoie burocratiche relative allo scambio di dati ed informazioni che vengono raccolti dalle apparecchiature *radar* di cui dispongono l'Italia e il Canada. Nella gran parte dei casi sono dati ed informazioni utili per una migliore gestione delle risorse naturali e soprattutto per la prevenzione di disastri ambientali.

Dopo la firma della Dichiarazione di Intenti sottoscritta a Tokio nel novembre del 2004 sono venute intensificandosi le relazioni - fondate su accordi bilaterali - fra l'ASI e l'Agenzia Spaziale Giapponese (JAXA). I settori su cui si registra una sempre maggiore presenza di accordi italo-nipponici sono quelli concernenti l'osservazione della Terra al fine di combattere le criticità ambientali e climatiche.

Ancora, si ricordino gli accordi stipulati fra Italia e Cina tra i quali quello concernente l'esplorazione e l'uso pacifico dello spazio extra-atmosferico, firmato nel 1991. Sono stati siglati accordi anche con l'Agenzia Spaziale Argentina. Le relazioni di cooperazione nell'utilizzazione dello spazio extra atmosferico fra Italia ed Argentina, traggono origine da un accordo inter-governativo firmato nel 1992.

Più recente, invece, è la Dichiarazione di Intenti (firmata nel novembre del 2008) volta ad inaugurare una proficua ed intensa cooperazione in campo spaziale ed aerospaziale tra l'ASI e l'Agenzia Spaziale Brasiliana (BSA).

Infine, non può non rammentarsi, l'accordo bilaterale tra Italia e Kenya del 1995 che costituisce il fondamento giuridico del Progetto S. Marco e della relativa base italiana a Malindi dedicata al controllo dei satelliti artificiali e alla ricezione dati.

20. I Centri di ricerca.

L'Agenzia Spaziale Italiana provvede ad istituire Centri di ricerca dotati di personale qualificato e forniti di avanguardistiche tecnologie relative al comparto spaziale ed aerospaziale (30).

(30) Per via della plurima e variegata congerie di soggetti potenzialmente sussumibili nella nozione di "Centro di Ricerca", è impresa affatto semplice quella di elaborarne una definizione unitaria.

Il *Centro di Geodesia Spaziale*, con sede legale a Matera, è stato inaugurato nel 1983 grazie ad un congiunto sforzo del Piano Spaziale Nazionale del CNR, della Regione Basilicata e della NASA. Con una struttura che occupa circa 100 persone e con un *budget* di circa 10 milioni di euro annui, è una delle principali strutture di ricerca scientifica spaziale del Mezzogiorno. Se inizialmente si trattava di un centro prevalentemente dedito alla geodesia spaziale (cioè lo studio scientifico della configurazione e delle misurazioni della Terra con connessa sua rappresentazione grafica), il Centro sta recentemente rivolgendosi ad altri campi tra cui la robotica spaziale.

La *Base di lancio palloni stratosferici* ha sede a Trapani-Milo e rappresenta una delle poche strutture mondiali in grado di assicurare la progettazione, il lancio e la gestione del volo attraverso questa particolare tecnica. Istituita nel 1975, il poligono di lancio è ospitato presso una struttura aeroportuale ormai non funzionante che è collocata in una posizione ideale per lanci transmediterranei e trans-atlantici. Se nei primi anni, l'attività della base si è concentrata esclusivamente sul lancio di palloni, ora, invece, per il tramite delle avanzate tecnologie informatiche e di telecomunicazione di cui dispone, in essa si eseguono anche attività di supporto a piccole missioni spaziali oltre ad essere fornito supporto ai Paesi in via di sviluppo per l'accesso allo spazio cosmico. Le attività della base sono svolte in collaborazione con altre Agenzie, Istituti nazionali e Internazionali quali, il CNR, l'ESA e la NASA.

Non esiste, per vero, testo legislativo all'interno del quale venga offerta una definizione universalmente valida, appunto, di Centro di Ricerca. È possibile, però, rinvenirne una definizione (di taglio squisitamente micro-economica) nella Relazione dal titolo: «*L'internazionalizzazione della ricerca a Milano. Un'indagine tra i centri di ricerca*» a cura del Centro di Economia Regionale, dei Trasporti e del Turismo (CETeT) e della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. In essa si afferma - con formula forse troppo vaga - che il Centro di Ricerca «è un luogo attrezzato ove si svolge, con continuità, l'attività di capitale umano qualificato allo scopo di arricchire lo stato di conoscenze (attraverso le informazioni) e di benessere (attraverso le applicazioni produttive) della società» cfr. pag. 23.

A questa, si affiancano definizioni giuridiche (di pressoché identico tenore) contenute nelle discipline "particolari" dettate per ciascun Centro di Ricerca. Sono, infatti, molti gli Statuti e i regolamenti adottati da Enti Pubblici che istituiscono Centri di Ricerca nei quali, questi, vengono definiti come "*organismi*" o come "*autonome articolazioni scientifiche*" preordinati a svolgere, promuovere e divulgare l'attività di studio e di ricerca in determinati campi scientifici, anche con la collaborazione di enti esterni (cfr. Statuto dell'Università degli Studi di Milano - Bicocca; Statuto dell'Università degli Studi di Ferrara). L'impiego del lemma "organismo" ovvero di "autonoma articolazione scientifica" tradisce le enormi difficoltà in cui l'operatore giuridico si imbatte allorché debba occuparsi di dettare e/o interpretare la disciplina dei Centri di ricerca. Non v'è dubbio che impiegando termini semanticamente ampi e sfuggenti, quali "organismo", "autonoma articolazione scientifica" *et similia*, si prende contezza di una dato: i Centri di Ricerca non costituiscono un modello organizzativo a sé stante. Di fatti, in disparte l'elemento funzionale che è comune ad ogni Centro di Ricerca (lo sviluppo e la promozione e della ricerca in un determinato campo scientifico), non si danno caratteristiche strutturali idonee a distinguere il Centro di Ricerca da qualunque altro modello organizzativo.

Ne discende, allora, che dalla valutazione, da compiersi caso per caso, delle specifiche caratteristiche che presenta quel dato Centro di Ricerca, sarà possibile qualificare lo stesso, ora come fondazione; ora come società pubblica; ora come associazione; ora come organismo di diritto pubblico etc.

Istituito nel 1966 con sede a Malindi (Kenya), il *Centro Spaziale “Luigi Broglio”* è gestito dall’Università di Roma “La Sapienza” mediante il Centro di Ricerche Progetto San Marco. Per la sua peculiare collocazione, il Centro si atteggia a sito ideale sia per il compimento di attività di lancio, sia per attività di controllo dei satelliti artificiali. Strutturalmente, il Centro spaziale in questione è costituito da un segmento marino che è rappresentato dalla piattaforma di lancio oceanico e da uno terrestre che si sostanzia nel Centro di ricezione dati ed è comprensivo di una serie di fabbricati in muratura e in legno adibiti sia ad alloggi che a servizi di vario genere, di un porticciolo funzionale a consentire l’attracco dei natanti di collegamento con la piattaforma e da tre stazioni di terra in cui sono appositamente fissati peculiari sistemi d’antenna. La presenza e il funzionamento del Centro spaziale “Luigi Broglio” è regolata da un accordo intergovernativo quindicennale, rinnovabile.

Il centro ASI per la gestione e l’analisi dei dati scientifici (*ASI Science Data Center*) è stato invece istituito nel settembre 2000. Si tratta di un Centro dedito alla fornitura di prodotti e servizi necessari per le missioni spaziali di osservazione dell’Universo ed è proprio per il tramite dell’*ASI Science Data Center* che la comunità scientifica, attraverso sofisticati e avanguardistici *software*, si dedica all’analisi dei dati prodotti dalla missione quando viene lanciato in orbita un satellite.

21. I consorzi.

Il fenomeno della cooperazione tra Pubbliche Amministrazioni nonché tra queste e soggetti privati, pur presentandosi come ampio e diversificato è ispirato da una *ratio* unitaria che ne garantisce la ricorrenza di tre tratti comuni: una pluralità di soggetti portatori di interessi affini, un vincolo associativo e un apparato organizzativo (C. Cost., n. 326/1998) (31).

(31) CASSESE S. (2012), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, pp. 107 ss. L’illustre autore, nel chiarire - come pochi fanno - la portata dei caratteri distintivi dei consorzi pubblici afferma che: «Quanto al primo elemento, va rilevato che tra i consorziati esiste una affinità di interessi che preesiste alla costituzione del rapporto giuridico. Il consorzio, infatti, viene creato per l’assolvimento di compiti che sono propri di tutti i soggetti partecipanti, tant’è vero che, in tali termini viene ad assumere una posizione di strumentalità nei confronti di questi ultimi. Con riferimento al secondo, va sottolineato che la relazione associativa può derivare da un contratto, nel caso di consorzi volontari, ovvero da un provvedimento autoritativo, nel caso di quelli coattivi. In ambedue ipotesi, si determina l’obbligo per i consorziati di astenersi dall’esercitare determinati poteri e, nello stesso tempo, fornire le prestazioni indispensabili per la realizzazione delle attività di comune interesse. Infine, relativamente al terzo, si evidenzia la necessità della presenza di un apparato organizzativo, dotato di personalità giuridica, che è strumentale al perseguimento dei fini consorziali (e, dunque, indirettamente dei singoli consorziati)». Ancora, una attenzione volta a sviscerare le concrete e più specifiche caratteristiche strutturali e organizzative dei consorzi pubblici è dedicata da CASSETTA E. (2011), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, pp. 94 ss. il quale, lucidamente, afferma che «I consorzi costituiscono una struttura stabile volta alla realizzazione di finalità comuni a più soggetti. Essi agiscono nel rispetto di alcuni limiti derivanti dall’esercizio del potere direttivo e di controllo spettante ai consorziati. I consorzi spesso realizzano o gestiscono opere o servizi di interesse comune agli enti consorziati, i quali restano comunque

Orbene, pur non figurando tra i consorziati, l'Agencia Spaziale Italiana coadiuva nelle determinazioni strategiche anche il *Consorzio di Ricerca su Sistemi di Telesensori Avanzati* (CO.RI.S.T.A) mediante lo stanziamento di significativi finanziamenti; si tratta di un consorzio con pluriennale esperienza nello svolgimento di attività di telerilevamento e nella progettazione, nella realizzazione e nella validazione di avanzatissimi prototipi *radar*.

Di recente, nel 2011, ha preso vita il *consorzio* GEOSAT Molise, costituito dall'ASI, dalla Regione Molise, dall'Università del Molise e dalla società e-Geos. Il GEOSAT Molise mira a realizzare una struttura scientifico-tecnologica di alto livello nel settore geo-spaziale con l'obiettivo di produrre appositi dispositivi per controllare le condizioni territoriali e ambientali del pianeta da immettere sul mercato globale.

22. Le fondazioni.

Statisticamente, rispetto agli altri strumenti, quello meno frequentemente impiegato dall'ASI per lo svolgimento delle sue funzioni sono le fondazioni (32). Tra le poche, quella costituita più di recente è la "*Fondazione Roma Ca-*

di regola titolari delle opere o dei servizi (in questo senso il consorzio ha carattere strumentale rispetto ai compiti dei consorziati). I tipi di consorzi ora ammissibili ai sensi del T.U. enti locali sono due: quelli istituiti per la gestione dei servizi pubblici locali e quelli istituiti per l'esercizio di funzioni (questi ultimi, però, destinati a essere soppressi ai sensi della l. 191/2009). Inoltre, gli enti pubblici possono costituire consorzi di diritto privato anche con la partecipazione di soggetti privati. I consorzi pubblici possono essere classificati in entificanti e non entificanti, obbligatori e facoltativi; esistono poi consorzi formati soltanto da enti pubblici ovvero anche da privati. Alcuni consorzi, infine, sono formati anche o soltanto da soggetti privati, persone fisiche o giuridiche: in tali casi, vi possono essere pure soggetti pubblici in quanto titolari di diritti patrimoniali».

In conclusione, non può non essere segnalato che ancorché datata, tra le opere più complete dedicate ai consorzi pubblici, senz'altro, si annovera STANCANELLI G. (1963), *I consorzi nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.

(32) NAPOLITANO G. (2006), *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. Amm.* (anche in *Fondazioni e attività amministrativa*, Atti del Convegno di Palermo 2005, a cura di Raimondi S. e Ursi R., Giappichelli, Torino) il quale precisa come: «Il ricorso alle fondazioni nell'ambito dei processi di privatizzazione degli enti pubblici e di esternalizzazione del loro compito è oggetto di valutazione oscillante da parte della scienza del diritto amministrativo. Dopo una prima fase di adesione alla scelta del legislatore è ormai dominante una revisione critica che ne disvela il carattere sostanzialmente mistificatorio. Nella maggior parte delle discipline speciali o singolari previste per ciascun tipo di fondazione, infatti, si rinviene almeno uno degli indici rivelatori della pubblicità, così come ricavati dalla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico: la gestione è soggetta a controllo da parte dei pubblici poteri, l'attività è finanziata in modo maggioritario da questi ultimi, gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza sono costituiti a maggioranza dei membri designati dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Spesso, dunque, la conclusione è che il singolo soggetto di volta in volta analizzato non è una fondazione di diritto privato, bensì un ente pubblico, qualunque sia il *nomen* usato dal legislatore». Inoltre, nel rimarcare la fondamentale importanza che riveste l'attività prognostica che l'interprete è tenuto a compiere al fine di desumere quale sia la natura giuridica dell'ente che viene in esame e, nel precisare la perfetta coincidenza tra fondazioni di diritto privato e quelle di diritto pubblico, l'autore avverte che: «Quando si esaminano le fondazioni di origine pubblica, dunque, bisogna abbandonare qualsiasi rappresentazione dogmatica dell'istituto di diritto comune ed evitare di trarne, per opposizione, la radicale inconciliabilità tra le prime e il secondo. Se non esiste alcun punto di rife-

pitale” il cui atto costitutivo è stato firmato da ASI, ENEA, Poste Italiane e Università “la Sapienza” di Roma nel novembre 2011.

La precipua finalità della fondazione è quella di incentivare ed agevolare le ricerche scientifiche e tecnologiche nonché avviare processi di trasformazione urbana e progettazione di infrastrutture operando a stretto contatto con l’Amministrazione comunale di Roma.

23. *L’impresa pubblica: le società.*

Non può essere né sindacato né refutato in dubbio che nel nostro ordinamento giuridico, prescindendo dalla natura pubblica o privata del soggetto imprenditore, la nozione di impresa è una soltanto (33). Convincimento la cui fondatezza è presto riprovata dalla circostanza che l’art. 2082 c.c. ai sensi del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi», trova puntuale richiamo nell’art. 2093 c.c. riferito alle attività di impresa esercitata da soggetti pubblici.

Dappoiché non è questa la sede più opportuna per condurre un analitico studio dei requisiti indefettibili che contraddistinguono l’attività imprenditoriale, costituisce tuttavia un irrinunciabile passaggio argomentativo e concettuale il corretto inquadramento giuridico della nozione di impresa pubblica attraverso

rimento strutturale, quello funzionale, pure incerto e controverso, della destinazione di un patrimonio allo scopo, è almeno apparentemente presente in tutte le fondazioni di origine pubblica. In particolare, si tratta di verificare se il ruolo riservato ai poteri pubblici non sia tale da inficiare il vincolo di destinazione del patrimonio ad uno scopo».

Risolutamente, con riferimento agli indici rivelatori della natura di ente, quale fondazione di origine pubblica, in GAROFOLI R. (2014), *Manuale di diritto amministrativo* (VII edizione), Nel Diritto, pp. 114 ss. si afferma che: «La diversità delle discipline cui le singole tipologie di fondazioni sono assoggettate non ha consentito l’elaborazione di una soluzione unitaria: così, se in alcuni casi è la stessa legge a riconoscere espressamente natura pubblica, in altri casi è stata la giurisprudenza a qualificare talune fondazioni in termini pubblicistici, non già tuttavia alla stregua delle regole proprie del diritto privato, bensì per effetto della ritenuta sussumibilità delle stesse, nella nozione, di fonte comunitaria, di organismi di diritto pubblico».

Ad ogni modo, per una ampia panoramica del fenomeno delle fondazioni di origine pubblica si rinvia a: BARDUSCO A. (1991), *Fondazioni di diritto pubblico*, in *Dig. Discipl. Pubbl.* - BASILE M. [s.d.], *Associazioni e fondazioni: novità legislative e problemi aperti*, in G. Ponzanelli (a cura di) *Gli enti « non profit » in Italia* - BERTI G. (1993), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Il Mulino, Bologna - BELLEZZA E. - FLORIAN F. (1998), *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Passigli editore, Firenze - CERULLI IRELLI V. (2006), *Pubblico e privato nell’organizzazione amministrativa*, in Raimondi S. - Ursi R. (a cura di) *Fondazioni e attività amministrativa* - MALTONI A. (2006), *Enti pubblici e privati in forma di fondazioni: regime giuridico e modalità di intervento nel settore dei servizi alla persona*, in *Dir. amm.* - DE GÖTZEN S. (2011), *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, Milano.

(33) CARABBA M., *Imprese pubbliche*, in *Digesto pubblico*, pp. 175 ss. L’autore puntualizza come «l’evoluzione più recente della legislazione - che ha i suoi termini di riferimento più rilevanti nella disciplina della concorrenza, interna e comunitaria, nelle legge sulle privatizzazioni e nella legge sulla ristrutturazione degli istituti di credito di diritto pubblico - riconduce ad una nozione di impresa come “attività”, definita dall’art. 2082 c.c., qualificata dall’elemento teleologico di un orientamento complessivo verso il mercato e regolata dalle norme sulla concorrenza, secondo l’orientamento anticipatorio di Tullio Ascarelli».

la precisazione degli indici rivelatori di essa. All'uopo, di estremo beneficio risulta la definizione di impresa pubblica che, elaborata dalla risalente disciplina comunitaria, è rimasta sostanzialmente invariata nei suoi assiomatici aspetti (34).

L'attività di impresa, lungi dal configurarsi come prerogativa assoluta ed esclusiva del privato, può essere esercitata anche dallo Stato e da ogni altro ente pubblico. A seconda di quale sia la corrente di pensiero politico-economico cui aderiscano le forze rappresentative di un Paese, l'intervento del soggetto pubblico in economia può registrarsi attraverso due possibili forme: *i*) un intervento *diretto* realizzabile attraverso la creazione di enti pubblici il cui compito istituzionale, esclusivo o principale, è l'esercizio di attività di impresa (c.d. enti pubblici economici) ovvero mediate la costituzione di società per azioni o l'assunzione di partecipazioni in esse (c.d. società pubbliche o miste); *ii*) un intervento *indiretto* in cui il soggetto pubblico si limita (così per dire) ad istituire dei soggetti *ad hoc* (c.d. autorità di regolazione) col compito di dettare una cornice di regolazione - quale complesso di norme, principi e parametri - finalizzata ad improntare i contegni degli operatori economici presenti su taluni comparti verso il rispetto del principio di concorrenza e di tutela dei consumatori e degli utenti finali (35).

L'Agenzia Spaziale Italiana ricorre, qualora ragioni di strategica opportunità lo richiedano, a costituire società ovvero ad assumere partecipazioni so-

(34) Le direttive 80/723 e 85/723 rispettivamente in materia di trasparenza delle relazioni finanziarie fra Stati membri e imprese pubbliche e in materia di procedure di appalto di taluni enti pubblici definivano imprese pubbliche «le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente, o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o l'hanno in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quanto le autorità pubbliche direttamente o indirettamente, riguardo a un'impresa: detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa; controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; hanno il diritto di nominare più di metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza». Inoltre, sibbene con l'impiego di formule solo esteticamente diverse ma in ogni caso coinvolte in un rapporto di irrefutabile e lampante sinonimia con quelle contenute nelle cennate direttive, una definizione di impresa pubblica la si ritrova anche nella direttiva 2004/17 in cui viene stabilito che per imprese pubbliche devono intendersi «le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano le imprese in questione» nonché nella direttiva 2006/111 ove è dato leggere che per impresa pubblica deve intendersi «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina». Una definizione, quest'ultima, ripresa e riversata integralmente nell'art. 3, co. 28 del D.lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice degli Appalti Pubblici).

Per un approfondimento, rigoroso e puntuale, della tematica si rinvia, tra gli altri, a: OTTAVIANO V. (1970), *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.* - GIANNINI M.S. (1958), *Le imprese pubbliche*, in RS - GIANNELLI G. (2000) *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Giuffrè - CAFFERATA R. (2008), *L'impresa pubblica nell'Unione Europea*, Aracne - ANTONIOLI M., (2008), *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Giuffrè - DE NICCOLIS R. - LUIGI CAMERIERO (2008), *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano.

(35) CAMPOBASSO G. (2010), *Manuale di diritto commerciale*. Utet. - TRIMARCHI BANFI F. (2012), *Lezioni di diritto pubblico dell'Economia*, Giappichelli, Torino.

cietarie. Prima di inventariare le principali società costituite e/o partecipate dall'Agenzia Spaziale Italiana deve essere fatta menzione della specifica condizione dettata dal legislatore per le ipotesi in cui l'ASI provveda a costituire o partecipare società con apporti di capitale superiori ad euro cinquecentomila ovvero con quota azionaria pari o superiore al cinquanta per cento.

Per vero, in queste ipotesi, a norma dell'art. 16 del decreto di riordino ASI n. 128/2003 e dell'art. 4 dello Statuto, l'Agenzia è tenuta a richiedere il parere favorevole del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nonché del Ministro dell'Economia e delle Finanze il quale, deve pronunciarsi entro i trenta giorni successivi alla ricezione dell'istanza altrimenti potendo prescindere dalla determinazione dicasteriale.

Tra le società costituite e partecipate dall'ASI, si ricordi innanzitutto l'ALTEC (*Advanced Logistics Technology Engineering Center S.p.A.*). In particolare, è nel 2001 che l'ASI, con Alenia Spazio e il consorzio Icarus hanno costituito ALTEC col dichiarato intento di assegnarle la gestione delle operazioni industriali del CMFS (Centro Multifunzionale Spaziale). Perfezionate le formalità relative alla costituzione, l'Agenzia Spaziale Italiana ha affidato prima ad Alenia Spazio e poi direttamente alla neo-nata ALTEC la esecuzione di contratti per la fornitura di servizi di supporto ingegneristico e logistico alla NASA; oggetto del contratto è la somministrazione di pezzi di ricambio da utilizzare per i plurimi dispositivi tecnologici di cui la NASA dispone e dando, per tal modo, un significativo contributo alle sue attività.

In altri è più significativi termini, la *mission* dell'ALTEC si sostanzia nelle seguenti attività: *a)* fornitura di servizi di supporti ingegneristico e logistico alle operazioni e alla utilizzazione della Stazione Spaziale Internazionale e alle infrastrutture orbitali in favore di ASI ed ESA (Agenzia Spaziale Europea), Comunità scientifiche, industrie nazionali ed estere e ad altri soggetti privati; *b)* promozione e commercializzazione delle opportunità di utilizzo della Stazione Spaziale Internazionale.

Società interamente partecipata dell'ASI è la ASITEL che, costituita nel 2011, ha come oggetto sociale lo svolgimento di attività di sviluppo, di produzione e di commercializzazione di servizi ed applicazioni nel settore delle telecomunicazioni satellitari. Nello specifico, l'ASITEL: produce, realizza e commercializza sistemi, applicazioni e servizi per le telecomunicazioni via satellite, gestisce impianti ed infrastrutture al suolo per le telecomunicazioni satellitari, gestisce impianti ed infrastrutture in orbita per le telecomunicazioni via satellite, fornisce consulenza manageriale, applicativa e tecnologica, progetta e sviluppa applicazioni pilota per le telecomunicazioni satellitari e svolge attività di ricerca e sviluppo tecnologico nel settore delle telecomunicazioni satellitari.

V'è poi il CIRA (Centro Italiano di Ricerche Aerospaziale) che è una società consortile la cui maggioranza è detenuta dall'Agenzia Spaziale Italiana e dal Consiglio Nazionale di Ricerca (CNR). Si tratta di una società deputata

a dare attuazione al PRORA (Programma Nazionale di Ricerche Aerospaziali) che comprende lo svolgimento di attività di ricerca scientifica e tecnologica, la sperimentazione del personale nei settori aeronautici e spaziali, la realizzazione e la gestione di opere, impianti e infrastrutture, di beni strumentali e di attrezzature funzionali alle attività sopracitate, la realizzazione di laboratori e grandi mezzi di prova (Laboratorio di Acustica e Vibrazioni, Laboratorio di Materiale e Tecnologie Avanzate, Laboratorio per prove di impatto di strutture aerospaziali etc.) nonché lo sviluppo di innovative iniziative nel settore aeronautico e spaziale.

Anche la e-GEOS è una società che, partecipata maggioritariamente dall'ASI, è specializzata nell'espletamento di attività di sviluppo, produzione e commercializzazione di servizi, prodotti ed applicazioni nel settore dell'Osservazione della Terra.

In conclusione, si ricorda anche l'*European Launch Vehicle* (ELV S.p.A.) quale società che, detenuta dal Gruppo Avio e in più ridotta percentuale dall'ASI, è competente: nella gestione di attività di sviluppo del lanciatore Vega, nell'analizzare i più idonei sistemi per la effettuazione di lanci extra-atmosferici, nella supervisionatura dei progetti lanciatori, nella direzione di programmi di ricerca relativi allo sviluppo di piccoli lanciatori e nella erogazione di servizi di studio, ricerca e consulenza nell'ambito delle attività di lancio spaziale.

24. *Il Piano Aerospaziale Nazionale (PANS).*

La attività e i programmi dell'Agenzia Spaziale Italiana vengono pianificati e programmati attraverso l'allestimento e la predisposizione di specifici documenti: i c.d. piani di attività: il Piano Aerospaziale Nazionale (PANS) e il Piano triennale di attività (PTA).

A partire dagli anni '70, il programma d'interventi pubblici nello spazio ha iniziato ad avere un'impostazione strategica e razionale mediante la predisposizione del Piano Spaziale Nazionale (PSN) che oggi è denominato Piano Aerospaziale Nazionale (PANS). In esso vengono consacrate le linee programmatiche e gli aspetti finanziari delle attività nazionali concernenti il settore della ricerca scientifica e tecnologica spaziale ed aerospaziale. La sua predisposizione, se inizialmente era affidato al Consiglio Nazionale della Ricerca (CNR), a seguito all'approvazione della legge n. 186 del 1988 rientra tra le prerogative dell'Agenzia Spaziale Italiana.

Come intuibile, il Piano Aerospaziale Nazionale è un atto dal contenuto altamente tecnico e marcatamente complesso. Secondo un orientamento dottrinale (36), il PANS dovrebbe essere ricondotto alla categoria degli atti di indirizzo politico poiché, sotto il profilo dei soggetti legittimati all'adozione, il

(36) DA VALLE L. (2002), *op. cit.*

potere di predisposizione e approvazione spetta agli organi di vertice dell'amministrazione mentre, dal punto di vista sostanziale (*rectius* contenutistico), è un atto sostanzialmente libero nei fini (37).

Tuttavia sembra più coerente con le categorie dogmatiche che ispirano il diritto amministrativo italiano assimilare il Piano Aerospaziale Nazionale alla categoria degli atti di alta amministrazione. In questa prospettiva, si ritiene perciò opportuno puntualizzare che con la predisposizione di un siffatto documento programmatico l'Agenzia non goda di «quell'amplissima e incondizionata libertà» di poter fissare, di volta in volta, le finalità che reputa necessarie e/o opportune (quale tipica peculiarità degli atti politici), quanto piuttosto della «discrezionalità» di scegliere tra due o più fini comunque predeterminati.

Sebbene possano essere riscontrate delle fisiologiche diversità nel contenuto dei Piani predisposti nel corso degli anni dall'Agenzia (differenze contenutistiche da cui trae origine la dottrina di Da Valle che, probabilmente, le concepisce come espressione di una dilatata libertà decisionale) non può essere sottaciuto che il PANS sia un atto volto a fissare, riaffermandole, delle finalità già predeterminate. Ed è per tale considerazione che in esso è dato rinvenire, piuttosto, i tratti distintivi degli atti di alta amministrazione; primo fra tutti il conseguimento di finalità che, seppur indicate discrezionalmente dall'Amministrazione procedente, sono in ogni caso predeterminatamente individuate.

La predisposizione e la formale realizzazione del Piano Aerospaziale Nazionale è curata dal Presidente ASI che, previa deliberazione del Consiglio di amministrazione e sentito il parere del Consiglio tecnico-scientifico, lo sottopone, per l'approvazione, al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. Ai fini della predisposizione del Piano, il Presidente si avvale degli uffici a lui afferenti unitamente al Direttore Generale che è chiamato a fornire tutte le informazioni, le proposte tecniche e i supporti conoscitivi necessari (art. 21 commi 4 e 5 del *Regolamento di Organizzazione e Funzionamento ASI*).

Il PANS definisce, con orientamento di medio-lungo termine, le aree tematiche e i grandi programmi in campo spaziale ed aerospaziale affidati all'ASI. Nello specifico, il PANS fissa: *i*) le linee di sviluppo pluriennale delle aree programmatiche del settore spaziale ed aerospaziale; *ii*) i nuovi programmi di particolare rilevanza; *iii*) le linee di sviluppo dei centri di eccellenza nazionali; *iv*) gli obbiettivi da perseguire in termini di positive ricadute socio-

(37) E in effetti, se si assume la definizione di atto politico che viene data da quell'autorevole dottrina secondo cui debbono definirsi come tali gli «atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e di controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca» (SANDULLI A.M. (1946), *Atti politici ed eccesso di potere*, *Giur. compl. Cass. Civ.*) sembrerebbe proprio che il Piano Aerospaziale Nazionale possa essere annoverato tra gli atti politici. Di là dalla circostanza - non troppo indicativa - che la predisposizione spetta agli organi di vertice dell'Agenzia Spaziale, l'elemento idoneo che parrebbe disvelare la "vicinanza" del PANS alla categoria degli atti politici lo si rinverrebbe nella assoluta libertà di fini che con esso possono essere perseguiti.

economiche e strategiche; v) le linee di sviluppo delle collaborazioni con l’Agenzia Spaziale Europea e gli altri organismi internazionali; vi) le linee di sviluppo delle collaborazioni con le altre amministrazioni dello Stato.

25. *Il Piano Triennale di Attività (PTA).*

Una volta approvato il Piano Aerospaziale Nazionale dal Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, l’Agenzia provvede a darne attuazione con il Piano Triennale di Attività (PTA), aggiornato annualmente.

Il Piano triennale dell’ASI ha carattere scorrevole ed è formulato in conformità alla previsioni finanziarie ed economiche dell’Agenzia. Il PTA, coerentemente con il Programma Nazionale per la Ricerca (PNR), con gli indirizzi del Parlamento e del Governo in materia spaziale, con il Piano Aerospaziale Nazionale (PANS) e con gli indirizzi programmatici dell’Agenzia Spaziale Europea (ESA), definisce: *i)* gli obiettivi che l’agenzia deve perseguire nel corso del triennio; *ii)* i programmi di ricerca; *iii)* i risultati socio-economici attesi. Esso, inoltre, comprende la pianificazione triennale del fabbisogno di personale (art. 14 del decreto di riordino n. 128 del 2003 e art. 5 del D.lgs. n. 213/2009).

Come per il PANS, anche per il Piano Triennale di Attività è il Presidente ASI che ne cura la predisposizione sulla base delle linee guida espresse dal Consiglio di amministrazione. La imbastitura del Piano triennale, poi, previa deliberazione del Consiglio di amministrazione e sentito il parere del Consiglio tecnico-scientifico, è inviata per l’approvazione al Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca e, decorsi sessanta giorni dalla ricezione, senza che il Ministro vigilante renda osservazioni, il piano si intende approvato.

Sul PTA e sui relativi aggiornamenti annuali sono anche richiesti i pareri del Ministro dell’Economia e delle Finanze, del Ministro della Funzione Pubblica e del Ministro della Difesa. Se entro il termine di trenta giorni dalla ricezione del Piano Triennale di Attività non venga emesso alcun parere, si prescinderà da esso.

26. *Il Documento di Visione Strategica decennale (DVS).*

Il Piano Aerospaziale Nazionale viene attuato dall’Agenzia Spaziale Italiana non soltanto per il tramite del Piano triennale di Attività (PTA) ma anche con il Documento di Visione Strategica decennale (DVS) che può definirsi come «il “libro bianco” delle attività spaziali nazionali, nel quale ai programmi che vogliono realizzare corrisponde una adeguata copertura economica e finanziaria, coerente alle scelte politiche, alla distribuzione delle spese tra i diversi settori disciplinari, alle scelte di politica estera in Europa e oltre l’Europa» (38).

(38) ARRIGO G. - SAGGESE E. (2010), *op. cit.* in cui, con rigore ed esaustività, si afferma che: «Per diversi mesi l’ASI ha lavorato alla elaborazione e alla stesura del documento di visione strategica per gli anni 2010-2020, ai sensi dell’art. 5, comma 1 del decreto legge n. 213 del 2009, al fine di posizionare

La disciplina del DVS può considerarsi la stessa del PTA - specie per quel che concerne la procedura di predisposizione ed approvazione - con l'unica eccezione relativa all'orizzonte temporale cui si riferisce (dieci anni in luogo di tre). Esso rappresenta il documento con cui l'ASI e il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ambiscono ad assicurare, nel contesto europeo ed internazionale, piena ed assoluta continuità alle politiche spaziali ed aerospaziali.

27. Il controllo della Corte dei Conti sull'ASI sotto il vigore del D.lgs. n. 27/1999.

In quanto agenzia dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e, come tale, destinataria di risorse dello Stato e correlatamente gestore di esse (39), anche sull'Agenzia Spaziale Italiana la Corte dei conti esercita i suoi poteri di controllo. L'analisi del controllo del giudice contabile sull'Agenzia Spaziale Italiana - per inserirsi nel solco della delicata e complessa tematica concernente i limiti alla cui osservanza sarebbe tenuta la Corte dei Conti nell'esercizio dei propri poteri di controllo sugli enti pubblici di ricerca - impone una preliminare ricostruzione delle vicende normative e giurisprudenziali che attorno ad esso sono venute registrandosi nel periodo precedente all'adozione del D.lgs. n. 128/2003.

Dalla data della sua istituzione, l'ASI è stata interessata da due ravvicinati interventi legislativi volti a ridefinire, rimodellandolo, l'originario assetto organizzativo e funzionale di essa; si allude al D.lgs. n. 27/1999 attuativo della delega contenuta nell'art. 11, comma 1, lett. d) della Legge n. 59/1997 e al più recente D.lgs. n. 128/2003 che ha invece dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 1, comma 1 della Legge n. 137/2002.

le attività spaziali sul mercato e nel quadro istituzionale nazionale e internazionale. È la prima volta che un simile documento contiene un riferimento temporale decennale, ritenuto più consono ai ritmi di evoluzione e realizzazione dei programmi spaziali, per lo più di durata pluriennale. Le strategie spaziali nazionali, infatti, si devono confrontare con le strategie e le visioni programmatiche di altri Paesi, a cominciare dagli Stati Uniti che ancora detengono il primato spaziale, con l'Europa che ormai gioca con due attori, l'Agenzia Spaziale Europea (ESA) e l'Unione Europea, con la Russia che ancora gode di un vasto patrimonio scientifico e con gli altri Paesi spaziali ad economia già sviluppata, emergenti o in via di sviluppo. Le risorse allocate per il nuovo piano spaziale nazionale decennale sono di circa 7,2 miliardi di euro (...). A questi fondi, provenienti dal MIUR, si aggiungono altri fondi pubblici del Ministero della Difesa, che contribuisce alla realizzazione di sistemi spaziali di tipo duale (COSMO-Sky-Med e Athena-FIDUS) e di altri Ministeri, per i fondi relativi al sistema di navigazione satellitare, GALILEO, oltre agli eventuali fondi provenienti dalla partecipazione dei privati e dalla commercializzazione dei prodotti spaziali, a cominciare dai dati satellitari».

(39) Non è di poco rilievo che la prescrizione normativa (art. 15 del D.lgs. n. 128/2003) in virtù del quale le entrate dell'Agenzia Spaziale Italiana sono prevalentemente costituite da contributi a carico del Fondo per il finanziamento degli enti pubblici di ricerca, dai contributi per i programmi di collaborazione con l'Esa etc. ha indotto molti (e continua a farlo) a dubitare della effettiva autonomia finanziaria dell'ente sì da ridurre il sintagma in parola ad una mera enunciazione formale tutt'altro che rispondente alla reale portata delle cose.

