

ANNO LXVIII - N. 1

GENNAIO - MARZO 2016

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

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

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

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

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

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Guglielmo Bernabei, Chiara Bianco, Francesco Maria Ciaralli, Marco Corsini, Eugenio De Bonis, Simone D'Orsi, Ettore Figliolia, Salvatore La Fauci, Adriana Lagioia, Marco La Greca, Ilija Massarelli, Massimo Massella Ducci Teri, Giacomo Montanari, Adolfo Mutarelli, Giovanni Palatiello, Carlo Maria Pisana, Diana Ranucci, David Romei, Massimo Salvatorelli, Mario Antonio Scino, Francesco Sclafani, Marco Stigliano Messuti, Antonio Tallarida, Roberta Tortora, Ivan Michele Triolo.*

Email

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it

maurizio.borgo@avvocaturastato.it

danilo.delgaizo@avvocaturastato.it

stefano.varone@avvocaturastato.it

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

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

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

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

Stampato in Italia - Printed in Italy

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

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Giudizi in grado di appello dinnanzi alle Commissioni Tributarie Regionali concernenti il contributo unificato dovuto per i ricorsi dinnanzi al giudice amministrativo. Art. 11 comma 2 D.Lgs. n. 546/1992. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, Circolare AGS prot. 164766 del 6 aprile 2016 n. 16</i>	pag.	1
Eugenio De Bonis, <i>Sul parere di congruità dell'Avvocatura dello Stato in caso di liquidazione delle spese legali da parte del giudice contabile</i>	»	3
Giacomo Aiello, <i>L'accesso al patrocinio erariale degli "enti pubblici locali dotati di autonomia funzionale"</i>	»	6

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Antonio Tallarida, <i>Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento comunitario. Il caso Italia</i>	»	15
David Romei, <i>La Corte di giustizia UE "boccia" il Consiglio di Stato sull'ordine di esame dei ricorsi</i> (C. giustizia UE, Grande Sez., sent. 5 aprile 2016, causa C-689/13)	»	27

CONTENZIOSO NAZIONALE

Giovanni Palatiello, <i>Le confessioni religiose e lo Stato, sulle intese di cui all'art. 8, co. 3, Cost.</i> (C. cost., sent. 10 marzo 2016 n. 52).	»	45
Carlo Maria Pisana, <i>Una vittoria nel contrasto alla grande evasione. Il chiarimento della Cassazione sulla "clausola del rendimento minimo garantito"</i> (Cass. civ., Sez. V, sentt. 1 aprile 2016 nn. 6330, 6331)	»	74
Carlo Maria Pisana, <i>Il danno da svalutazione per ritardato adempimento di una obbligazione pecuniaria: la specialità della fattispecie tributaria</i> (Cass. civ., Sez. VI - T, ord. 20 aprile 2016 n. 7803)	»	81
Adriana Lagioia, <i>Gli effetti della sentenza di cassazione con rinvio sul titolo esecutivo</i> (Cass. civ., Sez. III, sent. 3 aprile 2015 n. 6822).	»	84
Chiara Bianco, <i>L'imparzialità del giudice e la "società democratica europea"</i> (Cons. St., Sez. III, sent. 27 luglio 2015 n. 3679)	»	98
Marco La Greca, <i>Lo stato della giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla ammissibilità delle notifiche pec nel processo amministrativo e ...</i> (Cons. St., Sez. VI, sent. 28 maggio 2015 n. 2682; Sez. III, sent. 14 settembre 2015 n. 4270; Sez. V, sent. 22 ottobre 2015 n. 4863; Sez. III, sent. 14 gennaio 2016 n. 91; Sez. III, sent. 20 gennaio 2016 n. 189)	»	132
<i>... il dies a quo per le notifiche pec nel processo civile</i>	»	138
Wally Ferrante, <i>Una pronuncia del Consiglio di Stato sull'onere di autonomia impugnazione e sulla distanza delle sale giochi da luoghi sensibili</i> (Cons. St., Sez. III, sent. 10 febbraio 2016 n. 579)	»	146

Mario Antonio Scino, <i>La giurisprudenza amministrativa e i vincoli paesaggistici</i> (Cons. St., Sez. VI, sent. 7 marzo 2016 n. 914)	pag.	157
--	------	-----

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Ilia Massarelli, <i>Diniego della concessione della cittadinanza iure matrimoni: il giudice competente</i>	»	169
Ettore Figliolia, <i>Spettanza dei contributi per l'eliminazione di barriere architettoniche in caso di decesso del portatore di handicap</i>	»	173
Roberta Tortora, <i>Problematiche interpretative relative alla equiparazione delle vittime del terrorismo ai grandi invalidi di guerra</i>	»	175
Marco Stigliano Messuti, <i>Sul principio di omnicomprensività del trattamento economico dirigenziale di cui all'art. 24, D.lgs. 165/2001</i>	»	178
Massimo Salvatorelli, <i>Acquisto e trasferimento tramite permuta di beni immobili tra Stato e Provincia Autonoma di Bolzano. Il quadro normativo attualmente vigente</i>	»	182
Mario Antonio Scino, <i>Soggetti tenuti al rilascio della documentazione antimafia in caso di partecipazioni societarie indirette</i>	»	194
Ettore Figliolia, <i>Disciplina dell'edilizia residenziale a favore di dipendenti pubblici</i>	»	200
Giacomo Aiello, <i>Prestazioni previdenziali erogate da Stazione appaltante a fronte di irregolare posizione contributiva dell'impresa fallita</i>	»	202
Francesco Sclafani, <i>Autorizzazioni per gli ambulatori e regime sanzionatorio delle violazioni</i>	»	206
Marco Corsini, <i>"Estensione soggettiva" della chiamata diretta nelle assunzioni protette</i>	»	209
Mario Antonio Scino, <i>"Presupposti e requisiti" ai fini del rimborso delle spese legali ex art. 18 D.L. n. 67/1997</i>	»	211
Marco Corsini, <i>Verso una nuova concezione dell'alloggio di servizio: l'"housing sociale"</i>	»	218
Diana Ranucci, <i>Effetti del giudicato penale sui dipendenti delle p.a.: distinguo tra reato consumato o tentato</i>	»	225

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Guglielmo Bernabei, <i>Tributi locali comunali e modelli di local tax a confronto</i>	»	229
Salvatore La Fauci, <i>Enti locali: il responsabile finanziario, titolare del fondamentale interesse pubblico di tutela della gestione finanziaria anche ... attraverso lo strumento ricorsuale</i>	»	243
Ivan Michele Triolo, <i>Il trasporto pubblico locale: la qualificazione dell'attività in termini di servizio pubblico e il contratto di servizio</i>	»	247

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Adolfo Mutarelli, <i>Profili problematici della tutela processuale in tema di pensioni ordinarie dinanzi alla Corte dei Conti</i>	pag.	265
Francesco Maria Ciaralli, Simone D'Orsi, <i>La destinazione patrimoniale nel transito da moduli tipici a forme atipiche di esercizio dell'impresa: l'archetipo del contratto di rete</i>	»	279
Guglielmo Bernabei, <i>Crisi della legge e decretazione d'urgenza</i>	»	291

RECENSIONI

Guglielmo Bernabei, Giacomo Montanari, <i>Tributi propri e Autonomie Locali. Difficile sviluppo di un sistema di finanza propria degli enti locali. Seconda edizione, Primiceri Editore, 2016</i>	»	315
---	---	-----

TEMI ISTITUZIONALI

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 16/2016

Oggetto: Giudizi in grado di appello dinnanzi alle Commissioni Tributarie Regionali concernenti il contributo unificato dovuto per i ricorsi dinnanzi al giudice amministrativo. Art. 11 comma 2 D.Lgs. n. 546/1992. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Com'è noto l'art. 11 comma 2 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, (*Disposizioni sul processo tributario*) - a seguito della modifica introdotta dall'art. 9, comma 1, lett. d), n. 1), del D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 156 - prevede che "L'ufficio dell'Agenzia delle entrate e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 nonché dell'agente della riscossione, nei cui confronti è proposto il ricorso, sta in giudizio direttamente o mediante la struttura territoriale sovraordinata. **Stanno altresì in giudizio direttamente le cancellerie o segreterie degli uffici giudiziari per il contenzioso in materia di contributo unificato**".

La novella ha pertanto modificato - con decorrenza dal 1° gennaio 2016 - la precedente formulazione della norma che sembrava limitare al solo primo grado la possibilità per le cancellerie o segreterie di uffici giudiziari, per le cause in tema di contributo unificato, di stare in giudizio senza difesa tecnica.

Il Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa ha evidenziato come tale mutato contesto normativo presenti profili di criticità con riferimento al contenzioso concernente gli organi di giustizia amministrativa (in particolare le segreterie di T.A.R. e Consiglio di Stato).

In tale ambito risultano infatti ancora irrisolte alcune questioni delicate e di non irrilevante complessivo valore economico.

Oltre al problema della debenza del contributo unificato sui ricorsi proposti dalle ONLUS (questione sulla quale si sta cercando di ottenere in tempi brevi un pronunciamento della Corte di Cassazione), particolarmente delicate appaiono le questioni concernenti la debenza del contributo unificato con riguardo ai motivi aggiunti al ricorso; sul punto - com'è noto - la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 6 ottobre 2015 (in causa C-61/14), ha stabilito che la decisione sulla loro assoggettabilità a contributo unificato è rimessa al giudice nazionale, che a tal fine dovrà valutare la loro effettiva distinzione rispetto al ricorso

principale e l'idoneità a determinare un "*ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia già pendente*".

Altre tematiche di rilievo riguardano infine il regime delle esenzioni.

Tanto premesso, considerata la delicatezza delle questioni suddette e l'assenza di precedenti giurisprudenziali sul punto, si ritiene opportuno che la difesa in grado di appello - almeno fino a che le questioni più delicate non vengano risolte con orientamento sufficientemente consolidato - continui ad essere assicurata dall'Avvocatura dello Stato in relazione alle seguenti controversie:

- ricorsi in materia di appalti (rito applicabile ed importi dovuti);
- debenza del contributo unificato in relazione ai motivi aggiunti al ricorso principale (in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia del 6 ottobre 2015 in causa C-61/14);
- esenzione in base all'art. 73 co. 1 della L. 219/1981 (terremoto1980);
- esenzione per le ONULS;
- esenzione per i ricorsi in materia di ore di sostegno.

In relazione a quanto sopra si ritiene pertanto che debba darsi positivo riscontro alla richiesta di patrocinio che sarà formulata dalle Segreterie degli organi di Giustizia Amministrativa, interessando la Scrivente per qualsiasi problematica particolare che dovesse emergere.

Al fine di monitorare il contenzioso sulle varie questioni, si invita a tenere informata la Scrivente sull'esito dei suddetti giudizi, inviando le decisioni all'indirizzo PEC della sezione prima (sezione1@mailcert.avvocaturastato.it) facendo riferimento al Cs. 12205/16 (avv. De Socio).

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Massimo Massella Ducci Teri

Sul parere di congruità dell'Avvocatura dello Stato in caso di liquidazione delle spese legali da parte del giudice contabile

*PARERE RESO DAL COMITATO CONSULTIVO IN DATA 13/01/2016-13436,
AL 39972/15, AVV. EUGENIO DE BONIS*

Con la nota sopra indicata codesta Amministrazione ha chiesto il parere della Scrivente sulla legittimità del rimborso delle spese legali sostenute dalla dipendente indicata in oggetto, per difendersi nel giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei Conti conclusosi con la sentenza n. 480/2015 della Sez. Giurisdizionale per la Regione Abruzzo che ha assolto la Sig.ra dagli addebiti contestati.

La questione risulta già affrontata più volte da precedenti pareri di questa Avvocatura e, da ultimo, dalla circolare n. 31/2014 dell'Avvocato Generale dello Stato.

In una prima fase sulla questione che si pone in questa sede (*“se ed in che misura il dipendente abbia diritto alla liquidazione delle spese legali in caso di definitivo proscioglimento, quando tali spese siano state liquidate da parte del giudice contabile in sentenza”*), la Scrivente si è espressa, diffusamente, con il parere n. 4097 del 5 gennaio 2012, (in relazione al CS 36085/11) affermando la rimborsabilità delle spese *de quibus* anche in misura diversa da quella stabilita dal giudice contabile.

Successivamente all'orientamento assunto sulla questione, è intervenuta la sentenza della Corte di Cassazione sez. lavoro n. 19195/13, che si è occupata proprio della possibilità o meno di un rimborso di spese legali a carico dell'Amministrazione ulteriore rispetto alla liquidazione stabilita nella sentenza.

In tale pronuncia la Suprema Corte afferma testualmente: *“Il rimborso giudiziale costituisce infatti uno strumento prettamente processuale con cui si tutela concretamente il diritto alla difesa affermato dall'art. 24 Cost.”*.

Ed ancora: *“La valutazione che compie il giudice contabile, all'esito della definizione del rapporto dedotto, riguarda nel suo complesso il regolamento delle spese del giudizio in ragione dello sviluppo e della conclusione del processo in particolare pronunciando sull'ammissibilità e i limiti di riconoscimento delle spese legali per come risultano dalla documentazione allegata dal convenuto”*.

La natura processuale della richiesta del rimborso delle spese comporta che *“non può ammettersi neppure una sopravvivenza integrativa del rimborso extragiudiziale a fronte di un'eventuale incongrua liquidazione delle spese ad opera del giudice contabile”*. Pertanto, conclude la decisione, *“Dopo l'entrata in vigore dell'art. 10 bis, co. 10° d.l. n. 203/05 (convertito con modificazioni in legge n. 248/05), in caso di proscioglimento nel merito del convenuto in giudizio per responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei Conti, spetta esclusivamente a detto giudice, con la sentenza che definisce il giudizio, liquidare - ai sensi e con le modalità di cui all'art. 91 c.p.c. e a*

carico dell'amministrazione di appartenenza - l'ammontare delle spese di difesa del prosciolto, senza successiva possibilità per quest'ultimo di chiedere in separata sede all'amministrazione medesima la liquidazione di dette spese, neppure in via integrativa della liquidazione operata dal giudice contabile. Tale principio si applica anche in ipotesi di compensazione delle spese disposta dal giudice contabile nel vigore del testo del cit. art. 10 bis, co. 10° d.l. n. 203/05 anteriormente alla novella di cui all'art. 17 d.l. n. 78/09, convertito, con modificazioni, in legge n. 102/09".

Alla luce di tale decisione, con circolare n. 31/2014 dell'Avvocato Generale dello Stato è stata disposta la sospensione della formulazione dei pareri di competenza della Scrivente in merito alle istanze di rimborso delle spese legali relative a giudizi di responsabilità di dipendenti statali celebrati dinanzi alla Corte dei Conti e conclusi con l'assoluzione, e ciò in relazione ai contrastanti orientamenti sulla predetta questione.

Considerato quanto sopra ed in mancanza di interventi del legislatore o successivi rilevanti decisioni giurisprudenziali, si deve escludere, allo stato, la possibilità per l'Amministrazione di sostituirsi al giudice contabile nella valutazione delle spese legali rimborsabili riconoscendo al dipendente somme ulteriori rispetto a quelle liquidate in sentenza.

Infatti la citata sentenza della Corte di Cassazione sez. lavoro n. 19195/13 esclude che tale facoltà sia esercitata da soggetto diverso dal giudice contabile, giacché nei giudizi innanzi alla Corte dei Conti ***"spetta esclusivamente a detto giudice, con la sentenza che definisce il giudizio, liquidare - ai sensi e con le modalità di cui all'art. 91 c.p.c. e a carico dell'amministrazione di appartenenza - l'ammontare delle spese di difesa del prosciolto"***.

In tale contesto resta da verificare il ruolo del parere dell'Avvocatura dello Stato che continua ad essere previsto dalla legge nella procedura di rimborso.

Infatti, l'art. 10 bis comma 10 D.L. 248/05 dispone: ***"Le disposizioni dell'articolo 3, comma 2-bis, del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, e dell'articolo 18, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, si interpretano nel senso che il giudice contabile, in caso di proscioglimento nel merito, e con la sentenza che definisce il giudizio, ai sensi e con le modalità di cui all'articolo 91 del codice di procedura civile, non può disporre la compensazione delle spese del giudizio e liquida l'ammontare degli onorari e diritti spettanti alla difesa del prosciolto, fermo restando il parere di congruità dell'Avvocatura dello Stato da esprimere sulle richieste di rimborso avanzate all'amministrazione di appartenenza"***.

Giova precisare che il "divieto" per il giudice contabile di disporre la compensazione delle spese di giudizio è stato inserito dal legislatore con articolo 17, comma 30-*quinquies*, del D.L. 1° luglio 2009, n. 78 inserito dall'art. 1 della legge 3 agosto 2009, n. 102, in sede di conversione.

Questa Avvocatura, nell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale, in attesa di un eventuale ulteriore intervento chiarificatore del legislatore, ritiene, con esclusivo riferimento alla particolare ipotesi di proscioglimento nel giudizio davanti alla Corte dei Conti, che il parere dell'Avvocatura dello Stato abbia una funzione c.d. formale atteso che il legislatore, con la norma interpretativa del 2005, così come interpretata dalla citata giurisprudenza di legittimità, ha inteso demandare direttamente all'Organo giurisdizionale (il giudice contabile) l'attività di liquidazione e commisurazione delle spese legali.

Il parere di congruità dell'Avvocatura, comunque contemplato dalle richiamate disposizioni, appare nella fattispecie, ridimensionato al ruolo di riscontro formale, sul piano amministrativo, della conformità della richiesta di rimborso rispetto alla misura liquidata in sentenza, nonché, eventualmente, per valutare la congruità degli oneri accessori non espressamente indicati nella sentenza (rimborso forfettario, Iva, Cpa), ovvero la rimborsabilità di spese strettamente connesse alla difesa nel giudizio, ma sostenute successivamente.