Allo scopo di rilanciare la competitività tecnologica e scientifica del Paese sul piano internazionale, attraverso la creazione di un apparato amministrativo vigorosamente improntato ai parametri di efficienza, flessibilità gestionale, snellimento burocratico ed efficacia operativa, il patrio legislatore ha ritenuto di dovere attuare una profonda e complessiva riforma del sistema nazionale della ricerca (40). Dunque, è in un clima contrassegnato da una accentuata vocazione progressista e riformista dei settori della ricerca tecnologica e scientifica che si inserisce il disegno di riorganizzazione dell'ASI assieme a quello degli altri due più importanti enti pubblici di ricerca: il Centro Nazionale delle Ricerche (CNR) e l'Ente per le Nuove tecnologie, l'Energia e l'Ambiente (ENEA).

Nel delegare il Governo a dare attuazione agli interventi diretti a promuovere e sostenere il settore della ricerca scientifica e tecnologica nonché gli organismi operanti nel settore, l'art. 11, comma 1, lett. d) della Legge n. 59/1997 (c.d. Legge Bassanini) ha dato il "via" a quel (noto) processo di ripensamento dell'intera Amministrazione italiana. La delega, quanto all'ASI, è stata attuata con il D.lgs. n. 27 del 30 gennaio 1999.

Tralasciando i punti del riordino che qui non rilevano, l'attenzione deve invece concentrarsi sull'art. 9, comma 5 del D.lgs. n. 27 cit. Per essere ispirata - tra gli altri fissati dalla Legge delega - dal criterio di «semplificazione dei controlli», l'Esecutivo ha ritenuto, in sede di riordino, di dover comprimere i poteri di controllo della Corte dei Conti sino a fargli assumere le fattezze di controllo successivo avente come unico referente documentale i conti consuntivi dell'ASI. In particolare, l'art. 9, comma 5 del D.lgs. n. 27/1999 disponeva che: «L'attività dell'A.S.I. è soggetta al controllo successivo della Corte dei conti, che è esercitato unicamente sui conti consuntivi ai soli fini della relazione al Parlamento, con l'esclusione del controllo amministrativo di regolarità contabile e sui singoli atti di gestione». A ben vedere, la Corte dei Conti veniva per tal modo drasticamente evirata del potere di controllo amministrativo e di regolarità contabile sui singoli atti di gestione dell'Agenzia Spaziale Italiana.

In un quadro normativo siffatto - capace di estendere agli enti pubblici di ricerca lo stesso regime di controllo contabile previsto per le Istituzioni universitarie - non v'era più alcuna ragione che potesse giustificare la partecipazione (prevista dall'art. 12 della L. n. 259/1958) di un magistrato contabile alle sedute degli organi deliberativi o di revisione al fine di esercitare il c.d. controllo concomitante sulla regolarità amministrativa e contabile dei singoli atti di gestione.

In conseguenza di ciò, come è stato giustamente scritto, il riordino del-

(40) Per una puntuale ricostruzione dei più significativi aspetti della prima riorganizzazione dell'Agenzia Spaziale Italiana si veda: BASTONI M.B. (1999), *Il Riordino dell'Agenzia Spaziale Italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7.

l'ASI avrebbe implicato una necessaria attivazione di processi di riforma organizzativa della «sezione controllo enti» della Corte dei Conti.

28. Il giudizio di legittimità costituzionale (conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato): la sentenza n. 457 del 23 dicembre 1999 (41).

Il clima di incertezza ed oblio, più che di snellimento, che la disposizione contenuta nel citato art. 9, comma 5 del D.lgs. n. 27/1999 era idoneo ad occasionare ha indotto la Corte dei Conti a sollevare una questione di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dinnanzi alla Corte costituzionale di modo da ottenere una declaratoria di illegittimità della norma che erodeva oltremodo i poteri riconosciuti alla giurisdizione contabile dall'art. 100, comma secondo della Costituzione.

Senza pretesa di esaustività, è utile tracciare gli aspetti più importanti della vicenda processuale, quali le motivazioni poste a fondamento del ricorso proposto dalla Corte dei Conti e le argomentazioni svolte dalla Corte Costituzionale.

Nel proprio ricorso introduttivo, la Corte dei Conti ha denunciato la illegittimità costituzionale (per quel che riguarda il riordino dell'Agenzia Spaziale Italiana) dell'art. 9, comma 5 del D.lgs. n. 27/1999 perché - riducendo i poteri del giudice contabile ad un solo controllo successivo avente ad oggetto i conti consuntivi dell'ente - derogava alla disciplina generale dei controlli da eseguire sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (Legge n. 259/1958) e, per l'effetto, determinava una palese violazione degli artt. 76 e 100, comma secondo Cost.

Per aver riscontrato la ricorrenza dei presupposti soggettivi (la Corte dei Conti nell'esercizio delle sue funzioni di controllo sulla gestione finanziaria è concepita dalla giurisprudenza costituzionale come «potere costituzionale legittimato alla proposizione del conflitto di attribuzione») e di quelli oggettivi (il conflitto di attribuzioni era stato effettivamente sollevato per invocare «la difesa di attribuzioni costituzionali»), la Consulta ha dichiarato la ammissibilità del ricorso. Ciò malgrado, le censure della Corte dei Conti sono state reputate infondate nel merito (42).

(41) Per un lungimirante commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 457/1999 si rinvia a BALDUZZI A. (2000), *Il controllo della Corte dei Conti sulla gestione degli enti di ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12.

(42) In particolare, le motivazioni sviluppate dal Giudice delle leggi si articolano sostanzialmente in due parti rispettivamente riferite alla asserita violazione dell'art. 100, comma 2 Cost. e all'art. 76 Cost. Quanto alla prima doglianza (violazione dell'art. 100, comma 2 Cost.), la Corte costituzionale, facendo leva sull'elevato grado di astrattezza e genericità sintattica e paradigmatica che segna il costruito normativo contenuto nel comma secondo dell'art. 100, Cost. ai sensi del quale: «La Corte dei Conti (...) partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria», ha sostenuto che la riserva legale contemplata nel tessuto costituzionale vale a riconoscere al legislatore il più ampio e variegato spettro di scelte da assumere, al punto da doversi escludere una qualsiasi inflessibile tipizzazione delle forme attraverso cui la Corte dei Conti debba partecipare

29. Il controllo della Corte dei Conti a seguito del secondo riordino ASI attuato con il D.lgs. n. 128/2003.

Il controllo della Corte, così come descritto, è venuto a mutare in intensità ed estensione a seguito del secondo e, al momento, ultimo “vero” riordino dell’Agenzia Spaziale Italiana. Fra le diverse novità apportate dal D.lgs. n. 128/2003 non può non essere segnalata quella contenuta nell’art. 18, comma 2 puntualmente riprodotto nell’art. 11 dello Statuto ASI. Dal combinato disposto si desume che: «La Corte dei conti esercita il controllo sull’Agenzia con le modalità stabilite dall’articolo 3, comma 7, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive modifiche ed integrazioni, con le modalità di cui all’art. 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259».

Stando al rinvio che l’art. 3, comma 7 della Legge n. 20/1994 fa alla legge n. 259/1958 è a quest’ultima (segnatamente all’art. 12 di essa) che occorre guardare. Con il nuovo decreto di riordino ha avuto luogo la “riesumazione” del pieno e tradizionale potere di controllo della Corte dei Conti in materia di regolarità amministrativa contabile e sui singoli atti di gestione.

Oggi, così come avveniva prima del D.lgs. n. 27/1999, la Corte dei Conti non è più limitata ad eseguire un controllo successivo sul conto consuntivo dell’ASI ma, al contrario, è chiamata a verificare la regolarità amministrativa contabile e la legittimità dei singoli atti di gestione secondo le modalità previste dall’art. 12 della Legge n. 259/1958; cioè a dire, attraverso un magistrato contabile nominato dal Presidente della Corte stessa che assista alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione (il c.d. controllo concomitante).

30. Il patrocinio obbligatorio e autorizzato dell’Avvocatura dello Stato.

Qualora l’Agenzia Spaziale Italiana, nell’esercizio delle sue attribuzioni, dovesse trovarsi coinvolta in una vicenda processuale potrà avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato. Se all’art. 13, comma 7 del D.lgs. n. 123/2008 si stabilisce che l’ASI si avvale del patrocinio dell’Avvocatura Generale dello Stato, più dettagliatamente l’art. 11 dello Statuto ASI puntualizza che l’Agenzia si avvale del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, ai sensi

al controllo degli enti destinatari di sovvenzioni statali in via ordinaria. Donde, la prescrizione normativa contenuta nell’art. 9 comma 5 del D.lgs. n. 27/1999 nel prevedere - quale forma di esercizio dei poteri del giudice contabile - il solo controllo successivo da eseguirsi sul conto consuntivo dell’Agenzia Spaziale Italiana si pone in perfetta simmetria con il tenore della norma costituzionale perché comunque idonea a consentire alla Corte dei Conti il conseguimento della finalità al cui raggiungimento il controllo stesso è preordinato: la trasmissione al Parlamento della relazione contenete gli esiti degli eseguiti riscontri. Quanto invece alla seconda doglianza (violazione dell’art. 76 Cost.), la Consulta ha ritenuto infondate le censure formulate dalla Corte dei Conti sul presupposto che la Legge delega n. 59 del 1997 è stata diretta a riformare, in profondità, ogni aspetto organizzativo della Pubblica Amministrazione italiana, ivi compresi i casi e le forme di esercizio del potere di controllo della magistratura contabile. Pertanto, l’art. 9, comma 5 del D.lgs. n. 27/1999 non può ritenersi adottato in violazione dei limiti di oggetto e dei principi e criteri direttivi che, a norma dell’art. 76 Cost., devono guidare l’esercizio del potere legislativo da parte del Governo.

dell'articolo 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611; si tratta, cioè, del c.d. patrocinio erariale autorizzato o facoltativo.

È quindi d'obbligo chiarire la natura e la portata del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei confronti dell'Agenzia Spaziale Italiana non senza aver dapprima dedicato alcune brevi considerazioni allo *ius postulandi* dell'Avvocatura dello Stato.

Le norme e i principi che sovrintendono, scandendola con particolareggiata puntualità, alla rappresentanza e alla difesa processuale delle Amministrazioni Pubbliche sono contenute nel già menzionato regio decreto n. 1611 del 1933 (meglio noto come Testo Unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato).

A norma dell'art. 1 del R.d. n. 1611 cit. la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, quand'anche organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato dinanzi ad ogni giurisdizione (nazionale, comunitaria ed internazionale) e ai collegi arbitrali (43). È in questa norma che trova il proprio fondamento giuridico il patrocinio erariale obbligatorio, così definito perché le Amministrazioni dello Stato coinvolte in una vicenda processuale - indipendentemente dalla natura di essa (civile, penale, amministrativa, costituzionale od internazionale), dal più o meno elevato grado di complessità tecnico-argomentativo e dal valore economico delle pretese su cui radica la controversia - devono ricorrere alla Difesa Erariale pena la nullità di qualsivoglia atto processuale compiuto dall'avvocato di libero foro incaricato, in ispregio alla normativa inderogabile e imperativa di cui al R.d. n. 1611/1933, della difesa processuale dell'amministrazione.

Si soggiunga che, la legittimità dello *ius postulandi* spettante all'Avvocatura dello Stato nei casi di patrocinio obbligatorio non abbisogna di un formale espresso consenso con cui l'Amministrazione interessata conferisce la propria difesa processuale ad Avvocati e Procuratori di Stato; cosicché non occorre - come invece per il patrocinio del privato - una manifestazione di volontà in tal senso consacrata nell'atto di procura alle liti. A conferma di ciò depone il tenore del comma 2 dell'art. 1 del R.d. n. 1611/1933 a mente del quale: «Gli Avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure

(43) Per poter meglio comprendere le funzioni di cui è attribuita l'Avvocatura dello Stato si veda: SCAVONETTI G. (1937), *Avvocatura dello Stato*, in *Nuovo Diges. Ita.* - MANZARI F.M. (1987), *L'Avvocatura dello Stato nell'ordinamento vigente*, in *Digesto discipline pubblicistiche* - CARAMAZZA F. e DI MARTINO R. (1989), *Avvocatura dello Stato e giustizia amministrativa*, in *Rass. Avv. St.* - PAVONE P. (2002), *Lo Stato in giudizio. Enti pubblici e Avvocatura dello Stato* - FIENGO G. (2006), *I caratteri originari della difesa dello Stato in giudizio*, in *Rass. Avv. St.* - GIOVAGNOLI R. (2008), *Il patrocinio dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni*, in *Manuale di giustizia amministrativa* di Caringella F., De Nictolis R., Giovagnoli R., Poli V.

nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che constino della loro qualità». Come da taluni già osservato (44), il patrocinio dell'Avvocatura è organico (derivando direttamente dalla legge), obbligatorio (non ammettendo deroga alcuna) ed esclusivo (non potendo essere esercitato con patrocinatore diverso dalla difesa erariale).

Accanto al patrocinio obbligatorio (art. 1, R.d. n. 1611/1933) è previsto e contemplato anche quello autorizzato (art. 43, R.d. n. 1611/1933). L'Avvocatura dello Stato perché possa esercitare anche il patrocinio di cui all'art. 43, R.d. n. 1611 cit. necessita - per come intuibile dalla sua stessa denominazione - di un provvedimento autorizzatorio (normativo o amministrativo) che comporti un'estensione dei compiti di difesa processuale e consulenza giuridica anche in favore di Amministrazioni Pubbliche diverse da quelle statali *stricto sensu*.

La ragione giustificatrice dell'istituto in parola, che estende il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato anche ad enti diversi rispetto a quelli cui si riferisce il patrocinio obbligatorio, è rinvenibile «nello stretto collegamento e nella interdipendenza tra i fini dello Stato e quelli degli enti a patrocinio autorizzato, nonché in esigenze di contenimento della spesa pubblica, che l'assunzione della difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato garantisce rispetto al patrocinio degli avvocati di libero foro» (45). Una volta intervenuto il provvedimento autorizzatorio, il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sarà soggetto all'applicazione delle stesse norme previste per il patrocinio obbligatorio.

Recentemente si è posta una questione giurisprudenziale in ordine ai presupposti alla cui ricorrenza debba ritenersi subordinata la legittimità del patrocinio autorizzato. Sono due le pronunce della giustizia amministrativa che assurgono ad emblema “plasticamente riassuntivo” dei due opposti orientamenti: la sentenza n. 190/2009 del TAR Calabria e la sentenza n. 4640/2009 del TAR Lazio (46).

(44) LUMETTI M.V. - MEZZOTERO A. (2009), *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato. Il caso delle Autorità portuali in alcune recenti contrastanti decisioni del giudice amministrativo (T.A.R. Calabria, sent. 25 marzo 2009, n. 190, T.A.R. Lazio, sent. 6 maggio 2009, n. 4640)*, in *Rass. Avv. St.*

(45) LUMETTI M.V. - MEZZOTERO A., *op. cit.*

(46) Se il giudice calabrese nella sentenza n. 190/2009 ha precisato che: «Il mandato conferito al difensore del libero foro senza una previa, motiva rinuncia alla difesa assicurata, *ope legis* in via organica ed esclusiva, dall'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 43 r.d. n. 1611 del 1933 e della successiva norma autorizzatoria, è affetto da nullità, che conseguentemente priva il difensore dello *ius postulandi*», il giudice laziale, propugnando un orientamento profondamente differente, ha disposto che: «L'autorizzazione accordata ai sensi del comma 1 dell'art. 43 del R.d. 30 ottobre 1933 n. 1611, affinché l'Avvocatura dello Stato possa assumere la rappresentanza e la difesa della autorità portuali nei giudizi attivi e passivi avanti alle autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali, non opera “ex se” ma richiede necessariamente una previa istanza dell'Autorità rivolta all'Avvocatura dello Stato perché assuma la rappresentanza e la difesa in giudizio. In mancanza di tale istanza, che costituisce l'elemento che distingue il patrocinio autorizzato da quello obbligatorio, l'Avvocatura dello Stato non potrà difendere in giudizio l'Autorità e ciò a maggior ragione, nel caso in cui, come nella specie l'Autorità non solo non ha chiesto il patrocinio dell'Avvocatura ma ha ritenuto preferibile dare mandato agli avvocati di libero foro».

La giustizia amministrativa calabrese ha ritenuto di dover riconoscere al patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato una sorta di operatività automatica. Segnatamente, i giudici calabresi hanno affermato che il patrocinio di cui all'art. 43 del R.d. n. 1611/1933 non richiede alcuna formale deliberazione in tal senso da parte dell'Amministrazione coinvolta nel giudizio sì che, salvo prova contraria (come arguibile dalle motivazioni della sentenza n. 190/2009), la rituale costituzione in giudizio dell'Amministrazione per il tramite dell'Avvocatura dello Stato è già da sola sufficiente a riprovare la volontà dell'Amministrazione medesima di voler avvalersi della difesa erariale non occorrendo che gli Avvocati e i Procuratori di Stato producano in giudizio la documentazione attestante una volontà in tal senso imputabile all'Amministrazione per evitare la nullità di ogni atto defensionale e la inestricabilmente correlata decadenza dello *ius postulandi*. Piuttosto, è nei soli casi (speciali e derogatori rispetto all'art. 43 del R.d. n. 1611/2013) in cui l'Amministrazione intenda avvalersi del patrocinio di avvocati di libero foro che si profila come necessaria la adozione di una formale deliberazione nella quale siano esposte le motivazioni che abbiano fatto ritenere maggiormente conveniente la rinuncia alla difesa, organica, esclusiva e sostanzialmente gratuita, dell'Avvocatura dello Stato; deliberazione che dovrà essere sottoposta al controllo da parte dell'organo che eserciti la vigilanza sull'Amministrazione deliberante. È in questi casi che l'avvocato di libero foro sarà tenuto ad attestare la legittimità del suo patrocinio mediante la produzione in giudizio del titolo (deliberazione) su cui si fonda il proprio *ius postulandi*.

In maniera totalmente discorde si è invece pronunciato il TAR Lazio che, con la sentenza n. 4640/2009, dopo aver escluso l'operatività *ex se* del patrocinio autorizzato ha ritenuto affetti da nullità, per mancanza di *ius postulandi*, gli scritti difensivi dell'Avvocatura dello Stato qualora non sia provato che l'Amministrazione patrocinata abbia previamente adottato una delibera volta a conferire alla Difesa Erariale il mandato *ad litem*.

Scontato dire che tra i due ossimorici approdi quello reputato maggiormente conforme alla normativa vigente in materia risulta essere il primo (TAR Calabria, n. 190/2009). Si è giustamente scritto (47) che nelle ipotesi in cui l'Avvocatura dello Stato assuma la difesa processuale di Amministrazioni che possono avvalersi del suo patrocinio autorizzato, il consenso di queste, comunque si sia realizzato (in maniera tacita, informale o anche informale) opera *ex se* a prescindere dalla adozione di una apposita deliberazione che, quando anche all'uopo adottata, si configura come atto meramente interno che non ha, né può avere, incidenza alcuna sul processo. È invero pacifico che la legge non richieda l'esistenza di una formale procura alle liti per il patrocinio della difesa erariale.

(47) LUMETTI M.V. - MEZZOTERO A., *op. cit.*

31. *Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in favore dell'Agenzia Spaziale Italiana.*

Come già anticipato, l'art. 11 dello Statuto ASI nel richiamare l'art. 43 del R.d. n. 1611 del 1933 chiarisce, incontrovertibilmente, che l'Agenzia Spaziale Italiana rientra tra le Amministrazioni Pubbliche per le quali la legge prevede il patrocinio erariale autorizzato. Sicché l'ASI gode di una discrezionalità tale da poter decidere se affidare la propria difesa processuale all'Avvocatura dello Stato ovvero ad avvocati di libero foro.

La trasposizione delle argomentazioni di cui al precedente paragrafo nello specifico caso dell'Agenzia Spaziale Italiana permette di affermare che, a seconda di quale dei due possibili itinerari si deciderà di percorrere, verranno a mutare gli adempimenti burocratico-decisionali il cui compimento serve ad evitare che la difesa di parte avversa possa fondatamente eccepire la insussistenza dello *ius postulandi* e la correlata nullità degli atti defensionali depositati dal legale dell'Agenzia.

Per i giudizi in cui l'ASI si determina ad avvalersi del patrocinio autorizzato di cui all'art. 43 del R.d. n. 1611/1933 non si pongono particolari problemi operativi. Sulla scorta di quel più corretto insegnamento giurisprudenziale che esclude la necessità della previa adozione di una delibera con cui venga chiesto il consenso dell'Avvocatura dello Stato, per avvalersi del patrocinio erariale basterà che gli organi di vertice dell'Agenzia Spaziale Italiana (Presidente e Consiglio di amministrazione) decidano di trasmettere il relativo carteggio - generalmente corredato da una nota riassuntiva contenente una sintetica ricostruzione dei fatti e dei più rilevanti aspetti giuridici della vicenda - all'Avvocatura dello Stato; ciò basterà a far presumere la volontà dell'Agenzia di avvalersi del patrocinio autorizzato degli Avvocati e Procuratori dello Stato i quali, per dimostrare la legittimità del loro patrocinio non saranno tenuti ad allegare al fascicolo di causa la nota trasmessa dall'Agenzia.

Diversa cosa accade quando l'ASI decida di conferire il proprio patrocinio ad avvocati di libero foro. Atteso che permane in capo all'Agenzia la possibilità di decidere se affidare ad avvocati di libero foro il patrocinio di un singolo giudizio ovvero quello di un'intera serie o categoria di affari contenziosi, la sussistenza dello *ius postulandi* di tali professionisti è subordinata al perfezionamento di una diversa procedura. L'Agenzia, ivi, dovrà adottare una formale deliberazione da cui risultino gli estremi anagrafici dell'Avvocato prescelto, le motivazioni professionali, economiche e di ogni altra natura poste a giustificazione della rinuncia alla difesa dell'Avvocatura dello Stato. Così assunta, la delibera dovrà essere trasmessa al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, quale organo di vigilanza dell'ASI, affinché possa vagliare la opportunità di ricorrere al patrocinio di un avvocato di libero foro. Solo una volta sopraggiunto il benestare del Ministro potrà dirsi correttamente perfezionato l'*iter* di affidamento del patrocinio processuale ad un libero pro-

fessionista il quale - lo si ribadisce - diversamente dagli Avvocati e dai Procuratori dello Stato sarà tenuto a produrre in giudizio la delibera di nomina con tanto di approvazione ministeriale che finisce, così, col fungere da procura alle liti (48).

32. I finanziamenti e le entrate dell'Agencia Spaziale Italiana.

Per poter espletare le proprie funzioni secondo parametri di efficienza ed efficacia, l'Agencia Spaziale Italiana ha bisogno di risorse finanziarie. Stando all'art. 15 del D.lgs. n. 128/2003, le entrate di cui l'ASI può disporre sono costituite da: *i*) contributi ordinari a carico del Fondo per il finanziamento degli enti pubblici di ricerca (49); *ii*) contributi relativi ai programmi dell'Agencia Spaziale Europea al cui sviluppo e alla cui realizzazione l'ASI partecipa; *iii*) risorse occorrenti per dare attuazione agli impegni che l'Agencia assume in virtù di accordi intergovernativi, trattati internazionali o convenzioni internazionali; *iv*) risorse occorrenti per dare attuazione agli impegni consacrati nel Piano Triennale di Attività e dai relativi aggiornamenti di attività; *v*) contributi dell'Unione europea o da organismi internazionali; *vi*) proventi derivanti dalla valorizzazione economica di prototipi, prodotti industriali e beni immateriali di interesse aerospaziale; *vii*) cessione di licenze d'uso di brevetti e *viii*) ogni altra eventuale entrata connessa all'esercizio delle funzioni di cui è attributaria.

(48) Con riferimento al patrocinio erariale dell'ASI merita inoltre di essere segnalata una curiosa differenza riscontrabile tra il D.lgs. n. 128/2003 e lo statuto dell'ente. Diversamente dal primo decreto di riordino dell'Agencia Spaziale Italiana (D.lgs. n. 27/1999) che prevedeva che l'ASI si avvallesse del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, l'art. 13, comma 7 del D.lgs. n. 128/2003 (secondo riordino dell'ASI) non allude al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato *tout court*, bensì a quello dell'Avvocatura Generale dello Stato. Un dato, questo, che potrebbe occasionare non pochi inconvenienti quanto ai giudizi rientranti nella competenza delle Avvocature distrettuali che potrebbero essere esposti al fondato rilievo, sollevato dai difensori di controparte, del difetto di *ius postulandi* in forza del richiamato alla sopraccennata disposizione che limita il patrocinio dell'ASI alla sola Avvocatura Generale dello Stato. Pertanto sarebbe opportuno, secondo taluni, emanare norme correttive nel senso della previsione del patrocinio dell'ASI all'Avvocatura dello Stato senza ulteriori specificazioni. In quest'ottica, l'art. 11 dello statuto ASI (integrato con deliberazioni nn. 1, 3 e 5/INT/2010 e n. 1/INT/2011) sembra proprio aver voluto fornire un espediente alla problematica di cui sopra; la fonte statutaria, invero, si riferisce al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato senza alcuna aggettivazione. (cfr. LUMETTI M.V. - MEZZOTERO A., *op. cit.*).

(49) I finanziamenti derivanti dal Fondo ordinario per il finanziamento degli enti di ricerca hanno formato oggetto del D.lgs. n. 213/2009, il quale all'art. 4 ha disposto che la ripartizione di tali risorse avverrà sulla base della programmazione strategica preventiva e tenendo conto della valutazione dei risultati di ricerca conseguiti che viene effettuata dall'Agencia nazionale di valutazione dell'università e della ricerca (ANVUR). A partire dal 2011 è stato riconosciuto agli enti di ricerca la possibilità di poter beneficiare, unitamente alle risorse già erogate in base alla programmazione preventiva al parere ANVUR, di una quota non inferiore al 7% del Fondo a titolo di finanziamento premiale di taluni programmi o progetti. Nel 2012 la ripartizione dei contributi del Fondo ordinario tra i dodici enti di ricerca è stata attuata con D.M. del 9 agosto 2012 del Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca per un importo complessivo pari ad euro 1.652.963.075. Tuttavia, nel quadro delle misure di contenimento della spesa delle amministrazioni statali e degli non territoriali adottate dal Governo Monti, l'art. 8, comma 4 *bis* del D.lg. n. 95/2012 ha previsto una riduzione del Fondo per un importo pari a 51,2 mln a decorrere dal 2013.

Per di più, alle fonti di entrata sin qui menzionate, debbono aggiungersi le risorse finanziarie che l'ASI può conseguire esercitando la facoltà che, accordata dall'art. 16 del D.lgs. n. 213/2009 ad ogni ente di ricerca, si sostanzia nel potere di promozione, costituzione o partecipazione di fondi di investimento (50).

33. *L'autonomia negoziale dell'Agenzia Spaziale Italiana.*

L'ASI non fa eccezione alla ormai consolidata regola che riconosce alle Amministrazioni Pubbliche la facoltà di esercitare le attività dirette alla cura concreta di interessi generali anche con strumenti di natura squisitamente privatistica (come suole dirsi: agire non solo *iure imperi* ma anche *iure privatorum*); è sempre più ampio il ventaglio di istituti di diritto comune applicabili (per adattamento) alle organizzazioni pubbliche. Tra questi, assume un ruolo determinante il contratto che, anche in ambito pubblicistico, mantiene inalterata la sua essenza di «accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 c.c.). L'unico elemento discrezionale rispetto alla visione rigorosamente romanistica del contratto (51) risiede nella circostanza (meramente formale) che una della parti

(50) In particolare, l'art. 16 del D.lgs. n. 213/2009 dispone che: «Il Ministero, previa valutazione di legittimità e di merito da parte dello stesso, gli stessi enti di ricerca, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e senza garanzie da parte loro, possono promuovere, concorre alla costituzione o partecipare a fondi di investimento con la partecipazione di investitori pubblici e privati, articolati in un sistema integrato tra fondi di livello nazionale e rete di fondi locali, ai sensi dell'art. 4 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Tali fondi sono destinati all'attuazione di programmi di trasferimento tecnologico e di investimento per la realizzazione di iniziative produttive con elevato contenuto di innovazione e di ricerca, con il coinvolgimento di apporti dei soggetti pubblici e privati operanti nel territorio di riferimento e la valorizzazione di risorse finanziarie destinate allo scopo, anche derivanti da cofinanziamenti europei ed internazionali. Gli enti di ricerca nell'articolazione dei rispettivi statuti e nell'enumerazione delle attività da svolgere tengono conto di quanto previsto agli articoli 4, 6 e 17 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalle legge 6 agosto 2008, n. 133».

Sotto il vigore del D.lgs. n. 27/1999 venivano contemplati, quali fonti di entrate dell'Agenzia, solo i contributi a carico del Fondo istituito per gli enti finanziati direttamente dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, i contributi UE e di altri Organismi internazionali, i proventi derivanti dall'applicazione, diffusione ed utilizzazione delle conoscenze derivanti dalla ricerca e ogni altra eventuale entrata.

(51) Come emerge dalla bibliografia in materia si veda: DALLA D. - LAMBERTINI R. (2006), *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli; FASCIONE L. (2013), *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli; TALAMANCA M. (1990), *Istituzioni di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè; GUARINO A. (2001), *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene: nel diritto romano, in virtù della celeberrima definizione di Ulpiano per il quale «*pactum est duorum pluriumve in idem placitum et consensus*» (patto è l'accordo consensuale di due o più persone su uno stesso oggetto contrattuale), il contratto era concepito come prerogativa esclusiva dei privati. I soggetti pubblici, quali lo Stato (*populus Romanus*) e il Fisco (*Fiscus*) erano considerati dotati esclusivamente di capacità di diritto pubblico, così che i rapporti in cui essi intervenivano furono regolati esclusivamente dal *ius publicum*. In definitiva, fatta salva qualche eccezione, era marcata la distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*: il primo regolava i rapporti dello Stato, il secondo, invece, si applicava ai rapporti delle persone fisiche (*cives*).

del contratto è una Pubblica Amministrazione. Per il resto, ferme le particolari procedure previste per la stipula di alcuni contratti pubblici, non v'è alcun significativo cambiamento rispetto alla disciplina civilistica.

Come si è visto, l'Agenzia gode di un'ampia autonomia negoziale che viene a tradursi nella stipulazione di accordi, convenzioni e contratti con soggetti pubblici e privati, nazionali ed internazionali, nella partecipazione ovvero costituzione di società, consorzi e fondazioni nonché nella direzione e nella gestione di Centri di ricerca internazionali con le Agenzie Spaziali di altri Paesi.

È allora innegabile che il legislatore sia sempre stato lucidamente convinto che per consentire all'ASI il miglior esercizio delle sue funzioni - peraltro in un settore in cui immobilismo e stagnazione operativo-decisionale sono penalizzanti più che in altri - sarebbe stato necessario riconoscere alla stessa il potere di ricorrere alle più diversificate maniere con cui può manifestarsi la sua autonomia negoziale (52). Attraverso l'introduzione di un meccanismo di silenzio-assenso, il secondo decreto di riordino ha esteso, ancora di più, la scioltezza di cui l'ASI gode nell'esercizio delle attività negoziali.

Se l'art. 2, comma 2 del D.lgs. n. 27/1999 subordinava la costituzione o la partecipazione in società o consorzi con apporti finanziari pari o superiori ad un miliardo di lire o per una quota pari o superiore al 50 per cento del capitale sociale ad autorizzazione (necessariamente espressa) del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, l'art. 16 del D.lgs. n. 128/2003 subordina la costituzione ovvero la partecipazione in società, consorzi e fondazioni con soggetti pubblici o privati, italiani o stranieri (prescindendo dal-

(52) Per una più lucida presa di conoscenza del rilevante tema dell'autonomia contrattuale delle P.A. si rinvia alla ampia letteratura giuridica venuta formandosi nel tempo, alla luce delle profonde influenze promananti dall'ordinamento europeo: si v. CANDELA L. (1933), *I contratti dello Stato. Le forme eccezionali di procedura nei contratti dello Stato in confronto di quelle di diritto comune*, Roma - AMORTH A. (1938), *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.* - CAMMEO C. (1954), *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze - CALIMERI M. (1959), *I contratti dello Stato, delle province, dei comuni*, Milano - AMORELLI G. (1988), *L'esecuzione dei contratti della Pubblica Amministrazione*, in *Nuova. Rass.* - CONTUCCI M., *L'attività di diritto privato nella pubblica amministrazione*, Padova - MASUCCI A. (1988), *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. I contratti di diritto pubblico*, Napoli - BUSCEMA S. (1990), *La legittimazione nell'attività contrattuale degli enti pubblici*, in *Scritti Falzea* - ANNUNZIATA M. (1991), *Formazione della volontà negoziale degli enti pubblici e poteri del giudice ordinario*, in *Riv. nuovo dir.* - CARANTA R. (2004), *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino - FRANCHINI C. (2007), *I contratti con la pubblica amministrazione tra di diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione* (a cura di Franchini C.) - CERULLI IRELLI V. (2008), *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino - FRACCHIA F. (2010), *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Editoriale Scientifico - CERULLI IRELLI V. (2011), *Amministrazione Pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino - CARANTA R. (2012), *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino - BENACCHIO G.A. - COZZIO M. (2012), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, EGEA, Milano - SORACE D. (2013), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica - CARINGELLA F. - GIUSTINIANI M. (2013), *Manuale di diritto amministrativo*, Istituto Editoriale Universitario - MASTRAGOSTINO F. (2014), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Giappichelli, Torino.

l'entità del contributo finanziario) all'autorizzazione del MIUR e, inoltre, la costituzione ovvero la partecipazione in società con apporto al capitale sociale superiore a cinquecentomila euro o per una quota pari o superiore al cinquanta per cento del capitale sociale all'autorizzazione tanto del MIUR quanto del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Così poste, le novità introdotte dal secondo decreto di riordino farebbero propendere per la tesi che vuole l'autonomia negoziale dell'ASI decisamente più ridotta per via dell'introduzione di una nuova autorizzazione (quella del MEF) che in passato, invece, non era prevista. Taluni hanno perciò sostenuto che proprio a causa di questo ulteriore aggravio burocratico-autorizzatorio l'autonomia negoziale dell'Agenzia si sarebbe per tal modo ristretta (53); in verità, così non è.

A sommosso avviso di chi scrive, diversamente dalla previgente normativa che - pur richiedendo la sola autorizzazione del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - esige una inequivocabile ed espressa manifestazione positiva del Dicastero, pena la impossibilità dell'ASI di costituire o partecipare società, fondazioni ovvero consorzi, la normativa contenuta nell'art. 16 del D.lgs. n. 128/2003 ha invece introdotto un meccanismo di silenzio-assenso tale per cui la autorizzazione richiesta al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca per la costituzione ovvero la assunzione di partecipazioni azionarie (qualunque sia l'entità) si intende acquisita qualora decorsi i prescritti sessanta giorni non vengano presentate particolari osservazioni.

In analogo modo, anche l'autorizzazione congiuntamente richiesta tanto al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca quanto al Ministero dell'Economia e della Finanza per la costituzione o la partecipazione di società con apporto superiore a cinquecentomila euro o per quota pari o superiore al cinquanta per cento del capitale sociale si intende acquisita decorsi inutilmente trenta giorni dall'istanza.

È allora evidente che con l'introduzione del meccanismo del silenzio-assenso sia stato *formalmente* appesantito, ma *sostanzialmente* velocizzato, il sistema di autorizzazioni che sovrintende, condizionandola, all'attività negoziale dell'ASI.

34. I rapporti contrattuali dell'ASI.

I rapporti contrattuali di cui l'Agenzia è parte (eccezion fatta per la scelta del contraente, per la deliberazione a contrarre e per la formazione del prezzo) sono regolati da norme di diritto privato. La stipulazione dei contratti di diritto comune dell'ASI è curata dal Direttore generale o dal responsabile della specifica unità organizzativa che sia dal primo all'uopo delegato.

(53) In tal senso, si veda BASTIONI M.B., *op. cit.*

Quanto alla forma, l'art. 54 (*Reg. Amm. Cont. Fina.*) richiede espressamente che i contratti dell'Agenzia siano redatti per iscritto a pena di nullità (c.d. forma scritta *ad substantiam*) e inoltre, salvo la sussistenza di comprovate ragioni di necessità e convenienza, l'Agenzia non può addivenire alla stipulazione di più contratti per la concreta realizzazione di un medesimo progetto.

La volontà dell'ASI di indire le procedure di scelta del contraente o di provvedere a trattativa privata con un unico offerente deve essere espressa con apposito provvedimento del Consiglio di amministrazione, del Presidente o del Direttore generale (art. 55 *Reg. Amm. Cont. Fina.*). Il provvedimento in parola, denominato «determinazione a contrarre», deve contenere la puntuale indicazione della finalità che si pretenda di conseguire con la stipulazione del contratto, l'oggetto del contratto, la procedura e i criteri di scelta del contraente, l'individuazione del responsabile del procedimento, le clausole ritenute essenziali e l'eventuale capitolato speciale.