L'Amministrazione, peraltro, considerato che si tratta di spese predeterminate nel loro ammontare e quindi facilmente verificabili, potrà accertare direttamente la congruità di tali voci, interessando la Scrivente solo in caso di dubbi sull'entità delle stesse, e potrà quindi liquidare al dipendente l'importo stabilito dalla Corte dei Conti in sentenza oltre le spese vive od accessori di certa spettanza.

Si osserva, da ultimo, per ragioni di completezza, che il dipendente che non condividesse l'ammontare delle somme liquidate dal giudice contabile e, per l'effetto, allo stesso rimborsabili dall'Amministrazione, ha l'onere di impugnare la decisione sotto tale profilo in quanto la statuizione costituisce un autonomo capo della decisione idoneo al giudicato sostanziale.

In sintesi, in mancanza di impugnazione del relativo capo della decisione, la liquidazione del giudice contabile rappresenta *ex lege* la misura del diritto al rimborso delle spese legali da parte dell'Amministrazione.

Per quanto sopra esposto la Scrivente ritiene che la dipendente abbia diritto al rimborso delle sole spese liquidate nella sentenza e delle spese vive successive, se documentate, oltre accessori di legge e sempreché l'Amministrazione non ne abbia già disposto il pagamento sulla base della sentenza, difettando in tal caso il presupposto stesso per il rimborso.

Si resta a disposizione per ogni eventuale chiarimento.

Sui profili di massima della questione è stato sentito il Comitato Consultivo di questa Avvocatura che, nella seduta dell'11 gennaio 2016, si è espresso in conformità.

L'accesso al patrocinio erariale degli “enti pubblici locali dotati di autonomia funzionale”

*PARERE RESO DAL COMITATO CONSULTIVO IN DATA 15/02/2016-70476,
AL 47683/15, AVV. GIACOMO AIELLO*

Con la nota che si riscontra codesta Avvocatura ha richiesto l'avviso della Scrivente in merito a due questioni sollevate dalla Camera di Commercio di Vicenza.

In particolare, con il primo quesito si richiede se, in relazione al compito di emettere ordinanze-ingiunzioni in materia di sicurezza elettrica dei prodotti, ai sensi della Legge n. 791/1977, la circostanza che le somme siano di spettanza dell'Erario comporti che la Camera di Commercio possa godere del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi di opposizione al provvedimento sanzionatorio incardinati avanti all'Autorità Giudiziaria.

Al riguardo, Codesta Avvocatura osserva innanzitutto che la potestà sanzionatoria in questione deve ritenersi globalmente trasferita alle Camere di Commercio, laddove lo Stato si pone solo come l'ente nel cui bilancio far affluire gli importi delle sanzioni; in secondo luogo sottolinea che, in relazione a quanto disposto dall'art. 43 RD n. 1611/1933, non si rinviene alcuna norma che abbia autorizzato il patrocinio di cui si discute, e che le Camere di Commercio non compaiono nell'elenco dei patrocini autorizzati.

Per tali ragioni, viene affermato che, allo stato attuale, l'Avvocatura non può assumere il patrocinio della Camera di Commercio.

Ad avviso della Scrivente, tali considerazioni possono essere condivise.

Le funzioni di accertamento e sanzione (in precedenza assegnate agli Uffici provinciali per l'industria, il commercio e l'artigianato) sono attribuite alle Camere di Commercio dalle disposizioni contenute nel d.lgs. 112/1998. In particolare, nonostante qualche incertezza interpretativa iniziale, il riconoscimento di tali funzioni è stato sancito dall'intervento del Consiglio di Stato e dalla successiva giurisprudenza formatasi in materia. Il Consiglio di Stato con parere reso all'Adunanza della sezione prima del 4 dicembre 2002 (n. sezione 3832/02) dirime il contrasto insorto sul punto tra Ministero dell'Interno e l'allora Ministero delle Attività Produttive evidenziando che:

- la disposizione di cui all'art. 42, comma 1, d.lgs. 112/1998 (che ha abrogato il preesistente potere sanzionatorio in capo agli UU.PP.I.C.A.) deve essere in stretta correlazione con la previsione di cui all'art. 20 del medesimo articolato normativo che attribuisce, senza deroghe, tutte le funzioni svolte in precedenza dagli uffici metrici provinciali e dagli UU.PP.I.C.A. alle Camere di Commercio;

- la conclusione non viene smentita dalla previsione di cui all'art. 9, c. 4, del D.P.R. 558/1999 che assegna funzioni sanzionatorie alle C.C.A. solo in tema di imprese di installazioni di impianti ma, al contrario, avvalora, secondo

il C.D.S. la tesi che il trasferimento globale delle funzioni comporti anche il trasferimento della potestà sanzionatoria;

- in relazione alle modalità di devoluzione dei proventi opera ancora la disposizione di cui all'art. 29 l. 689/1981 che rinvia alle previgenti disposizioni relative alle singole materie con la conseguenza che i proventi delle sanzioni devono riversarsi all'Erario (eccettuati quelli attribuiti alla potestà decisoria della Regione in quanto rientranti nelle materie di cui al novellato art. 117 Cost.).

Le argomentazioni del Consiglio di Stato sono state condivise dalla successiva giurisprudenza di legittimità secondo la quale "In tema di sanzioni amministrative, debbono ritenersi trasferite alle camere di commercio tutte le funzioni di accertamento, di contestazione e di irrogazione di sanzioni prima svolte dagli Uffici provinciali per l'industria, il commercio e l'artigianato (U.P.I.C.A.), in ragione del combinato disposto degli artt. 20, 42 e 1, comma 4, d.lg. 31 marzo 1998 n. 112, i quali prevedono, rispettivamente, l'attribuzione alle camere di commercio delle funzioni esercitate dagli U.P.I.C.A., l'abrogazione delle norme ivi elencate "nella parte in cui individuano l'ufficio provinciale per l'industria, il commercio e l'artigianato come organo competente per l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie" e il divieto di interpretare "le norme del presente d.lg.... nel senso della attribuzione allo Stato, alle sue amministrazioni o enti pubblici nazionali, di funzioni e compiti, trasferiti, delegati o comunque attribuiti alle regioni, agli enti locali e alle autonomie funzionali dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo" (Cassazione civile, sez. II, 21 dicembre 2011, n. 28037; Cassazione civile, sez. II, 20 marzo 2007, n. 6559; Cassazione civile, sez. II, 9 dicembre 2005, n. 27293 che, sul piano processuale, parla di "successione a titolo universale nel processo ex art. 110 c.p.c.").

La ricostruzione sopra effettuata individua la fonte attributiva del potere e le modalità di devoluzione dei proventi che, come spiegato dal Consiglio di Stato ed evidenziato anche nella nota della Camera di Commercio di Vicenza sono riversati all'Erario e riversati con modello F23.

Per quanto attiene alla natura giuridica delle Camere di commercio occorre rammentare che l'articolo 1, comma 1, del Decreto Legislativo 15 febbraio 2010, n. 23 (*"Riforma dell'ordinamento relativo alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in attuazione dell'articolo 53 della legge 23 luglio 2009 n. 99"*), nel novellare l'articolo 1 della legge n. 580 del 1993, le definisce non più come enti autonomi di diritto pubblico, bensì come *"enti pubblici dotati di autonomia funzionale che svolgono [...] sulla base del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 della Costituzione, funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese, curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali"*.

In virtù della nuova qualificazione, da una parte si riconoscono le Camere di commercio quali enti dotati di autonomia funzionale, sancendo così la loro

natura di organismi esponenziali degli interessi del sistema delle imprese, dotati di autonomia normativa e regolamentare; dall'altra si lega la peculiare natura di questi soggetti al principio di sussidiarietà, dando conferma a quelle tesi che in seguito alla riforma costituzionale del Titolo V del 2001 avevano riconosciuto tali soggetti come delle "esplicitazioni della sussidiarietà orizzontale".

Al riguardo, può richiamarsi la sentenza 8 novembre 2002 n. 477, con cui la Corte Costituzionale aveva qualificato le Camere di Commercio come "*enti pubblici locali dotati di autonomia funzionale che entrano a pieno titolo, formandone parte costituente, nel sistema degli enti locali secondo lo schema dell'articolo 118 della Costituzione*".

Per la dottrina, oltre alle Camere di Commercio, industria, artigianato ed agricoltura sono "enti pubblici dotati di autonomia funzionale" anche le Università degli Studi, le quali, in un'ottica di decentramento amministrativo, con le Regioni e gli Enti locali, sono dotati del conferimento di funzioni e compiti amministrativi da parte dello Stato (A.M. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001).

Se, dunque, sia le Università che le Camere di Commercio rientrano nell'ambito degli enti pubblici dotati di autonomia funzionale, appare possibile richiamare la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 10700 del 10 maggio 2006, nella quale, prima di fissare il principio di diritto, la Corte ha esaminato la disciplina della rappresentanza e difesa in giudizio delle amministrazioni pubbliche disegnata dal r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 (T.U. delle leggi sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato), chiarendo i termini essenziali della fondamentale dicotomia esistente tra patrocinio *ope legis* (artt. 1-11, T.U. 1161/33) e il patrocinio "*facoltativo o autorizzato*" (art. 43, T.U. 1161/33) dell'Avvocatura dello Stato.