I contratti di qualsiasi Amministrazione Pubblica (ivi compresa l'Agenzia Spaziale Italiana) sono per regola stipulati secondo «condizioni generali di contratto» (54) predisposte dal soggetto pubblico e tradizionalmente denominati capitolati d'oneri (55).

I capitolati si distinguono in generali e speciali. I primi contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto nonché le forme da seguire per le gare; quelli speciali puntualizzano invece le condizioni riferite all'oggetto proprio di ciascun specifico contratto. Come le condizioni generali, anche i capitolati sono efficaci nei confronti dell'altro contraente solo se al momento della conclusione del contratto questi ne fosse a conoscenza o avrebbe potuto-dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

Fatte queste considerazioni, occorre ora comprendere le clausole contrattuali (*rectius* capitolati) solitamente rinvenibili nel testo dei contratti stipulati dall'Agenzia Spaziale Italiana.

Nei contratti stipulati dall'ASI debbono essere consacrati capitolati che stabiliscano l'oggetto, i termini e la durata di esecuzione delle singole prestazioni (art. 58 *Reg. Amm. Cont. Fina.*) nonché la indicazione dei prezzi invariabili, salvo che per i beni o le prestazioni il cui prezzo sia determinato per legge o per atto amministrativo (art. 59 *Reg. Amm. Cont. Fina.*). A pena di nullità, i contratti in parola prevedono clausole penali per il mancato o l'inesatto adempimento e per la ritardata esecuzione delle prestazioni dovute. Mentre l'applicazione della penale è di competenza della Commissione di collaudo,

(54) Come noto, le condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.) sono le clausole contrattuali che un soggetto predispose al fine di regolare in maniera uniforme una serie infinita di rapporti di cui diverrà parte.

(55) Tale curiosa terminologia intende semplicemente significare un testo ordinato per capitoli ove capitoli sta per articoli.

la eventuale disapplicazione rientra nell'esclusiva competenza del Presidente.

Ancora, nei contratti di diritto comune stipulati dall'ASI è inclusa anche la clausola di risarcibilità dell'ulteriore danno eventualmente cagionato dal mancato, tardivo o inesatto adempimento e, nei casi espressamente stabiliti dalla legge, è ammissibile la conclusione di contratti contenenti clausole di rinnovo tacito.

35. *Le procedure di scelta del contraente.*

L'Agenzia per giungere alla stipula di un contratto deve avviare specifici procedimenti amministrativi solo a conclusione dei quali il contratto potrà dirsi stipulato e perfezionato. I procedimenti amministrativi cui si allude sono quelli funzionalmente indirizzati alla scelta della parte contraente.

Ai sensi dell'art. 61 (*Reg. Amm. Cont. Fina*) l'ASI «provvede alla scelta del contraente tramite appalto concorso, procedure negoziate, procedure ristrette e procedure aperte. Le procedure ristrette possono essere con o senza bando; le procedure negoziate possono svolgersi in forma concorrenziale con bando, concorrenziale senza bando e non concorrenziale».

36. *Conclusioni.*

Lo studio dei profili organizzativi e funzionali dell'Agenzia Spaziale Italiana sin qui condotto, è reso ancora più attuale dall'adozione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 febbraio 2014 con il quale, fatta eccezione per il Collegio dei revisori dei conti, dopo essere stati sciolti gli organi dell'Agenzia si è provveduto a commissariare, per un periodo di tre mesi, l'ASI.

Si soggiunga che l'attenzione dedicata, in queste brevi pagine, all'Agenzia Spaziale Italiana trova una ulteriore ragione giustificatrice nella dichiarata intenzione del "Governo-Renzi" di portare nuovamente sotto i riflettori del dibattito parlamentare il complesso problema del riordino degli enti di ricerca e, in particolare, dell'ASI.

Giacché gli interventi legislativi adottati negli ultimi anni al fine di innescare processi di semplificazione e ottimizzazione degli enti di ricerca non hanno raggiunto gli obiettivi prefissati a causa della progressiva riduzione delle risorse erogate, ma soprattutto dalla mancanza di una strategia capace di coinvolgere tutti i potenziali attori, a livello nazionale e locale, sono state recentemente prese in considerazione diverse ipotesi volte a porre rimedio allo stato di inefficienza e inefficacia del sistema della ricerca italiana. Emblematici della particolare sensibilità che la XVII Legislatura sta riservando al tema della politica spaziale ed aerospaziale sono i due disegni di legge C.1575 del 12 settembre 2013 (56) e più di recente S.1544 del 25 giugno 2014 (57), entrambi

(56) A firma dei Deputati Mosca, Laffranco, Colaninno, Marco Meloni, Bonomo.

(57) A firma dei Senatori Tomaselli, Astorre, De Monte, Fabbri, Fissore, Giacobbe, Orrù, Borioli, Cantini, Collina, Cucca, Lai, Pagliari, Pezzopane, Scalia, Sonogo, Esposito.

recanti «Misure per il coordinamento della politica spaziale e aerospaziale, nonché modifiche al decreto legislativo 4 giugno 2003, n. 128, concernente l'ordinamento dell'Agencia Spaziale Italiana» (58).

Peraltro, come è dato leggere nel resoconto sommario n. 104 del 1 luglio 2014 della VII Commissione parlamentare, le soluzioni sin qui prospettate (al netto di quella sopramenzionata) sono essenzialmente tre: a) l'istituzione di un'Agencia nazionale della ricerca che si interfacci direttamente con la Presidenza del Consiglio dei Ministri; b) l'istituzione di un Dipartimento per il coordinamento della ricerca pubblica presso la Presidenza del Consiglio; c) l'istituzione del Ministero della Ricerca. Tra queste - almeno sino alle dichiarazioni del Ministro Giannini - la intenzione maturata dalla compagine governativa è sembrata essere quella di accorpate i venti enti pubblici di ricerca (dodici dei quali soggetti al controllo del MIUR) sotto un'Agencia unica articolata, al suo interno, in dipartimenti suddivisi per ambiti di competenza (59).

In attesa di vedere la effettiva portata del preannunciato riordino dell'Agencia Spaziale Italiana, non è parso quindi inutile indagare in ordine a quello che è l'attuale ordinamento dell'ASI a seguito dei riordini attuati negli anni 2003 e 2009.

(58) Sebbene in estrema sintesi, viene prospettata la opportunità di istituire presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un Comitato interministeriale per le politiche relative allo spazio e alla ricerca aerospaziale.

(59) Sul punto si rinvia all'articolo pubblicato sulla versione *on line* de "Il sole 24 ore" consultabile al link <http://mobile.ilsole24ore.com/solemobile/main?fn=srchFd&id=SEARCH/NEWS24/ABACUIGB>.

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

L'affidamento in concessione della gestione delle farmacie comunali alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali

*Annalisa Tricarico**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La disciplina delle modalità di affidamento delle farmacie comunali dalla legge Crispi agli anni '90 - 3. L'evoluzione della disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e il controverso rinvio alla legge speciale del 1968 - 3.1 Il T.U.E.L. e i primi tentativi di liberalizzazione del settore - 3.2 L'art. 23 bis del d.l. n. 112/08 e l'esclusione dall'ambito di applicazione del servizio farmaceutico - 3.3 Il dibattito odierno sulla natura del servizio farmaceutico - 3.4 Il dibattito sul carattere tassativo delle forme di gestione previste dall'art. 9 all'indomani del referendum, della sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale e dei successivi interventi normativi - 4. La posizione assunta dalla Corte dei conti: l'impossibilità di scindere la titolarità dalla gestione - 5. La posizione del Consiglio di Stato: la distinzione tra titolarità e gestione e l'affidabilità in concessione a terzi della gestione delle farmacie comunali - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Il tema delle modalità di gestione delle farmacie comunali continua a suscitare l'attenzione degli studiosi del diritto amministrativo, anche in ragione delle divergenze tra le posizioni rispettivamente assunte dalla giurisdizione contabile, sia pure in sede consultiva, e dal Consiglio di Stato.

Il regime delle farmacie comunali presenta indubbi elementi di specialità rispetto a quello degli altri servizi pubblici (1), sia perché attiene al fondamentale diritto alla salute (2), sia perché l'erogazione del servizio è subordinata,

(*) Dottoranda di ricerca in "Dottrine Generali del diritto" presso l'Università degli Studi di Foggia.

(1) Per un'analisi completa sul punto cfr. S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 419 e ss.

(2) Cfr. Corte cost., 10 marzo 2006, n. 87, in www.giurcost.org, a tenore della quale "La complessa

oltreché ad un'apposita autorizzazione all'apertura della farmacia, alla stipula di una convenzione con l'Azienda Sanitaria Locale, in qualità di ente strumentale della Regione.

Permangono dubbi sia in ordine alla natura del servizio erogato - servizio pubblico locale o servizio sanitario regionale - *rectius* alla titolarità dello stesso, sia in merito all'applicabilità alle farmacie comunali dei moduli gestori previsti in via generale per i servizi pubblici locali, in aggiunta alle modalità individuate dalla disciplina speciale contenuta nella legge n. 475 del 1968.

Negli ultimi anni, il dibattito si è arricchito per effetto dei numerosi interventi normativi in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, del *referendum* abrogativo del giugno 2011 e della sentenza della Corte costituzionale (3) che ha bocciato il tentativo di liberalizzazione del d.l. n. 138 del 2011.

Inoltre, in conseguenza del consolidarsi della giurisprudenza europea in materia di servizi di interesse economico generale, è emersa l'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità ai principi affermati dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo.

Allo stato attuale, sebbene l'opinione prevalente sia nel senso di non considerare tassativo l'elenco delle modalità gestionali di cui alla legge speciale del 1968, non vi è accordo in dottrina e in giurisprudenza in merito alla possibilità che i Comuni scindano la titolarità dalla gestione del servizio, affidando quest'ultima in concessione a terzi ai sensi dell'articolo 30 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto, è recentemente intervenuta la terza sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 13 novembre 2014, n. 5587 (4), che, riformando integralmente una pronuncia del Tar Piemonte (5), ha adottato una posizione opposta a quella espressa, a più riprese negli ultimi anni, dalla Corte dei conti in sede consultiva.

2. La disciplina delle modalità di affidamento delle farmacie comunali dalla legge Crispi agli anni '90.

Per comprendere appieno i termini della questione non si può prescindere da una sia pur breve analisi del frastagliato *iter* normativo e degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono, di volta in volta, sviluppati.

Si premette che, negli anni immediatamente susseguenti l'Unità d'Italia, nessun testo normativo regolamentava l'esercizio della farmacia; nel 1888, la legge cd. Crispi (6) dettò una prima disciplina della materia, promuovendo la

regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è infatti preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute".

(3) Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, in www.cortecostituzionale.it; sul punto, cfr. *amplius infra*.

(4) Il testo integrale della sentenza è pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it.

(5) T.A.R. Piemonte, sez. II, 14 giugno 2013, n. 767, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

massima libertà nell'apertura e nell'esercizio delle farmacie, senza limiti a carico del proprietario, che poteva anche non aver conseguito la laurea (7).

Tale scelta normativa provocò una notevole concentrazione di farmacie nei nuclei densamente popolati e il parallelo abbandono dei centri rurali (8).

Ciononostante - non senza lo stupore di qualche autorevole studioso (9) - la gestione delle farmacie non comparve nell'enumerazione dimostrativa dei servizi che, ai sensi della legge sulle municipalizzazioni del 1903, i Comuni avrebbero potuto esercitare direttamente (10).

"I comuni possono assumere, nei modi stabiliti dalla presente legge, l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi" recitava il primo articolo della legge cd. Giolitti, con la quale si intendeva evitare la concentrazione dei servizi comunali in mano ad imprenditori privati, per calmierarne i costi, al contempo, sottoponendo ad un rigoroso controllo centrale il nascente fenomeno delle municipalizzazioni (11). L'assunzione diretta del servizio da parte dei Comuni avrebbe consentito, a parere dei più, anche di ridistribuire i profitti, in parte

(6) Legge 22 dicembre 1888, n. 5849, rubricata "Legge per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica".

(7) Il proprietario poteva essere titolare di più farmacie, dovendo semplicemente garantire la direzione responsabile di un farmacista. Peraltro, tali scelte non furono unanimemente condivise; cfr. in proposito la questione posta dal sen. Burgi, relatore della Commissione reale nominata con regio decreto 17 settembre 1866 per elaborare un progetto di codice sanitario: *"Deve essere, nell'interesse della pubblica igiene (l'unico titolo che giustifichi l'intervento dello Stato) proclamata la libertà assoluta nell'esercizio farmaceutico, ed esser permesso di conseguenza ad ogni cittadino munito di diploma universitario di farmacista di esercitare, se lo voglia ed aprire dove lo creda una farmacia?"*.

(8) Per un'analisi più ampia degli effetti della legge Crispi in materia farmaceutica, a pochi anni dalla sua entrata in vigore, cfr. C. LESSONA, *La questione delle farmacie (articoli 26 e 68 Leggi sanitarie)*, Torino, 1893. L'Autore analizza con singolare lucidità le difficoltà connesse all'introduzione del principio del libero esercizio delle farmacie. Il testo completo dell'opera è consultabile al seguente link: https://archive.org/stream/laquestionedell00lessgoog/laquestionedell00lessgoog_djvu.txt.

(9) G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Giornale degli Economisti*, Serie Seconda, vol. 24, 1902, p. 356: *"Vogliamo oggi parlare di una forma di municipalizzazione, che con grande meraviglia non vediamo accennata nell'enumerazione dimostrativa dei diversi casi di esercizio diretto dei pubblici servizi, che si fa all'art. 1 del Progetto Giolitti. Non si capisce come la municipalizzazione delle farmacie non sia stata ritenuta (...) da ricordarsi segnatamente in un progetto di legge; quando si pensi alle questioni cui ha data luogo l'industria farmaceutica, ed ai tentativi che sono stati fatti in Italia e all'Estero, per l'esercizio diretto municipale di tale industria"*.

(10) Il percorso che ha condotto all'adozione della legge n. 103 del 29 marzo 1903 è stato studiato approfonditamente da R. FRANCO, *Il dibattito sui servizi pubblici e le municipalizzazioni alla fine del XIX secolo*, in *Storia urbana*, 1982; cfr. anche G. PISCHEL, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Roma, 1965; G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977.

(11) Al dibattito parlamentare che ha preceduto la legge n. 103/1903 accenna anche G. PALLIGIANO, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, in *Atti del Convegno la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - Vallo della Lucania 26 giugno 2009*, in www.giustizia-amministrativa.it. L'Autore, inter alia, ricorda che, mediante la municipalizzazione, si intendeva dare *"una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali"*.

nella forma di tariffe minori e in parte come entrata aggiuntiva per le finanze comunali (12).

Sebbene i singoli regimi di privativa fossero, nel merito, giustificati per lo più in base a ragioni di igiene e salute pubblica o di tutela della fede negli scambi (13), probabilmente anche in considerazione della *ratio* della vigente legge Crispi, si ritenne che il servizio farmaceutico non fosse annoverabile tra quelli municipalizzabili (14).

A distanza di dieci anni, nel 1913, con la legge n. 468, voluta dallo stesso Giolitti, si affermò il principio che l'assistenza farmaceutica alla popolazione, e quindi l'esercizio della farmacia, fosse un'attività primaria dello Stato, esercitata direttamente dallo stesso attraverso i Comuni, oppure delegata ai privati in regime di concessione governativa. Tale scelta fu dettata anche dalla ritenuta opportunità di introdurre un elemento concorrenziale nel mercato per contenere i prezzi praticati dalle farmacie private (15); al contempo, attraverso la programmazione e l'introduzione della pianta organica, si puntò ad assicurare la distribuzione dei medicinali anche in zone scarsamente redditizie, non allettanti per i privati (16).

In effetti, di lì a qualche anno, l'“*impianto ed esercizio di farmacie*” fu inserito nell'articolo 1, n. 6, del r.d. n. 2578 del 15 ottobre 1925, contenente il Testo Unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province, che, per decenni, ha costituito il testo di riferimento della materia.

(12) Tuttavia, la sottrazione ai privati dei servizi pubblici fu assai onerosa per le finanze dello Stato. Del resto, già nel corso del dibattito parlamentare erano state lucidamente enucleate le possibili derive negative delle municipalizzazioni. In particolare, nella Commissione della Camera dei deputati si prefigurava il seguente scenario: “*nelle aziende municipalizzate farà difetto l'elemento tecnico, se non nella direzione, certamente negli uffici di controllo; abbonerà, invece, l'intrusione dei politicastri, degli arruffoni, dei cercatori di impieghi, che, famelici, si butteranno addosso ai nuovi istituti, cercando di trasfondere tutti i germi malefici onde è inquinato, così spesso, il torbido sottosuolo della vita locale. Si moltiplicheranno gli impiegati e i salariati, che saranno molesti, non solo per il loro grande numero, non necessario, ma, peggio, per l'indole loro: elettori tutti, e pretenziosi, e magnificanti la propria supposta qualità di pubblici funzionari, aspireranno a continue promozioni, e premeranno sul municipio, col perso della loro organizzazione, volta a privato tornaconto e, per ciò stesso, a pubblico nocumento*”. Prevalse, tuttavia, l'opinione di chi in Parlamento sostenne che “*quando anche l'impresa non dovesse essere redditizia, e persino fosse passiva, vi sarebbe sufficiente compenso, nel maggiore e migliore servizio reso al pubblico*”. I lavori preparatori della legge n. 103/1903 si trovano raccolti in ANIDEL, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Roma, 1961.

(13) Cfr. C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, Milano, 1905.

(14) Probabilmente, ciò avvenne anche perché la gestione municipale era vista come l'unica soluzione praticabile nelle sole ipotesi in cui non fosse possibile creare la concorrenza tra privati e tale ipotesi non riguardava le farmacie, almeno nei centri con maggiore densità di popolazione.

(15) P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto della società*, Milano, 2008.

Sul tema della municipalizzazione del servizio farmaceutico, cfr. A. MARAZZA, *Convegno di studi sulle farmacie comunali e sulle aziende farmaceutiche municipalizzate*, Roma, 1954.

(16) M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.

Peraltro, l'istituzione di nuove farmacie comunali non fu prevista dal Testo Unico delle Leggi Sanitarie del 1934 (17), che riconobbe comunque il diritto dei Comuni a continuare l'esercizio delle farmacie esistenti (18).

L'istituzione di tali farmacie fu nuovamente ammessa dopo il secondo conflitto mondiale, con la legge n. 530 del 1947 (19).

A distanza di un ventennio, la legge n. 475 del 1968, cd. legge Mariotti, riordinò la materia, prevedendo - tra l'altro - all'articolo 9, comma 1, la possibilità per il Comune di assumere in gestione, secondo le norme stabilite dal citato r.d. del 1925, metà delle farmacie vacanti o di nuova istituzione risultanti dalla revisione della pianta organica.

Successivamente, la legge n. 142 del 1990, contenente il nuovo ordinamento delle autonomie locali, all'articolo 64, comma 2, dispose l'abrogazione di tutte le disposizioni con essa incompatibili. Di conseguenza, al settore delle farmacie avrebbero dovuto applicarsi le forme di gestione previste dall'art. 22, comma 3, della stessa legge n. 142, che sostituì quelle indicate dal citato r.d. del 1925, disponendo, in particolare, che i Comuni e le Province potessero gestire i servizi pubblici nei seguenti modi: in economia, in concessione a terzi, a mezzo di azienda speciale (per la gestione di servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale), a mezzo di istituzione (per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale); a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale (20).

Di lì a poco, l'articolo 10 della legge n. 362 del 1991, sostituendo il comma 1 dell'articolo 9 della citata legge Mariotti, nel confermare il diritto dei Comuni ad assumere la titolarità della metà delle farmacie disponibili, ha precisato che *“le farmacie di cui sono titolari i Comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme:*

a) in economia;

b) a mezzo di azienda speciale;

c) a mezzo di consorzi tra Comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari;

(17) Il Testo Unico fu approvato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265.

In proposito è importante riflettere sulla circostanza che il coevo regio decreto 3 marzo del 1934, n. 383 dequalificò i Comuni e le Province, definendoli *“enti ausiliari”* dello Stato ed attestando *“il principio della subordinazione di ogni interesse dell'individuo e delle collettività minori al supremo interesse dello Stato”*. Cfr. La Legislazione fascista 1929-1934 (VII-XII), Camera dei Deputati-Senato del Regno, Roma, 1934, p. 138.

(18) In quegli anni, entrò in vigore anche il Regolamento per il servizio farmaceutico, approvato con il regio decreto 30 settembre 1938, n. 1706.

(19) Sul punto cfr. P. PIRONDINI, V. PICCIRINI, *Le farmacie comunali: profilo storico-giuridico, funzione sociale, poteri e facoltà di Comuni: schemi di deliberazione e di regolamenti per la istituzione e la gestione*, Roma, 1958.

(20) Sulla disciplina vigente negli anni '90 cfr. F. MASTRAGOSTINO, *I servizi pubblici in concessione ed il servizio farmaceutico*, in *Sanità pubblica*, 1995, p. 424 e ss.; G. ACQUARONE, *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Dir. Amm.*, 1998, p. 307 e ss.

d) a mezzo di società di capitali costituite tra il Comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il Comune abbia la titolarità”.

Non era chiaro, peraltro, il significato della clausola di rinvio alla legge del 1990; sembrava, infatti, che il riferimento alla forma della società per azioni a prevalente capitale pubblico aperta alla partecipazione di soggetti pubblici o privati per la gestione dei servizi pubblici locali - art. 22, comma 3, lett. e), legge n. 142/1990 - fosse stato sostituito, nel testo della legge Mariotti, dalla previsione di società di capitali costituite tra i Comuni e i soli farmacisti in servizio presso le medesime farmacie all'atto della costituzione della società.

Peraltro, con la legge n. 498 del 1992, il legislatore ha ampliato la platea dei soggetti abilitati a partecipare alle società di capitali di cui alla lettera d), consentendo espressamente agli Enti locali di costituire, per l'esercizio di servizi pubblici, apposite società per azioni, senza il vincolo della proprietà maggioritaria.

Viceversa - va sin d'ora evidenziato -, la legge Mariotti, anche nel testo riformato negli anni '90, non contiene alcun esplicito e specifico riferimento alla possibilità di affidare il servizio in concessione a terzi.

3. L'evoluzione della disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e il controverso rinvio alla legge speciale del 1968.

3.1 Il T.U.E.L. e i primi tentativi di liberalizzazione del settore.

Com'è noto, la disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali contenuta nell'art. 22 della legge del 1990 ha conosciuto una profonda evoluzione: il suo disposto è stato trasfuso nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, “Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali”, e poi innovato dalla legge n. 448 del 2001 e dal d.l. n. 223 del 2006 (21).

Tali modifiche normative hanno riproposto i vecchi dubbi, ingenerando, al contempo, nuovi interrogativi in ordine alla natura da attribuire al rinvio contenuto nell'articolo 9 della legge Mariotti all'art. 22 della legge del 1990.

Secondo un'opinione (22), tale rinvio non avrebbe alcun valore dispositivo, dal momento che, se avesse inteso estendere anche alle farmacie pubbliche le forme gestionali previste dalla legge del 1990, il legislatore del 1991 avrebbe dovuto riprendere il rimando alla legge quadro operato dal testo originario dell'art. 9 della legge Mariotti.

A parere di altra parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca, invece, sebbene il rinvio operato alla legge sugli Enti locali dal citato articolo 9

(21) Convertito con modificazioni in l. 4 agosto 2006, n. 248.

(22) C. BRAMBILLA, *Riflessioni sulle forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Azienditalia*, 2005, n. 5, p. 336; l'Autore sottolinea come il richiamo alla legge n. 142 del 1990 sia posto in un inciso (tra due virgole) di nessun valore dispositivo.

non sia tale da qualificare come “locale” il servizio pubblico farmaceutico svolto dai Comuni, avrebbe comunque l’effetto di richiamare la disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali così come contenuta nella legge del 1990 (23).

Infine, secondo una diversa prospettiva, proprio il richiamo alla legge del 1990, avrebbe dovuto indurre ad inquadrare il servizio erogato dalle farmacie comunali nell’alveo dei servizi pubblici locali (24), quei servizi cioè che hanno lo scopo di soddisfare i bisogni fondamentali delle collettività locali (25).

(23) D. DE GRAZIA, E. MENICETTI, *Il “servizio farmaceutico” e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della costituzione*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 7-8, 2003, p. 809. Il servizio erogato dalle farmacie comunali costituisce, a parere degli Autori, “un aspetto del complessivo servizio sanitario regionale”.

(24) Per una ricostruzione del dibattito dell’epoca cfr. *ex multis*, D. DE GRAZIA, E. MENICETTI, *Il “servizio farmaceutico” e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici e nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 793 e ss.

Per quanto concerne, più in generale, la qualificazione del servizio farmaceutico come servizio pubblico, si consideri che l’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 assegnò alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di servizi pubblici, ivi compreso il servizio farmaceutico.

In dottrina, sul punto, cfr. L. IANNOTTA, *L’assistenza farmaceutica come servizio pubblico*, in *Servizi pubblici e appalti*, I, 2003, p. 49 e ss.; F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in D. DE PRETIS, *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento, 2006, p. 5 e ss.

In giurisprudenza, qualificano chiaramente il servizio farmaceutico come servizio pubblico: Cons. St., Ad. Plen., ordinanza 30 marzo 2000 n. 1, in www.diritto.it; T.A.R. Toscana, Firenze, 17 dicembre 2003, n. 6057, in *Foro Amm.-Tar*, 2004, p. 674; T.A.R. Campania, Salerno, 22 febbraio 2006, n. 198, in *Foro Amm.-Tar*, 2006, p. 710.

Anche la Corte dei conti (cfr. sez. reg. di controllo per la Puglia, parere del 27 febbraio 2008, n. 3, in www.corteconti.it) ha chiarito che l’attività di gestione delle farmacie comunali “è esercizio di un pubblico servizio trattandosi, in particolare, di un’attività rivolta a fini sociali, secondo il disposto dell’articolo 112 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 che consente agli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

(25) Cfr. *ex multis* G. DELLA CANANEA, voce *Servizi pubblici*, in M. CLARICH E G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Lavis (Tn), 2007; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2012. Peraltro, come noto, la dottrina giuspubblicistica italiana ha incontrato notevoli difficoltà ad individuare una nozione sufficientemente compiuta di servizio pubblico, soprattutto a causa dell’eterogeneità degli stessi servizi. Non è questa la sede per ripercorrere il lungo dibattito sul tema; ci si limita a citare alcuni significativi contributi: F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nss. D.I.*, vol. XVII, Torino, 1970; C. FRESA, voce *Servizio pubblico*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, vol. II, Milano, 1983; R.L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001. Per alcuni, il servizio pubblico è un’attività caratterizzata dalla sua riconducibilità ad un soggetto pubblico titolare, indipendentemente dalla natura del soggetto gestore (c.d. teoria soggettiva); per altri, invece, ha natura di servizio pubblico qualsiasi attività idonea a realizzare una pubblica utilità (c.d. teoria oggettiva). Non sono mancate, inoltre, tesi alternative di chi, abbandonando la tradizionale impostazione dicotomica, ha cercato in altri elementi i caratteri qualificanti il servizio pubblico (cc.dd. teorie intermedie) (v., *ex multis*, le ricostruzioni di R. ALESSI, *Le prestazioni rese ai privati*, Milano, 1956, e di F. ZUELLI, *Servizi pubblici ed attività imprenditoriali*, Milano, 1973); così come si sono riscontrate opinioni molto pessimistiche sulla possibilità di individuare una nozione definita (significativa al riguardo è l’opinione di F. BENVENUTI, *Appunti di diritto*

Ciò premesso, va comunque considerato che tra coloro che ritenevano che la *ratio* del rinvio fosse quella di rimandare alla disciplina generale sui servizi pubblici locali non vi era accordo in ordine alla natura - statica o dinamica - da attribuire al rinvio medesimo.

Secondo una tesi, il rinvio non avrebbe potuto essere inteso in senso statico (o meramente recettizio) alla disciplina vigente nel 1990 (26), anche perché, diversamente, i Comuni sarebbero stati vincolati alle modalità di affidamento della gestione - in gran parte superate - previste dall'articolo 22 (27). Viceversa, proprio in ragione della ritenuta dinamicità del rinvio, si reputava pienamente legittima la gestione di una farmacia comunale da parte di una società di capitali, che, ancorché non aderente al modello indicato nell'articolo 9 lett. d) della legge del 1968, avesse i requisiti previsti dalla lettera e) dell'art. 22 della legge n. 142/1990 e s.m.i.

In tal senso si era pronunciata anche la giurisprudenza amministrativa (28). In pratica, si riteneva che l'ottica della riformulata legge Mariotti fosse quella di chiarire ed estendere il disposto della legge del 1990 (29). Del resto, anche facendo leva sulla circostanza che l'art. 9 utilizza il verbo "possono" e non "devono", si sosteneva che il legislatore avesse ampliato il numero dei modelli di gestione astrattamente utilizzabili; in definitiva, i modelli elencati nell'art. 9 andavano ad aggiungersi, senza escluderli, a quelli previsti in generale per i servizi pubblici locali.

Successivamente, considerato che, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 448/2001, il testo dell'articolo 113 T.U.E.L. individuava quale unica modalità di affidamento dei servizi locali con rilevanza industriale l'affida-

amministrativo, vol. I, ed. IV, Padova, 1959, p. 202, per il quale, la nozione di servizio pubblico era "una espressione priva di valore giuridico esatto e che è mutuata dalla scienza economica"; lo stesso M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953, p. 614, sottolineava la difficoltà di individuare una nozione condivisa di servizio pubblico, considerando che "il pubblico servizio forma oggetto di studio in tre distinte discipline: l'economia, la scienza dell'organizzazione, la scienza del diritto"; sul punto, si veda anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 370, per il quale "non esiste in definitiva un criterio certo per delimitare, rispetto alla normale attività d'impresa, la nozione di servizio pubblico che varia storicamente e da contesto a contesto e che, in ultima analisi, pone la questione più generale dei limiti tra Stato e mercato").

(26) S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, cit.

(27) A. DE MICHELE, *Osservazioni sulle forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2008, p. 102. Per l'Autrice, tale interpretazione risulterebbe inaccettabile anche perché in violazione del principio del *tempus regit actum*, che impedisce che le norme abrogate siano applicate alle nuove fattispecie.

(28) Cfr. D. DE GRAZIA, E. MENICETTI, *Il "servizio farmaceutico" e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici e nuovo Titolo V della Costituzione*, cit.

(29) Di "chiarificazione estensiva" ha parlato successivamente G. ARONICA, *Le modalità di gestione delle farmacie comunali. Prime considerazioni sulla normativa pre e post-referendum 2011*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011, n. 15, p. 1501 e ss.

mento a società di capitali individuate previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica, molti sottolinearono l'inconciliabilità di tale norma con il regime di cui all'art. 9 della legge del 1968.

Parimenti incompatibile con il disposto della legge Mariotti venne, in seguito, considerata la versione dell'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, risultante dalla modifica operata dall'articolo 14, comma 1, lett. a), della legge n. 326/2003, che così recitava: *“l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica (...); c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”* (30).

E la circostanza che il comma 1 dell'art. 113 definisse tali norme *“inderogabili ed integrative delle discipline di settore”* spinse una parte della giurisprudenza a sostenere che lo stesso articolo 113 avrebbe regolato l'intera materia delle forme giuridiche di erogazione dei servizi pubblici locali, determinando l'abrogazione delle leggi anteriori che disciplinavano modelli di gestione di singoli servizi, come l'articolo 9 della l. n. 475 del 1968 (31).

3.2 L'art. 23 bis del d.l. n. 112/08 e l'esclusione dall'ambito di applicazione del servizio farmaceutico.

Successivamente, la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata oggetto della significativa riforma operata dall'art. 23 bis del decreto legge n. 112/08, conv. in legge n. 133/08 e modificato dal d.l. n. 135/09 (32), che, nell'ambito della manovra economica triennale per la stabilizzazione dei conti pubblici ed il rilancio dell'economia, ha abrogato l'art. 113 del T.U. Enti Locali, per la parte incompatibile con la nuova disciplina (comma 11) (33).

Il citato art. 23 bis si applicava ai servizi pubblici locali *“di rilevanza*

(30) In pratica, il modello generale di affidamento era quello della gara, da espletare in conformità alle disposizioni comunitarie, ai criteri previsti dal comma 7 dell'articolo 113 d.lgs. n. 267/2000.

(31) In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2007, n. 2110, in *Foro Amm.-CdS*, 2007, p. 1501 e ss. In generale, sugli orientamenti giurisprudenziali in materia cfr. sul punto B.R. NICOLOSO, *La gestione societaria delle farmacie comunali nella giurisprudenza dopo il T.U. n. 267/00*, in *Ragiusan*, 2007.

(32) Convertito in legge n. 166 del 20 novembre 2009. Per un commento alle norme *de quo*, cfr. *ex multis* D. AGUS, *I servizi pubblici e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, n. 5, p. 464 e ss.

(33) Sulla portata della riforma introdotta dall'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, cfr. *ex multis* G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, II ed., Milano, 2010.

economica”, locuzione questa più ampia dell’aggettivo “*industriale*”, già utilizzato dall’art. 113 del d.lgs. n. 267/00 e poi “rimosso” in considerazione della necessità di sottoporre a concorrenza tutti i servizi, anche non meramente industriali, suscettibili di valutazione economica.

In proposito, non sembra superfluo soffermarsi ad evidenziare che l’individuazione del *discrimen* tra ciò che è di rilevanza economica e ciò che invece ne è privo è rimessa all’interprete, che di fatto riconduce alla prima categoria i servizi che richiedono una rilevante organizzazione di uomini e mezzi, l’impegno di capitali e un complesso processo di gestione (34).

Anche l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (35) ha definito “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale.

Pertanto, in ragione del carattere imprenditoriale dell’attività e dell’organizzazione, della sussistenza di un rischio e della capacità in astratto di produrre un reddito di impresa, il servizio farmaceutico, a parere di molti (36), rientra tra i servizi pubblici a rilevanza economica (37). In effetti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e del Consiglio di Stato ha dimostrato che anche un servizio sociale o con connotati di tipo sociale - come l’assistenza farmaceutica (38) - può essere inquadrato tra i servizi a rilevanza economica, con ciò che ne consegue sul piano dell’applicazione delle

(34) Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2003, n. 2380, in Cons. Stato, 2003, p. 2380.

(35) Comunicazione sull’applicazione dell’art. 23 *bis*, comma 3, del decreto legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all’affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

(36) In senso difforme, cfr. C. BRAMBILLA, *Riflessioni sulle forme di gestione delle farmacie comunali*, cit., p. 341.

(37) A. VIGNERI, *La riforma di servizi pubblici locali*, in A. VIGNERI, C. DE VINCENTI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 74; A. DE VITA, *Privatizzazione delle farmacie comunali e tutela del diritto alla salute*, in *Sanità pubblica*, 2006, n. 1, p. 21; F. MASTRAOGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, cit.

Per la ricostruzione del dibattito in ordine alla rilevanza economica dei servizi pubblici e del servizio farmaceutico in particolare, cfr. J. BERCELLI, *L’attività consultiva dell’AGCM sull’affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: il caso delle farmacie comunali*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2009, n. 6.

In giurisprudenza, cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 22 febbraio 2006, n. 198, cit.

(38) Cfr. U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964. L’Autore, nel fare riferimento alle ipotesi in cui l’ordinamento giuridico sottrae al privato la disponibilità dei “fini” della propria attività economica, accenna alla disciplina in vigore per l’apertura e l’esercizio delle farmacie, sottolineando che i fini perseguiti in tale caso sono “sociali” in quanto riguardano ugualmente tutti i soggetti dell’ordinamento: “il richiamo posto dalle norme in materia alle ‘esigenze’ (art. 104, T.U. 27 luglio 1934, n. 1265), ai ‘bisogni’ (art. 116), alle ‘necessità’ (art. 109) dell’assistenza farmaceutica locale dice chiaramente come i fini che presidono all’attività siano sottratti alla libera valutazione degli operatori che agiscono nel settore”, p. 226.

norme europee e nazionali in materia di tutela della concorrenza tra operatori economici (39)(40).

Del resto, com'è stato affermato da autorevole dottrina, nelle farmacie - pubbliche e private - è rinvenibile una "doppia vocazione" dell'attività svolta, identificabile "*nell'attività economica tout court e nell'attività di pubblico servizio*" (41); tale circostanza ha indotto a ritenere che "*gli esercizi farmaceutici sono retti da un ordinamento peculiare, nel quale coesistono tratti di libera impresa e tratti di servizio pubblico regolamentato*" (42).

Tutto ciò premesso, occorre considerare che il comma 2 del citato articolo 23 *bis* disponeva che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenisse, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, "*nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici*".