La prima forma di rappresentanza e difesa in giudizio è prevista direttamente dalla legge (art. 1, T.U. 1161/33) per le amministrazioni dello Stato, le quali conseguentemente sono domiciliate (appunto) *ope legis* presso l'Avvocatura dello Stato (art. 11, T.U. 1161/33).

Il principio su cui si fonda il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato è dunque impostato su base soggettiva, per cui esso discende in via automatica dalla natura dell'ente e dalla sua appartenenza alla categoria delle Amministrazioni dello Stato.

Il diverso profilo oggettivo, che tiene invece conto del tipo di attività svolta dall'ente riguardata nei suoi aspetti finalistici, anche di tutela degli interessi pubblici, non può quindi mai costituire di per sé il tramite di accesso al patrocinio erariale, potendo caso mai essere valutato ai fini della concessione del patrocinio previsto dall'art. 43 T.U. 1161/33.

Il c.d. patrocinio "*facoltativo o autorizzato*" riguarda le amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela o vigilanza dello Stato: in questi casi, l'Avvocatura potrà assumere la rappresentanza e difesa

in giudizio “*sempre che ne sia autorizzata da disposizioni di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto*”, senza necessità del mandato *ad litem* (art. 45, T.U. 1161/33).

Il c.d. patrocinio facoltativo non si fonda su criteri di carattere sostanziale (l'espletamento di una funzione nell'interesse dello Stato) ma, al contrario, prescinde da una simile verifica ammettendosi solo ed esclusivamente laddove sussista un provvedimento che conferisca lo *ius postulandi*.

In altri termini, la previsione di cui all'art. 43 T.U. 1611/1933, nell'imporre il rilascio di un'apposita autorizzazione da parte della legge o di un regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto, ancora lo *ius postulandi* ad un dato “formale” ed ossia la sussistenza di atto di espressa abilitazione al patrocinio.

La sussistenza di un dato sostanziale come l'interesse perseguito dall'Ente sembra rilevare soltanto come fattore impeditivo, da valutarsi in un momento necessariamente successivo e con una verifica legata al caso concreto. Difatti, la previsione di cui all'art. 43, comma 3, t.u. dispone espressamente: “salve le ipotesi di conflitto, ove tali amministrazioni ed enti intendano in casi speciali non avvalersi della Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza”.

Il Legislatore conferisce, pertanto, rilievo all'interesse perseguito ma al solo fine di escludere il patrocinio laddove l'ente sia già legittimato ad avvalersi in ragione di una specifica previsione abilitatrice ma, in relazione ad un caso concreto, si trovi in posizione di conflittualità con lo Stato.

Pertanto, il sistema normativo descritto consente di concludere che lo svolgimento di un compito nell'interesse dello Stato costituisca condizione necessaria ma non sufficiente per l'accesso al patrocinio erariale mentre, per converso, se ne esclude l'operatività ove tale patrocinio sia già stato concesso da un disposizione abilitativa ma, nel concreto, l'interesse perseguito sia in contrasto con quello erariale.

Ciò posto la Cassazione, superando la precedente giurisprudenza che considerava come organo statale le Università, ha qualificato gli Atenei come “ente pubblico autonomo”.

Quanto al problema specifico della rappresentanza e difesa in giudizio degli Atenei, la Suprema Corte ha inquadrato gli Atenei nell'ambito degli enti in favore dei quali, ai sensi dell'art. 43, R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, l'Avvocatura può assumere la rappresentanza e difesa in giudizio “*sempre che ne sia autorizzata da disposizioni di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto*”.

Alla luce della comune natura di “enti pubblici dotati di autonomia funzionale”, che caratterizza gli Atenei e le Camere di Commercio, sembra dunque possibile estendere le conclusioni cui è giunta la Corte di Cassazione nella sentenza sopra citata anche alle Camere di Commercio.

Ciò posto, allo stato attuale, mancando una specifica autorizzazione, non appare possibile per l'Avvocatura dello Stato assumere il patrocinio della Camera di Commercio di Vicenza.

Con il secondo quesito, la Camera di Commercio di Vicenza chiede, in relazione alla Legge n. 689/1981, *“se il principio del carattere personale della responsabilità da illecito amministrativo e il principio della responsabilità solidale della persona giuridica rivestano ancora un carattere esclusivo”*.

L'enunciata estraneità dell'Avvocatura all'assistenza legale della Camera di Commercio, potrebbe esimere dalla risposta al secondo quesito sollevato con la nota che si riscontra, la rilevanza giuridica del tema trattato, induce tuttavia la Scrivente ad esprimersi anche su tale punto, rimettendosi a codesta Consorella la valutazione dell'opportunità del successivo inoltro del parere, anche per motivi di semplice garbo istituzionale, all'Ente che ne ha fatto richiesta.

In particolare, tale quesito viene posto in relazione alla sentenza n. 347/2015, con cui il Giudice di Pace di Bassano del Grappa ha affermato che il modello di illecito amministrativo di cui alla Legge n. 689/1981 sarebbe stato superato dal D.Lgs. n. 231/2001 per quanto concerne le persone giuridiche, affermando che, con tale intervento normativo, è nata una forma di responsabilità autonoma e diretta del soggetto collettivo, destinatario della norma sanzionatrice.

Al riguardo, occorre evidenziare che l'illecito amministrativo “dipendente da reato” dell'ente, previsto dal D.Lgs. 231/2001, si distingue dall'illecito amministrativo “puro” di cui alla L. n. 689/1981, atteso che ne è differente non soltanto la disciplina sostanziale, ma anche quella procedurale e processuale.

Il richiamato decreto legislativo è stato adottato in attuazione delle previsioni di cui alla legge 29 settembre 2000, n. 300 che reca la "Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea: a) Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; b) nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e c) della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 settembre 1997", cui si aggiunge la "Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica".

Il secondo protocollo della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (art. 3, secondo Protocollo Addizionale, 19 giugno 1997), a sua volta, aveva previsto l'obbligo, per ciascuno Stato mem-

bro, di introdurre la responsabilità delle persone giuridiche per i delitti di frode, corruzione attiva e riciclaggio di danaro, consumati o tentati da determinati soggetti a beneficio delle persone giuridiche stesse; inoltre, l'obbligo di prevedere una responsabilità delle persone giuridiche era espressamente contemplato dall'art. 2 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali.

Il sopra citato secondo Protocollo Addizionale ha il fine di proteggere gli interessi finanziari della Comunità europea da atti compiuti da persona fisica per conto di persone giuridiche e da atti finalizzati al riciclaggio dei proventi di attività illecite.

La normativa contenuta nel d.lgs. 231/2001 nasce dall'esigenza di recepire nell'ordinamento italiano le Convenzioni sopra indicate e mira a colmare un'evidente lacuna normativa del nostro ordinamento, tanto più evidente in quanto la responsabilità della *societas* è già una realtà in molti Paesi dell'Europa (così in Francia, Regno Unito, Olanda, Danimarca, Portogallo, Irlanda, Svezia, Finlandia). Dunque, l'intervento normativo appare giustificato dalla necessità di esercitare la delega suddetta e si pone in sintonia con l'ordinamento Comunitario, le cui linee di tendenza rimarcano appunto l'esigenza di prevedere forme di responsabilità delle persone giuridiche.

Si tratta, con ogni evidenza, di un modello di responsabilità volta a superare, in sostanza, il precedente sistema nel quale vigeva il principio *societas delinquere non potest*. Ora, nonostante l'assenza di una espressa qualificazione della responsabilità dell'ente come penale e a prescindere dal vasto dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto, non sembra potersi dubitare di come la portata delle nuove previsioni sia comunque circoscritta allo specifico settore oggetto di regolazione.

Lo conferma la circostanza che la nuova normativa opera in limitati ambiti dello stesso terreno di elettiva applicazione ed ossia il diritto penale. Difatti, le disposizioni del d.lgs. 231/2001 trovano applicazione solo con riferimento ai reati indicati nell'articolato normativo e ai soggetti destinatari delle previsioni (art. 1, comma 2). Inoltre, la normativa impone la coesistenza di due presupposti: uno di tipo oggettivo e l'altro di tipo soggettivo. Per quanto riguarda il presupposto oggettivo, occorre che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente (come recita l'art. 5 d.lgs. 231/01). Invece il presupposto soggettivo, indispensabile per evitare l'ingresso inopportuno nel nostro ordinamento di una responsabilità di tipo oggettivo (come ad es. quella esistente in Francia, in cui la responsabilità dell'ente deriva automaticamente dal fatto illecito dell'amministratore), coincide con la c.d. *culpa in vigilando*, consistente nell'assenza dei modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire i reati.

Ora, appare evidente e viene del resto notato dalla dottrina, come il modello di cui al d.lgs. 231/2001 costituisca ancora un microcosmo (sebbene in espansione, secondo VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi*

sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001, in Libro dell'anno del Diritto 2012), nei cui soli confini si afferma la responsabilità diretta dell'ente, subordinata alla ricorrenza dei presupposti sopra individuati.