Il successivo comma 3 introduceva una deroga alle modalità di affidamento ordinario, in "*situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*": in tali ipotesi, si sarebbe potuto utilizzare lo strumento dell'*in house*, nel rispetto dei principi stabiliti dalla Corte di Lussemburgo. L'ente affidante era tenuto a dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e trasmettendo contestualmente una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'acquisizione del relativo parere sui profili di competenza.

Va, peraltro, considerato - ai fini della presente indagine - che, se è vero che il comma 1 dell'art. 23 *bis* stabiliva che le disposizioni contenute nella norma si applicassero ai servizi pubblici locali, prevalendo sulle discipline di

(39) Sul punto, cfr. G.F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, 3-4, p. 627 ss.; F. MANISCALCO, *Alcune considerazioni sull'affidamento dei servizi sociali a rilevanza economica*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 3, p. 960 e ss.

(40) Si consideri che, secondo una parte della dottrina, in linea di principio, sarebbero "*servizi a rilevanza economica, quelli non riconducibili ai cd. servizi sociali, vale a dire a quei servizi che, per la loro peculiare natura ed inerenza ai bisogni primari dell'individuo, consentono una disciplina speciale e derogatoria rispetto alle regole della concorrenza. Si tratta, peraltro, di una distinzione legata all'elemento teleologico piuttosto che al tipo di attività e che non ne giustifica una assoluta identificazione con i servizi privi di rilevanza economica. Anche il servizio sociale, infatti potrebbe essere gestito in forma di impresa ma essere sottratto, in ragione delle esigenze che è chiamato a soddisfare, alle regole del mercato; d'altro canto, potrebbero esistere servizi privi di rilevanza economica ma che non appartengano al genus dei servizi sociali*". Cfr. F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014.

(41) D. DE GRAZIA, E. MENICETTI, *Il "servizio farmaceutico" e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della costituzione*, cit., p. 784.

(42) T.A.R. Umbria, 16 febbraio 2000, n. 142, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 574; la sentenza è richiamata da T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 1 giugno 2011, n. 2939, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

settore incompatibili (43), al contempo, il testo dell'art. 23 *bis*, così come novellato nel 2009, precisava: “*sono fatte salve (...) le disposizioni della l. n. 475 del 1968, relativamente alla gestione delle farmacie comunali*”.

Il rimando apparentemente chiaro alla legge Mariotti imponeva una non semplice riflessione sulle modalità di gestione delle farmacie comunali che avrebbero potuto essere concretamente utilizzate, a causa della stratificazione storica di norme positive (44).

In particolare, da un lato, vi era chi sosteneva che la salvezza avesse inteso limitare la portata dell'art. 23 *bis*, che - viceversa - avrebbe dovuto applicarsi anche alle farmacie comunali, in quanto esercenti un servizio pubblico locale (45); dall'altro lato, vi era chi affermava che la clausola andasse letta nel senso dell'esclusione dall'alveo dei servizi pubblici locali del servizio farmaceutico. Quest'ultima prospettiva sembrava coerente con la circostanza che anche gli altri servizi esclusi dall'alveo di applicazione dell'art. 23 *bis* non hanno natura di servizi pubblici locali; si pensi, ad esempio, alla distribuzione dell'energia elettrica, che viene svolta sulla base di una concessione ministeriale, o al servizio di trasporto ferroviario regionale (46).

Vi era, infine, chi sosteneva che la disciplina dell'art. 9 della l. n. 475/1968 si ponesse in termini di complementarietà rispetto alla normativa sulla gestione dei servizi pubblici locali (47). Parte della dottrina sosteneva, infatti, che la clausola di salvezza della legge Mariotti non precludesse affatto agli Enti locali di scegliere soluzioni organizzative diverse da quelle “tradizionali”, come ad esempio la concessione a terzi, la società *in house* nonché quella mista con soci differenti dai farmacisti già dipendenti comunali (48).

3.3. *Il dibattito odierno sulla natura del servizio farmaceutico.*

Il dibattito in ordine alla natura del servizio farmaceutico non si è tuttora sopito.

(43) Sul piano sistematico, va osservato che una riforma di così ampia portata è stata introdotta con una norma “*extravagante*” non essendo stato modificato il T.U. Enti Locali, come era consigliabile. R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 10/2008, p. 1109. L'Autrice sottolinea, tra l'altro, come il rapporto di compatibilità-incompatibilità sia tutt'altro che chiaro. Cfr. anche L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23-bis. Bandoli di un imbroglio*, in *Mercato conc. reg.*, 2009, p. 355 e ss.

(44) La stratificazione normativa interessa, in realtà, l'intero regime delle farmacie e non è fenomeno nuovo se si pensa che M.S. Giannini ebbe a sottolineare questa problematica già negli anni '60 del secolo scorso. Cfr. M.S. GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali)*, in *Rass. Amm. della Sanità*, 1963.

(45) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23 aprile 2009, n. 3567, in *Foro Amm.-Tar*, 2009.

(46) Tale interpretazione è stata ribadita anche da T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 14 maggio 2010, n. 1134, in *www.amministrativamente.com*.

(47) B.R. NICOLOSO, L. GIORDANI, *I moduli di gestione delle farmacie comunali*, Napoli, 2008.

(48) S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, cit. *Contra*, la F.O.F.I. (Federazione Ordini Farmacisti Italiani) nella circolare n. 7460 del 24 novembre 2009, ha affermato il carattere esclusivo delle modalità di gestione previste dall'art. 9.

Per comprendere i termini della questione, non meramente teorica, è bene chiarire che per “titolarità” del servizio pubblico si intende la pertinenza istituzionale dello stesso ad una determinata Amministrazione Pubblica: essa discende dalla legge che lo istituisce e/o ne affida la cura ad una specifica Amministrazione (49).

Nel caso del servizio farmaceutico, non è semplice definire a chi spetti tale titolarità, in quanto la legge non si limita ad individuare i moduli gestori che l’ente interessato potrebbe utilizzare, ma subordina lo svolgimento dell’attività alla sottoscrizione di una convenzione con un soggetto pubblico ulteriore e ad un apposito provvedimento di autorizzazione all’apertura e all’esercizio della farmacia.

Orbene, proprio in ragione dell’obbligo della autorizzazione non sarebbe corretto - ai fini dell’identificazione del soggetto titolare del servizio farmaceutico nel caso delle farmacie comunali - soffermarsi sulla sola circostanza che spetti al Comune, che abbia esercitato il diritto di prelazione, scegliere in concreto la forma di gestione (50).

In effetti, secondo una parte della dottrina la titolarità del servizio farmaceutico appartiene alla Regione per il tramite delle Aziende Sanitarie Locali, che ne costituiscono ente strumentale (51). Anche nel caso delle farmacie comunali, sebbene sia gestito tramite un’organizzazione di cui è titolare il Comune, il servizio farmaceutico, secondo tale visione, “*dovrebbe essere annoverato alla stregua di un servizio pubblico in titolarità generale, anziché un servizio pubblico locale*” (52).

La responsabilità del servizio sarebbe in capo alla Regione, avendo il Comune semplicemente la facoltà di esercitare il diritto di prelazione sulle farmacie che si rendano vacanti ovvero su quelle che vengano istituite a seguito della revisione della pianta organica; tant’è vero che il Comune, nel rispetto dei modi previsti dall’art. 12 della legge n. 475 del 1968, potrebbe anche trasferire a terzi la titolarità della farmacia comunale che abbia in precedenza assunto.

Le farmacie comunali assumerebbero la natura di presidio sanitario di base (articolo 28, l. n. 833 del 1978), traendo il diritto di esercizio non dall’Ente locale, ma da una concessione o autorizzazione rilasciata dal Servizio Sanitario Nazionale, tramite la Regione (53).

(49) G. CAIA, *I Servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005.

(50) S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, cit., p. 425.

(51) F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, cit.

(52) A. SANTUARI, *Le forme di gestione delle farmacie comunali, in particolare sul divieto di concessione a terzi*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

(53) C. BRAMBILLA, *Riflessioni sulle forme di gestione delle farmacie comunali*, cit., p. 335; cfr. anche A. SANTUARI, *Il servizio farmaceutico: dal contesto UE al recente “pacchetto liberalizzazioni”*, in www.giustamm.it, 2012.

In senso conforme, una parte della giurisprudenza, ha affermato che *“la gestione delle farmacie comunali da parte degli Enti locali deve considerarsi realizzata ‘in nome e per conto’ del Servizio Sanitario Nazionale, come tale non essendo riconducibile né all’ambito dei servizi di interesse generale nella definizione comunitaria, né alla disciplina sui servizi pubblici locali secondo l’ordinamento italiano; piuttosto deve ritenersi che l’attività di gestione delle farmacie comunali costituisca esercizio di un servizio pubblico, trattandosi di un’attività rivolta a fini sociali ai sensi dell’art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2000 il quale consente agli Enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”* (54).

Peraltro, non vi è unanimità di vedute (55).

Basti considerare che il 7 dicembre 2010 è stata presentata un’interrogazione parlamentare dal sen. D’Ambrosio Lettieri, con la quale si è evidenziata la notevole diversità di soluzioni gestionali adottate nei diversi contesti locali (56).

Inoltre, parte della giurisprudenza amministrativa sostiene che il servizio farmaceutico sia annoverabile tra i servizi pubblici locali e che a nulla varrebbe obiettare che la titolarità del diritto d’esercizio delle farmacie pianificate sul territorio sia in capo alle Regioni, che rilasciano ai Comuni, per il tramite delle Aziende Sanitarie Locali, il provvedimento d’accesso, subordinando lo svolgimento dell’attività alla stipula di un’apposita convenzione (57).

Dal canto suo, la Corte dei Conti non ha esitato ad identificare il servizio

(54) T.A.R. Piemonte, sez. II, 14 giugno 2013, n. 767, che rimanda a Corte dei conti, sez. reg. controllo Puglia, parere n. 3 del 2008, cit. e a T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, n. 699 del 2012 e n. 2939 del 2011, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Cons. Stato, sez. III, 8 febbraio 2013, n. 729, in www.giustizia-amministrativa.it.

(55) Si rifletta sulla circostanza che inquadrare il servizio delle farmacie comunali nell’ambito del servizio sanitario regionale ne implica l’inclusione nell’alveo della competenza legislativa concorrente della “tutela della salute” (art. 117, comma 3); in proposito, non sembra superfluo rilevare che la Corte costituzionale ha affermato che la “materia” dell’organizzazione del servizio farmaceutico va ricondotta a tale titolo di competenza, in ragione del fatto che la complessa regolamentazione dell’attività economica di rivendita dei farmaci mira ad assicurare e controllare l’accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute (cfr. sentenza 14 dicembre 2007, n. 430, in www.cortecostituzionale.it). Pertanto, considerare il servizio *de quo* alla stregua di un servizio pubblico locale potrebbe presentare profili di problematicità, dal momento che la Corte costituzionale ha ricondotto alla materia di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza - lett. e) art. 117, comma 2 - l’individuazione delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (cfr. sul punto, tra le altre, Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it).

(56) Legislatura 16 Atto di Sindacato Ispettivo n. 4-04237, seduta n. 470, pubblicato il 7 dicembre 2010. In proposito, sembra opportuno ricordare che l’autore dell’interrogazione è il firmatario (insieme al sen. Cursi) dell’emendamento al d.l. n. 135 2009 che ha escluso dall’ambito di applicazione dell’art. 23 *bis* le farmacie comunali.

(57) Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2007, n. 637 e 8 maggio 2007, n. 2110, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23 aprile 2009, n. 3567, consultabile in *Foro Amm.-Tar*, 2009, p. 971; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 22 febbraio 2006, n. 198, cit.

farmaceutico quale “*servizio pubblico essenziale, a carattere locale e a tendenziale rilevanza economica*” (58).

Inoltre, autorevole dottrina qualifica il servizio svolto dalle farmacie comunali “*inequivocabilmente*” come servizio pubblico locale, sostenendo che “*una tale natura non può essere messa in discussione sulla erronea presupposizione che la titolarità del diritto d’esercizio delle farmacie pianificate sul territorio sia ascritta alle Regioni*” (59).

3.4 Il dibattito sul carattere tassativo delle forme di gestione previste dall’art. 9 all’indomani del referendum, della sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale e dei successivi interventi normativi.

Va, peraltro, considerato che, anche facendo definitivamente chiarezza sulla *vexata quaestio* della natura del servizio offerto dalle farmacie comunali, *rectius* della sua titolarità, si potrebbe non addivenire ad un accordo sulle modalità di gestione concretamente adottabili dai Comuni.

In effetti, da un lato, anche ove il servizio delle farmacie comunali fosse inquadrato nell’ambito del servizio sanitario di titolarità regionale potrebbe ad esso applicarsi la disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, per effetto del rinvio operato dalla legge del 1968.

Dall’altro lato, anche coloro che qualificano il servizio offerto dalle farmacie comunali alla stregua di servizio pubblico locale sono chiamati a sciogliere un ulteriore dubbio interpretativo, non essendo chiaro se la disciplina di cui alla legge n. 475 del 1968 debba ritenersi applicabile alla gestione delle farmacie comunali in via esclusiva piuttosto che in aggiunta alla disciplina generale sui servizi pubblici locali o se debba, addirittura, considerarsi implicitamente abrogata, in ragione dei principi affermati a livello nazionale ed europeo.

Nel giugno 2011, a seguito della consultazione referendaria, è stato abrogato l’art. 23 *bis* ed è venuta meno anche la clausola di salvezza della disciplina contenuta nella legge Mariotti.

Pertanto, ove si fosse qualificato - come prima visto - il servizio erogato dalle farmacie comunali alla stregua di servizio pubblico di rilevanza economica e, dunque, di servizio di interesse economico generale ai sensi dell’art. 106 TFUE, allo stesso avrebbe dovuto applicarsi la disciplina europea (60). La Corte costi-

(58) Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, 657/2011/PAR, in www.corteconti.it. In senso conforme, anche la medesima sezione regionale, cfr. deliberazioni n. 489/2011/PAR, in www.anci.it, n. 195/2009/PAR e n. 196/2009/PA, in www.corteconti.it.

(59) B.R. NICOLOSO, *Da un’apodittica liberalizzazione ad un’acritica razionalizzazione del sistema farmacia pianificato sul territorio nelle leggi di stabilità e di crescita del biennio 2011/2012*, in *Sanità pubblica e privata*, 2012, p. 15; cfr. anche B.R. NICOLOSO, M. TARABUSI, *La gestione delle farmacie comunali nel coacervo delle leggi di stabilità e delle leggi di crescita del biennio 2011-2012*, in www.giustamm.it, 2012.

(60) Per un inquadramento generale sui servizi di interesse economico generale, cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2011.

tuzionale (61), nel dichiarare l'ammissibilità del *referendum*, aveva infatti chiarito che l'esito affermativo dello stesso non avrebbe creato un "vuoto" normativo.

Più specificamente, l'abrogazione referendaria, si sarebbe tradotta:

- nell'esclusione della reviviscenza delle norme vigenti prima dell'adozione del d.l. n. 112/2008 (62);

- nella sopravvivenza della disciplina abrogata con riguardo ai rapporti sorti in precedenza, attesa l'efficacia *ex nunc* dell'abrogazione;

- nella permanenza della possibilità di avvalersi della gara pubblica per affidare il servizio in concessione a terzi;

- nella opportunità di ricorrere all'affidamento *in house*, che, pur non essendo più qualificabile come derogatorio, avrebbe comunque richiesto un'adeguata motivazione, attesi i limiti tratteggiati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (partecipazione pubblica totalitaria, controllo analogo ed attività prevalente) (63);

- nell'eliminazione dell'obbligo di addurre la sussistenza di caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento tali da non consentire un efficace ed utile ricorso al mercato, sottoponendo la congruità di tale valutazione al parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Peraltro, per i servizi pubblici locali diversi da quello idrico integrato, non c'è stato il tempo per procedere nel senso astrattamente ipotizzato dal Giudice delle leggi, in quanto il legislatore italiano, con l'art. 4 d.l. n. 138/2011 (64), ha sostanzialmente riproposto il regime giuridico contenuto nel prece-

(61) Pronuncia del 26 gennaio 2011, n. 24, in www.cortecostituzionale.it. In proposito, si veda A. LUCARELLI, *Commento alla sentenza n. 24 del 2011*, in *Giur. Cost.*, 2/2011 e C.M. AIELLO, *La Consulta "salva" la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo)*, in *Corr. Giur.*, 6/2011, p. 781 e ss.

(62) In effetti, la Corte costituzionale, nella citata sent. n. 24/2011 (punto 4.2.2. del considerato in diritto), ha precisato che all'abrogazione dell'art. 23 *bis* non sarebbe conseguita "alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi dalla giurisprudenza di questa Corte - sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 -, sia da quella della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato)". Conforme Corte Cost., sent. 26 gennaio 2011, n. 26, in www.federalismi.it. Sull'ammissibilità della reviviscenza di norme abrogate per il tramite del *referendum*, si veda in generale F. PETRINI, *La reviviscenza delle norme abrogate*, in *Nomos*, 1/2012.

(63) Cfr., in proposito, ANCI, Nota interpretativa del 14 giugno 2011, recante *Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011* ove si afferma: "All'esito del referendum, i Comuni sono più liberi di scegliere la formula organizzativa che ritengono più opportuna, ivi compresa la gara, e sempre in ossequio ai principi europei in materia di tutela della concorrenza. I Comuni sono investiti di una nuova 'libertà responsabile' che responsabilmente utilizzeranno e del cui utilizzo saranno chiamati a rispondere".

(64) Convertito in legge n. 148 del 14 settembre 2011. Per un inquadramento generale sulla riforma del 2011, cfr. G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, n. 1, p. 23 e ss.; M. ALESIO, *L'ennesima micro-riforma dei servizi pubblici locali: ambizioso tentativo di liberalizzazione o ritorno al passato?* in *Comuni d'Italia*, 2011, n. 5/6, p. 34 e ss.; S. STAIANO, *I servizi pubblici locali nel decreto legge n. 138/2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in www.federalismi.it; C. D'ARIES, A. NONINI,

dente quadro normativo. Lo stesso d.l. n. 138/2011 è stato, poi, più volte modificato, prima dalla legge n. 183/2011 (cd. legge di stabilità 2012) (65), poi dal d.l. n. 1/2012 (cd. decreto liberalizzazioni) (66).

Va, tuttavia, ricordato che il citato articolo 4 conteneva una clausola di salvezza, prevedendo che “*sono esclusi dall’applicazione del presente articolo... la gestione delle farmacie comunali di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475*” (comma 34). Si riproponevano, quindi, gli interrogativi emersi nella vicenda dell’art. 23 *bis*.

Peraltro, proprio mentre da più parti si auspicava che l’intero campo dei servizi pubblici locali di rilevanza economica trovasse la quiete necessaria a far sedimentare la nuova disciplina, è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012 (67), dichiarando l’illegittimità dello stesso art. 4 del d.l. n. 138/2011 (68). In particolare, la norma in commento, emanata a distanza di soli 23 giorni dalla consultazione referendaria di giugno (69), operava una marginalizzazione del modello *in house* (70), riproducendo anche testualmente svariate disposizioni dell’abrogato art. 23 *bis* e del regolamento attuativo contenuto nel d.P.R. n. 168/2010 (71).

La gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, in *Dir. e pratica amm.*, 3/2012; E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n.148/2011*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, n. 1.

(65) Sulle modifiche apportate dalla legge n. 183/2011 in materia di servizi pubblici locali si veda F. GAVIOLI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in www.ipsoa.it; G. GUZZO, *Brevi riflessioni su i nova dei SPL dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, in www.giustamm.it, 2011.

(66) Convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 24 marzo 2012.

(67) Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 199, cit. Per una disamina della sentenza, con particolare riferimento alle conseguenze della stessa sull’azione degli Enti locali, si veda A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell’AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in www.federalismi.it, 2012; E. FURNO, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e corte costituzionale: “palla al centro?”* (Commento alla sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale), in www.giustamm.it, 2012. Sia consentito, inoltre, citare A. TRICARICO, *La gestione integrata dei rifiuti. Dall’entrata in vigore del Codice dell’ambiente alla bocciatura della cd. seconda liberalizzazione* (Osservazioni a Corte Costituzionale 199 del 2012), in www.giustamm.it, 2012.

(68) La pronuncia sancisce anche l’automatica decadenza delle procedure finalizzate ad attuarlo, mediante disposizioni di rango secondario come lo schema di regolamento previsto dall’articolo 4, comma 33 *ter* del d.l. n. 138/2011, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nonché per l’adozione della relativa delibera quadro da parte degli enti locali.

(69) A parere della Consulta, un brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell’esito referendario e l’adozione della nuova normativa, nel quale peraltro non si è verificato alcun mutamento né del quadro politico né delle circostanze di fatto.

(70) P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.forumcostituzionale.it.

(71) In particolare, secondo i giudici di legittimità, nessun effetto salvifico avrebbe potuto avere l’esclusione - dall’ambito di applicazione della nuova disciplina - del servizio idrico integrato, dato che il *referendum* aveva avuto ad oggetto l’intero settore dei servizi pubblici locali, ad eccezione di quelli espressamente esclusi e già oggetto di disciplina speciale.

Secondo la Consulta, infatti, l'intervenuta abrogazione di un articolo di legge, a seguito di consultazione referendaria, "*non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta, (...) in ragione della peculiare natura del referendum*" (72), il cui "*effetto utile*" sarebbe, diversamente, vanificato.

In particolare, considerando che l'art. 23 *bis* mirava a "*favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica*" (73), limitando i casi di affidamento diretto della gestione, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 non aveva fatto altro che ripristinare la normativa abrogata, non avendo modificato "*né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti*" (74).

Successivamente, l'articolo 34, comma 21, del d.l. n. 179/2012 (75) - attualmente vigente - pur rimettendo la scelta delle modalità di affidamento del servizio all'ente affidante, prescrive a quest'ultimo l'elaborazione di una relazione, da pubblicare sul proprio sito internet, che dia conto delle ragioni in termini di economicità e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche (se previste).

Peraltro, da tale disciplina sono stati - ancora una volta - espressamente esclusi i servizi di distribuzione di gas naturale e di distribuzione di energia elettrica, nonché quelli di gestione delle farmacie comunali.

4. La posizione assunta dalla Corte dei conti: l'impossibilità di scindere la titolarità dalla gestione.

Attualmente, la dottrina prevalente sostiene che l'esclusione di cui all'art. 34 del d.l. n. 179/2012 si traduca in positivo perché "*dilata e non comprime i moduli di gestione delle farmacie comunali rispetto agli altri servizi pubblici locali*" (76).

(72) Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 468, in www.cortecostituzionale.it. Negli stessi termini, Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 32 e sent. dello stesso giorno, n. 33, secondo cui il legislatore "*pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata*". L'orientamento dei giudici di legittimità era condiviso anche dalla dottrina prevalente; cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, II, p. 854; F. MODUGNO, *L'ammissibilità del referendum tra sovranità popolare e autonomia regionale*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, Milano, 1982, II, p. 894 e ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, II ed., Bologna, 1991, p. 77.

(73) Corte Cost., 26 gennaio 2011, n. 24, cit.

(74) Corte Cost., 17 maggio 1978, n. 68, in www.giurcost.org.

(75) Convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

(76) B.R. NICOLOSO, *Da un'apodittica liberalizzazione ad un'acritica razionalizzazione del sistema farmacia pianificato sul territorio nelle leggi di stabilità e di crescita del biennio 2011/2012*, cit., p. 17.

Dal canto suo, la Corte dei conti ha riconosciuto che i modelli di gestione delle farmacie comunali, elencati dall'articolo 9 della legge n. 475 del 1968, non hanno carattere tassativo, salve le limitazioni discendenti dalla *ratio* generale della disciplina, tesa, in particolare, a valorizzare la funzione sociale dell'attività farmaceutica (77).

In particolare, la Corte dei conti ha confermato la possibilità di ricorrere all'azienda speciale quale modalità di gestione della farmacia comunale (78) e ha precisato che la legge n. 475 del 1968, integrata con i principi comunitari, consente la gestione comunale anche mediante società a responsabilità limitata, a partecipazione unipersonale e totalitaria (79)(80).

In effetti, il ritenere utilizzabili sia gli strumenti di cui alla legge del 1968 sia quelli previsti in generale per i servizi pubblici locali sembrerebbe più coerente in una prospettiva europea (81).

Tuttavia, l'organo di controllo, sia pure in sede consultiva, continua ad escludere che i Comuni possano affidare in concessione a terzi la gestione delle farmacie di cui sono titolari, affermando che *“la normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente una scissione sostanziale fra la titolarità del medesimo ed il suo concreto esercizio, per esempio mediante lo strumento della concessione a terzi sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica”* (82).

Per la Corte dei conti, è, infatti, *“necessario che l'ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta, in coerenza con la finalità pubblica insita nel*

(77) In particolare, con la deliberazione 17 dicembre 2012, n. 532 (in www.corteconti.it), la sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, ha affermato che *“la previsione di un nuovo schema societario, non rientrante nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge ‘Mariotti’, pare ampliare gli strumenti giuridici selezionabili dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini. I modelli di gestione delle farmacie comunali, previsti dall’art. 9 della legge n. 475/1968, non sembrano dunque avere carattere tassativo, salvo le limitazioni espresse in seguito (in coerenza alla ratio generale della normativa). Sul piano del diritto interno, si osserva che la gestione di un servizio pubblico (quale una farmacia comunale), mediante una società a totale partecipazione comunale, rappresenta una forma tipica di resa del servizio (cfr. l’abrogato art. 113 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000) e la prassi negoziale ha seguito l’evolversi dell’ordinamento (plurimi sono i casi di società interamente partecipate gerenti il servizio farmaceutico, in via esclusiva o assieme ad altre attività)”*.

Cfr. anche i pareri della sezione di controllo per la Regione Lombardia n. 489/2011, n. 426/2010 e n. 196/2009, in www.corteconti.it, nonché sezione Puglia n. 3/2008, cit., su cui si veda F. GIOVAGNOLI, *Titolarità e gestione delle farmacie nella normativa comunitaria ed italiana*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 2009, n. 3, p. 81.

(78) Corte dei conti, sez. di controllo per la Regione Lombardia, 426/2010/PAR, cit.

(79) Corte dei conti, sez. di controllo per la Regione Lombardia, 489/2011/PAR, cit.

(80) Si segnala la deliberazione n. 173 del 20 settembre 2012 della Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Basilicata, in www.corteconti.it, che afferma che l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali *in house* ed a società mista può avvenire in conformità alle regole del diritto comunitario.

(81) C. DE GIULI, *Il sistema delle farmacie*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di) *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 457.

(82) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 70/2011/PAR, in www.corteconti.it.

servizio farmaceutico (inerenza da ritenersi prevalente rispetto alla natura potenzialmente commerciale dell'attività)" (83)(84); non sarebbe, viceversa, giustificato il diritto di preferenza che lo Stato attribuisce ai Comuni rispetto ai privati, in quanto "il servizio di farmacia comunale si connota di tratti pubblicistici, di matrice assistenziale e sanitaria, la cui cura concreta richiede l'intervento della pubblica amministrazione nella gestione dell'attività" (85).

Del resto, - si afferma - non esiste alcuna norma che preveda espressamente la possibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali, risultando unicamente regolato il mantenimento della gestione in capo all'Ente locale.

In proposito, non si può prescindere dal considerare che, anche secondo una parte dei giudici amministrativi, deve escludersi che l'elencazione di cui al citato articolo 9 *"(pur ormai risalente) possa essere interpretata in modo 'aperto' includendovi la possibilità della concessione di servizi ex art. 30 d.lgs. n. 163 del 2006"* (86).

In pratica, si ritiene che lo strumento concessorio, anche se utilizzato a seguito di una procedura pubblica di selezione del concessionario, vulneri la titolarità pubblica della farmacia e il ruolo comunale di tutela dell'interesse pubblico (87). In sintesi, *"l'impraticabilità del modello concessorio riposa sul fine pubblico in vista del quale è stata concepita la prelazione legale in favore dei Comuni"* (88).

5. La posizione del Consiglio di Stato: la distinzione tra titolarità e gestione e l'affidabilità in concessione a terzi della gestione delle farmacie comunali.

A parere del Consiglio di Stato, la titolarità non implica la necessità della gestione diretta del servizio farmaceutico (89). In particolare, secondo tale impostazione, *"alle farmacie pubbliche non è applicabile il criterio della 'corrispondenza biunivoca' fra titolarità e gestione, non potendosi configurare la circolazione giuridica del diritto all'esercizio della licenza, in quanto essa*

(83) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 26/2013/PAR, in www.corteconti.it.

(84) Cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, deliberazioni n. 70/2011/PAR, n. 657/2011/PAR, n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR, in www.corteconti.it.

(85) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 657/2011/PAR e 70/2011/PAR, cit. Ritiene che tali argomentazioni non siano prive di una certa logicità S. MONZANI, *L'evoluzione della disciplina amministrativa in tema di gestione delle farmacie comunali*, cit.

(86) T.A.R. Piemonte, sez. II, 14 giugno 2013, n. 767, che richiama T.A.R. Toscana, sez. II, 7 luglio 2011, n. 1165, cit.

(87) Non condivide tale impostazione tra gli altri M.E. BOSCHI, *Le farmacie comunali: tra disciplina amministrativa e liberalizzazione*, commento a T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 20 gennaio 2012, n. 84, in *Sanità Pubbl. e Priv.*, 2012, n. 4.

(88) Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 532/2012/PAR, cit.

(89) M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, p. 2591.

rappresenta un bene vincolato al programma societario, indipendentemente dal complesso aziendale preposto alla gestione” (90).

In relazione alle farmacie comunali non opererebbe, quindi, il divieto di scissione tra titolarità e gestione della farmacia, che è invece previsto per le farmacie private ai sensi dell’art. 7 della l. n. 362 del 1991 (91).

L’assunto dei giudici di Palazzo Spada si fonda sulla convinzione che, anche nel caso del servizio farmaceutico comunale, trova applicazione la consueta ed acquisita distinzione tra titolarità e gestione generalmente valida per tutti i servizi pubblici (92).

Diversa dalla titolarità è, infatti, la gestione delle farmacie. Più precisamente, secondo le ultime pronunce del giudice amministrativo, con particolare riferimento alle farmacie comunali sembra più corretto distinguere tra titolarità della sede farmaceutica (il Comune), titolarità del servizio (la Regione, che ne conserva la responsabilità per il tramite delle Aziende Sanitarie Locali) e titolarità della gestione (soggetto individuato dall’Amministrazione comunale) (93).

Addirittura, la sezione terza del Consiglio di Stato si è recentemente spinta ad affermare che il Comune può costituire una società mista, senza alcun vincolo in ordine alla scelta del socio privato, dal momento che le disposizioni contenute nel Testo Unico degli Enti locali hanno carattere inderogabile e l’art. 9 della legge n. 475 del 1968 deve considerarsi implicitamente abrogato (94).

Nella medesima direzione, anche se con una linea più “morbida”, si è posta la sentenza n. 5587 del novembre 2014 (95), con la quale il Supremo organo giurisdizionale amministrativo, nel riformare integralmente la sentenza del Tar Piemonte n. 767 del 2013, ha ricordato che oggi - anche alla luce dei più recenti interventi normativi - non si dubita che la gestione di una farmacia comunale possa essere esercitata da un Comune mediante società di capitali a

(90) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1724, in www.giustizia-amministrativa.it.

(91) Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 19 ottobre 2005, n. 492 e T.A.R. Veneto, Venezia, 27 dicembre 2006, n. 4263, richiamate da Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1724, cit. Nel senso dell’improponibilità della corrispondenza biunivoca tra titolarità del diritto d’esercizio della farmacia e suo concreto esercizio cfr. in dottrina B.R. NICOLOSO, *Da un’apodittica liberalizzazione ad un’acritica razionalizzazione del sistema farmacia pianificato sul territorio nelle leggi di stabilità e di crescita del biennio 2011/2012*, cit., p. 17; G. ACQUARONE, *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, cit., che espressamente afferma che “la scissione tra titolarità e gestione del servizio è cosa scontata nell’ambito delle farmacie pubbliche”.

Anche per questo, il sistema farmaceutico italiano può definirsi “dualistico”; l’espressione è utilizzata da A. ANSELMO, *I servizi farmaceutici: sistemi comunitari di sanità solidale e modelli liberistici a confronto*, in *Rass. dell’Avvocatura dello Stato*, 2011, n. 1, p. 58.

(92) T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 20 gennaio 2012, n. 84, in www.dirittoediserviziipubblici.it; sul punto cfr. in dottrina *ex multis* G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., p. 131 e ss.

(93) T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 20 gennaio 2012, n. 84, cit.; ritiene che non si tratti di una precisazione di natura formalistica, ma di una puntualizzazione necessaria M.E. BOSCHI, *Le farmacie comunali: tra disciplina amministrativa e liberalizzazione*, cit.

(94) Cons. Stato, sez. III, 31 ottobre 2014, n. 5389, in www.giustizia-amministrativa.it.

(95) Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587, cit.

totale partecipazione pubblica (*in house*) e società miste pubblico/private, con il superamento del limite dettato dall'art. 9 della legge del 1968, ovvero da società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali (96).

Secondo i giudici del Consiglio di Stato, infatti, nel caso in cui non intenda avvalersi dei sistemi di gestione diretta disciplinati dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, un Comune può utilizzare modalità diverse di gestione, anche non dirette, *“purché l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all'esercente a tutela dell'interesse pubblico”* (97).

Con la medesima pronuncia, si è chiarito che, *“pur non potendosi estendere alle farmacie comunali tutte le regole dettate per i servizi pubblici di rilevanza economica, non può oramai più ritenersi escluso l'affidamento in concessione a terzi della gestione delle farmacie comunali attraverso procedure di evidenza pubblica”*, in quanto la scelta di tale modello non sarebbe di per sé ostativa al perseguimento degli obiettivi di rilevanza sociale che giustificano l'istituzione del servizio pubblico farmaceutico.

Né varrebbe obiettare che l'art. 11, comma 10, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (98), dispone che, fino al 2022, non è possibile cedere la titolarità o la gestione delle farmacie istituite ai sensi del comma 1, lettera b) dello stesso articolo, in relazione alle quali i Comuni abbiano esercitato il diritto di prelazione. In effetti, la norma si presta ad essere interpretata come speciale e derogatoria rispetto alla disciplina generale, in quanto si applica soltanto alle farmacie istituite nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, e a quelle istituite nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a diecimila metri quadrati (99).

In definitiva, a parere del Supremo Organo giurisdizionale amministrativo, quando l'attività assuma un prevalente rilievo economico, le disposizioni contenute nell'art. 9 della legge n. 475 del 1968, che prevedono - nel caso

(96) Cfr. il comma 1 *bis* dell'articolo 100 del d.lgs. n. 219 del 24 aprile 2006 e s.m.

(97) Cfr., in senso conforme, T.A.R. Veneto, sez. I, 20 marzo 2014, n. 358, in www.ilsole24ore.com; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 novembre 2013, n. 951, in www.dirittodeiservizipubblici.it, a tenore della quale *“il ragionamento sviluppato resta valido anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 25, del D.L. 18/10/2012 n. 179 conv. in L. 17/12/2012 n. 221, il quale racchiude una clausola che - seppur escludendo la diretta applicabilità dei commi da 20 a 22 (che per l'affidamento dei servizi pubblici fanno unicamente rinvio ai canoni comunitari) alle farmacie - non per questo sancisce un divieto generale di operatività dei consolidati principi del diritto europeo, dovendo essere vagliata la compatibilità delle singole scelte con gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dall'ordinamento”*; T.A.R. Sicilia, Catania, sezione IV, 28 giugno 2011, n. 1598, in www.dirittoderiservizipubblici.it.

(98) Convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

(99) Viceversa, il T.A.R. Piemonte, con la citata sentenza n. 767 del 2013, aveva evidenziato che ancorché *“limitata solo a specifiche categorie di farmacie neo-istituite”*, la novella del 2012 fosse *“espressione del principio generale di mantenimento della gestione in capo all'Ente locale titolare della farmacia, con conseguente implicita riconferma dell'impraticabilità di diversi modelli”*.

delle farmacie comunali -, in ragione dei fini sociali perseguiti, l'esercizio diretto del servizio pubblico (100), non possono essere richiamate per impedire l'applicazione dei principi dettati per i servizi pubblici di rilevanza economica (101).

Conformemente, in dottrina, si è affermato che la normativa dell'art. 9 dovrebbe essere disapplicata dai giudici italiani, dal momento che consentendo solo la scelta tra autoproduzione del servizio e società di capitali con i farmacisti dipendenti di quelle stesse farmacie, "è nettamente contraria ai principi del Trattato già CE, ora TFUE" (102).