Ebbene, se questa forma di responsabilità non ha *vis expansiva* automatica nello stesso settore di elettiva applicazione (il sistema penale), appare arduo ritenere un modello generale volto a superare gli altri e diversi sistemi di responsabilità amministrativa previsti dall'ordinamento.

Ne consegue che il Dlgs n. 231/01 non ha determinato il venir meno del carattere personale della responsabilità amministrativa di cui alla L. n. 689/1981.

Conseguentemente, le Camere di Commercio e le altre autorità preposte sono tenute a sanzionare gli amministratori delle società, in solido con queste ultime, non potendo comminare la sanzione direttamente nei confronti della persona giuridica.

Tale interpretazione risulta anche confermata dalla Suprema Corte, la quale ha affermato che: *"In tema di sanzioni amministrative, secondo la disciplina della L. 24 novembre 1981, n. 689 l'autore della violazione rientrante nell'ambito di applicazione della legge, e quindi il diretto destinatario dell'ordinanza ingiunzione che irroga la sanzione pecuniaria e ne intima il pagamento, può essere soltanto la persona fisica, mentre la circostanza che tale persona fisica abbia agito come organo o rappresentante di una persona giuridica spiega rilievo solo al diverso fine della responsabilità solidale di quest'ultima, ai sensi dell'art. 6 della legge citata (Cass. 21 settembre 2000, n. 12497; Cass. 5 luglio 1997 n. 6055; Cass. 30 ottobre 1986 n. 6369).*

Tale principio trova la propria giustificazione nel fatto che per l'assoggettamento diretto a sanzione amministrativa sono richieste la capacità di intendere e di volere (L. n. 689 del 1981, art. 2) e l'elemento soggettivo della colpa o del dolo, con la conseguente rilevanza dell'errore (art. 3), nell'intramissibilità agli eredi dell'obbligazione sanzionatoria (art. 7), nella considerazione che tra i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative sono previsti elementi riferibili alla persona fisica (art. 11: *la "personalità" dell'autore della violazione e le "sue condizioni economiche"*).

Ne segue che per quanto concerne le sanzioni amministrative disciplinate dalla L. n. 681/1981, in tanto la persona giuridica o l'ente privo di personalità giuridica, chiamati a rispondere ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 6, comma 3, possono essere destinatari di una sanzione amministrativa, in quanto sia fatta valere nei loro confronti la responsabilità solidale con la persona fisica autore della violazione. In nessun caso questi soggetti possono essere chiamati a rispondere della sanzione amministrativa in qualità di autore dell'illecito amministrativo e la qualità di responsabile solidale della persona giuridica o dell'ente privo di personalità giuridica deve risultare dall'ordinanza-ingiunzione con cui viene applicata la sanzione.

Invero la L. n. 689 del 1981, art. 6, comma 3 prevede che *"se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta"*.

L'assoggettamento a sanzione dell'obbligato solidale (sia esso una persona fisica come l'imprenditore individuale o un soggetto collettivo) non presuppone necessariamente l'identificazione dell'autore della violazione alla quale la sanzione stessa si riferisce. L'autonomia delle posizioni dei due obbligati si desume chiaramente dalla L. n. 89 del 1981, art. 14, che, dopo avere posto il principio che la violazione deve essere contestata immediatamente o notificata sia al trasgressore che all'obbligato solidale, prevede, nell'ultimo comma, che la omissione di tale attività comporta l'estinzione della obbligazione a favore del solo soggetto nei cui confronti l'omissione stessa si è verificata, onde tale estinzione non impedisce l'assoggettamento a sanzione dell'altro obbligato (che abbia ricevuto la tempestiva contestazione). Non vi è quindi un legame necessario tra le due obbligazioni, l'una potendo sussistere anche se l'altra si è estinta (così Cass. 23 aprile 1991, n. 4405).

In nessun caso, tuttavia, alla persona giuridica che, per quanto s'è detto, può essere chiamata a rispondere soltanto quale responsabile solidale della violazione, l'illecito può essere addebitato nella diversa qualità di autore della stessa (Cass. civ. Sez. I, 28 aprile 2006, n. 9880).

Alla stregua di quanto precede si ritiene pertanto che, al di fuori della solidarietà con il trasgressore persona fisica o delle specifiche ipotesi disciplinate nel Dlgs. n. 231/01, non sia configurabile una responsabilità della persona giuridica immediata e diretta per l'illecito amministrativo ed in tal senso la sentenza del Giudice di pace di Bassano del Grappa del 24 luglio 2015, n. 347 non appare condivisibile.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato consultivo che, nella seduta del 10 febbraio 2016, si è espresso in conformità.

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento dell'Unione europea. Il caso Italia

*Antonio Tallarida**

SOMMARIO: 1. Le Regioni al tempo del Trattato di Roma - 2. Primi passi delle Regioni in Europa - 3. Il Trattato di Maastricht e i successivi svolgimenti - 4. Il principio di sussidiarietà - 5. Il Comitato delle Regioni - 6. L'early warning system - 7. La soluzione italiana - 8. Il nuovo Senato della Repubblica - 9. L'Europa delle Regioni.

1. Le Regioni al tempo del Trattato di Roma.

Non c'è da meravigliarsi se all'atto della nascita della Comunità Economica Europea nessuna menzione fosse riservata alle Regioni e alle altre collettività territoriali, a parte un breve cenno nel Preambolo alla finalità di ridurre "le disparità fra le differenti regioni e il ritardo di quelle meno favorite".

Solo gli Stati membri infatti erano stati gli artefici della nuova costruzione e solo essi si ritenevano i protagonisti e i responsabili della politica comunitaria. A questa natura verticistica dell'iniziativa sovranazionale si aggiungeva il fatto che all'epoca, a parte la Repubblica Federale Tedesca, nessun altro Paese membro aveva nel proprio ordinamento regioni operanti (quelle italiane, salvo le regioni a statuto speciale, erano solo nella Carta). Anche nella coscienza dei popoli e nei territori la Comunità era ancora una realtà lontana e poco avvertita, nonostante l'opera illuminata di alcune menti preveggenti (Jean Monnet, Altiero Spinelli).

A tale proposito si è parlato di cecità regionale, *Landesblindheit*, o di indifferenza dell'ordinamento comunitario nei confronti delle articolazioni interne degli Stati.

Eppure, nella storia del Continente non sono mancate esperienze di grandi

(*) Già Vice Avvocato Generale dello Stato.

formazioni nel cui ambito hanno convissuto e proliferato entità territoriali con propri autonomi ordinamenti, come è avvenuto sotto l'egida di un diritto comune *“tra il 1100 e 1500 in un'Europa unita come non mai culturalmente, integrando genti diversissime per tradizioni, culture e radici etniche”* (1).

Ad ogni modo, nel prosieguo del tempo, anche per il mutare delle situazioni politiche e l'ingresso di nuovi Stati ad articolazione interna complessa, si è venuta maggiormente avvertendo l'esigenza di dare più spazio alle collettività regionali, anche se non era agevole raggiungere una definizione univoca di queste.

Andandosi infatti dai *Länder* tedeschi alle nostre Regioni, passando per le *Comunidades autonomes* spagnole, per non parlare delle nazioni del Regno Unito, risultava effettivamente difficile enucleare tratti comuni delle collettività territoriali. Si dovrà aspettare la Carta comunitaria della regionalizzazione, approvata con la Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 novembre 1988, per avere una prima definizione dei requisiti generali che devono avere queste collettività per acquisire rilevanza ai fini comunitari.

2. Primi passi delle Regioni in Europa.

L'Atto Unico Europeo del 17-28 febbraio 1986, con l'art. 23, introduce nel Trattato, alla parte III, un apposito Titolo V - Coesione economica sociale, che nell'intento di promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme della Comunità, prevede una politica volta a ridurre il divario tra le diverse regioni ed il ritardo di quelle meno favorite, da realizzarsi attraverso l'azione dei Fondi a finalità strutturale, della BEI e degli altri strumenti finanziari esistenti.

In particolare *“il Fondo europeo di sviluppo regionale è destinato a contribuire alla correzione dei principali squilibri regionali esistenti nella Comunità, partecipando allo sviluppo e all'adeguamento strutturale delle regioni in ritardo di sviluppo nonché alla riconversione delle regioni industriali in declino”* (art. 130 C).

In questa fase le Regioni, in coerenza con quanto indicato nel Preambolo del Trattato, sono viste piuttosto come un ostacolo da superare sulla strada della crescita armoniosa della Comunità che come protagoniste o comprimarie della politica economica comunitaria.

Tuttavia questo primo riconoscimento dell'apporto delle Regioni alla politica di coesione economica e sociale viene ad aprire un nuovo scenario, anche sotto la spinta della aumentata rilevanza del peso delle collettività regionali e locali nei singoli Stati membri e della maturata consapevolezza che gran parte delle disposizioni comunitarie è destinata ad essere attuata in sede nazionale proprio da tali enti.