Si è anche osservato che, nell'ipotesi in cui il Comune titolare dell'autorizzazione alla conduzione dell'esercizio farmaceutico scelga di conferire ad una società l'azienda farmaceutica (nell'accezione dell'art. 2555 c.c.) e la titolarità dell'impresa (ex art. 2082 c.c.), l'Ente locale non dismette il servizio pubblico: ad essere trasferita è, infatti, solamente la gestione del servizio pubblico e, quindi, la disponibilità materiale e giuridica dei beni strumentali all'esercizio dell'impresa (103).

Pertanto, come riconosciuto dal Consiglio di Stato in altra pronuncia, la procedura per l'individuazione dell'affidatario non riguarderebbe l'affidamento del servizio, la cui concessione/autorizzazione rimane in capo al Comune (104).

Alle medesime conclusioni è giunta l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ora Autorità Nazionale Anticorruzione, che, con la deliberazione n. 15 del 23 aprile 2014 (105), ha affermato che "il carattere sanitario di un servizio pacificamente non esclude che esso possa essere oggetto di un confronto concorrenziale tra più operatori economici in possesso dei necessari requisiti"

(100) Consiglio di Stato, sez. III, 8 febbraio 2013, n. 729, cit.

(101) Consiglio di Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3647, in www.giustizia-amministrativa.it, conferma T.A.R. Marche, n. 104 del 2004.

(102) A. VIGNERI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit. p. 75.

(103) R. NARDUCCI, *Le farmacie comunali*, in *Guida Normativa per l'Amministrazione Locale*, 2013; *contra*, in un contributo del 2005, C. BRAMBILLA, *Riflessioni sulle forme di gestione delle farmacie comunali*, cit., p. 337: l'Autore afferma che la concessione del servizio farmaceutico è "contraddittoria con il provvedimento amministrativo di autorizzazione all'esercizio rilasciato dalla Regione, la cui natura è quella di una concessione. Trattasi di un titolo che non appartiene alla potestà originaria del comune, ma che esso riceve dall'Autorità sanitaria. Ne deriva che la titolarità dell'esercizio della farmacia non potrà mai passare dal comune a terzi, se non a fronte di una dismissione totale del servizio stesso".

(104) Consiglio di Stato, sez. III, 8 febbraio 2013, n. 729, cit.; conferma T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 4 maggio 2012, n. 2063.

(105) Rinvenibile sul sito www.anticorruzione.it. Bisogna, peraltro, avvertire che l'iter logico seguito dall'Autorità è parzialmente diverso rispetto a quello del Consiglio di Stato, dal momento che nella delibera si legge "si ritiene che l'esercizio del servizio farmaceutico tramite la gestione delle farmacie comunali non possa essere ricondotto nell'alveo dei servizi pubblici locali" e che "una simile conclusione escluderebbe la possibilità di applicare al servizio farmaceutico comunale i modelli gestori previsti dalla norma generale sui servizi pubblici locali ma lascerebbe invero impregiudicata la possibilità per i Comuni di affidare la gestione delle farmacie comunali tramite l'istituto generale della concessione di servizi di cui all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici".

e che, pertanto, *“l'affidamento in concessione può essere ora una delle modalità di gestione delle farmacie comunali”*.

In effetti, conformemente a quanto prospettato dai giudici amministrativi, gli obiettivi di rilevanza sociale che caratterizzano il servizio farmaceutico, a prescindere dalla specifica modalità di affidamento concretamente utilizzata, potrebbero essere perseguiti inserendo apposite clausole nel contratto di servizio sottoscritto con il concessionario e prevedendo concrete modalità di controllo della gestione, idonee sanzioni nel caso di inadempimento degli obblighi e una dettagliata carta dei servizi, in cui siano indicati i livelli qualitativi e quantitativi del servizio da erogare. L'adeguato utilizzo di tali strumenti potrebbe, in effetti, garantire che la farmacia comunale assicuri sia un utile economico al Comune (attraverso la percezione del canone concessorio e di una percentuale sugli incassi) sia l'efficace svolgimento della funzione sociale propria del servizio farmaceutico comunale.

Del resto, qualsiasi farmacia - a prescindere anche dalla titolarità (pubblica o privata) della proprietà - è sottoposta alle stringenti regole poste dalla normativa di settore; pertanto, non sembrerebbe ragionevole invocare insopprimibili esigenze di tutela della salute soltanto per i presidi appartenenti ad un ente pubblico (106).

6. Conclusioni.

L'impostazione del Consiglio di Stato appare condivisibile proprio perché - come sostenuto anche dalla Corte dei conti - dovrebbe essere cura di ogni interprete procedere secondo un approccio comunitariamente orientato a fronte di una legislazione (quella di cui alla legge del 1968) *“entrata in vigore ben prima della stabilizzazione del processo comunitario di formazione del diritto dei servizi pubblici”* (107).

In proposito, non sembra superfluo sottolineare che i giudici europei hanno ribadito l'autonomia organizzativa della Pubblica Amministrazione anche locale per quanto concerne l'esercizio dei compiti di sua pertinenza (108).

In conclusione, la scelta di una modalità di gestione rientrerebbe nelle esclusive e responsabili facoltà discrezionali dei Comuni, anche in conformità al principio di sussidiarietà verticale di cui all'articolo 118 della Costituzione; l'Ente locale, seguendo un adeguato percorso procedimentale ed istruttorio, dovrebbe essere in grado di esercitare al meglio la discrezionalità che l'ordinamento gli riconosce (109).

(106) T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 novembre 2013, n. 951, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

(107) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, n. 489/2011/PAR, cit.

(108) Corte di giustizia dell'U.E., sez. III, 22 dicembre 2010, n. C-215/09, p.to 31, in *Foro amm.-CdS*, 2010, p. 2589 e ss.

(109) J. BERCELLI, *L'attività consultiva dell'AGCM sull'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: il caso delle farmacie comunali*, in *Sanità pubblica e privata*, 2012, n. 8, p. 68.

Inoltre, l'affidamento in concessione a terzi non crea di per sé un *vulnus* di tutela per i cittadini/utenti del servizio, in quanto, se è vero che il gestore deve essere posto nella condizione di svolgere l'attività in modo imprenditoriale, avendo cioè l'opportunità di conseguire un utile, lo stesso è tenuto ad ottemperare ad una serie di obblighi.

In primo luogo, il servizio farmaceutico, alla stregua di qualsiasi altro servizio pubblico, è caratterizzato dal principio di doverosità, dal momento che anche i concessionari hanno il compito di garantire l'erogazione del servizio secondo criteri quantitativi e qualitativi predeterminati. Il servizio deve, inoltre, essere caratterizzato dal principio della continuità, non potendo essere interrotto arbitrariamente, e della parità di trattamento, avendo tutti gli utenti pari diritto ad accedere al servizio.

Va inoltre considerato che i Comuni di dimensioni non rilevanti difficilmente hanno in organico il personale abilitato alla gestione di una farmacia né potrebbero assumerlo, viste le restrizioni normativamente imposte alle spese per il personale (110).

Viceversa, la scelta di affidare il servizio ad imprese private in forma societaria ovvero a società miste favorirebbe il coinvolgimento delle professionalità necessarie e potrebbe anche garantire, profitti ai Comuni, i quali potrebbero, dunque, fare affidamento sull'attività delle farmacie in termini di ritorno economico, in un momento storico particolarmente delicato dal punto di vista delle risorse (111).

Pertanto, fermo restando che sarebbe auspicabile un intervento legislativo che ponga fine alla frammentazione normativa e alle numerose incertezze tuttora esistenti, si ritiene di poter ragionevolmente affermare che l'Ente locale, anche affidando a terzi mediante gara la gestione della farmacia comunale, sarebbe in grado di assicurare ai cittadini/utenti/assistiti un servizio di qualità (112).

Ciò naturalmente a condizione che il bando della procedura ad evidenza pubblica enuclei i criteri di valutazione dell'offerta tecnica dando peso sia alla proposta di gestione della farmacia sia alla sua funzionalità secondo parametri

(110) Medesimi problemi si pongono nell'ipotesi in cui il Comune intendesse optare per la costituzione di un'azienda speciale.

Cfr. S. MONZANI, *L'evoluzione della disciplina in tema di gestione delle farmacie comunali*, in *L'Amministrazione Italiana*, 2011, n. 11, p. 1494.

(111) D. VALERIO, *La gestione societaria delle farmacie comunali tra crisi e opportunità*, 2012, in *www.filodiritto.com*. L'Autore riporta i dati di Federfarma (cfr. *www.federfarma.it*) e della Bancadati AIDA - Bureau Van Dijk (cfr. *www.aida.bvdep.com*) sulle società di capitali nel settore farmaceutico e invita, tra l'altro, a riflettere sulla circostanza che, da un lato, la forma societaria offrirebbe maggiori possibilità di accesso al credito, più flessibilità e maggiore capacità di rispondere alle domande e al dinamismo del mercato, dall'altro lato, istituire una società comporterebbe più alti costi, anche in termini di regolazione, e maggiori rischi finanziari per l'Ente locale.

(112) Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, Adunanza del 15 luglio 2009 – AS 563, in *www.agcm.it*.

che mirano a premiare l'efficienza del servizio e la sua capacità di tutelare la salute. Al contempo, bisognerebbe evitare di cadere nell'errore di "dare una patente di efficienza economica al meccanismo delle pubbliche gare" (113), in quanto la gara non offre di per sé la soluzione a tutti i mali.

Come evidenziato anche dai giudici amministrativi, il Comune dovrebbe riservarsi la possibilità di indirizzare e controllare le concrete modalità di espletamento stipulando un adeguato contratto di servizio con il gestore, che preveda, tra l'altro, idonei meccanismi sanzionatori in caso di inadempimento (114).

In proposito, va avvertito che l'individuazione delle sanzioni e la loro successiva applicazione deve essere improntata a prudenza, dal momento che, da un lato, penali troppo basse non riuscirebbero a svolgere un'efficace azione deterrente, dall'altro, penali troppo elevate risulterebbero poco credibili. Inoltre, la concreta esecuzione delle stesse potrebbe causare un sensibile peggioramento del clima di collaborazione tra concedente e concessionario.

Nel caso poi in cui si valuti se inserire nel contratto di servizio la sanzione più grave della risoluzione per inadempimento, va tenuto in debito conto la circostanza che avviare una nuova procedura per selezionare un contraente alternativo può rivelarsi costoso e che, quanto più alto è il costo di transazione che il concedente dovrebbe sopportare, tanto meno credibile risulterebbe la minaccia della risoluzione per il concessionario (115).

Si potrebbe allora puntare a collegare le possibilità di partecipare ad una gara alla qualità del servizio reso precedentemente. Si tratterebbe di non ammettere ad una procedura competitiva gestori che, in precedenza, nel periodo di erogazione del servizio, abbiano accumulato un numero di reclami superiore ad una certa soglia o non abbiano rispettato gli impegni contrattuali assunti con l'Amministrazione (116).

Le previsioni appena illustrate, vincolando il gestore privato all'esecuzione di prestazioni utili alla collettività ivi comprese le fasce più deboli della popolazione, sarebbero, a parere di chi scrive, idonee a prevenire il rischio di vanificare la *ratio* "pubblicistica" sottesa all'esercizio della prelazione comu-

(113) M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

(114) Sulla natura e le potenzialità del contratto di servizio, cfr. *ex multis* M. SEBASTIANI, *Il contratto di servizio*, in www.sipotra.it.

(115) È vero, peraltro, che l'Ente locale potrebbe rivolgersi all'impresa che sia risultata seconda nella procedura competitiva, risparmiando così il tempo e i costi necessari all'espletamento della nuova procedura selettiva. Peraltro, fermo restando che potrebbe non esserci un secondo classificato, si riscontrerebbero delle criticità anche in tal caso, perché si dovrebbe sospendere, sia pure per un breve periodo, il pubblico servizio.

(116) Cfr. in proposito le riflessioni di G.L. ALBANO, A. HEIMLER, M. PONTI, *Concorrenza, regolazione e gare nei servizi pubblici locali: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato concorrenza regole*, vol. 46, f. 1, 2014.

È chiaro, però, che, perché questi meccanismi possano operare efficacemente, bisognerebbe prevedere modalità corrette e condivise di misurazione della soddisfazione degli utenti/assistiti.

nale - ammesso che quest'ultimo sia effettivamente motivato da una valutazione della meritevolezza degli interessi in gioco (117) e dell'inadeguatezza del mercato nuova e diversa rispetto a quella che, come visto, determina *ab origine* la sottoposizione dell'attività farmaceutica al regime del servizio pubblico (118).

Non può, infatti, sottacersi che il fatto che i farmacisti privati concorrano con gli Enti locali alla costituzione di un'organizzazione strumentale di cui il servizio sanitario si avvale per erogare il servizio pubblico farmaceutico (119), significa che il legislatore ha già valutato l'idoneità dei privati, purché in possesso dei necessari requisiti professionali, a svolgere efficacemente il servizio di distribuzione dei farmaci, senza pregiudizi per la tutela del fondamentale diritto alla salute (120).

(117) Il Consiglio di Stato, nella citata sentenza n. 5587 del 2014, ha affermato che *“le esigenze di carattere sociale che nel tempo hanno determinato l'istituzione di numerose farmacie comunali sono state oggi (in gran parte) in concreto superate in numerosi comuni, che ritengono ancora utile l'istituzione (o la sopravvivenza) di farmacie comunali solo per ragioni meramente economiche”*.

In proposito, si osserva anche che la Corte dei conti (sez. controllo Regione Lombardia, parere n. 196/2009, in www.corteconti.it) ha chiarito che l'Ente locale deve comunque valutare l'assegnazione alla luce del necessario rispetto del patto di stabilità e delle limitazioni in ordine alla spesa del personale, gravando sull'ente l'obbligo di attenta valutazione dell'opportunità di tale scelta e dell'attuazione di modalità gestionali che assicurino equilibrio e solidità finanziaria anche in prospettiva.

(118) Riconducono ad un quadro unitario l'attività svolta dai farmacisti privati e quella delle farmacie sulle quali i Comuni abbiano esercitato il diritto di prelazione, dubitando anche della conformità alla normativa europea di tale *ius prelationis* D. DE GRAZIA, E MENICETTI, *Il “servizio farmaceutico” e le forme di gestione delle farmacie comunali*, cit.

(119) *“La posizione delle farmacie comunali non è significativamente diversa dalle altre”*: T.A.R. Umbria, 16 febbraio 2000, n. 142, cit; cfr. anche M. GOLA, *Farmacia e farmacisti*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1991, VI, p. 231 e ss.

(120) Cfr. Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ora Autorità Nazionale Anticorruzione, deliberazione n. 15 del 23 aprile 2014, cit.

La primazia negli organi collegiali pubblici: un tema da approfondire

Gabriele Pepe*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno collegiale nei suoi tratti distintivi - 2. La posizione di preminenza formale del presidente quale coordinatore dei lavori del collegio - 3. Ambito applicativo della primazia e suoi elementi caratterizzanti - 4. Le funzioni tipiche della primazia: Natura, tratti distintivi e vicende applicative - 4.1. Convocazione delle riunioni - 4.1.1. Omessa convocazione dell'adunanza a fronte della richiesta del prescritto numero di componenti - 4.2. Formulazione dell'ordine del giorno - 4.3. Direzione dei lavori - 4.4. Polizia delle sedute - 5. Gli episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti: Cause principali - 5.1. La contestuale posizione di organo monocratico del presidente - 5.2. Il possesso di specifici requisiti soggettivi per la preposizione all'ufficio presidenziale - 5.3. Le modalità di scelta del presidente - 5.4. L'assenza di un potere di revoca del presidente da parte dei componenti del collegio - 5.5. I poteri presidenziali di sovraordinazione.

1. Il fenomeno collegiale nei suoi tratti distintivi.

Ciascun organo collegiale identifica un congegno a struttura pluripersone attraverso il quale si realizza il ponderato esercizio di una pubblica funzione (1). Se è vero che ogni collegio si compone di più membri, non è altrettanto vero che ogni forma di plurisoggettività si identifichi necessariamente in un'istituzione collegiale; occorre in tal senso un *quid pluris* rinvenibile nella c.d. finalità deliberativa; tale requisito è in grado, infatti, di differenziare gli organi collegiali dai corpi meramente eligenti (2).

La *ratio* della collegialità si identifica nella "*presunzione che il bonum com-*

(*) Avvocato in Roma, Ricercatore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi.

Studio tratto dal volume "La primazia negli organi collegiali pubblici" di GABRIELE PEPE, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014 (Ricerche giuridiche - Collana diretta da A. CELOTTO, F. LIGUORI, L. ZOPPOLI).

(1) ARNDTS K.L., *Lehrbuch der Pandekten*, XIV ed., Stuttgart, 1850-1852, a cura della Pfoff, ed. Hofmann, trad. it. Serafini, IV ed., Bologna, 1887, p. 72. Con riferimento al numero minimo di componenti vige da sempre il principio del "*tres faciunt collegium*" che risale a Nerazio Prisco, (vedasi anche L. 16. 85 Dig., *De verborum significatione*, Marcello, 50,16) in base al quale ogni istituzione, per definirsi collegiale, deve essere formata, quantomeno al momento della sua costituzione, da un numero di componenti non inferiore a tre, preferibilmente in numero dispari. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 1962, n. 257, in *Foro amm.* 1962. Cons. Stato, sez. IV, 2 agosto 2011, n. 4573, in www.giustamm.it, secondo il quale "*duo non faciunt collegium*". *Contra* Cass. civ., sez. I, 22 novembre 2000, n. 15056, in www.cortedicassazione.it.

(2) Tipico esempio di corpo meramente eligente è dato dal corpo elettorale. Sul punto già PALMA L., *Corso di diritto costituzionale*, vol. II, II ed., Firenze, 1881, pp. 140-157. BRAUNIAS K., *Das Parlamentarische Wahlrecht*, vol. II, Berlin-Leipzig, 1932, pp. 127-131. FURLANI S., voce *Collegio elettorale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. III, Utet, 1959, p. 473. Ad ogni modo anche un organo collegiale può eccezionalmente svolgere un'attività eligente in occasione dell'elezione del proprio presidente.

mune, che in linea di principio la mano pubblica deve perseguire, sia meglio raggiunto dal confronto di più persone, che portando nelle determinazioni il frutto di esperienze e di visioni diverse, possono meglio interpretare il giusto" (3).

È convincimento diffuso che la collegialità, e più in generale la pluripersonalità, affondi le proprie radici già nel diritto romano (4). Il fenomeno collegiale si è successivamente sviluppato negli studi sulle collettività intese come associazioni e come enti, trovando poi nell'esperienza canonistica una delle elaborazioni più compiute (5). In special modo il sistema amministrativo italiano del XX sec. registra una significativa espansione degli organi collegiali (6) sino alla fine degli anni Novanta (7).

Il collegio, quale "*unità organica*", va tenuto distinto dalle singole persone che lo compongono, sicché la volontà collegiale, costituita dalla volontà della maggioranza, è autonoma dalle volontà dei singoli membri che ad essa concorrono (8). L'istituzione collegiale, infatti, è un'unità a sé, donde "*il collegio trascende e supera le persone che lo compongono, e vi si contrappone*" (9). Trattasi, pertanto, di una "*nuova entità volitiva*", di "*un corpo permanente e sempre identico malgrado il cangiare dei suoi membri*" (10).

Ogni istituzione collegiale si fonda sul principio canonistico dell'*unitas actus* ossia sulla triplice unità di tempo, luogo e azione di tutti i componenti (11), i quali possono correttamente operare solo ove simultaneamente riuniti per il perseguimento di una comune finalità deliberativa (12). Tra i caratteri

(3) CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, Istituto editoriale Regioni italiane, Roma, 2000, p. 21. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Tar Lazio, sez. II, 14 febbraio 1995, n. 172, in *Foro amm.* 1995, I, p. 1342.

(4) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. Secondo l'Autore una delle prime manifestazioni della collegialità nel diritto romano si rinviene nell'istituto giuridico del condominio che, a sua volta, mutua la propria disciplina dal c.d. *consortium* (fra *sui heredes*).

(5) Per un *excursus* storico del fenomeno collegiale dal diritto romano sino ai tempi moderni VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit.

(6) MIELE G., voce *Collegio amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, p. 471: "*Numerose e varie sono le apparizioni che il fenomeno della collegialità fa nell'organizzazione amministrativa dello Stato e degli altri enti pubblici, correlativamente al verificarsi di quelle esigenze cui si ritiene rispondente in via assoluta o relativa la struttura collegiale di un organo*". MARONGIU G., *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, op. cit.

(7) Il ridimensionamento degli organi collegiali in favore degli organi monocratici inizia con la l. 15 marzo 1997, n. 59 e prosegue successivamente con la l. 6 agosto 2008, n. 133.

(8) In dottrina, tra i primi, BRACCI M., *La proposta in diritto amministrativo: contributo allo studio delle manifestazioni di volontà della pubblica amministrazione*, Athenaeum, Roma, 1925.

(9) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit.

(10) GIERKE O., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.

(11) A riguardo VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit.

(12) Nell'odierno contesto storico il principio dell'*unitas actus* è realizzabile in diverse forme grazie all'utilizzo di nuove tecnologie che consentono la partecipazione a distanza dei componenti alle adunanze del collegio.

generali della collegialità è possibile annoverare, inoltre, la temporaneità dell'investitura e la non delegabilità della funzione (13).

In ogni collegio legislativo, amministrativo o giurisdizionale un ruolo fondamentale è rivestito dal presidente quale figura necessaria; nella attività di coordinamento orizzontale egli opera come *primus inter pares*, rivestendo una posizione di primazia dal contenuto tipico e indefettibile; del resto, al presidente sono conferiti peculiari poteri strumentali al corretto andamento delle riunioni. Tali poteri si identificano nelle funzioni amministrative di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute.

Un'importante classificazione distingue i collegi perfetti o reali (14) dai collegi imperfetti o virtuali. Nei collegi perfetti o reali è richiesta la partecipazione di tutti i componenti assegnati, sono istituiti membri supplenti (15) e risultano vietate forme di astensione al momento del voto; inoltre sono, di regola, composti da un numero dispari di componenti per scongiurare situazioni di parità nella votazione. A differenza dei collegi imperfetti o virtuali, non assolvono ad una funzione compositoria di interessi concorrenti ed antagonisti, essendo viceversa unico e predeterminato l'interesse da realizzare. Ad ogni modo, la distinzione tra collegi perfetti o reali e collegi imperfetti o virtuali non sembra avere particolari ricadute sulla figura organizzatoria della primazia (16).

Uno dei tratti qualificanti il fenomeno della collegialità si rinviene nel principio di reciproca equiordinazione di tutti componenti, cui l'ordinamento assegna eguali prerogative e funzioni sostanziali (17). In tale contesto ben si inquadra la

(13) *Ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 1997, n. 719, in *Cons. Stato* 1997, I, p. 783.

(14) In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 1961, n. 62, in *Foro amm.* 1961. Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 1961, n. 181, in *Foro amm.* 1961. Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 1987, n. 230, in *Cons. Stato* 1987. Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 543, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, tra i tanti, VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 88. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit.

(15) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1112, in www.giustizia-amministrativa.it. Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2007, n. 400, in www.giustamm.it. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3363, in www.giustizia-amministrativa.it.

(16) Infatti, la *summa divisio* tra collegi perfetti o reali e collegi imperfetti o virtuali non è idonea ad incidere sulle funzioni tipiche della primazia né sulla *vexata quaestio* della preminenza formale o anche sostanziale del presidente sugli altri componenti.

(17) Sul principio di uguaglianza che ispira le relazioni *infra-collegiali*, tra i tanti, ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L'organizzazione amministrativa*, op. cit. MIELE G., *Principii di diritto amministrativo*, II ed., Cedam, Padova, 1953, ristampa Cedam, Padova, 1966. DAGTOGLOU P., *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, op. cit. MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., op. cit., secondo cui nell'ambito di ciascun organo collegiale si rinverrebbero più persone "*chiamate (...) ad agire come unità, essendo la volontà dei singoli unificata nel collegio cui ogni membro partecipa in condizioni di parità e di inseparabilità*".

primazia, quale posizione di preminenza meramente formale, che si articola in una serie di funzioni di impulso e coordinamento, strumentali al corretto funzionamento del collegio; funzioni, dunque, di carattere esclusivamente procedurale che qualificano il presidente in termini di *primus inter pares* (18).

Quanto alla disciplina applicabile alle istituzioni collegiali, essa è in parte eteronoma, imposta cioè *ab externo* da norme legislative e in parte autonoma in quanto dettata dal collegio stesso nell'esercizio di una potestà regolamentare di tipo organizzatorio (19). Tuttavia, oltre ad una disciplina positivamente codificata, si rintracciano alcuni principi generalmente applicabili, anche nel silenzio del diritto positivo (20). In altre parole trattasi di principi inespressi ricavabili da un'interpretazione sistematico-deduttiva di discipline di settore e successivamente estesi attraverso un procedimento analogico a tutti gli organi collegiali (21). Questo fenomeno interessa, ad ogni modo, pochi principi api-

(18) VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit. CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit. CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., op. cit. FRANCHINI C., *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, II ed., op. cit. D'ORSOGNA M., *Le strutture organizzative*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, II ed., op. cit., pp. 43-46: "Il Presidente, infatti, è titolare di (ulteriori) poteri (strumentali) finalizzati al funzionamento del collegio e non a determinare il contenuto delle deliberazioni". SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 91: "I componenti hanno piena parità di diritti e doveri (...). Non costituisce eccezione il Presidente del collegio, in rapporto ai poteri strumentali (volti ad assicurare il funzionamento del collegio: convocazione, fissazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori) di cui è dotato, avendo egli, ai fini dell'assunzione delle delibere del collegio, la medesima posizione degli altri componenti".

(19) GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, I ed., Milano, 1981, II ed. agg. a cura di A. MIRABELLI CENTURIONE, op. cit., p. 56: "Non sempre le norme disciplinano in modo completo l'organizzazione dei collegi, ma è convincimento diffuso che, per principio, ogni collegio possa adottare regolamenti interni di organizzazione e di funzionamento". In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 1993, n. 1043, in *Cons. Stato* 1993, I, p. 1699.

(20) Per quanto concerne l'esistenza di principi apicali comuni a tutti gli organi collegiali GIANNINI M.S., *Recensione a L. Galateria, Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit., p. 206. L'Autore ritiene che "le regole giuridiche concernenti la struttura e l'azione degli organi collegiali non siano unitarie se non ai vertici, e quindi disciplinino una parte circoscritta della materia relativa; e che proseguano poi invece differenziandosi a seconda dei vari tipi di organi collegiali che si dovrebbero reperire".

(21) Ad esempio per la determinazione dei poteri presidenziali di direzione dei lavori o di polizia delle sedute possono trovare applicazione le disposizioni del Regolamento della Camera dei Deputati. Ciò non esclude ovviamente l'applicazione, concorrente o alternativa, di ulteriori e diverse discipline nei limiti di compatibilità con le peculiari caratteristiche di ciascun collegio. Con riferimento alla tematica della analogia giuridica, senza pretese di completezza, BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1938. GIANNINI M.S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941. BOSCARRELLI M., *L'analogia giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954. CAIANI L., voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958. GIANFORMAGGIO L., *L'analogia giuridica*, in *Studi senesi*, 1985. CARCATERRA G., voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988. ROMEO F., *Analogia: per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Cedam, Padova, 1990. MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2000. D'ALESSANDRO G., voce *Analogia*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006.

cali, essendo per il resto carente una disciplina organica del variegato mondo della collegialità pubblica (22).

2. La posizione di preminenza formale del presidente quale coordinatore dei lavori del collegio.

Nell'articolata famiglia delle figure organizzatorie la primazia è una figura di originale equiordinazione che si applica alle relazioni tra l'ufficio di presidente e l'ufficio di componente nell'ambito degli organi collegiali. A tali uffici interni sono preposte le persone fisiche del presidente e degli altri componenti. L'irrinunciabilità dell'ufficio presidenziale è testimoniata dalla previsione di meccanismi di sostituzione del presidente in caso di assenza o impedimento (23).

Il presidente è, altresì, membro semplice del consesso, venendo ad assumere, al contempo, la titolarità di due uffici secondo le regole proprie di ciascun ordinamento collegiale.

La *iuris figura* della primazia si esprime, in via ordinaria, in una posizione di preminenza meramente formale del presidente sugli altri componenti. Il ruolo di *primus inter pares* (24) si manifesta attraverso l'esercizio di alcune funzioni tipiche (convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute), teleologicamente orientate ad assicurare il funzionamento del collegio (25); funzioni che risultano, del resto, contrassegnate dalla strumentalità rispetto al corretto andamento dei la-

(22) CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit., p. 25. Secondo l'Autore "nell'ordinamento è sempre mancata una norma organica sulla collegialità". (...) *Le regole fondamentali più vicine ad una disciplina generale e sistematica erano quelle relative ai collegi degli organi di governo del Comune, il Consiglio Comunale e la Giunta contenuti nel T.U. della legge comunale del 1915. (...) Da tali disposizioni la giurisprudenza amministrativa aveva tratto le regole generali della collegialità, facendo sempre salve le eventuali disposizioni proprie del singolo collegio".* La normativa citata è stata sostituita dalla l. 142/1990 e successivamente dal D.lgs. 267/2000. "I principi contenuti nella legislazione comunale citata continuano a sopravvivere - oltre che come norma eventuale, in mancanza di specifica disciplina statutaria del funzionamento degli organi collegiali comunali (...) - come norma generale di riferimento per la collegialità, ove non sia diversamente disposto per il singolo collegio, sia da fonte esterna allo stesso, sia da fonte regolamentare interna".

(23) In proposito CIANFLONE A., *La supplenza nelle funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 52.

(24) Concordano, da ultimi, sull'adozione di tale espressione VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit. CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit., p. 76: "Il presidente ha ruolo di *primus inter pares* e funzione di indire le riunioni dell'organo, redigendone l'ordine del giorno con la scelta degli argomenti da portarne all'esame e alla discussione, oltre che di convocarne le sedute. (...) Il presidente ha di solito anche la polizia delle sedute, dando o togliendo la parola ai componenti e disciplinando l'andamento della discussione e delle votazioni". CAVALLO B., *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, op. cit., p. 185: "Ed ecco, da ultimo, la particolarissima figura del presidente: generalmente è un *primus inter pares*, eletto dai membri del collegio, con la specifica mansione di assicurare il regolare funzionamento dell'ufficio, operando al riguardo mediante la convocazione dello stesso, con la predisposizione delle sedute, ovvero delle sinonime adunanze, in cui deliberare una serie di pratiche, la cui articolazione è definita nell'ordine del giorno".

vori nonché dalla natura formale-procedurale che le rende, normalmente, inidonee ad incidere sull'autonomia decisionale degli altri componenti.

Il significato giuridico della primazia si discosta dal valore ad essa attribuito nel linguaggio comune ove le viene riconosciuto il diverso significato di "preminenza", "supremazia", "superiorità", derivando dal latino medioevale "primatia" (m) da "primus-primatis" (primate) (26).

Apparentemente il concetto di primo tra pari sembra essere contraddittorio (27). Se vi è un primo (il presidente) gli altri componenti vengono dopo di lui (secondo, terzo), ciò denotando una differenziazione inconciliabile, *prima facie*, con l'asserita posizione paritaria di tutti i membri del consesso. Tale diversità è poi accentuata dall'attribuzione al presidente di poteri eterogenei (anche se strumentali) rispetto agli altri componenti, che ne contrassegnano ruolo ed attività.

In realtà, la primazia, quale posizione di preminenza formale del presidente sugli altri membri, non può essere adeguatamente compresa senza una previa analisi delle relazioni *infra*-collegiali.

Gli organi collegiali sono composti, di regola, da una pluralità di persone fisiche, titolari dell'ufficio di componente semplice. A fronte dell'identità del titolo di investitura, i membri del consesso vengono a collocarsi in una posizione di reciproca pariordinazione, donde il riconoscimento in capo a ciascuno di essi di eguali prerogative sostanziali (28). A prima vista una simile impostazione dei rapporti collegiali rischierebbe di pregiudicare il funzionamento del consesso, qualora non si attribuisse ad uno dei membri un'autonomia e distinta potestà di coordinamento dei lavori; a questo specifico ruolo è preposta la figura del presidente cui viene conferita, necessariamente, una posizione di

(25) In argomento VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. Secondo l'Autore "la posizione del presidente, essendo funzionalmente diversa rispetto a quella degli altri componenti il collegio, sostanza delle potestà, che con formula organizzatoria possono anche essere definite come di primazia, finalizzate a permettere il funzionamento del collegio". (...) Inoltre "tale posizione comporta dei poteri che attengono al funzionamento e non alla determinazione della volontà del collegio".

(26) Nell'odierno contesto storico la locuzione primazia al di fuori della collegialità è utilizzata in tutt'altro significato per descrivere, generalmente, la prevalenza delle fonti giuridiche dell'ordinamento europeo sulle fonti giuridiche degli ordinamenti nazionali.

(27) In proposito PETTITI D., *Note sul presidente dell'Assemblea di società per azioni*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Cedam, Padova, 1965, p. 1487: "La formula *primus inter pares* è intimamente contraddittoria: pariteticità e priorità nella pariteticità (o primazia, come è stata chiamata) appaiono infatti concetti contrapposti, seppure in grado minore di quanto avvenga nella relazione pariteticità-subordinazione".

(28) *Contra* PICCIONE A., *Regole della collegialità*, in *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Dike, Roma, 2010, pp. 227-228: "Non è vero sino in fondo che il collegio deve essere sempre composto da soggetti in posizione paritaria. Infatti, talvolta il presidente dispone di poteri propri che ineriscono non solo alla conduzione e al buon andamento dei lavori, ma anche all'assunzione della decisione finale, cioè alla trasformazione delle plurime volontà in un atto di paternità dell'organo collegiale. Inoltre, non sono rari i casi di collegi in cui taluni membri mancano di alcuni diritti o facoltà e, tuttavia, devono considerarsi senz'altro componenti".

primazia al fine di assicurare il corretto svolgimento dell'*iter* collegiale (29).

È d'obbligo, a questo punto, domandarsi se tali poteri presidenziali rappresentino un *quid pluris* oppure, viceversa, un *quid aliud* rispetto ai poteri assegnati agli altri membri del consesso. Accedendo alla prima tesi sarebbe difficile non riconoscere al presidente una posizione di sovraordinazione, per la maggior ampiezza delle funzioni a lui conferite.

Da preferirsi è, viceversa, l'orientamento che conferisce al presidente funzioni differenti, per tipologia e finalità, dalle funzioni spettanti a ciascun componente. All'obiezione secondo la quale da tale differenziazione discenderebbe la rottura delle relazioni di equiordinazione, è possibile rispondere argomentando come siffatte funzioni rivestano natura formale, procedimentale, e strumentale al corretto ed efficace svolgimento dei lavori; esse non incidono in modo sostanziale sulla formazione della volontà collegiale e sulla autonomia degli altri componenti. Del resto, la posizione di primazia o di *primus inter pares* ricoperta dal presidente esprime una posizione di mera priorità tra pari, necessaria per il soddisfacimento della finalità deliberativa. Diversamente, ove in un collegio, pubblico (30) o privato (31), non si attribuissero al presidente tali peculiari funzioni, la pariordinazione di tutti i componenti condurrebbe, certamente, alla paralisi dei lavori (32).

(29) FRANCHINI C., *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, II ed., op. cit. Ad avviso dell'Autore si ha primazia "quando tra più organi od uffici posti in una situazione paritaria ve ne è uno che, per taluni fini particolari, assume una posizione prevalente: è il caso, tra gli altri, del presidente di un collegio, il quale, oltre ad avere gli stessi poteri degli altri membri, ne ha anche altri, più specifici, quali quelli di convocazione, di ordine e di direzione dei lavori". VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit.

(30) In dottrina, recentemente, PICCIONE A., *Regole della collegialità*, in *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, op. cit., p. 247: "L'esistenza di un presidente in ogni collegio amministrativo è un fatto necessario. Di più: non esiste organo collegiale nel nostro ordinamento il cui statuto non preveda la figura presidenziale". In giurisprudenza trattasi di un principio da sempre pacifico; (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 1975, n. 573, in *Foro amm.* 1975).

(31) Pur nella consapevolezza delle differenze intercorrenti tra la collegialità pubblica e la collegialità privata, occorre ricordare l'esistenza di taluni principi apicali comuni a qualsivoglia collegio. Tra questi si annovera il principio di indefettibilità dell'ufficio di presidente cui spettano funzioni strumentali all'ordinato svolgimento delle sedute. Con riferimento alla figura del presidente di Assemblea nelle società per azioni SALANITRO N., *Il presidente dell'assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. soc.* 1961. SCOTTI CAMUZZI V., *I poteri del presidente di assemblea di società per azioni*, in *Riv. int. sc. econ. e comm.* 1963. PETTITI D., *Note sul presidente dell'Assemblea di società per azioni*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, op. cit., p. 1477. PACIOTTI V., *Osservazioni intorno alla natura e funzioni del presidente dell'assemblea*, in *Temi*, 1966. MALATESTA LAURINI A., *Il presidente di assemblea di società per azioni*, Napoli, 1988. MORANO A., *Il presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Le società 2000*. LAURINI G., *Poteri e responsabilità nella formazione delle delibere assembleari*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2003. MASSA FELSANI F., *Il ruolo del presidente nell'assemblea della s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2004. ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005.