Esso era stato preceduto da tutta una serie di atti volti a coinvolgere le

(1) M. ASCHERI, *Il modello del diritto comune*, in *Atti del Convegno internazionale “Il diritto privato regionale nella prospettiva europea”*, Macerata 2005.

collettività regionali nella elaborazione e gestione dei programmi di sviluppo comunitari, quali la Dichiarazione comune di Parlamento, Consiglio, Commissione del 19 giugno 1984 o i Programmi integrati mediterranei (P.I.M.) di cui al Reg. 2088/85 CEE.

Si perviene così alla decisione n. 88/1988 del 24 giugno 1988 della Commissione europea che istituisce un Consiglio consultivo degli enti regionali e locali, composto di 42 membri nominati su proposta di varie Associazioni, con il compito di esprimere pareri in materia di politica regionale, a richiesta della Commissione.

3. *Il Trattato di Maastricht e i successivi sviluppi.*

Dopo lunghe trattative, il processo così avviato trova significativo sbocco nella firma del Trattato di Maastricht, sull'Unione Europea (1992), che pone i due capisaldi del nuovo ruolo delle Regioni in sede comunitaria: il principio di sussidiarietà e il Comitato delle Regioni.

A questi si aggiunge la modifica del livello di rappresentanza degli Stati membri nel Consiglio. Si prevede infatti che in Consiglio possa intervenire “*un rappresentante a livello ministeriale abilitato ad impegnare il Governo*” (art. 230 del TUE), ricomprendendo quindi anche i ministri regionali là dove esistono. Il tutto per aumentare il tasso di democraticità delle Istituzioni europee attraverso una maggiore partecipazione degli esponenti delle collettività regionali e locali.

Seguiranno, sulla stessa linea di tendenza, gli sviluppi costituiti dai Trattati di Amsterdam (1997), Nizza (2000), Lisbona (2007), senza dimenticare le occasioni perdute della Dichiarazione di Laeken (2001), sul futuro dell'Europa e della Costituzione europea di Roma (2004), abbandonata per mancata ratifica da parte della Francia e dei Paesi Bassi.

Ma vediamo partitamente i nuovi Istituti, che interagiscono tra loro, con il risultato che la posizione delle Regioni ne risulta alla fine rafforzata.

4. *Il principio di sussidiarietà.*

Partendo dal presupposto che l'intervento dell'Unione è giustificato solo se e nei limiti in cui esso è più utile per conseguire i risultati della politica perseguita, il Trattato di Maastricht già nel Preambolo afferma la finalità che “*le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà*” e con l'art. 5 introduce nel TUE un nuovo art. 3 B del seguente tenore: “*Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario*” (2° co.).

Il principio, che trovava qualche anticipazione in materia ambientale (2),

(2) V. art. 130 R dell'Atto Unico Europeo del 1986.

ha avuto una rapida diffusione, anche se la sua corretta applicazione presuppone l'esatta individuazione, non sempre agevole, dei settori non di competenza esclusiva della Comunità e la completa valutazione degli effetti della politica da realizzare.

Esso comunque, per la sua rispondenza anche all'interesse degli Stati membri di non vedersi privati di spazi di intervento e di sovranità, ha avuto grande applicazione negli ordinamenti nazionali, come quello italiano dove ha trovato esplicito accoglimento prima a livello di legislazione ordinaria (l. n. 59 del 1997) e poi costituzionale (v. oltre par. 7)

Il principio, nell'impostazione europea, si completa con il principio di proporzionalità, nel senso che *“L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato”* (3° co.).

Rimane invece in secondo piano il principio di prossimità, pur menzionato nella parte soprariportata del Preambolo e nell'art. 1.2 del TUE. Ed è proprio su questo punto che si sviluppa l'azione delle Regioni diretta a rivendicare un ruolo più importante per le loro realtà.

Bisogna però attendere il Trattato di Amsterdam del 1997 per vedere approvato il primo Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità nell'ambito del quale le Regioni ottengono che *“4) Le motivazioni di ciascuna proposta di normativa comunitaria sono esposte, onde giustificare la conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità”*, anche se ancora il Protocollo si esprime solo con riferimento agli Stati membri, di cui va peraltro salvaguardata l'organizzazione ed il funzionamento dei sistemi giuridici (punto 7 del Protocollo) e vanno tenuti in debito conto gli oneri gravanti sugli enti locali (punto 9).

È poco rispetto a quanto chiedevano le Regioni, ma comunque è importante che la motivazione sulla conformità al principio di sussidiarietà venga d'ora in poi a far parte della proposta della Commissione sottoposta all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio (punti 10-12 del Protocollo).

Non c'è dubbio infatti che l'applicazione del principio di sussidiarietà abbia rappresentato il principale strumento utilizzato dal Comitato delle Regioni per portare avanti la propria aspirazione di contare sempre di più nell'Unione.

Ma è il Trattato di Lisbona (2007) che, recuperando alcuni esiti della Costituzione europea del 2004, mai potuta entrare in vigore, riscrive in senso regionalistico il principio di sussidiarietà, così modificando l'art. 5 del TUE: *“1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità...”*

*3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale **né a livello regionale e locale**, ma possono,*

a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello dell'Unione.

*Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al **protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità**. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo”.*

La specificazione, nella nuova formulazione, del livello regionale e locale porta alla definitiva emersione del principio di prossimità, segnando un ulteriore punto a favore del sistema regionale e territoriale.

Nella stessa linea, il Protocollo di applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al nuovo Trattato, aggiorna e integra quello del 1997, prescrivendo che i progetti di atti legislativi devono essere preceduti da ampie consultazioni che devono tener conto della dimensione regionale e locale delle azioni previste (art. 2) e devono essere accompagnati da una scheda contenente gli elementi atti a consentire la valutazione del rispetto del principio di sussidiarietà e il relativo impatto economico (art. 5). Tali atti sono trasmessi anche ai Parlamenti nazionali che entro 8 settimane hanno la possibilità di presentare un parere motivato e di “consultare all’occorrenza i Parlamenti regionali con poteri legislativi” (art. 6). All’esito di queste procedure la Commissione può modificare o ritirare la proposta, indicandone le ragioni (art. 7). Infine è demandato alla Corte di Giustizia il potere di pronunciarsi sui ricorsi per violazione del principio di sussidiarietà (art. 8).

Le disposizioni del protocollo sono applicate da tutte le istituzioni dell’Unione (art. 5.4 TUE) e dai Parlamenti nazionali (art. 12, lett. b, TUE).

Con queste previsioni nasce il sistema di allerta precoce (v. oltre par. 6), finalizzato a coinvolgere i Parlamenti nazionali e le collettività regionali e territoriali già nella fase di predisposizione della normativa comunitaria.

5. Il Comitato delle Regioni.

Il Comitato delle Regioni è stato istituito dal Trattato di Maastricht come organo consultivo (art. 6.2), al posto del precedente Consiglio consultivo, ma rispetto a questo è più caratterizzato politicamente.

Esso infatti - nella configurazione assunta con il Trattato di Lisbona - ha una dimensione più ampia (350 membri), tale da consentire una maggiore partecipazione democratica. I membri sono nominati su proposta degli Stati e devono essere rappresentanti di collettività regionali o locali e titolari di un mandato elettorale o responsabili politicamente dinanzi ad un’assemblea eletta (art. 300.3 TFUE). La perdita o la cessazione di tale mandato ne comporta automaticamente la decadenza (art. 305). Tuttavia i membri non sono vincolati da alcun mandato imperativo e devono agire nell’esclusivo interesse dell’Unione (art. 300.4).

Il Comitato, che ha un’articolazione interna complessa (Ufficio di Presidenza, Assemblea, Commissioni, gruppi politici), è chiamato ad esprimere pa-

rere in alcune materie di interesse regionale, con parere facoltativo o obbligatorio ma non vincolante. Può però rendere parere anche su propria iniziativa.

Il Comitato, appena istituito, ha subito interpretato la propria funzione in modo molto fattivo, adoperandosi per cercar di conseguire la propria equiparazione alle altre istituzioni europee, l'ampliamento dei settori di competenza, la legittimazione a ricorrere alla Corte di Giustizia e altri obiettivi minori, aspirazioni queste che però hanno incontrato la resistenza degli Stati membri motivata dall'intento di non appesantire l'iter decisionale e di non rafforzare troppo la posizione interna delle proprie entità territoriali.

Il Trattato di Amsterdam (1997) si è limitato ad ampliare le materie in cui era richiesto il parere del Comitato (3), a renderne destinatario anche il Parlamento europeo e ad adottare il primo Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità mentre il Trattato di Nizza (2000) introduce il requisito, per la nomina a componente del Comitato, della titolarità di un mandato elettorale.

Ma è con il Trattato di Lisbona (2007) che il Comitato riceve la propria legittimazione politica se non istituzionale. Infatti, viene mancato l'obiettivo di essere riconosciuto come istituzione europea al pari delle altre menzionate nell'art. 4.2 del TUE, ma ottiene l'allineamento della propria durata a quella delle istituzioni europee (5 anni), la trasformazione da facoltativa in obbligatoria della consultazione da parte del Parlamento europeo e soprattutto la legittimazione a ricorrere alla Corte di Giustizia a tutela delle proprie prerogative (art. 263.3 TFUE) e per violazione del principio di sussidiarietà (art. 8, co. 2, del nuovo Protocollo sull'applicazione del suddetto principio).

Il Comitato è divenuto così il rappresentante e garante degli interessi territoriali in Europa, funzione questa che esercita attivamente, attraverso una serie di accordi e strumenti operativi che gli consentono di attuare una specie di "democrazia di prossimità" (4).

In particolare il Comitato ha stipulato una serie di accordi di cooperazione, con la Commissione (2012), con il Parlamento europeo (2014) e con il CALRE (Conferenza delle Assemblee Legislative d'Europa) rinnovato nel 2015.

Esso inoltre, per meglio assolvere al suo compito, si avvale della rete di *subsidiarity morning network* (SMN) per lo scambio di contatti con le assemblee, i governi e gli enti regionali ed ha istituito la banca dati REGPEX. Inoltre ha creato la Piattaforma di monitoraggio Europa 2020, che è una rete di regioni

(3) Le principali materie in cui è ora richiesto il parere del Comitato sono: le reti di trasporto, la coesione economica e sociale, l'istruzione, la cultura, la sanità, l'occupazione e la formazione professionale, l'ambiente.

(4) L. FROSINA, *Regioni e Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Il Comitato delle Regioni, i Parlamenti regionali e le sfide della multilevel governance*, in *Atti del Convegno "Parlamenti sub-statali tra dimensione nazionale ed europea"*, Camera dei Deputati 2015.

e città per contribuire al dibattito sulla crescita intelligente e sostenibile dell'UE e monitorare l'attuazione della strategia di Europa 2020.

La sua posizione è pertanto divenuta centrale per assicurare il dialogo interistituzionale tra i vari livelli, per fungere da intermediario tra UE ed entità territoriali intermedie e concorrere al progressivo processo di democratizzazione dell'Unione.

6. L'early warning system.

Il meccanismo di allerta preventiva che consente il coinvolgimento attivo dei Parlamenti nazionali e regionali è stato introdotto dal Trattato di Lisbona con il Protocollo sull'applicazione della sussidiarietà.

A tal fine la Commissione europea non solo deve inviare al Comitato delle Regioni il programma annuale di lavoro ma prima di proporre un atto legislativo deve avviare, come d'anzì ricordato, ampie consultazioni - di norma delegate al Comitato delle Regioni - nelle quali si deve tener conto della dimensione regionale e locale delle azioni previste. Tutte le istituzioni europee poi titolari di iniziativa legislativa devono trasmettere i progetti legislativi e relativa scheda ai Parlamenti nazionali che nel termine di 8 settimane possono - previa all'occorrenza consultazione dei Parlamenti regionali con poteri legislativi - inviare un parere motivato sulle ragioni per cui si ritiene che il progetto non è conforme al principio di sussidiarietà. Se i pareri contrari superano una soglia determinata il progetto è riesaminato o ritirato. La violazione del principio può essere dedotta davanti alla Corte di Giustizia dagli Stati membri e dal Comitato delle regioni.

Le Regioni non sono legittimate ad interloquire direttamente con le Istituzioni europee ma devono farlo attraverso gli Stati nazionali o il Comitato delle regioni. La loro posizione si è comunque rafforzata rispetto al passato, essendo il loro coinvolgimento espressamente previsto nel Protocollo a cui rinvia il Trattato ed incentivato dalla stessa Unione. Di conseguenza tutti gli Stati membri si sono affrettati a prevedere forme di comunicazione degli atti e di partecipazione al processo decisionale europeo, con l'indubbio vantaggio di avvicinare le Istituzioni europee ai territori e alle popolazioni dell'Unione.

7. La soluzione italiana.

In parallelo con l'evoluzione comunitaria, anche l'Italia, come gli altri Stati membri, si è attivata per riprodurre nel proprio ordinamento le novità introdotte dall'Unione nei riguardi delle collettività regionali e locali.

Si è pertanto formalmente introdotto il principio di sussidiarietà, si è proceduralizzata la partecipazione delle regioni ed enti locali al processo decisionale europeo, si è istituzionalizzato il ruolo del Ministro per gli affari regionali, si è disciplinato il complesso delle Conferenze Stato - Regioni - Autonomie, si è istituzionalizzato il ruolo del Ministro per gli affari regionali,

come Presidente della Conferenza Stato-Regioni e organo di raccordo con il sistema delle Autonomie, si è potenziato il ruolo interno delle Regioni mediante l'implementazione delle relative competenze.

In particolare, il principio di sussidiarietà è stato prima recepito a livello di legislazione ordinaria, con la legge Bassanini (l. 15 marzo 1997, n. 59, art. 4) e poi costituzionalizzato con la legge di riforma (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), che rompendo il tradizionale parallelismo tra competenze legislative e competenze amministrative, ha attribuito tutte le funzioni amministrative, che non necessitano di un esercizio unitario, agli enti territoriali in applicazione del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.) e ha generalizzato le funzioni legislative delle Regioni (art. 117). Il potere sostitutivo va esercitato nel rispetto del principio di sussidiarietà e di quello di leale collaborazione (art. 120).

La legge Bassanini ha anche previsto una ridefinizione e un ampliamento delle Conferenze tra Stato, Regioni ed enti locali (art. 9), attuato dal d. lgs. 28 agosto 1997, n. 281, *“al fine di garantire la partecipazione delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano a tutti i processi decisionali di interesse regionale, interregionale e infraregionale”* e a quelli di recepimento comunitario (art. 2). La Conferenza Stato-Regioni è chiamata a riunirsi in sessione comunitaria almeno due volte l'anno e a designare i componenti regionali in seno alla Rappresentanza italiana presso l'Unione europea (art. 5).

La successiva novella costituzionale ha poi costituzionalizzato la dimensione comunitaria delle Regioni, attribuendo loro in legislazione concorrente i rapporti con l'UE e prevedendo la loro partecipazione sia alla fase ascendente che discendente, nel rispetto della disciplina procedurale stabilita con legge dello Stato (art. 117 Cost.) (5).

La successiva legge di adeguamento (legge La Loggia, 5 giugno 2003, n. 131), ha regolato la partecipazione delle Regioni, nelle materie di propria competenza, nelle delegazioni del Governo alle attività del Consiglio e dei gruppi di lavoro e ai comitati del Consiglio e della Commissione, anche come capi delegazione (art. 5).

In seguito la legge 24 dicembre 2012, n. 234, ha riscritto le regole della partecipazione regionale al procedimento decisionale comunitario prevedendo, in applicazione espressa del Protocollo sulla sussidiarietà, la consultazione da parte delle Camere dei consigli regionali (art. 8), la trasmissione alle Istituzioni europee delle relative osservazioni (art. 9), il coinvolgimento di Regioni, province autonome ed enti locali nel Comitato tecnico di valutazione degli atti dell'UE (art. 19), le modalità di partecipazione delle regioni e delle autonomie locali alla fase ascendente del processo formativo decisionale comunitario attraverso la convocazione periodica della sessione europea delle Conferenze

(5) In passato, la possibilità per le Regioni di recepire direttamente le direttive europee era stata oggetto di limitazioni legislative e di contrasti dottrinali; v. C. Cost., 14 aprile 1996, n. 126.

Stato-Regioni e Stato-Città e attraverso la trasmissione dei progetti normativi alla Conferenza delle Regioni e alla Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative (artt. 24 e 25), nonché l'indicazione dei membri italiani del Comitato delle Regioni da parte della Conferenza delle Regioni e Province autonome, della Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle regioni e province autonome, e di ANCI, UPI e UNCEM (art. 27) e le modalità di recepimento delle direttive europee da parte di regioni e province autonome (art. 40). Sono infine regolati i ricorsi delle Camere alla Corte di Giustizia per violazione del principio di sussidiarietà (artt. 23 e 42) mentre quelli richiesti dalle Regioni restano disciplinati dall'art. 5 della legge n. 131/2005.

Come contrappeso dei maggiori poteri regionali viene disciplinato il potere sostitutivo dello Stato (art. 41) e viene previsto il diritto di rivalsa nei confronti delle regioni inadempienti (art. 43). Resta inoltre fermo il potere dello Stato di impugnare avanti alla Corte Costituzionale le leggi regionali che violano i vincoli comunitari (artt. 117 e 134 Cost.) (6).

Per parte loro le Regioni hanno in gran parte inserito nei propri statuti, riformati dopo la legge cost. n. 1 del 1999, specifiche disposizioni sui rapporti con l'Unione europea (7) ed hanno adottato il sistema di recepimento delle direttive mediante una legge comunitaria regionale a cadenza periodica (8).

8. *Il nuovo Senato della Repubblica.*

Il quadro che risulta dalle disposizioni sopra ricordate evidenzia il nuovo ruolo assunto dalle Regioni in sede nazionale per quanto attiene alle competenze in materia comunitaria e le proietta con più efficacia in ambito europeo. Tuttavia esso non è completamente esaustivo delle attese delle Regioni ed autonomie locali.