(32) TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit., p. 46, secondo il quale "chi si distacca fondamentalmente dagli altri componenti, pure rimanendo sotto vari aspetti ad essi parificato, è il presidente. (...) Al presidente mette praticamente capo l'organizzazione del collegio, elemento indispensabile per il funzionamento di quest'ultimo".

Da tali considerazioni emerge chiaramente come la figura organizzatoria della primazia rappresenti un congegno giuridico idoneo ad assicurare impulso, regolarità ed efficacia al procedimento collegiale, permettendo altresì di superare momenti di paralisi o di conflitto pregiudizievoli per l'attività deliberativa del consesso.

3. *Ambito applicativo della primazia e suoi elementi caratterizzanti.*

È d'obbligo, a questo punto, focalizzare l'attenzione sull'ambito applicativo della primazia nonchè sui suoi elementi caratterizzanti, evidenziandone i principali aspetti.

L'ambito applicativo della primazia risulta circoscritto negli organi collegiali pubblici alle relazioni tra presidente e componenti; d'altronde la primazia, quale figura di originale equiordinazione, ricomprende nel proprio nucleo le sole prerogative esercitate dal presidente quale coordinatore delle sedute; prerogative che, normalmente, non incidono, se non in via riflessa, sull'autonomia degli altri componenti e sul contenuto della decisione finale.

La primazia si concilia, così, perfettamente con il principio della parior-dinazione di tutti i componenti; una parior-dinazione che, non traducendosi in una perfetta uguaglianza di poteri, tollera una differenziazione delle funzioni presidenziali per assicurare il corretto svolgimento dei lavori.

Tali funzioni, a carattere amministrativo-discrezionale, si identificano generalmente nella convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute. Due elementi ne plasmano in profondità struttura e obiettivi: Da un lato, la natura strettamente formale-procedurale, dall'altro, il vincolo teleologico che ne orienta l'esercizio al fine di garantire il funzionamento delle adunanze (33).

Il primo ed il secondo elemento evidenziano l'inidoneità di tali funzioni ad incidere in modo sostanziale sulla formazione della volontà collegiale, con ricadute sull'autonomia degli altri componenti; del resto, anche ove lo svolgimento dei compiti di *primus inter pares* sfoci in provvedimenti a contenuto

(33) Sulla strumentalità dei poteri del presidente in seno agli organi collegiali GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit.: "Il presidente cumula una duplice funzione: come membro del collegio ha le attribuzioni di tutti gli altri componenti, come presidente risulta titolare dei poteri strumentali necessari per lo svolgimento dell'attività dell'ufficio collegiale". CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit. CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, op. cit.: "Il presidente di un collegio ha gli stessi poteri degli altri membri ma in più ne ha alcuni strumentali". D'ORSOGNA M., *Le strutture organizzative*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, II ed., op. cit., p. 46: "Il Presidente è titolare di (ulteriori) poteri (strumentali) finalizzati al funzionamento del collegio e non a determinare il contenuto delle deliberazioni". SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit., p. 91.

decisorio, ciò accadrà con il solo obiettivo di risolvere situazioni di *impasse* o di conflitto pregiudizievoli per il soddisfacimento della finalità deliberativa. La natura formale-procedurale e strumentale dunque, orienta e al contempo limita l'esercizio delle funzioni del presidente quale *primus inter pares*.

Conseguentemente, le funzioni che connotano in senso tipico la *iuris figura* della primazia sono in grado di esprimere una posizione di preminenza formale del presidente nell'alveo di una relazione di equiordinazione con gli altri componenti del collegio.

4. Le funzioni tipiche della primazia: Natura, tratti distintivi e vicende applicative.

La figura organizzatoria della primazia esprime in ciascun organo collegiale pubblico una relazione di originale equiordinazione tra l'ufficio di presidente e gli uffici di componente.

La peculiarità di questa *iuris figura* risiede in ciò, che nonostante la reciproca pariordinazione tra tutti i membri sono attribuiti all'ufficio presidenziale specifici e distinti poteri che ne diversificano ruolo e funzioni (34); poteri di coordinamento orizzontale che incasellano, tuttavia, il presidente in una posizione di preminenza meramente formale rispetto agli altri componenti.

Tale apparente disuguaglianza non altera, del resto, lo schema della primazia quale figura di originale equiordinazione, poiché, in via ordinaria e salvo eccezioni, le funzioni esercitate dal presidente risultano strumentali al corretto svolgimento dei lavori e non incidono, in modo sostanziale, sull'autonomia decisionale degli altri componenti. In altri termini il contenuto tipico della primazia si articola in una serie di funzioni che, di regola, non trascendono in poteri sostanziali di merito tali da condizionare la libera formazione della volontà collegiale. Esclusivamente all'interno di questi confini il presidente può considerarsi un *primus inter pares*, con compiti di mero impulso e coordinamento dei lavori.

Come visto, non tutte le prerogative del presidente sono idonee ad iscriversi nella figura giuridica della primazia, ma solo un ristretto numero di esse (35); tali funzioni si identificano, più precisamente, nella convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute; le si analizzerà partitamente nel prosieguo.

(34) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit. CROSETTI A., voce *Organi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, pp. 460 e ss., spec. p. 467: "La funzione di presidenza assicura l'osservanza delle leggi e garantisce l'ordine e la regolarità dell'attività collegiale, con appositi atti posti in essere prima e dopo le riunioni del collegio (fissazione dell'ordine del giorno, convocazione, discussione, votazione, firma dei verbali, ecc.). Spesso i presidenti degli organi collegiali dispongono altresì di una posizione e competenza propria come organo individuale e autonoma rispetto agli altri organi (v. *Presidente del Consiglio dei Ministri, Presidente della Giunta regionale ecc.*)".

Occorre a questo punto interrogarsi sulla natura, discrezionale o vincolata, di tali funzioni, poiché dalla risposta fornita al quesito discende l'individuazione di differenti rimedi in caso di patologia.

Preme innanzitutto evidenziare come nell'ambito di tutti i collegi pubblici le funzioni che connotano in senso tipico il contenuto della primazia presidenziale abbiano normalmente carattere discrezionale; e ciò a prescindere dalla natura legislativa, amministrativa o giurisdizionale dell'organo collegiale in rilievo. L'esercizio di tali funzioni è, conseguentemente, caratterizzato da margini più o meno ampi di scelta, necessari per assicurare il buon andamento dei lavori. Poiché una perfetta e simmetrica pariordinazione tra tutti i componenti rischierebbe di pregiudicare la piena funzionalità del consesso, è necessario riconoscere al presidente particolari poteri di valutazione e decisione in vista del perseguimento della finalità deliberativa.

La discrezionalità presidenziale si configura, pertanto, quale ordinario ed indispensabile modo d'essere delle funzioni tipiche della primazia; una discrezionalità che risulta, comunque, presidiata da vincoli e cautele, diversi di collegio in collegio, che ne circoscrivono ambito ed intensità applicativa, per scongiurare forme di incondizionata libertà ed assoluto arbitrio da parte del presidente (36). Ad ogni modo l'*ubi consistam* della discrezionalità si identifica, pur sempre, in un ambito di scelta e di ponderazione (37), generalmente non sindacabile dal collegio, dai suoi componenti né da altri organi, in assenza di espresse disposizioni di diritto positivo (38).

(35) È possibile inferire per deduzione da alcuni ordinamenti collegiali taluni principi di carattere generale, applicabili analogicamente a tutti i consessi pubblici. Uno di essi è il principio della necessaria istituzione dell'ufficio presidenziale, quale ufficio deputato al coordinamento orizzontale delle attività del collegio; fa da corollario a tale principio il riconoscimento in capo al presidente di una posizione di primazia o di preminenza formale, che si esprime attraverso alcune funzioni amministrative tipicamente predeterminate. Tali funzioni sono esperibili da ogni presidente anche in assenza di una puntuale disposizione di diritto positivo.

(36) In proposito VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, op. cit., p. 45, secondo cui la discrezionalità nell'esercizio delle funzioni presidenziali non deve significare "mero arbitrio, ma, al contrario, possibilità di scegliere - secondo raziocinio, prudenza ed efficienza - nell'ambito delle regole date". Più in generale sui limiti della funzione amministrativa PIRAINO S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Giuffrè, Milano, 1990.

(37) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 156, secondo cui il legislatore "talvolta interviene disponendo che l'iniziativa debba essere presa dal solo presidente, che può valutare l'opportunità della riunione, e non dai singoli componenti che non sono ad essa legittimati (ad es. nei collegi di contitolari di competenze)". ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, op. cit., pp. 45 e 49: "Non può certo dubitarsi che per l'assolvimento delle sue mansioni gli sia attribuita una certa sfera di discrezionalità" (...). Il presidente, infatti, "attinge le proprie prerogative dall'ordinamento" e per tale motivo "può ribadirsi che autonomia e discrezionalità costituiscono i caratteri portanti della sua funzione".

(38) È evidente come l'esigenza di funzionalità del consesso postuli il riconoscimento in capo al presidente di un margine di discrezionalità nell'assolvimento dei compiti tipici della posizione di primazia. Ciascun ordinamento collegiale può, tuttavia, modulare la discrezionalità presidenziale, restrin-

Non è escluso, tuttavia, che i vari ordinamenti collegiali introducano prescrizioni così stringenti da vincolare l'esercizio di talune funzioni presidenziali, azzerando conseguentemente qualsivoglia margine di discrezionalità. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di autoconvocazione in cui dalla richiesta vincolante di un *tot* numero di componenti (39) discenda in capo al presidente l'obbligo di convocazione dell'adunanza. In tali fattispecie, dunque, il presidente, non esercitando alcun potere discrezionale, sarà tenuto conseguentemente a convocare il consesso, in ragione della natura vincolata del relativo atto amministrativo (40).

Con particolare riferimento alle attività amministrative vincolate si pone la *vexata quaestio* dei rimedi esperibili a fronte dell'illegittima inerzia del presidente. La tematica risulta di palpitante attualità sia in ambito teorico sia in sede applicativa, data la frequente assenza di espliciti rimedi in diritto positivo (41). Infatti molti ordinamenti collegiali, pur prevedendo atti vincolati, non

gendola od ampliandola, in ragione della natura dell'organo e delle finalità perseguite. Può accadere, ad esempio, che siano previste forme di condivisione di una funzione tra presidente, collegio e componenti, con l'individuazione espressa di appositi strumenti tesi alla risoluzione di eventuali conflitti. (In proposito GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. II, op. cit., p. 184. Le norme di ciascun ordinamento collegiale possono prevedere "eventuali rimedi allo strapotere del Presidente sia attribuendo ai componenti del collegio il potere di appellarsi contro alcune sue decisioni al collegio stesso e sia dividendo l'esercizio di alcuni poteri tra questi ultimi e il Presidente"). Viceversa, a fronte del silenzio della normativa vigente, l'ampia discrezionalità delle funzioni che connotano la primazia non consente, se non in casi particolari, forme di sindacato o controllo sugli atti del presidente.

(39) ORLANDO V.E., voce *Consiglio comunale*, in *Dig. it.*, Torino, 1895-1898. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. LA TORRE M., *Il Comune in regime democratico: studi e questioni in materia d'amministrazione locale*, Firenze, 1953. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, op. cit., p. 16: "Ora, se le richieste di convocazione non avessero effetto vincolante, il fine per cui sono state espressamente previste dal legislatore sarebbe pienamente frustrato in quanto l'organo cui esse sono dirette potrebbe a suo arbitrio continuare nel suo comportamento negativo diretto ad evitare o ritardare la convocazione del collegio". GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., pp. 157-158: L'efficacia vincolante della richiesta "si desume dalle disposizioni legislative che di volta in volta la prevedono. Queste infatti hanno lo scopo di porre un rimedio alla negligenza del presidente del collegio, al quale la richiesta è rivolta; e tale scopo non potrebbe essere raggiunto se non si riconoscessero gli effetti vincolanti. Perciò il presidente non è libero di accogliere o non accogliere la richiesta, ma deve provvedere in conformità, con la possibilità di impugnativa nel caso di provvedimento difforme".

(40) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. II, op. cit., p. 194: "Le funzioni presidenziali si possono distinguere in vincolate o discrezionali ed in funzioni esercitabili su sua iniziativa o su richiesta".

(41) Rappresentano un'eccezione i Consigli comunali e provinciali; in proposito l'art. 39 co. II del D.lgs. 267/2000 testualmente recita: "Il presidente del consiglio comunale o provinciale è tenuto a riunire il consiglio, in un termine non superiore ai venti giorni, quando lo richiedano un quinto dei consiglieri, o il sindaco o il presidente della provincia, inserendo all'ordine del giorno le questioni richieste". Aggiunge poi il co. V che "in caso di inosservanza degli obblighi di convocazione del consiglio, previa diffida, provvede il prefetto", quale organo preposto al controllo degli enti locali. Trattasi di una delle poche disposizioni sulla collegialità che prevede un espresso rimedio contro l'omissione del presidente nell'ipotesi di richiesta (vincolante) di convocazione da parte del prescritto numero di componenti.

prescrivono, contestualmente, alcuno strumento idoneo a contrastare il silenzio presidenziale. È evidente, tuttavia, come in omaggio ai principi di *par condicio* e di preminenza solo formale del presidente, un rimedio debba pur desumersi dal sistema della collegialità attraverso un'esegesi logico-sistematica dalle norme, scritte e non, che ne governano il funzionamento. Qualora, viceversa, non si ritenesse necessario individuare alcun rimedio in ipotesi di omissione, si dovrebbe coerentemente sostenere la sovraordinazione dell'ufficio presidenziale rispetto all'ufficio di membro semplice del collegio; una soluzione profondamente in contrasto con i principi che disciplinano il fenomeno collegiale. Si rinvia al prosieguo della trattazione una più approfondita disamina dei rimedi ammissibili.

4.1. Convocazione delle riunioni.

È convincimento diffuso che la convocazione, quale atto idoneo ad attivare l'*iter* collegiale, debba contenere l'invito a partecipare alle sedute per la discussione e votazione degli argomenti all'ordine del giorno (42). Del resto, tale atto di impulso consente l'introduzione degli interessi da ponderare e graduare ai fini della scelta deliberativa.

In ciascun organo collegiale la convocazione delle adunanze rappresenta una delle funzioni generali (43), a contenuto discrezionale, attraverso cui si manifesta la posizione di primazia o preminenza formale del presidente. Tale funzione, per la sua natura formale e per la strumentalità rispetto al buon andamento dei lavori, non è idonea ad incidere in modo sostanziale sulla formazione della volontà collegiale né sull'autonomia decisionale degli altri componenti (44).

Normalmente la convocazione è atto del presidente anche se "*talora essa è operata dalla legge*" mentre altre volte "*spetta a terzi, o iure proprio o per surrogazione*"; sono, d'altronde, queste ultime "*le possibili varietà della c.d.*

(42) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, op. cit., p. 1. MIELE G., voce *Adunanza*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Utet, Torino, 1957. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., pp. 155 e ss. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 245. VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit.

(43) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 155: Secondo l'Autore il principio della convocazione è un principio consustanziale al fenomeno stesso della collegialità; le regole particolari che disciplinano la convocazione "*sono così insite e immanenti nella attività deliberante compiuta da una pluralità di persone (collegio)*" e "*possono definirsi regole naturali della convocazione. Esistono infatti a prescindere da qualsivoglia riconoscimento legislativo, il quale, se ricorre, è rivolto soltanto a delimitarle e a disciplinarle in relazione alle varie categorie dei collegi o in rapporto a un particolare collegio*".

(44) A ben vedere, poi, tra le varie funzioni che connotano in senso tipico la figura organizzatoria della primazia la convocazione sembra essere tra le meno incisive, sia perché antecedente alla riunione del collegio sia perché spesso riconosciuta, in via concorrente, anche a soggetti diversi dal presidente (il legislatore, altre autorità, un prescritto numero di componenti).

eteroconvocazione" (45). La funzione di convocazione può, dunque, essere riconosciuta al presidente ora in modo esclusivo ora in concorso con altre figure soggettive (46). Mentre le forme di eteroconvocazione sono oggetto di previsione tassativa (47) in base al principio di autonomia degli organi collegiali, assumono viceversa carattere generale *"le forme di intraconvocazione, nelle quali il potere di convocazione compete a membri facenti parte dell'organo"* (48) e, segnatamente, al presidente che viene a trovarsi in una posizione di primazia formale rispetto agli altri componenti. Una speciale tipologia di intraconvocazione è, poi, la c.d. autoconvocazione (49) che si verifica nell'ipotesi in cui la seduta debba convocarsi su richiesta di un prescritto numero di componenti. In caso, poi, di omissione del presidente, nel silenzio del diritto po-

(45) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 245.

(46) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 156: Il legislatore *"talvolta interviene disponendo che l'iniziativa vada esercitata previo accordo e non isolatamente, intendendo così limitare la valutazione dell'opportunità della riunione, nel senso di non affidarla a un solo componente ma ad un gruppo di componenti, d'accordo tra di loro (così ad es. nei Consigli comunale e provinciale, i consiglieri possono richiedere la convocazione se raggiungono il numero di un terzo); talvolta interviene disponendo che l'iniziativa debba essere presa dal solo presidente, che può valutare l'opportunità della riunione, e non dai singoli componenti che non sono ad essa legittimati"*.

(47) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 156: *"In determinati collegi, e per soddisfare particolari esigenze, la convocazione può essere sollecitata anche da soggetti estranei. Quando ciò ricorre, lo si desume dal diritto positivo o dai principi speciali di un determinato ordinamento: talvolta lo stesso legislatore stabilisce la data della riunione se si tratta di collegi che svolgono attività di particolare interesse per la vita, politica o amministrativa, della collettività (...); talvolta l'ente o l'organo che hanno provveduto alla costituzione del collegio, nominando i relativi membri, possono prendere l'iniziativa fino a quando il presidente viene designato (...); talvolta l'organo che esercita il controllo sul collegio si sostituisce al presidente nel convocare l'assemblea alla quale sottopone affari di particolare importanza"*.

(48) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, op. cit., p. 6.

(49) A riguardo VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 246: *"Meno chiara è la vicenda della autoconvocazione, che è l'unica ipotesi possibile - oltre quella normale della convocazione presidenziale - di intraconvocazione. L'autoconvocazione, si dice, avviene a richiesta di un certo numero di membri; l'atto del gruppo di componenti del collegio può però configurarsi sia come richiesta in senso proprio, seguita da un atto vincolato del presidente (nel qual caso in carenza di tale atto non dovrebbe ritenersi possibile la regolare costituzione del collegio), sia come atto di convocazione autosufficiente a tale effetto (nel qual caso esso è mal definito richiesta), eventualmente seguito da un atto di accertamento o di comunicazione del presidente"*. Contra VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 117: *"Taluno parla in tal caso di un'autoconvocazione del collegio, ma sembra un'espressione inesatta, perché occorre insomma sempre la convocazione formale ad opera della presidenza e soltanto questa può essere a ciò costretta dalla domanda di un certo numero di membri. Certo è che con questo sistema si dà il mezzo ai membri del collegio, quando raggiungono un certo numero, di porre in moto colla loro istanza l'attività del collegio, onde il collegio non è, per così dire, un corpo inerte che attenda ogni iniziativa dall'infuori di esso, ma ha un interno congegno che ne permette la convocazione allorché il bisogno ne sia sentito dai suoi componenti"*. Del medesimo avviso MANNINO A., *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 92-93. GALATERIA L. - STIPO M., *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., op. cit. In giurisprudenza in senso conforme già Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 1955, n. 319, in *Cons. Stato* 1955.

sitivo, occorrerà individuare nel sistema uno o più rimedi surrogatori, attivabili su istanza degli interessati (50). Infatti, anche se in questa fattispecie l'atto di convocazione ha caratteri vincolati, l'intermediazione del presidente appare comunque necessaria, non potendo i componenti sostituirsi a lui direttamente, salvo disposizioni di segno contrario.

L'atto di convocazione deve contenere l'indicazione di data, luogo e argomenti della riunione (51) al fine di consentire un'informata partecipazione a tutti i componenti del consesso. Salvi i casi di convocazione *ex lege* (52) o di richiesta vincolante di quota parte del collegio, la determinazione di ciascuno di tali elementi è rimessa necessariamente alla valutazione discrezionale, ancorché congrua e ragionevole, del presidente. L'atto di convocazione va, infine, tenuto concettualmente distinto dall'avviso di convocazione (53).

4.1.1. Omessa convocazione dell'adunanza a fronte della richiesta del prescritto numero di componenti.

Come visto, le funzioni tipiche della primazia presidenziale hanno natura amministrativa e carattere discrezionale. Ciononostante ogni ordinamento collegiale può, con disposizione espressa ed al ricorrere di prescritte condizioni, renderne vincolato l'esercizio. Si pensi all'ipotesi in cui il presidente, a fronte

(50) Non sempre risulta agevole, a causa del ricorrente silenzio della normativa vigente, individuare l'organo, esterno o interno, giurisdizionale o para-giurisdizionale, competente a sostituire il presidente nella convocazione dell'adunanza e nella fissazione del relativo ordine del giorno. La questione presenta profili problematici, in quanto l'intromissione di un organo esterno rischia di compromettere l'autonomia del collegio e, più in generale, dell'istituzione in cui esso è incardinato.

(51) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 115: Secondo l'Autore "quanto al tempo di convocazione pei collegi pubblici v'è il sistema delle sessioni".

(52) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 114: "Vi sono legislazioni le quali in taluni casi ammettono una convocazione ipso iure, cioè fissano il tempo, il luogo e l'oggetto della riunione del collegio, indipendentemente dalla necessità di un apposito atto". In queste ipotesi un eventuale atto di convocazione del presidente avrà valore meramente ricognitivo. Con precipuo riferimento alle Assemblee parlamentari, in caso di convocazione di diritto di una Camera (art. 62 co. I Cost.) oppure nell'ipotesi di convocazione straordinaria dell'altra Camera (art. 62 co. II e co. III Cost.) "spetta al presidente della assemblea (...) l'iniziativa della convocazione, per la quale tuttavia possono sussistere vincoli formali nell'an, nel tempus e negli argomenti da trattare" (CIAURRO G.F., voce *Ordine del giorno*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1022). In argomento anche LONGI V., voce *Convocazione della Camera*, in *Rass. parlam.*, I, 1959. ARGONDISSO D., *Sull'autoconvocazione in senso stretto*, in *Forum quad. cost.*, 2006. DI CESARE R., *Convocazione straordinaria e convocazione di diritto delle Camere*, in *Forum quad. cost.*, 2006.

(53) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 159. Più in generale sulla comunicazione degli atti amministrativi DANIELE N., *L'atto amministrativo recettizio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 1953. OTTAVIANO V., *La comunicazione degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1953. Secondo l'Autore "la comunicazione si pone quindi come atto autonomo rispetto a quello comunicato e che ha perciò una sua propria rilevanza giuridica da cui discendono effetti diversi da quelli prodotti dall'atto oggetto della comunicazione". GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, Milano, 1959. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi: uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, Giuffrè, Milano, 1996.

della richiesta di convocazione avanzata da un determinato numero di componenti, sia obbligato dalla normativa vigente a convocare il consesso (54), previo controllo formale di legittimità della richiesta (55). Può accadere in concreto che il presidente, pur essendovi giuridicamente tenuto, ometta il compimento dell'atto (vincolato) di convocazione (56), dando vita ad una disfunzione amministrativa (57), idonea a paralizzare l'attività del collegio.

Tale fattispecie si inquadra, a pieno titolo, nel più ampio fenomeno della c.d. autoconvocazione dell'organo collegiale. Una dottrina (minoritaria) opina nel senso che tale locuzione ricomprendrebbe non solo ipotesi di convocazione ad opera del presidente ma anche casi di convocazione diretta da parte di una frazione di componenti (58). Una soluzione che, ad un attento esame, si palesa

(54) VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit.: *"Il potere di convocare il collegio spetta di regola al presidente, che è peraltro sovente tenuto ad effettuarla ove lo richieda un certo numero di membri"*.

(55) Trattandosi di atto vincolato, il controllo del presidente deve circoscriversi ad una verifica di mera legittimità formale riguardante: La sussistenza del *quorum* prescritto per la richiesta di convocazione; la competenza del collegio a discutere degli argomenti inseriti all'ordine del giorno. Ogni altra valutazione è preclusa, sicché il presidente potrà legittimamente non convocare nelle sole ipotesi in cui la richiesta provenga da un numero di soggetti inferiore al numero minimo prescritto o vengano inseriti all'ordine del giorno argomenti ultronei rispetto alle attribuzioni del collegio.

(56) La vincolatezza dell'atto presidenziale di convocazione, a fronte della richiesta del prescritto numero di componenti, trae conferma da locuzioni quali *"il presidente deve"*, *"il presidente è tenuto"*, *"il presidente convoca"*. Sul punto già GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., pp. 157-158 secondo cui la natura vincolata della richiesta discende dallo scopo *"di porre un rimedio alla negligenza del presidente del collegio, al quale la richiesta è rivolta; e tale scopo non potrebbe essere raggiunto se non si riconoscessero gli effetti vincolanti. Perciò il presidente non è libero di accogliere o non accogliere la richiesta, ma deve provvedere in conformità, con la possibilità di impugnativa nel caso di provvedimento difforme"*. Più in generale sulla richiesta con efficacia vincolante SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940.

(57) Sull'omesso o cattivo esercizio delle funzioni amministrative GASPARRI P., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Zuffi, Bologna, 1956.

(58) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 246: *"Meno chiara è la vicenda della autoconvocazione, che è l'unica ipotesi possibile - oltre quella normale della convocazione presidenziale - di intraconvocazione. L'autoconvocazione, si dice, avviene a richiesta di un certo numero di membri; l'atto del gruppo di componenti del collegio può però configurarsi sia come richiesta in senso proprio, seguita da un atto vincolato del presidente (nel qual caso in carenza di tale atto non dovrebbe ritenersi possibile la regolare costituzione del collegio), sia come atto di convocazione autosufficiente a tale effetto (nel qual caso esso è mal definito richiesta), eventualmente seguito da un atto di accertamento o di comunicazione del presidente"*. MAZZIOTTI DI CELSO M., voce *Parlamento (principi generali e funzioni)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 777: *"In caso di inerzia del Presidente, la convocazione potrebbe avvenire per iniziativa - tale è la parola espressamente usata dalla Costituzione - dei soggetti cui essa attribuisce questo potere. Un argomento che viene confermato anche dal Regolamento della Camera che riproduce il testo dell'art. 62 Cost.: si risolverebbe il problema con una forma di autoconvocazione diretta da parte dei soggetti legittimati senza alcuna intermediazione di un atto formale del Presidente di Assemblea"*. Contra VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 117, il quale ritiene sempre necessaria l'intermediazione del presidente attraverso un suo formale atto di convocazione. GALATERIA L.-STIPO M., *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., op. cit. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Corte Conti, 20 dicembre 1995, n. 31, in *Riv. Corte Conti*, fasc. 6, 1995, p. 17.

in contrasto con i principi generali in tema di organi collegiali. Infatti, in assenza di espresse disposizioni abilitanti, un intervento surrogatorio dei componenti, finalizzato alla convocazione dell'adunanza in luogo del presidente, colliderebbe con il principio di necessaria istituzione dell'ufficio presidenziale.

Dall'obbligatorietà della figura presidenziale per esigenze di funzionalità del consesso discende il divieto di riconoscere, in via generale, ad altri membri un potere di convocazione diretta delle riunioni. Una simile ipotesi potrebbe, semmai, configurarsi eccezionalmente, ove una norma di diritto positivo la prevedesse *expressis verbis* configurando una fattispecie di convocazione *ex lege* (59).

La ricorrenza negli ordinamenti collegiali delle locuzioni "*su richiesta*", "*richiede*" dimostra, viceversa, la necessità di un atto di intermediazione del presidente, che pertanto sarà obbligato a provvedere alla convocazione in senso conforme alla richiesta (60).

La stessa giurisprudenza, nelle rare ipotesi in cui si è occupata della vicenda, ha confermato tale soluzione (61); di conseguenza non è attualmente ammissibile, in via generale, una convocazione diretta dei componenti, in assenza di una disposizione *ad hoc* che la contempra espressamente.

Inoltre, le normative vigenti, nei casi di richiesta di convocazione da parte del prescritto numero di componenti, non prevedono alcun rimedio dinanzi all'inerzia del presidente; infatti nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di provvedere, vi è incertezza sullo strumento azionabile per ripristinare il regolare funzionamento del collegio. Del resto, anche se l'omissione risulta penalmente sanzionata dall'art. 328 co. II c.p. (62), è evidente come tale misura non

(59) Nelle ipotesi di convocazione *ex lege* (o di diritto) è l'ordinamento giuridico a stabilire direttamente ed in via preventiva la data di convocazione, al precipuo fine di porre un rimedio a inerzie ed omissioni del presidente, idonee a paralizzare l'attività deliberativa del consesso. Tali ipotesi sono contemplate da espresse disposizioni statutarie o regolamentari in alcuni Consigli regionali. (A riguardo MACCABIANI *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*, Giuffrè, Milano, 2010).

(60) Una convocazione autosufficiente da parte del prescritto numero di componenti sarebbe ammissibile ove il singolo ordinamento collegiale utilizzasse, per esempio, le locuzioni "*convoca*", "*convocano*", "*può convocare*", "*possono convocare*", "*possono provvedere direttamente alla convocazione*"; noto è il brocardo latino "*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*". Attualmente l'unico caso di autoconvocazione in senso stretto, ammissibile in quanto disposta direttamente dalla legge, si rinviene nell'art. 66 disp. attuaz. c.c. La norma prevede che in via straordinaria l'Assemblea del condominio possa essere convocata dall'amministratore "*su richiesta di almeno due condomini che rappresentino un sesto del valore dell'edificio*". Inoltre "*decorso inutilmente dieci giorni dalla richiesta, i detti condomini possono provvedere direttamente alla convocazione*".

(61) Si veda, a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 1955, n. 319, in *Cons. Stato* 1955, cit., che muovendo dall'esegesi dell'art. 235 l. 4 febbraio 1915, n. 148 in materia di enti locali ha considerato inefficace l'autoconvocazione del Consiglio provinciale non seguita da un esplicito atto del presidente.

(62) Il presidente del collegio è un pubblico ufficiale in quanto esercita funzioni amministrative; conseguentemente trova applicazione il delitto di cui all'art. 328 c.p. rubricato "*Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*". La disposizione al co. II segnatamente recita: "*Fuori dei casi previsti dal primo comma, il*

consenta di superare l'*impasse* provocato dal negligente od ostruzionistico comportamento del presidente. Le medesime esigenze che presiedono all'istituzione dell'ufficio presidenziale impongono di ricavare dal sistema della collegialità uno o più efficaci rimedi; ciò sia per assicurare il costante funzionamento dell'organo sia per tutelare la situazione giuridica di interesse legittimo dei richiedenti.

Una volta riconosciuta la necessità di uno o più rimedi, occorre individuare tipologia e caratteri, chiarendo successivamente presso quale organo siano esperibili, di volta in volta, anche in considerazione delle differenti caratteristiche dei collegi pubblici. Un primo rimedio potrebbe rinvenirsi nell'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 2367 co. II c.c., in tema di S.p.a. (63), che prevede, su ricorso degli interessati, la convocazione dell'Assemblea da parte del presidente del Tribunale civile territorialmente competente (*recte* Tribunale nella formulazione novellata) in caso di rifiuto (e *a fortiori* omissione) del presidente del collegio (64).

La disposizione conferisce, dunque, ai componenti che ne facciano richiesta il potere di ricorrere ad un organo giurisdizionale esterno, per ottenere *ope iudicis* la convocazione dell'adunanza con formulazione del relativo ordine del giorno. Un intervento, dunque, di natura sostitutiva ammesso dall'ordinamento a tutela delle legittime pretese dei richiedenti.

In questo modo, a seguito della presentazione del ricorso, il Tribunale potrebbe convocare con decreto la seduta, surrogando il presidente nel compimento dell'atto vincolato; tale rimedio, espressamente previsto per i collegi privati è suscettibile di applicazione analogica in tutti i collegi pubblici che non contemplino in situazioni analoghe alcuno strumento giuridico.

pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a milletrentadue euro. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa". Con riferimento alla previsione di un obbligo di convocazione penalmente sanzionato, in dottrina, GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. PRINCIVALLE S., *Gli organi elettivi del Comune e della Provincia*, Nocchioli, Firenze, 1980. In giurisprudenza si veda, a titolo esemplificativo, Pretura di Bassano del Grappa, 27 febbraio 1981, in *G. mer.* 1982.

(63) L'art. 2367 co. II c.c. testualmente recita: "*Se gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, non provvedono, il tribunale, sentiti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea, designando la persona che deve presiederla*". Per approfondimenti si rinvia ai contributi di LAURINI G., *Il presidente di assemblea di società per azioni*, op. cit. ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, op. cit. CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, artt. 2484-2510, Giuffrè, Milano, 2010.

(64) Con riferimento alla convocazione dell'Assemblea delle S.p.a. fa notare FICO D., *La convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci di minoranza*, in *Le società*, fasc. 10, 2009, come sussista in capo al presidente l'obbligo di procedere alla convocazione dell'Assemblea a seguito della richiesta della minoranza dei soci; "*obbligo che, tuttavia, incontra un limite nella legittimità o nella estraneità alle funzioni dell'assemblea degli argomenti proposti*".

Un secondo (possibile) rimedio, di natura giurisdizionale, esperibile in via alternativa al ricorso al Tribunale civile, può individuarsi nell'azione avverso il silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a. (65). L'ammissibilità di tale azione, proponibile dinanzi al TAR contro l'omissione presidenziale, sarebbe suffragata dall'esistenza delle prescritte condizioni di legge per la formazione del silenzio inadempimento, segnatamente, rinvenibili nell'esercizio di una funzione amministrativa, nell'inadempimento di un obbligo di provvedere e, da ultimo, nella presenza di un'attività vincolata.

Dall'applicazione delle disposizioni del c.p.a. discende il riconoscimento di una potestà sostitutiva del giudice amministrativo che si esplica nell'adozione, diretta o tramite commissario *ad acta*, dell'atto di convocazione omesso.

In altri termini su istanza degli interessati, il TAR potrebbe convocare, in luogo del presidente, la riunione collegiale, formulandone il relativo ordine del giorno. Si fa notare come il rimedio dinanzi al giudice amministrativo, forse più del ricorso al Tribunale civile, si adegui meglio alla natura ontologicamente amministrativa delle funzioni presidenziali. Dalla sua applicazione discende, coerentemente, la possibilità di ripristinare il corretto funzionamento del procedimento collegiale, pur nel silenzio del diritto positivo, attraverso un rimedio a carattere generale, trasversalmente applicabile a qualsivoglia organo collegiale.

(65) Ai sensi dell'art. 31 c.p.a. *"decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento"*. (...) Inoltre *"Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"*. L'art. 117 c.p.a. prescrive, poi, che il *"ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata"*. In dottrina sul generale rimedio dell'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione si rinvia ai contributi di VIOLA L., *Le azioni avverso il silenzio della p.a. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici*, in www.giustamm.it. CENTOFANTI N., *La nuova disciplina del silenzio della P.A.: comportamenti inadempienti, tutela amministrativa e giurisdizionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011. GUACCI C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012. MIGNONE C.-VIPIANA P.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2012. TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., Giappichelli, Torino, 2012. GALLO C.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2012. JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, V ed., a cura di R. ROLLI, Giuffrè, Milano, 2012. ROLLI R., *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi: tempo, silenzio e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012. SASSANI B.-VILLA R., *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012. MONETA G., *Elementi di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013. CORRADINO M.-STICCHI DAMIANI S., *Il processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014.

Potrebbe, tuttavia, obiettarsi come l'intervento esterno di un organo giurisdizionale sia idoneo a pregiudicare l'autonomia del collegio e dei suoi componenti; a questa obiezione è possibile rispondere, sottolineando come le inadempienze del presidente integrino un fenomeno patologico non tollerabile dall'ordinamento, in quanto lesivo sia della *par condicio* fra componenti sia della configurazione in senso vincolato della funzione amministrativa. Inoltre l'ammissibilità di un rimedio sostitutivo sarebbe giustificata dalla primaria esigenza di ripristino della funzionalità dell'organo, compromessa dalla negligente ed ostruzionistica inerzia del presidente.