Infatti mancava a livello centrale una istituzione rappresentativa del sistema regionale, tale non essendo né la Commissione bicamerale per gli affari regionali, menzionata in Costituzione (art. 126) e rivisitata dalla l. cost. n. 3 del 2001 (art. 11), in quanto si trattava pur sempre di un organismo non rappresentativo delle Regioni, né la Conferenza Stato-Regioni, che è un organismo amministrativo misto, essendo composto di rappresentanti statali e regionali (e questi solo a livello di esecutivi).

A questa carenza, che costituiva una accentuata debolezza della riforma

(6) A. ESPOSITO, *La legge 24 dicembre 2012 n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 2.

(7) B. SARDELLA, *La dimensione comunitaria dei nuovi Statuti regionali in Istituzioni del Federalismo*, 2007, nn. 3-4, 431.

(8) G. SAPUTELLI, *Il ruolo della "legge comunitaria" regionale nel sistema multilivello, tra soluzioni pensate e concreto utilizzo*, in *ISSiRFA.cnr.it*, 2012; C. BERTOLINO, *Il ruolo delle Regioni nell'attuazione del diritto comunitario*, in *Regioni*, 2009, n. 6, 1249; v. anche C. Cost., 1 dicembre 2006, n. 398, sulla prima legge comunitaria della regione Friuli-Venezia Giulia.

del 2001, ha inteso porre rimedio la nuova riforma costituzionale approvata a maggioranza assoluta il 12 aprile 2016 ma non ancora promulgata in quanto soggetta a *referendum* confermativo (9).

La riforma prevede, accanto ad una ridistribuzione dei poteri legislativi tra Stato e Regioni, conseguente alla soppressione della legislazione concorrente, la trasformazione del Senato della Repubblica in una Camera che - ferma la denominazione attuale - *“rappresenta le istituzioni territoriali e gli altri enti costitutivi della Repubblica. Concorre all’esercizio della funzione legislativa nei casi e secondo le modalità stabiliti dalla Costituzione, nonché all’esercizio delle funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l’Unione europea. Partecipa alle decisioni dirette alla formazione e all’attuazione degli atti normativi e delle politiche dell’Unione europea. Valuta le politiche pubbliche e l’attività delle pubbliche amministrazioni e verifica l’impatto delle politiche dell’Unione europea sui territori”* (art. 1).

L’articolo successivo specifica che i 95 senatori *“rappresentativi delle istituzioni territoriali”* sono eletti, in conformità alle scelte espresse dagli elettori, dai Consigli regionali e da quelli delle Province autonome di Trento e di Bolzano tra i propri componenti e nella misura di uno per ciascuno tra i Sindaci dei Comuni dei rispettivi territori, e decadono in caso di cessazione della carica elettiva regionale o locale (art. 2). I senatori non sono legati da vincoli di mandato (art. 8).

È evidente una certa assonanza con il Comitato delle Regioni con cui condivide la natura rappresentativa delle istituzioni territoriali e il collegamento dei componenti con la carica elettiva di appartenenza, ma rispetto a questo, che svolge solo funzioni consultive sia pure incisive, è dotato di funzioni legislative che esercita con varie modalità in materia costituzionale o di interesse regionale e locale o in materia comunitaria.

In quest’ultimo campo, che costituisce un ambito essenziale delle sue competenze, il Senato svolge funzioni legislative insieme alla Camera, tra l’altro *“per la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea, ... e per le leggi di cui agli articoli ... 80, primo periodo, ... 117, quinto e nono comma, ... 120, secondo comma...”* (art. 10), mentre viene soppressa la Commissione parlamentare per le questioni regionali (art. 36). Per tutte le altre leggi, di competenza della sola Camera, il Senato può chiedere di esaminarle e può proporre modifiche da sottoporre alla Camera per l’eventuale approvazione, il che è rilevante specialmente per le materie passate dalla legislazione concorrente a quella statale esclusiva.

Una minor somiglianza il Senato l’ha con il *Bundesrat* tedesco, sia per la

(9) Il testo della legge costituzionale è pubblicato nella G.U. n. 88 del 26 aprile 2016.

diversa struttura federale di quello Stato, sia perché, pur essendo rappresentativo dei *Länder* ed esercitando poteri legislativi, i suoi componenti non sono elettivi ma sono nominati dai Governi locali verso i quali rispondono essendo legati da vincoli di mandato politico. Per di più ogni delegazione esprime un solo voto. Inoltre sulle questioni comunitarie esso si pronuncia a mezzo di una Commissione speciale che vale per l'intero organo.

Naturalmente l'inserimento nell'ordinamento costituzionale di un organo rappresentativo delle istituzioni regionali e locali non può non comportare la conseguente necessità di apportare aggiustamenti e modificazioni all'assetto istituzionale su cui dovrà misurarsi il legislatore ordinario.

Infatti, dal riconosciuto *concorso all'esercizio delle funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea* discende la necessità di un suo coinvolgimento diretto nelle procedure di consultazione svolte dal Comitato delle Regioni; dalla funzione autonoma di *verifica dell'impatto delle politiche dell'Unione sui territori* deriva la sua legittimazione ad intervenire nel procedimento di allerta precoce, attuato in applicazione del principio di sussidiarietà; dalla affermata *partecipazione alle procedure di formazione ed attuazione degli atti e politiche dell'Unione* discende la sua abilitazione a esprimere parere sugli atti trasmessi dalle Istituzioni europee e a concorrere all'esercizio della funzione legislativa in materia comunitaria non solo nell'approvazione della legge di procedura e di quelle sul potere sostitutivo ma anche in tutti i casi di recepimento diretto da parte della Camera.

Quanto alla designazione dei componenti italiani del Comitato delle Regioni difficilmente il Senato potrà esserne tenuto fuori, trattandosi di nomina di competenza del Governo (art. 1).

Dovranno anche essere definiti i suoi rapporti con le Conferenze Stato-Regioni-Autonomie locali.

Peraltro il nuovo organismo, che nelle intenzioni del Legislatore avrebbe dovuto rafforzare il ruolo delle Regioni in Italia e in Unione europea, dotandole di uno strumento di raccordo a livello nazionale e superando lo squilibrio oggi esistente a favore degli esecutivi regionali, in realtà rischia di non conseguire l'obiettivo per la perdita di autorevolezza (il Presidente non è più la seconda carica dello Stato) e l'oggettivo indebolimento dello stesso (a causa del diminuito peso politico, non votando la fiducia al Governo e della ridotta potestà legislativa) e per il generale depotenziamento dell'intero sistema regionale, privato di molte e importanti competenze legislative e gravato dalla clausola di supremazia, in nome di un reintrodotta "interesse nazionale" (10).

9. L'Europa delle Regioni.

Nonostante l'indubbio rafforzamento delle Regioni e delle collettività territoriali conseguito al Trattato di Lisbona in sede europea e al parallelo evolversi della dimensione comunitaria delle stesse nell'ambito degli ordinamenti

nazionali, il raggiungimento della meta, ossia di quell'Europa delle Regioni vagheggiata da più parti, appare ancora lontano.

Se è vero che si è passati dalla indifferenza verso le regioni del Trattato di Roma alla espressa inclusione del rispetto delle autonomie regionali e locali tra i principi fondamentali dell'Unione europea (art. 4 TUE), è anche vero che la previsione del "Terzo livello" è rimasta allo stato di organo consultivo, sia pur dotato di ampi poteri di interferenza, anche di propria iniziativa ma mai vincolanti.

Per arrivare ad un'Europa in cui le collettività territoriali continuo sempre di più, in cui le decisioni siano prese sempre più vicino ai suoi cittadini, in cui questi possano interagire sui meccanismi di produzione normativa, in cui la struttura sia più democratica e trasparente, è necessario compiere altri passi in avanti, anzitutto dotando il livello sub-statale di un organismo non solo rappresentativo ma che possa intervenire in modo determinante nel processo decisionale, trasformando il Comitato delle Regioni in Camera delle regioni. Occorre poi ulteriormente rafforzare la collaborazione tra Parlamenti nazionali e assemblee e consigli regionali, in modo che siano questi a determinare effettivamente la posizione nazionale nelle materie di competenza regionale. Bisogna infine che la rete di cooperazione e informazione tra i parlamenti regionali dei vari Stati serva a formare una opinione condivisa così da pesare maggiormente nel processo decisionale dell'Unione.

In cambio le regioni devono assumersi la responsabilità delle loro iniziative e rinunciare a posizioni troppo localistiche. Solo così alle Regioni sarà possibile di assumere un ruolo attivo e determinante nella costruzione di politiche di coesione territoriale e di una nuova Europa non della burocrazia ma del cittadino, che si riconosce nelle sue istituzioni territoriali.

C'è però un rischio in tutto questo, che cioè il rafforzarsi delle autonomie regionali in sede nazionale e il loro trasformarsi in sistemi pseudofederali possa avere come