È chiaro, tuttavia, come la via del ricorso al Tribunale civile o al TAR non sia percorribile con riferimento a quelle istituzioni collegiali che, per espressa previsione o copertura costituzionale, godano di speciali forme di autonomia; si pensi alle Camere parlamentari ed alla Corte costituzionale. In tali istituzioni, ad esempio, l'omissione di un atto vincolato da parte del presidente di Assemblea, consente di esperire un rimedio sostitutivo esclusivamente presso un organo interno, nel rispetto delle garanzie dell'autodichia (66) e degli *interna corporis* (67) costituzionalmente tutelate.

4.2. Formulazione dell'ordine del giorno.

All'atto di convocazione si ricollega direttamente la formulazione dell'or-

(66) Sulla autodichia delle Camere parlamentari e della Corte costituzionale DI CIOLO V., voce *Parlamento (organizzazione e procedure)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 852: "Si sostiene comunemente che l'autodichia delle Camere trovi la propria giustificazione nell'indipendenza degli organi costituzionali, nella preminenza del Parlamento, nella divisione dei poteri. A ben vedere si tratta di un unico principio: quello, appunto, così detto della divisione dei poteri". OCCHIOCUPO N., voce *Autodichia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988. GRISOLIA M.C., *L'autodichia della Corte costituzionale: una prerogativa di discutibile attualità*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti Convegno 1995, a cura di P. COSTANZO, Giappichelli, Torino, 1996. CONFORTI S., *Brevi considerazioni sul principio dell'autodichia*, in *Giur. it.*, n. 10, 2005. SORRENTINO A.C., *L'autodichia degli organi parlamentari*, in *Giur. mer.*, n. 2, 2008. MODUGNO F., *Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2009. CICONETTI S.M., *Corte europea dei diritti dell'uomo e autodichia parlamentare*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1271. MALINCONICO G., *Attività e prassi degli organi giurisdizionali d'autodichia della Camera dei Deputati*, in *Riv. amm. Rep. it.*, n. 5, 2011. COCA F.G., *Autodichia e Stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2011. COZZOLI V., *La rinnovata validità dell'autodichia della Camera dei deputati come strumento di autonomia dell'istituzione parlamentare*, in *Le autonomie in cammino: scritti dedicati a Gian Candido De Martin*, Cedam, Padova, 2012. TESTA I.- GERARDI A., *Parlamento zona franca. Le Camere e lo scudo dell'autodichia*, Rubbettino, 2013. PELELLA G., *La giurisdizione interna della Camera dei deputati tra principi costituzionali e principi sopranazionali: l'autodichia alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, vol. I, Camera dei Deputati, Roma, 2013.

(67) Sulla insindacabilità degli *interna corporis* delle Camere parlamentari, tra i tanti, ESPOSITO C., *La Costituzione italiana: saggi*, Cedam, Padova, 1954. MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., op. cit. LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Utet, Torino, 1984. FLORIDIA G.G.-SORRENTINO F., voce *Interna corporis*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989. CONTRA BARILE P., *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967.

dine del giorno (68). In vista del corretto e spedito svolgimento dell'adunanza, nell'atto di convocazione devono essere indicate le materie oggetto di discussione e la loro sequenza di esame, in modo da consentire a tutti i membri una consapevole partecipazione ai lavori del consesso (69).

Quanto a legittimazione, la potestà di redazione dell'ordine del giorno "spetta o alla legge - come quando essa convoca con oggetto prefissato gli organi collegiali di un ente - oppure spetta al soggetto che opera la convocazione, normalmente il presidente" (70). Nella maggior parte dei casi, dunque, l'ordine del giorno viene predisposto dal presidente ed inserito nell'atto di convocazione (71).

Tale funzione discrezionale ha una latitudine variabile: Normalmente ampia negli organi collegiali politico-assembleari ed in quelli rappresentativi di interessi economico-professionali, minima e frequentemente vincolata nei collegi a composizione tecnica.

La funzione presidenziale di formulazione dell'ordine del giorno, in alcuni casi espressamente previsti, risulta poi condivisa con il collegio (72) ed i suoi

(68) In argomento, senza pretese di esaustività, GALEOTTI U., *Principii regolatori delle assemblee*, op. cit. SPOTO S., voce *Ordine del giorno*, in *Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1907-1908, pp. 992-998. MANFREDI F., voce *Ordine del giorno*, in *Enc. giur. it.*, vol. XII, parte II, Milano, 1915. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., pp. 161-162. FURLANI S., voce *Ordine del giorno*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Utet, 1965, pp. 112 e ss.. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 250. VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. CIAURRO G.F., voce *Ordine del giorno*, in *Enc. dir.*, op. cit., pp. 1019 e ss. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit. LOLLI I., voce *Ordine del giorno (Dir. pubbl.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 1. CAVALLO B., *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, op. cit.

(69) In dottrina GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., pp. 161-162: "L'ordine del giorno consiste in una pronuncia diretta a predeterminare l'attività del collegio attraverso la indicazione delle proposte da discutere e l'ordine della trattazione. (...) Il programma degli affari proposti all'esame del collegio è necessariamente richiesto affinché i componenti siano posti in grado di conoscere che cosa devono discutere e decidere. Se talvolta non è richiesto, ciò si giustifica in base al rilievo che il collegio, in particolari casi, è istituito per esplicitare una funzione deliberante solo su un determinato oggetto (per es. le commissioni di concorso). L'ordine del giorno non è allora necessario, non potendo i componenti deliberare su argomenti diversi". In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 1979, n. 427, in *Cons. Stato* 1979. Adun. Plen. Cons. Stato, 28 ottobre 1980, n. 40, in *Foro amm.* 1980, I, p. 1636. Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1994, n. 194, in *Giur. it.* 1995, III, 1, p. 233. Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 1997, n. 1218, in *Cons. Stato* 1997, I, p. 1121.

(70) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 251.

(71) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, op. cit., p. 36: "L'ordine del giorno, di norma, è predisposto dal Presidente del collegio (...) per quella potestà direttiva che è conaturata alla sua posizione". Ciò non toglie che tale potere, insieme a quello di convocazione del collegio, sia affidato dalla legge a figure diverse dal presidente.

(72) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, op. cit., p. 41. Secondo l'Autore è frequentemente assegnato al collegio il potere di "invertire l'ordine di trattazione degli argomenti iscritti, salvo alcune precedenze ex lege (...) purché ricorrano giustificati motivi e l'inversione venga deliberata dall'assemblea".

componenti (73), cui può essere assegnato il potere di richiedere con efficacia vincolante (74) l'inserimento di taluni argomenti; conseguentemente il presidente vi sarà tenuto, previo vaglio formale di ammissibilità della richiesta (75); ove non vi provvedesse potranno essere azionati rimedi surrogatori ricavabili, nel silenzio del diritto positivo, dal sistema della collegialità.

Dalle considerazioni espresse emerge come la predeterminazione dell'ordine del giorno sia, funzione (esclusiva o concorrente) del presidente, ascrivibile alla di lui posizione di primazia o di *primus inter pares*. Tale funzione assume, certamente, una maggiore incisività rispetto alla mera convocazione delle sedute per l'ampia discrezionalità che, di regola, ne connota la formulazione. Del resto, l'individuazione degli argomenti dell'adunanza tende a delimitare l'oggetto della discussione, orientando l'attività collegiale su talune questioni e non su altre. La discrezionalità di tale funzione si manifesta, poi, nell'accoglimento delle istanze di inserimento di argomenti provenienti da altri componenti (76), salvo i casi in cui il presidente vi sia obbligato dalla richiesta vincolante di un prescritto numero di membri.

Nonostante ciò, l'esercizio della funzione di predisposizione dell'ordine del giorno si inquadra perfettamente nella *iuris figura* della primazia e, segnatamente, nella posizione di preminenza formale del presidente sugli altri componenti. Tale considerazione riceve conferma, in primo luogo, dalla natura formale, procedurale e strumentale della funzione rispetto al corretto svolgimento dell'*iter* collegiale; in secondo luogo dalla possibilità, frequentemente, riconosciuta, di un intervento a maggioranza del collegio in caso di dissenso del presidente alla inserzione di argomenti da parte di alcuni componenti. Pertanto nell'attività di coordinamento dei lavori il presidente, lungi dal comprimere l'autonomia decisionale dei singoli, tende, viceversa, a favorirla attraverso

(73) VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit.: "Il potere di stabilire il contenuto dell'ordine del giorno spetta al titolare del potere di convocazione, e quindi al presidente; in certi casi la legge fissa direttamente gli oggetti dell'adunanza; a volte anche una parte dei componenti ha la potestà di ottenere l'inserzione di un dato argomento, ma si tratta (secondo Giannini M.S.) di norme speciali".

(74) CAVALLO B., *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, op. cit.: "La convocazione delle sedute e la stesura dell'o.d.g. sono prerogative tipiche del presidente: ma non mancano ipotesi normative in cui si prevede che l'inserimento di taluni punti nell'ordine del giorno possa essere obbligatoriamente richiesto da un certo quorum di membri del collegio, che in tal modo potranno notevolmente limitare l'autorità monocratica del presidente".

(75) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, op. cit., pp. 37-39: "Le richieste d'inserzione nell'ordine del giorno, tranne che non si tratti di proposte provenienti, per esempio, da organi incompetenti o di materie assolutamente estranee alla competenza dell'organo collegiale (...) devono di consueto essere accolte. (...) Nel dubbio sulla legittimità o non delle proposte, il Presidente, a nostro avviso, deve sempre iscriverele salvo a sottoporre al collegio la legittimità dell'iscrizione stessa".

(76) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 162: I componenti del collegio "possono formulare determinate proposte che il presidente può discrezionalmente valutare. All'uopo questi - a parte le ragioni di opportunità - deve tener conto se la proposta rientri o no nella sfera di attribuzione del collegio, e deve respingerla nel caso negativo, accoglierla nel caso contrario".

l'esercizio di poteri che sollecitano la partecipazione e la discussione. D'altronde, qualsivoglia scelta arbitraria del presidente verrebbe disinnescata dal potere, sovente attribuito al collegio e ai suoi membri, di inserire nel corso della seduta, con l'assenso unanime di tutti i componenti in carica, nuovi argomenti (77) o di mutarne l'ordine di trattazione con l'approvazione della maggioranza dei presenti.

4.3. Direzione dei lavori.

Lo svolgimento delle adunanze degli organi collegiali viene normalmente diretto dal presidente, quale coordinatore degli atti del procedimento (78). Anche nel silenzio del diritto positivo sono attribuiti a tale figura poteri di impulso, direzione e vigilanza dei lavori, trattandosi di poteri consustanziali all'ufficio di presidente ed alla relativa posizione di *primus inter pares* (79). La figura organizzatoria della primazia inquadra, del resto, il presidente in una posizione di preminenza formale nell'ambito di una relazione di pariordinazione con gli altri componenti del consesso (80).

Come è noto, l'*iter* collegiale si articola in una serie di fasi ed attività (co-

(77) *Ex multis* Adun. Plen. Cons. Stato, 28 ottobre 1980, n. 40, cit.

(78) In tema, tra i tanti, VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, op. cit. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 306: "La presidenza deve essere ricoperta dalla persona di volta in volta designata. Se viene ricoperta da una persona diversa, l'atto collegiale è illegittimo. Talvolta si è sostenuto che la buona fede della persona, che erroneamente abbia assunto la presidenza, sia sufficiente a sanare l'illegittimità. La tesi non può essere condivisa: la particolare importanza che la figura del presidente assume in seno al collegio per l'affidamento in lui riposto, è tale che egli non può essere sostituito se non dal componente all'uopo designato e nei casi tassativamente previsti". VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit. VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit. CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit. CAVALLO B., *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, op. cit.

(79) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 69: "La potestà del presidente di dirigere la discussione e di temperarne gli eccessi non deriva dal regolamento, ma dalla stessa necessità dell'ordinamento collegiale, dovendo l'esercizio delle facoltà di ciascuno dei membri venire necessariamente subordinato ad un potere direttivo se si vuol raggiungere lo scopo a cui esse sono dirette". In tema anche ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, op. cit., p. 61: "Certo la titolarità della presidenza comporta il riconoscimento di un certo potere di iniziativa e di indirizzo (...): Forse mai come in questa circostanza acquista un effettivo significato la tradizionale formula del *primus inter pares*, consuetudinariamente usata con riferimento appunto ai presidenti degli organi collegiali. Non si può infatti trascurare il fatto che nei collegi amministrativi - in assenza di una espressa disciplina, assenza che costituisce la regola - sono pienamente affidate al presidente le prerogative connesse alla predisposizione dell'ordine del giorno, alla disciplina e regolamentazione dei lavori, alla convocazione del collegio".

(80) *Contra* PRINCIVALLE S., *Gli organi elettivi del Comune e della Provincia*, op. cit. Secondo l'Autore "lo slogan *primus inter pares*, riferito al presidente del collegio, va inteso come parità relativamente all'espressione delle proprie opinioni e del voto; ma nei riguardi dello svolgimento e dell'ordine delle adunanze non si può negare al presidente un certo potere di supremazia".

stituzione dell'adunanza, discussione, deliberazione etc.) che postulano imprescindibilmente la presenza di un coordinatore - di qui l'obbligatorietà di un ufficio presidenziale - che, attraverso poteri regolatori sappia far progredire i lavori sino all'esito deliberativo. Inoltre *"l'ampiezza dei poteri di direzione e coordinamento (...) varia, naturalmente, col variare della natura dell'organo"* (81), pur mantenendo nei vari ordinamenti tratti comuni.

L'attività direttiva del presidente inizia, normalmente, con la verifica della regolare costituzione dell'adunanza. In proposito *"occorre la presenza di un determinato numero di membri. Questo può essere o un numero minimo perché il collegio possa ritenersi costituito, oppure un numero fisso, come avviene nei collegi giudicanti"* (82); ciò dipende dalla natura virtuale o reale dell'organo. Il presidente risulta, inoltre, investito della potestà di *"dare o togliere la parola, dirigere e moderare la discussione, porre le questioni, stabilire l'ordine delle votazioni"* (83), verificare e proclamare i risultati, chiudere ed aggiornare le sedute.

Con riferimento al potere di dare e togliere la parola (84), è d'obbligo puntualizzare come esso si ricolleggi ai compiti presidenziali di verifica circa il rispetto dei tempi, l'attinenza all'argomento e l'appropriatezza del linguaggio di ciascun oratore. In special modo l'esercizio di un potere di interdizione è, di regola, preceduto da richiami e avvertimenti (85); cautele procedurali volte

(81) MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 12, 1981, pp. 2057 e ss. Secondo l'Autore *"in linea generale può affermarsi che essa è massima negli organi collegiali amministrativi e tende a restringersi in quelli politici nei quali possono essere previste, in misura più o meno estesa, forme di partecipazione dei membri del collegio all'esercizio dei poteri di cui si discute. Si pensi, a questo riguardo, ad alcuni poteri dei Presidenti delle due Camere il cui esercizio, con qualche accentuazione normativa a favore del Presidente del Senato, può essere sollecitato o condizionato dall'assemblea o da alcune sue articolazioni interne"*.

(82) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 255.

(83) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. II, p. 184, op. cit., il quale richiama le considerazioni di VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 188: *"Circa le funzioni direttive del presidente occorre appena avvertire come esse siano assolutamente necessarie. Non bisogna infatti dimenticare che nel collegio si ha in sostanza una cooperazione di più individui diretta ad elaborare un atto in comune, e cooperazione in pratica non v'è e non dà buoni frutti se non v'è in pari tempo la subordinazione verso lo scopo prefisso: ogni forma di società, d'associazione o di collegio presuppone che ciascuno limiti parte della propria attività per render proficua quella degli altri. Ora questa subordinazione non si ottiene automaticamente, o per lo meno è assai imperfetta se è lasciata alla libera volontà dei consociati o dei colleghi: occorre quindi un'autorità esterna che li guidi nei loro lavori ad ottenere il frutto desiderato. Questa autorità è appunto nei collegi data al presidente"*.

(84) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 208: *"Chi vuole parlare deve chiederne facoltà al presidente: è questa una intuitiva necessità d'ordine; il presidente dà poi la parola secondo le precedenze della domanda"*.

(85) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 210: *"Se il richiamo non risulti efficace, si suole rinnovarlo; indi, continuando l'oratore nel suo atteggiamento non resta che toglierli la parola per tutto il rimanente"*.

a scongiurare il pericolo che un suo disinvolto utilizzo possa incidere sulle prerogative degli altri componenti. Del resto, come sostenuto da autorevole dottrina, *"il presidente non può ordinare di tenere la discussione in un certo modo o di manifestare il voto in un certo senso"* (86).

Particolarmente significativi sono, in special modo, taluni incisivi poteri assegnati al presidente nella fase della discussione (87), al precipuo fine di assicurare il funzionamento del consesso. Si pensi ai dirimenti poteri di interpretazione della normativa vigente (88) e di risoluzione di conflitti riconosciuti ai Presidenti delle Assemblee legislative dai rispettivi Regolamenti (89).

È evidente in questi casi come la primazia possa eccezionalmente assumere i tratti di una preminenza anche sostanziale, idonea ad incidere sulla formazione della volontà collegiale; tuttavia tali occasionali episodi di preminenza sostanziale non risultano in grado di compromettere le caratteristiche generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

4.4. *Polizia delle sedute.*

La funzione di polizia delle sedute è riconosciuta a ciascun presidente di organo collegiale in vista dell'ordinato e regolare svolgimento delle adunanze

della discussione. Il relativo provvedimento presidenziale riveste piuttosto carattere d'ordine che non strettamente disciplinare: anche i regolamenti parlamentari sogliono tenerlo distinto dai provvedimenti disciplinari veri e propri. (...) Se colui che si vede tolta per tal modo la parola dal presidente, non creda di accettarne la decisione, può sempre appellarsene al collegio, che di regola decide su ciò senza discussione per alzata e seduta: questi principi dei regolamenti parlamentari mi sembrano così essenziali al buon funzionamento collegiale da doverli applicare senz'altro in ogni consesso, anche se non richiamati espressamente".

(86) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 152.

(87) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 267: *"La funzione della discussione in seno al procedimento collegiale è duplice: da un lato essa permette il processo di confronto delle individue opinioni, al fine di ottenere il massimo di globalità nella considerazione dei singoli problemi; dall'altro essa consente - nei collegi virtuali - l'acquisizione al procedimento amministrativo degli interessi secondari che l'ordinamento abbia ritenuto preventivamente meritevoli di tutela"*.

(88) MOHRHOFF F., *Politicità e discrezionalità di taluni atti dei Presidenti di Assemblee legislative*, Editore Colombo, Roma, 1962, pp. 32 e ss.: *"È quindi evidente che, dato il carattere generico e lacunoso delle norme della Costituzione e dei Regolamenti parlamentari occorre riconoscere all'attività interpretativa del Presidente di Assemblea una natura integrativa tendenzialmente discrezionale (interpretazione ad finem) e alle sue deliberazioni un carattere non meramente logico o dichiarativo ma spiccatamente dispositivo"*. Infatti, *"la interpretazione parlamentare attiene a categorie aperte e modificabili, connesse a situazioni contingenti e circostanziate"* (p. 57), da cui discende il riconoscimento di un ampio potere discrezionale in capo al Presidente di Assemblea, sul cui esercizio incidono, altresì, valutazioni di ordine politico.

(89) Si rinvia, senza pretese di esaustività, ad AIROLDI M., *I regolamenti delle assemblee legislative*, Giappichelli, Torino, 2012. GIANFRANCESCO E.- LUPO N.- RIVOSECCHI G. (a cura di), *I presidenti di assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2014. Occorre segnalare, poi, come la disciplina prevista dal Regolamento della Camera dei Deputati rappresenti un paradigma generale suscettibile di analogica applicazione in altri organi collegiali.

(90). Questa funzione rientra, coerentemente, nel contenuto tipico della *iuris figura* della primazia, quale elemento indefettibile dell'ufficio presidenziale e, più in generale, della collegialità.

Con tale locuzione si suole indicare una particolare funzione amministrativa, a carattere discrezionale, esplicantesi nell'adozione di atti idonei ad assicurare il corretto andamento dei lavori; di tali atti non esiste, comunque, un catalogo tassativo; tra i più ricorrenti si richiamano l'espulsione dei facinorosi, la sospensione e lo scioglimento dell'adunanza, che possono essere disposti dal presidente anche con l'ausilio della forza pubblica.

La funzione di polizia delle sedute ha come destinatari sia i terzi che assistono alle riunioni sia i componenti del consesso (91). In proposito il Regolamento della Camera dei Deputati (Parte Prima, Capi XI e XII, artt. 59, 60, 61, 62 e 64) (92) offre una dettagliata disciplina che rappresenta un modello generale applicabile, in via analogica, anche agli organi collegiali che nulla statuiscano in proposito.

Con riferimento ai terzi, occorre rilevare come tale Regolamento prescriva per il pubblico che partecipa alle adunanze dalle tribune l'obbligo di rimanere in silenzio, a capo scoperto e di astenersi da qualsivoglia segno di approvazione o disapprovazione (93), a pena di espulsione.

(90) Significativi in proposito i contributi di RACIOPPI F.- BRUNELLI I., *Potere di polizia*, in *Commento allo Statuto del Regno*, vol. III, tomo I, Utet, Torino, 1909, pp. 240-249. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. VIRGA P., *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 27-29. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. CIAURRO G.F., voce *Prerogative costituzionali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986. PETTITI D., *Note sul presidente dell'Assemblea di società per azioni*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, op. cit. TANDA A.P., voce *Polizia delle Camere*, in *Dizionario parlamentare*, II ed., Editore Colombo, Roma, 1998, p. 196. ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, op. cit.

(91) *Contra* parte della dottrina (GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. e VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit.) che distingue, sotto il profilo dei destinatari, il potere disciplinare quale potere esperibile verso i soli componenti del collegio dal potere di polizia, viceversa, esercitabile esclusivamente nei riguardi del pubblico che assiste alle sedute.

(92) In argomento si rinvia a RACIOPPI F.- BRUNELLI I., *Potere di polizia*, in *Commento allo Statuto del Regno*, op. cit. VIRGA P., *La potestà di polizia*, op. cit., p. 76: "Nell'ordinamento italiano vige, infatti, il principio della inviolabilità parlamentare, il quale, pur non essendo garantito dalla Costituzione, è consacrato da una consuetudine mai violata. In virtù di tale principio, è vietato agli ufficiali ed agli agenti della forza pubblica l'accesso nell'edificio delle Camere allo scopo di compiere atti del proprio ufficio. Il potere di polizia è esercitato nell'edificio della Camera dal rispettivo Presidente, coadiuvato dai questori, il quale ha alle sue dipendenze commessi e guardie di servizio". CIAURRO G.F., voce *Prerogative costituzionali*, in *Enc. dir.*, op. cit. TANDA A.P., voce *Polizia delle Camere*, in *Dizionario parlamentare*, II ed., op. cit.

(93) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 195: "Il pubblico ha in sostanza il dovere di non ingerirsi né direttamente, né indirettamente, nei lavori collegiali, e di tenere un comportamento rispettoso e corretto. Vi sono all'uopo tribune o recinti dove il pubblico è racchiuso, ed è sempre vietato entrare nel luogo dove siedono i membri del collegio: inoltre il pubblico deve stare a capo scoperto, in silenzio ed astenersi da ogni segno d'approvazione o di disapprovazione. Il relativo potere di polizia spetta al presidente".

In relazione ai componenti, la funzione di polizia viene esercitata dal presidente con l'allontanamento dei facinorosi per il resto della seduta (94) e, ove con atti individuali risulti impossibile ristabilire l'ordine e la sicurezza nel consesso, con la sospensione o lo scioglimento dell'adunanza (95).

Da quanto detto emerge l'indefettibilità di tale funzione presidenziale ai fini della conservazione o del ripristino dell'ordine delle adunanze; d'altronde *"nel tumulto è materialmente impossibile deliberare"* (96).

L'ambito di esercizio di tale funzione è comunque circoscritto per evitare che essa si tramuti in una potestà arbitraria, ultronea rispetto alla posizione di mera preminenza formale del presidente. In tale prospettiva si giustificano la natura formale, procedurale e strumentale della funzione rispetto alle esigenze di funzionamento del consesso; ciò al fine di ridurre il più possibile abusi o patologie nello svolgimento di una funzione dagli effetti potenzialmente repressivi. Il presidente *"non potrebbe ad esempio, usare dei suoi poteri di polizia delle adunanze fino ad alterare (...) la fattispecie soggettiva del collegio"* (97).

Da ultimo, si è deciso di non analizzare la funzione disciplinare (98), poiché essa non rientra nel contenuto tipico della *iuris figura* della primazia. In primo luogo perché non riveste carattere generale, essendo contemplata nei collegi politico-assembleari, ma non viceversa nei collegi amministrativi o

(94) Il titolare dell'ufficio presidenziale può nel corso dell'adunanza, previo avvertimento, espellere dalla seduta uno o più componenti che abbiano posto in essere azioni facinorose in grado di pregiudicare la regolarità della discussione e della votazione. Anche in questo caso il presidente, ove lo ritenga opportuno, può ordinare l'intervento della forza pubblica per il ripristino della normale attività del consesso.

(95) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 194: *"Sciolta per qualsiasi motivo l'adunanza dal presidente, non possono i membri del collegio sotto verun pretesto continuare a funzionare, e le relative deliberazioni sono quindi, più che nulle, assolutamente inesistenti; v'è la semplice parvenza, non la sostanza dell'atto collegiale, se questo non passa nel mondo esterno attraverso l'autorità di chi è investito delle funzioni presidenziali. Né può apparire investito di queste chi, anche se è vice-presidente o sostituto del presidente, sale al seggio nel momento in cui il presidente l'ha abbandonato dichiarando la seduta sciolta"*. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 1962, n. 485, in *Giur. it.*, 1962, secondo cui il presidente di un organo collegiale può, come *extrema ratio*, sciogliere l'adunanza e rinviare la seduta esclusivamente in caso di gravi impedimenti che rendano impossibile la regolare prosecuzione delle attività.

(96) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit.

(97) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 118.

(98) In primo luogo perché trattasi di una funzione riconosciuta al presidente solo in alcuni, e non in tutti, i collegi pubblici. (VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit.). In secondo luogo poiché, anche nei casi in cui è contemplata, tale prerogativa ha un rilievo non decisivo, esplicandosi in un mero potere di proposta e non già in un potere di irrogazione diretta della sanzione, la quale, è, normalmente, comminata o dal *plenum* del collegio o da altro organo minore (per esempio nelle Assemblee politiche dall'ufficio di presidenza). In special modo sulle differenze che intercorrono tra la potestà di polizia delle udienze e la potestà disciplinare si rinvia a VIRGA P., *La potestà di polizia*, op. cit.

giurisdizionali per la tendenziale carenza di conflittualità tra interessi eterogenei (99). In secondo luogo perché, anche ove prevista, essa postula una partecipazione meramente incidentale del presidente al suo esercizio; del resto, i provvedimenti disciplinari sono adottati direttamente dal *plenum* del consesso o da un organo minore (ufficio di presidenza) su proposta del presidente.

5. Gli episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti: Cause principali.

La primazia, quale figura organizzatoria di originale equiordinazione, si articola in una pluralità di funzioni amministrative (discrezionali) generalmente identificabili nella: Convocazione delle adunanze; formulazione dell'ordine del giorno; direzione dei lavori; polizia delle sedute.

L'esercizio di tali funzioni disvela, infatti, il ruolo di *primus inter pares* ricoperto dal presidente, il quale viene a collocarsi in una posizione di preminenza formale rispetto agli altri componenti di intensità variabile in ciascun collegio. Del resto, la natura procedurale e strumentale di tali funzioni le rende, normalmente, inidonee ad incidere in senso sostanziale sulla attività degli altri componenti, limitandosi il presidente a compiti di impulso, coordinamento e vigilanza dei lavori.

Ciononostante, da un'analisi in concreto del fenomeno della collegialità, è possibile rilevare durante lo svolgimento delle funzioni di *primus inter pares* taluni episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri membri, in grado di condizionare il procedimento collegiale ed il relativo esito deliberativo; episodi di preminenza sostanziale che, *prima facie*, sembrano porre in discussione i caratteri generali della primazia e, segnatamente, l'ordinaria posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

Occorre, allora, interrogarsi sulle cause di un simile fenomeno per vagliarne, successivamente, la compatibilità con il ruolo di *primus inter pares* rivestito dal presidente in seno al collegio.

Le principali cause degli episodi di preminenza sostanziale vanno ricercate, oltre che in un patologico esercizio delle funzioni, in una serie di elementi e vicende che, connotano l'ufficio di presidente ed il rispettivo titolare; in special modo è possibile identificarle: Nella contestuale posizione di organo monocratico; nel possesso di specifici requisiti soggettivi; nelle modalità di scelta; nella assenza di un potere di revoca da parte dei componenti; nel riconosci-

(99) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. II, op. cit., p. 187: "Il motivo (...) è forse da ricercarsi nel fatto che il legislatore per i collegi amministrativi ha ritenuto superflua l'attribuzione di poteri disciplinari al presidente sulla considerazione che in tali collegi, per la loro stessa natura, lo svolgimento dei lavori non assume o quanto meno non dovrebbe assumere quella tensione che invece facilmente si riscontra nelle assemblee politiche". La medesima considerazione può essere estesa ai collegi con funzioni giurisdizionali.

mento di poteri di sovraordinazione. Tali elementi o vicende sono in grado, individualmente o congiuntamente, di accentuare l'intensità di esercizio di una o più funzioni presidenziali, ben oltre i confini di una preminenza formale, con ricadute (eventuali) sulle attività del collegio.

Tuttavia, i marginali episodi di preminenza sostanziale del presidente (100), per la loro occasionalità, non sono in grado di alterarne il ruolo di *primus inter pares*, venendo assorbiti nei maggioritari episodi di preminenza formale, riconducibili alle funzioni tipiche della primazia in base alla teoria generale della prevalenza o dell'assorbimento (101).

5.1 La contestuale posizione di organo monocratico del presidente.

Il presidente di ciascun organo collegiale può ricoprire più posizioni, interne ed esterne al collegio di riferimento, da cui discendono, per l'effetto, eterogenee funzioni (102). In alcuni collegi pubblici, collocati in istituzioni più ampie, il presidente, oltre ad essere titolare dell'ufficio direttivo interno, può rivestire altresì la posizione di organo monocratico (con autonomi poteri decisionali), svolgendo funzioni (esterne), diverse dal coordinamento dei lavori (103).

Una puntuale elencazione di tutti i poteri del presidente quale organo monocratico non risulta tuttavia possibile, in ragione delle specifiche peculiarità che caratterizzano ciascun collegio.

(100) I requisiti di occasionalità ed eventualità che caratterizzano gli episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti fanno sì che il presidente con un atteggiamento di *self-restraint* possa in ogni caso ricondurre l'esercizio dei propri poteri nei confini di una preminenza esclusivamente formale, evitando azioni idonee a condizionare la libera formazione della volontà collegiale.

(101) Più in generale sulla teoria della prevalenza o dell'assorbimento si rinvia ad ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Drucker, Padova, 1915, ristampa, Edizioni scientifiche, 1984, pp. 69 e ss. In base a tale teoria nell'ambito dei contratti misti le prestazioni secondarie ed accessorie risultano assorbite nelle prestazioni principali "agli effetti della determinazione della natura giuridica della forma di contratto" e agli effetti dell'individuazione della disciplina applicabile. La teoria della prevalenza o dell'assorbimento è, altresì, estensibile a qualsivoglia fattispecie giuridica che sia caratterizzata da un fenomeno di commistione tra elementi eterogenei. Più di recente a riguardo SICCHIERO G., *I contratti misti*, Cedam, Padova, 1995. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 173 e ss.

(102) Con riferimento all'ampia gamma dei poteri del presidente di organo collegiale già ORLANDO V.E., *L'ufficio di Presidente nei collegi amministrativi: a proposito di un recente caso di giurisprudenza parlamentare*, op. cit.: "Il presidente, oltre di avere le funzioni identiche dei membri, ha funzioni sue proprie e speciali. Queste variano da un minimo, qual'è quello di dirigere le discussioni e di avere la rappresentanza esterna e formale del collegio fino ad un massimo, quando cioè il presidente ha funzioni proprie, autonome, completamente indipendenti e per avventura anche assai più importanti del suo ufficio di presidenza".

(103) Molte istituzioni del nostro tempo si articolano al proprio interno in una pluralità di organi, monocratici e collegiali; all'interno di questi ultimi, poi, è possibile registrare la presenza di ulteriori organi collegiali minori. I poteri esercitati dal presidente, quale organo monocratico, vanno tenuti formalmente distinti dai diversi poteri dispiegati quale *primus inter pares*, nell'attività di impulso e coordinamento delle sedute; solo questi ultimi rientrano nel contenuto tipico della figura organizzatoria della primazia.

Concentrando l'attenzione su alcune delle plurime funzioni esercitate dal presidente quale organo monocratico (104) sarà possibile esaminare tanto le relazioni giuridiche da esse scaturenti quanto le ricadute in termini di rafforzamento della posizione di primazia presidenziale in seno all'organo presieduto.

Innanzitutto va evidenziato come dalla diversa ed esterna posizione di organo monocratico discendano relazioni di sovraordinazione tra il presidente, da un lato, il collegio ed i suoi componenti, dall'altro, riconducibili alla tradizionali figure organizzatorie della direzione e del coordinamento verticale (105).

Pur non rientrando nel contenuto tipico della primazia, tali funzioni sembrano incidere, con efficacia accrescitiva, sul ruolo nonché sui poteri del presidente quale coordinatore orizzontale delle sedute. Dall'accentuazione di molte funzioni del presidente, quale *primus inter pares*, possono derivare condizionamenti all'autonomia decisionale degli altri componenti. In tali ipotesi la posizione di primazia tende ad arricchirsi di elementi di preminenza sostanziale idonei a rafforzare, anche in modo significativo, l'incidenza della volontà presidenziale sulle attività del collegio (106).

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla figura del Presidente della Camera dei Deputati che riveste in seno all'istituzione diverse posizioni giuridiche (rappresentanza verso l'esterno; vertice della struttura amministrativa; coordinamento della Conferenza dei capigruppo; Presidente di Assemblea) (107). Da

(104) TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit.: "Chi presiede un collegio può anche rivestire la qualità di organo o di presidente dell'ente di cui quello fa parte: così il presidente della giunta (ma non del consiglio) regionale, dell'amministrazione provinciale, di vari consigli di amministrazione e lo stesso sindaco". SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., op. cit.: "Frequentemente i presidenti di organi collegiali dispongono a un tempo di una posizione e competenza autonoma di organo individuale che non va confusa" con la posizione del presidente quale *primus inter pares*. "Si pensi, a es. al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Presidente della Giunta regionale, ai Presidenti di enti ecc... Inoltre quasi sempre essi sono a capo dell'apparato organizzatorio (ufficio o complesso di uffici) che opera ausiliariamente a latere rispetto al collegio che presiedono". VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. L'Autore invita "a non confondere le funzioni proprie del presidente di collegio con quelle dell'organo monocratico, che talvolta si sostanziano nella stessa unità organizzativa".

(105) In argomento, da ultimo, SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa. Principi*, op. cit.

(106) Un fenomeno che interessa, sia pure con differente intensità, i Presidenti degli organi di autogoverno delle magistrature, i Presidenti delle Assemblee parlamentari, il Presidente del Consiglio dei Ministri ed il Presidente della Giunta regionale.

(107) Con riferimento ai molteplici poteri attribuiti ai Presidenti delle Assemblee parlamentari si rinvia a FERRARA G., *Il Presidente di Assemblea Parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1965. DI CIOLIO V., voce *Parlamento (organizzazione e procedure)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, op. cit., p. 820. CIAURRO G.F., voce *Presidenti delle assemblee parlamentari*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, 1990. TORRE A., *Il magistrato dell'assemblea: saggio sui Presidenti parlamentari*, Giappichelli, Torino, 2000. GIANNITI L., voce *Presidente di Assemblea parlamentare*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari, 2000, p. 354. SCIORTINO A., *Il Presidente di Assemblea parlamentare*, Giappichelli, Torino, 2002. CHIMENTI C., *Principi e regole delle assemblee politiche*, Giappichelli, Torino, 2004. LUPO N., voce *Presidente di Assemblea*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Agg., Utet, Torino, 2010, pp. 444-480. AIROLDI M., *I regolamenti delle assemblee legislative*, op. cit. GIANFRANCESCO E.- LUPO N.- RIVOSECCHI G. (a cura di), *I presidenti di assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, op. cit.

queste diverse posizioni discendono, per l'effetto, eterogenee funzioni (108) e relazioni giuridiche con l'Aula (109) ed i suoi componenti (110); ove il presidente operi come semplice coordinatore dei lavori dell'Aula, è configurabile una relazione (interorganica) di equiordinazione, in seno al collegio, tra l'ufficio di presidente e gli uffici di componente; viceversa, qualora ricopra la differente posizione di organo monocratico, il presidente instaura veri e propri rapporti intersoggettivi tanto con l'organo collegiale quanto con i suoi membri (111). Nonostante l'estraneità all'ambito della primazia, la posizione di organo monocratico tende a riverberare alcuni effetti sulle funzioni tipiche della primazia, conferendo maggior forza ed autorevolezza al ruolo ed ai poteri presidenziali in seno alla Assemblea.

Altro significativo esempio di funzioni esterne esercitate dal presidente come organo monocratico è dato dalla figura del Presidente del Consiglio dei Ministri (112). È a tutti noto come il Governo si strutturi quale organo complesso, articolandosi al suo interno in organi monocratici (il Presidente del Consiglio e i singoli ministri individualmente intesi) e in un organo collegiale (il Consiglio dei Ministri) (113). Il presidente ricopre, a seconda delle circo-

(108) In tema LUPO N., voce *Presidente di Assemblea*, in *Dig. disc. pubbl.*, op. cit., p. 445: "Se è vero che ogni Assemblea, o meglio ogni organo collegiale, deve necessariamente avere un suo Presidente, è anche vero, però, che i Presidenti di Camera e Senato non sono soltanto i Presidenti di quei collegi (titolari cioè delle funzioni che ogni presidente di organo collegiale assume pur con le opportune varianti), ma, in virtù di tale posizione, sono chiamati altresì a svolgere una serie di funzioni assai delicate anche al di fuori delle rispettive Assemblee".

(109) Le locuzioni "Aula" ed "Assemblea" vengono utilizzate con significato equivalente.

(110) Si pensi al ruolo del presidente quale vertice dell'amministrazione della Camera; nella veste di organo monocratico il presidente assume decisioni organizzative idonee a riverberarsi sulle attività della Assemblea e dei suoi componenti. Ulteriore esempio è rinvenibile nella posizione del presidente quale rappresentante della Camera dei Deputati nei rapporti verso i terzi. In questa fattispecie è eloquente come egli non rappresenti solo l'Aula ma l'intera istituzione, ponendosi in una posizione sovraordinata rispetto ai componenti del collegio. Nelle differenti posizioni poc'anzi indicate, il presidente, dunque, non può certo definirsi un *primus inter pares*; tutt'al più va considerato un *primus super pares*.

(111) Tali rapporti di natura esterna sono riconducibili alle tradizionali figure organizzatorie della rappresentanza legale, della direzione e del coordinamento verticale.

(112) Sulle funzioni svolte dal Presidente del Consiglio quale organo monocratico LAVAGNA C., *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del Governo e Ministri*, op. cit. Più in generale sulla figura e sulle attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri CORSINI V., *La presidenza del Consiglio dei ministri*, Giuffrè, Milano, 1935. PRETI L., *Il governo nella Costituzione italiana*, Milano, 1954. CUOCOLO F., *Il governo nel vigente ordinamento italiano*, Milano, 1959. CHELI E., *Il coordinamento dell'attività di governo nell'attuale sistema italiano*, in *Studi parl. e di politica cost.*, n. 4, 1969, p. 7. RIZZA G., *Il Presidente del Consiglio dei Ministri*, Jovene, Napoli, 1970. PALADIN L., voce *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 691. MANNINO A., *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, op. cit.

(113) SANDULLI A.M., *Il problema della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Dir. e soc.* 1980, fasc. 3, p. 617: "Diversamente dallo Statuto albertino, il quale non faceva menzione né del CDM né del PCM, ma solo dei ministri, la Costituzione vigente nomina espressamente il CDM e il PCM. Quest'ultimo è oggi una figura a sé rispetto ai Ministri - con ruolo sostanziale di primo ministro - mentre sotto il regime statutario era PCM uno dei ministri (*primus inter pares*).

stanze, diverse posizioni giuridiche, da cui scaturiscono funzioni e relazioni di eterogenea natura (114): Egli in alcuni casi opera come coordinatore orizzontale delle riunioni del Consiglio, rivestendo una posizione di primazia ed instaurando conseguentemente con i Ministri, componenti del collegio, una relazione di equiordinazione; diversamente, in altre occasioni, il Presidente del Consiglio si presenta come organo monocratico, esercitando poteri che divergono grandemente dalle funzioni connaturate alla posizione di *primus inter pares* delle riunioni (115). Ai sensi dell'art. 95 Cost., del resto, il Presidente del Consiglio, in qualità di organo monocratico, "*dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando le attività dei Ministri*". In questo ruolo il Presidente svolge un'attività significativa che tende ad incidere sull'azione dell'intero Governo e, specialmente, sugli organi individuali e collegiali che ne fanno parte (116). La posizione di organo monocratico, in particolare, è idonea a rafforzare la posizione di primazia formale del Presidente nelle riunioni del Consiglio dei Ministri; primazia che potrà arricchirsi di elementi di preminenza sostanziale tali da orientare i lavori del consesso verso esiti deliberativi graditi al Presidente.

Le considerazioni poc'anzi svolte sono, altresì, estensibili alla figura del Presidente della Giunta regionale (o Presidente di Regione) con riferimento

(114) Cons. Stato, sez. IV, 15 ottobre 1996, n. 1104, in Cons. Stato 1996, I, p. 1459: "*L'attività del presidente del consiglio dei ministri nei confronti dei vari ministri si presenta, per un verso, come attività sovraordinata di direzione (con l'emanazione dei conseguenti atti di direttiva, di indirizzo, ecc.), per altro verso, come attività equiordinata di coordinamento, se e nella misura in cui si vuol riconoscere al Presidente una posizione giuridica pariordinata con quella dei ministri ed in omaggio alla tradizionale configurazione del primus inter pares*". Le diverse concezioni relative alla figura del Presidente del Consiglio in epoca pre-repubblicana sono illustrate da DE MARCO E., *Le funzioni amministrative del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Cedam, Padova, 1990, p. 8. L'Autore afferma come, all'epoca del Decreto Ricasoli (1867), il Presidente del Consiglio rivestisse una posizione di primazia intesa nel significato di supremazia rispetto ai Ministri. Diversamente SALEMI G., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1941, il quale, sia pure incidentalmente, definisce il Presidente del Consiglio un *primus inter pares* rispetto ai singoli Ministri, sottolineando come egli eserciti poteri di coordinamento orizzontale, collocandosi su un piano di equiordinazione con tutti i Ministri. In senso conforme in dottrina, tra i tanti, FAZIO G., *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 209. In giurisprudenza, recentemente, Corte cost. 19 ottobre 2009, n. 262, in www.altalex.com e Corte cost. 25 gennaio 2011, n. 23, in www.cortecostituzionale.it.

(115) Sulle molteplici attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri si rinvia alle disposizioni della l. 23 agosto 1988, n. 400 e s.m.i.

(116) La posizione del Presidente va coerentemente qualificata non già in termini di primazia ma di vera sovraordinazione, sia pure non gerarchica, tanto rispetto al Consiglio dei Ministri quanto nei confronti dei singoli Ministri. Da tale posizione, chiaramente scolpita dall'art. 95 Cost., scaturirebbe una relazione di sovra-sottordinazione, riconducibile alle tradizionali figure organizzatorie della direzione e/o del coordinamento verticale. In proposito SEPE O., voce *Ministeri*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, Milano, 1976: "*Il Presidente è qualcosa di più di un primus inter pares in quanto ha una sua precisa ed autonoma posizione costituzionale; non è però un organo sovraordinato gerarchicamente ai ministri*". Per una ricostruzione del dibattito in ordine alla posizione del Presidente del Consiglio in età repubblicana CAPO-TOSTI P.A., voce *Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986.

al quale occorrono, tuttavia, alcune puntualizzazioni. Il Presidente è titolare di funzione esterne ed interne alla Giunta (117), ricoprendo differenti posizioni da cui discendono relazioni giuridiche di varia natura con il collegio ed i suoi membri (118). Tuttavia, la posizione di primazia sui membri della Giunta pare rafforzata in termini sostanziali tanto dalla posizione di organo monocratico quanto dalla circostanza che gli assessori sono nominati e revocati direttamente dal presidente (art. 122 ult. co. Cost.) (119).

Il ruolo di presidente è, altresì, potenziato dall'elezione a suffragio universale e diretto che tende ad accrescerne autorevolezza e poteri nei confronti degli assessori (i quali, viceversa, potrebbero non avere alcuna legittimazione

(117) VICECONTE N., *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria: il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, Jovene, Napoli, 2010, p. 110. Con riferimento alle funzioni esercitate dal presidente quale organo monocratico osserva correttamente: "Il presidente non può essere certamente considerato un mero *primus inter pares*, perchè già l'art. 121 Cost. ne fa il titolare di un potere di direzione assai incisivo, che lo colloca in una posizione sovraordinata rispetto alla giunta, attribuendogli la direzione della politica (non solo generale) della stessa, di cui assume la responsabilità". Inoltre i poteri direttivi del presidente della giunta regionale sono ulteriormente rafforzati dalla potestà di nomina e revoca degli assessori. Un potere che, *mutatis mutandis*, non è riconosciuto in ambito statale al Presidente del Consiglio nei confronti dei Ministri. Sul rapporto di direzione che intercorre tra presidente della Giunta ed assessori in precedenza CHEVALLARD G., *La posizione del presidente della giunta regionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1968, p. 920. L'Autore utilizza la locuzione primazia non già nell'accezione gianniniana di figura di originale equiordinazione, bensì nella diversa accezione di formula organizzatoria di sovraordinazione, sia pure non gerarchica (In tema già SPAGNA MUSSO E., *Il presidente della Regione nel sistema degli ordinamenti regionali*, Marano editore, Napoli, 1961, p. 48).

(118) In relazione alle funzioni riconducibili alla presidenza dell'organo collegiale SPAGNA MUSSO E., *Il presidente della Regione nel sistema degli ordinamenti regionali*, op. cit., spec. pp. 35-36. L'Autore al riguardo ammonisce: "Non ha bisogno di particolare dimostrazione l'affermazione che il Presidente della Giunta in ogni ordinamento regionale è titolare dei poteri di convocazione della Giunta medesima, di direzione dei suoi lavori, di enunciazione delle sue deliberazioni: trattasi di poteri strutturalmente connessi alla qualità di Presidente di organo collegiale e, pertanto, non si può avere possibilità alcuna di loro contestazione". Infatti, il Presidente della Giunta "ha in ogni caso quelle attribuzioni per cui appunto gli è riconosciuta la qualità di presidente, che gli conferiscono la veste di *primus inter pares*: non occorre, quindi, uno specifico conferimento da parte del legislatore per poterle imputare alla sua persona". In tema anche RAUTI A., voce *Presidente della Regione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4440-4447: "Il capo del governo regionale ha innanzitutto i poteri connessi alla presidenza di un organo collegiale, quali la convocazione e la determinazione dell'ordine del giorno della giunta, nonché la moderazione e guida delle discussioni collegiali, fino alla capacità di esprimere un voto talora decisivo nei casi in cui la giunta si sia divisa, in esito ad una votazione, in parti uguali" ove lo Statuto regionale lo contempra espressamente. In proposito si rinvia alle disposizioni degli Statuti dell'Umbria (art. 69), dell'Emilia Romagna (art. 45), della Puglia (art. 43) e del Piemonte (art. 55), che nel corso delle deliberazioni della Giunta assegnano prevalenza al voto presidenziale in caso di parità dei suffragi.

(119) CAMERLENGO Q., *I rapporti tra il presidente della giunta e gli assessori: profili di diritto regionale comparato*, in *Le Regioni* 2013, fasc. 3, pp. 529-574, secondo il quale il Presidente "sceglie a suo piacimento i suoi più diretti collaboratori e con altrettanta discrezionalità ne fa a meno". L'Autore richiama in proposito le considerazioni di MANGIMELI S., *Aspetti problematici della forma di governo e della legge elettorale regionale*, in *Le Regioni*, 2000, p. 567. Più in generale per una disamina dei rapporti tra gli organi della Regione BARTHOLINI S., *I rapporti fra supremi organi regionali*, Cedam, Padova, 1961.

popolare in quanto tecnici non già eletti ma nominati). Si pensi, infine, alle disposizioni statutarie di alcune Regioni che nelle deliberazioni della Giunta attribuiscono prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi (120).

La preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti è, da ultimo suggellata, dalla regola del *simul stabunt simul cadent*, in base alla quale le dimissioni del presidente, quale organo monocratico, comportano lo scioglimento del Consiglio e le dimissioni della Giunta. È chiaro, quindi, come nelle sedute dell'organo esecutivo, nonostante la vigenza formale di un principio di pariordinazione, gli assessori subiscano l'influenza dei poteri esterni esercitati dal presidente. In questa fattispecie, più che in altre, la posizione di primazia può assumere spiccati caratteri di preminenza sostanziale, senza tuttavia alterare, da un punto di vista formale, il ruolo di *primus inter pares* del presidente all'interno della Giunta (121).

5.2. *Il possesso di specifici requisiti soggettivi per la preposizione all'ufficio presidenziale.*

Secondo un principio di reciproca pariordinazione, i componenti che entrano a far parte di un organo collegiale in base ad un identico titolo di investitura, possiedono, sovente, i medesimi requisiti soggettivi, sicché omogenea sarà la composizione del consesso. In questa fattispecie il preposto all'ufficio di presidente è alternativamente individuato: *Ope legis* secondo il criterio dell'anzianità; attraverso un atto discrezionale di nomina di un'autorità esterna; mediante elezione da parte del collegio stesso fra i suoi membri (122). Ciascun ordinamento, tuttavia, per esigenze di ponderazione diversificata degli interessi pubblici, può prescrivere il possesso di requisiti eterogenei od ulteriori per l'ufficio di presidente rispetto a quelli richiesti per l'ufficio di semplice componente.

Tale previsione è idonea, pertanto, ad accentuare all'interno del collegio le differenze tra presidente e componenti (123) e, conseguentemente, a rafforzare le ricadute dell'esercizio delle funzioni di *primus inter pares* sull'esito deliberativo del procedimento.

Un simile fenomeno ricorrere, ad esempio, negli organi collegiali tecnici, nei quali è prescritta una composizione differenziata per una migliore ponderazione dell'interesse pubblico in rilievo. Si pensi alle Commissioni di gara

(120) A titolo esemplificativo, si vedano gli artt. 35 co. VII dello Statuto della Calabria, 50 co. VI dello Statuto della Campania e 69 co. II dello Statuto dell'Umbria.

(121) In giurisprudenza Corte cost., 20 marzo 1985, n. 70, in www.iusexplorer.it.

(122) Si tratta, ovviamente, di indicazioni di massima che non rispecchiano alcuna peculiare classificazione degli organi collegiali, essendo riconosciuta a ciascun ordinamento la potestà di individuare i criteri di composizione del consesso nonché le modalità di scelta del presidente.

(123) Talvolta, infatti, la legge fissa i requisiti soggettivi necessari per ricoprire l'ufficio presidenziale, tra cui, ad esempio, l'appartenenza a determinate categorie professionali.

ove il presidente necessariamente ricopra la qualifica dirigenziale, a dispetto degli altri componenti per i quali è sufficiente la qualifica di mero funzionario; oppure a quei Collegi sindacali che, non accontentandosi del criterio dell'anzianità, prescrivano per la carica di presidente il possesso di peculiari requisiti professionali.

Una composizione diversificata del consesso si riscontra anche negli organi collegiali di autogoverno e, segnatamente, nel Consiglio superiore della magistratura, nel Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e nel Consiglio di presidenza della Corte dei Conti. La peculiarità di tali istituzioni è rintracciabile nella circostanza che la legittimazione all'ufficio di presidente del *plenum* è riconosciuta, esclusivamente, a chi ricopra una determinata carica o ufficio esterni al collegio da presiedere (124).

Negli esempi indicati si determina, così, una differenziazione tra presidente e componenti che, tuttavia, non confligge con l'equiordinazione delle relazioni *infra*-collegiali, fondata sulla identità del titolo di investitura (125). Del resto, il possesso di specifici requisiti soggettivi è, pur sempre, strumentale ad una migliore esplicazione delle funzioni di impulso e coordinamento, irrinunciabili per il buon andamento dei lavori. Eppure non può escludersi che l'eterogenea composizione del collegio possa avere ricadute sulla figura organizzatoria della primazia, rafforzando, segnatamente, l'esercizio delle funzioni presidenziali di *primus inter pares* (convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute); tutto ciò in virtù di una maggiore autorevolezza e di peculiari (e forse superiori) capacità professionali del presidente rispetto agli altri componenti.

In tal senso l'ordinaria posizione di primazia formale potrebbe arricchirsi di episodi di preminenza sostanziale con ripercussioni sull'*iter* collegiale. Un fenomeno che verrebbe accentuato dal concorso di ulteriori elementi o vicende afferenti l'ufficio di presidente ed il rispettivo titolare quali, ad esempio, la contestuale posizione di organo monocratico, il riconoscimento di poteri di sovraordinazione, l'assenza di un potere di revoca da parte dei componenti.

Ciononostante, gli occasionali ed eventuali episodi di preminenza sostanziale non sono in grado di alterare i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i membri del collegio.

5.3 Le modalità di scelta del presidente.

Come detto, ciascun ordinamento collegiale può scegliere tra differenti mo-

(124) In tale diversa ed esterna posizione si rinviene, pertanto, il titolo di legittimazione alla presidenza del collegio e all'esercizio delle funzioni di *primus inter pares*.

(125) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., pp. 130-131.

dalità di individuazione del presidente (126). Secondo autorevole dottrina, l'atto di investitura assumerebbe “*due moduli strutturali tipici, tra loro notevolmente differenziati, che rispettivamente denominiamo nomina ed elezione*” (127).

La nomina rappresenta atto di esercizio di un potere discrezionale (128); essa può essere compiuta da un organo monocratico esterno (129) che indichi per la presidenza del collegio un soggetto componente o terzo; si pensi, ad esempio, alla nomina del presidente dell'Assemblea del C.N.E.L. da parte del Capo dello Stato.

A differenza della nomina, l'elezione è una modalità di individuazione del presidente interna al collegio, alla quale sono chiamati a partecipare con il loro voto tutti i componenti assegnati (130). Tale fenomeno ricorre, per esempio, nei Consigli regionali, nelle Assemblee e nelle Commissioni Parlamentari; del resto, il procedimento elettivo costituisce la forma più diffusa per l'investitura negli organi politico-assembleari (131).

Oltre ai sistemi di nomina ed elezione, la scelta del presidente può essere compiuta direttamente dalla legge (132); ciò accade con riferimento alle presidenze degli organi collegiali di autogoverno (Consiglio superiore della magistratura, Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, Consiglio

(126) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 116: “*Il titolo di investitura del presidente non è lo stesso che lo rende componente del collegio ma si aggiunge a questo, anche se talora contestualmente. L'investitura può aver titolo nella legge (presidente di diritto), oppure in un atto collegiale, particolarmente nei collegi elettivi (sempre in quelli esponenziali) oppure ancora in atto di autorità diversa da quella che investe i singoli membri dell'ufficio collegiale*”.

In sintesi le modalità di scelta del presidente di un organo collegiale si identificano in tre tipologie:

- *Ope legis*.
- Nomina.
- Elezione.

(127) CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, rist. agg., Giappichelli, Torino, 2002, p. 94. Precedentemente GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit. GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, op. cit.

(128) CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 95.

(129) Teoricamente l'atto di nomina del presidente potrebbe, altresì, promanare da un organo esterno di natura collegiale.

(130) CAVALLO B., *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, op. cit., p. 185. Più in generale CAMELLI M., *L'amministrazione per collegi: organizzazione amministrativa e interessi pubblici*, op. cit., sulla provenienza dei componenti degli organi collegiali, distingue tra “*estrazione libera (affidata alla scelta discrezionale dell'autorità o al meccanismo elettivo) e bloccata da automatismi formali (presenze d'ufficio) o sostanziali (nomina su designazione delle categorie interessate)*”.

(131) CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 95-97. Evidenzia l'Autore come l'elezione, a differenza della nomina, non rappresenti, tecnicamente, atto di esercizio di un potere discrezionale.

(132) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., pp. 147-151. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 116. GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, op. cit.: “*Alla presidenza dell'organo collegiale è preposto un soggetto che è di nomina amministrativa o è designato da una norma di legge in base a criteri obbiettivi e predeterminati, ovvero eletto dai membri dello stesso collegio*”.

di presidenza della Corte dei conti), che vengono, pertanto, denominate presidenze di diritto.

Nelle ipotesi di indicazione *ex lege*, la figura presidenziale è individuata in ragione della titolarità di altra carica o ufficio, esterni al consesso di riferimento, i quali costituiscono titolo di legittimazione alla presidenza e all'esercizio delle rispettive attribuzioni.

Occorre domandarsi, a questo punto, se, ed in che misura, le modalità di scelta del presidente abbiano ricadute sull'esercizio delle funzioni di impulso e coordinamento dei lavori in termini di accentuazione della di lui posizione di primazia sugli altri componenti. Al quesito occorre fornire risposta affermativa precisando, tuttavia, come tale influenza sul ruolo di *primus inter pares* non risulti sempre ricorrente ma tenda, viceversa, a manifestarsi, con intensità variabile, in occasionali ed eventuali ipotesi; per esempio nei casi di investitura *ope legis* o di nomina da parte di un organo esterno, in cui il presidente, non avendo vincoli giuridici né di riconoscenza morale verso il collegio, potrà esercitare in modo più spregiudicato e disinvolto le prerogative di coordinatore dei lavori.

In generale, le modalità di scelta del presidente tendono ad avere più ampie ricadute sulla *iuris figura* della primazia ove insieme ad esse concorrano la contestuale posizione di organo monocratico, il possesso di specifici requisiti soggettivi, la titolarità di poteri di sovraordinazione, l'assenza di un potere di revoca da parte degli altri membri. In tali fattispecie dalla accentuazione delle funzioni di *primus inter pares* potranno discendere occasionali episodi di preminenza sostanziale, senza che ciò comprometta i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

5.4. *L'assenza di un potere di revoca del presidente da parte dei componenti del collegio.*

La revoca rappresenta, in via generale, il *contrarius actus* della nomina o dell'elezione, per cui essa normalmente compete all'organo o ai soggetti alla prima legittimati.

Con riferimento agli organi collegiali pubblici, la revoca del presidente viene ad assumere peculiari caratteri. Oltre ad acquisire ulteriori denominazioni, tra cui quella di mozione di sfiducia, la revoca costituisce, di regola, un atto disgiunto dalla nomina sia per quanto riguarda la legittimazione attiva sia in relazione ai presupposti applicativi dell'istituto. Del resto, considerando ammissibile l'atto di revoca, le potestà di nomina e revoca del presidente non necessariamente sono attribuite al medesimo organo o ai medesimi soggetti, potendo essere ripartite tra differenti figure soggettive.

Viceversa, nell'ambito degli organi collegiali politico-assembleari, la potestà di revoca, se riconosciuta, spetta, di solito, al prescritto numero di componenti che ha in precedenza eletto il presidente.

Va puntualizzato, poi, in relazione alle Assemblee parlamentari, come la revoca (o sfiducia) del presidente, quale coordinatore dei lavori del *plenum*, sia "difficilmente configurabile sul piano formale, non essendo chiaro con quale atto tale decisione possa essere assunta" (133); inoltre il principio di non revocabilità del presidente trova conferma nella prassi delle Camere, soprattutto a seguito del noto caso Gianfranco Fini.

Analoghe considerazioni valgono per le Commissioni parlamentari permanenti nell'ambito delle quali si è negato in modo espresso ai componenti un potere di sfiducia nei confronti del presidente (134).

Inoltre, con particolare riferimento ai Consigli regionali, il presidente, una volta eletto, non può essere sfiduciato, salvo diversa previsione dello Statuto (135). Si sottolinea in tal senso l'eccezionalità del potere di revoca, in ossequio al principio di non revocabilità del presidente che caratterizza i collegi politico-assembleari.

Venendo, poi, ad esaminare gli organi consiliari di Comuni e Province, occorre evidenziare come la dottrina e la giurisprudenza considerino ammissibile la revoca del Presidente del Consiglio comunale (136) solo nei casi di espressa menzione da parte dello Statuto (137), applicando in via estensiva

(133) LUPO N., voce *Presidente di Assemblea*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Agg., op. cit. In senso conforme FASONE C., *Presidente di Assemblea e Presidenti delle Commissioni permanenti*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVOSECCHI G., op. cit. *Contra* FERRARA G., *Il Presidente di Assemblea Parlamentare*, op. cit. e TRAVERSA S., *Il Presidente della Camera dei Deputati, Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi: studi*, Giuffrè, Milano, 1989, i quali, diversamente, ritengono ammissibile la sfiducia dei Presidenti delle Camere parlamentari.

(133) In dottrina, tra i tanti, CHIMENTI C., *Principi e regole delle assemblee politiche*, op. cit.

(134) Sul punto FASONE C., *Presidente di Assemblea e Presidenti delle Commissioni permanenti*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVOSECCHI G., op. cit., spec. p. 167.

(135) Per esempio l'art. 32 dello Statuto del Trentino-Alto Adige espressamente recita: "Il Presidente ed i vice Presidenti del Consiglio regionale che non adempiano agli obblighi del loro ufficio sono revocati dal Consiglio stesso a maggioranza dei suoi componenti". Anche lo Statuto della Regione Campania all'art. 35 co. IV in tal senso dispone: "Il Consiglio regionale può revocare il Presidente del Consiglio, i vice-presidenti, i segretari ed i questori, collegialmente o individualmente, a seguito dell'approvazione di una mozione di sfiducia secondo le modalità previste dal Regolamento". Trattasi, in ogni caso, di disposizioni eccezionali che, in quanto tali, necessitano di puntuale previsione da parte di una norma di diritto positivo. Viceversa nel silenzio della normativa vigente trova applicazione il principio di non revocabilità del titolare dell'ufficio presidenziale; il che si giustifica con la necessità che i titolari di organi pubblici di garanzia istituzionale, proprio per la loro funzione *super partes*, siano sottratti ai giochi politici di maggioranza.

(136) In proposito, senza pretese di esaustività, NOBILE R., *La revoca del presidente del consiglio comunale*, in www.lexitalia.it, 2006. CORSARO A., *La revoca del presidente del consiglio comunale*, Nota a Cons. Giust. amm., 3 dicembre 2007, n. 1175, in *Foro amm. C.d.s.* 2007, fasc. 12, p. 3533. PETRULLI M., *La revoca del presidente del consiglio comunale nel caso di mancata previsione ad hoc nello statuto*, in *Nuova rass. legisl.* 2009, fasc. 2, p. 249. AREZZO DI TRIFILETTI G., *Due interessanti questioni: l'ammissibilità della revoca del Presidente del Consiglio comunale e il ruolo del consigliere anziano*, in www.giustamm.it. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Tar Veneto, sez. I, 21 dicembre 2005, n. 4359, cit. Tar Puglia Lecce, sez. I, 20 febbraio 2014, n. 528, in www.giustamm.it.

tali considerazioni anche al Consiglio provinciale (138). Tuttavia, una parte della giurisprudenza tende a riconoscere, in via generale, l'ammissibilità della revoca del presidente del Consiglio (comunale e provinciale), anche nel silenzio del diritto positivo (139).

Occorre, a questo punto, domandarsi in che modo la previsione o l'assenza di una potestà di revoca possa incidere sulla *iuris figura* della primazia ed, in particolare, sulla ordinaria posizione di preminenza formale del presidente sugli altri componenti.

Va in primo luogo sottolineato come la previsione di un meccanismo di revoca, sia pure in via riflessa, costituisca un incisivo strumento di coazione esercitabile dai componenti nei confronti del presidente il quale tenderà, presumibilmente, ad esercitare le proprie attribuzioni di *primus inter pares* nei confini di una preminenza strettamente formale, pena il rischio di rimozione dalla carica.

Tale assunto trova conferma, *a contrario*, nell'ipotesi in cui risulti carente qualsivoglia congegno di revoca-sfiducia. In tali fattispecie, infatti, emerge la maggiore propensione del presidente ad accentuare l'esercizio delle proprie funzioni, con relativi episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti. Trattasi, comunque, di un fenomeno eventuale nonché ad intensità variabile, in ragione del concorso o meno di altri elementi o vicende afferenti la figura del presidente, quali la contestuale posizione di organo monocratico oppure il riconoscimento di speciali poteri di sovraordinazione.

Ciononostante, gli occasionali ed eccezionali episodi di preminenza sostanziale, riconducibili all'assenza di un potere di revoca, non sono idonei a compromettere il modello generale della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

(137) Cons. giust. amm. Reg. sic., 31 dicembre 2007, n. 1175, in www.giustizia-amministrativa.it. Tar Veneto, 8 febbraio 2010, n. 334, in www.giustizia-amministrativa.it. In tali fattispecie la revoca del presidente si realizza attraverso un apposito atto denominato mozione di sfiducia che, ai fini della sua approvazione, deve essere discusso e votato dal prescritto numero di componenti.

(138) NASUTI A., *I poteri del presidente dell'adunanza del consiglio comunale e provinciale*, op. cit. APRILE E., *Il Consiglio provinciale*, Libreria editrice forense e degli enti locali, Lecce, 1986. MAGGIORA E., *L'ordinamento provinciale. Provincia, città metropolitana, organi, funzioni, personale, responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2006. GIOFFRÉ G., *Le prerogative del presidente del consiglio comunale e provinciale*, in *Nuova rass. legisl.*, fasc. 16, 2011. LAMANNA DI SALVO D., *La portata del concetto di imparzialità e neutralità dell'azione dell'ente locale ex d.l. n. 201 del 2011*, Nota a Tar Lombardia Milano, sez. I, 14 dicembre 2011, n. 3150, in *Giur. merito*, fasc. 3, 2012.

(139) In particolare Tar Veneto, sez. I, 21 dicembre 2005, n. 4359, in www.giustizia-amministrativa.it. Tar Lazio Roma, sez. II, 13 ottobre 2008, n. 8881, in www.giustizia-amministrativa.it: *Ciò "attesa la mancanza nell'ordinamento degli enti locali, a favore del presidente revocando, di principi sulla stabilità del suo incarico, del tipo di quelli che la dottrina costituzionalista ha elaborato nei riguardi dei presidenti delle assemblee parlamentari"*.

5.5. I poteri presidenziali di sovraordinazione.

Con la locuzione poteri presidenziali di sovraordinazione il presente volume intende riferirsi a quei poteri del presidente di organo collegiale, accomunati dalla peculiare natura giuridica e dalla medesima difficoltà di inquadramento.

Si tratta, a ben vedere, di poteri riconosciuti al presidente nel ruolo di coordinatore delle riunioni che, tuttavia, sono idonei ad esprimere occasionali episodi di sovraordinazione sugli altri componenti. Questi poteri, pur inserendosi nel quadro delle funzioni tipiche della primazia, presentano caratteri speciali di cui è necessario verificare la compatibilità con la posizione di *primus inter pares* del presidente. In particolare l'analisi si soffermerà su due poteri di sovraordinazione e, segnatamente, su:

- La prerogativa che assegna prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi (140).
- I poteri istruttori del presidente nei collegi con funzioni giurisdizionali (141).

Premesso un breve inquadramento teorico di tali poteri, occorre vagliarne poi il momento applicativo nonché le ricadute di ordine generale sulla figura organizzatoria della primazia. In special modo è d'obbligo chiedersi se gli episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti, derivanti

(140) Sulle soluzioni adottabili in caso di parità dei suffragi CAMMEO F., *La parità dei voti nelle deliberazioni comunali*, Utet, Torino, 1901. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 269. BORSI U., *La parità di voti nelle deliberazioni degli organi collegiali degli enti locali*, in *Rass. legisl. com.*, 1936, fasc. 19, p. 4. FORTI U., *La parità di voto nelle deliberazioni amministrative*, in *Studi di dir. pubbl.*, 1937, I, pp. 443 e ss. DE GENNARO G., *La parità di voti nelle deliberazioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, pp. 650 e ss., ora anche in *Scritti di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 1955, pp. 41 e ss. LA TORRE M., *Parità di voti e voto del presidente del collegio*, in *Amm. it.*, 1952. STRANGES A., *Deliberazioni dei consigli comunali: effetti della parità di voti, ripetizione della votazione*, in *Il servizio ispettivo*, n. 5, 1954. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. DAGTOGLOU P., *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit. SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., op. cit.

(141) L'art. 506 co. I c.p.p. riconosce al presidente nel corso del dibattimento penetranti poteri istruttori in tema di prova. Più in generale sui poteri istruttori del giudice penale DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Edizioni scientifiche italiane, 2003. BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Giappichelli, Torino, 2006. CARACENI L., *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Giuffrè, Milano, 2007. VERGINE F., *Sistema delle prove e interventi del giudice*, Cacucci, 2008. LATTANZI G., *Codice di procedura penale: annotato con la giurisprudenza*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2013. CONSO G.- GREVI V.- ILLUMINATI G., *Commentario breve al codice di procedura penale: complemento giurisprudenziale*, a cura di LIVIA GIULIANI, VIII ed., Cedam, 2013. DE GIOIA V., *Codice di procedura penale e leggi speciali annotato con la giurisprudenza*, Neldiritto, 2013. Anche il Codice del processo amministrativo (D.lgs. n. 104/2010) tende a rafforzare i poteri istruttori del presidente del collegio. Infatti ai sensi degli artt. 65 co. I e 68 co. I il presidente o un magistrato da lui delegato, su istanza di parte, adotta i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria; inoltre nell'ammettere i mezzi istruttori egli fissa i termini da osservare e ne determina luogo e modalità di assunzione. (Sul punto ROMEO A., *Collegialità e ruolo presidenziale nella sentenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2012).

dall'esercizio di tali poteri di sovraordinazione, siano in grado di mettere in discussione i tratti distintivi della primazia ed, in particolare, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti. Ciò in ragione della circostanza che lo svolgimento di tali poteri è idoneo a condizionare il procedimento di formazione della volontà collegiale.

Al quesito occorre dare risposta negativa, riallacciandosi ad un principio di ordine generale: Nel concreto operare dei fenomeni giuridici non esistono situazioni, posizioni o figure soggettive allo stato puro, ma ciascuna di esse tollera al suo interno la presenza di elementi spuri, eterogenei rispetto agli elementi tipici della situazione, posizione o figura dominante. Trattasi di un fenomeno generale di ampio respiro che ricorre nel diritto amministrativo ma è comune anche al diritto privato (142).

La stessa figura organizzatoria della primazia registrerebbe al proprio interno una vicenda di commistione tra i maggioritari poteri di equiordinazione e i minoritari poteri di sovraordinazione. La coabitazione tra poteri diversi si giustifica attraverso l'applicazione della teoria generale dell'assorbimento o della prevalenza (143); in base a questa teoria natura e disciplina della primazia vengono individuate attraverso gli elementi maggioritari della fattispecie che prevalgono per assorbimento sugli elementi minoritari ed accessori (144). Ne discende come la primazia, quale figura di originale equiordinazione, possa sopportare al suo interno poteri di sovraordinazione, con i relativi episodi di preminenza sostanziale, senza veder alterate le proprie caratteristiche fondamentali tra cui la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

(142) Secondo PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954 anche il diritto assoluto di proprietà, che è la più completa ed ampia tra le situazioni giuridiche soggettive attive e di vantaggio, tollera nel proprio nucleo interno una serie di elementi spuri che si identificano in oneri, obblighi e limiti. Ai sensi dell'art. 832 c.c., infatti, "il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico". Tali oneri, obblighi e limiti conformano la struttura del diritto senza però intaccare le caratteristiche generali della proprietà. Non esistono, pertanto, nel contesto storico contemporaneo situazioni giuridiche soggettive assolute (NICOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato. I. Dispense integrative ad uso degli studenti*, Giuffrè, Milano, 1962. PUGLIATTI S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964. BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990).

(143) ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit., pp. 69 e ss.. In base alla teoria dell'assorbimento (*Absorptionstheorie*) nell'ambito dei contratti misti le prestazioni secondarie ed accessorie risultano assorbite nelle prestazioni principali "agli effetti della determinazione della natura giuridica della forma di contratto" e agli effetti dell'individuazione della disciplina applicabile. Questa teoria è, altresì, estensibile a qualsivoglia fattispecie giuridica che sia caratterizzata da un fenomeno di commistione tra elementi eterogenei. Più di recente SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(144) I poteri di sovraordinazione sono, dunque, recessivi in quanto assorbiti nelle funzioni di impulso e coordinamento che connotano in senso prevalente il modello della primazia. Tali poteri ricoprono, conseguentemente, un ruolo marginale rispetto agli ordinari poteri presidenziali di *primus inter pares*, risultando ammissibili solo in presenza di un'espressa disposizione di diritto positivo.

Finito di stampare nel mese di marzo 2015
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma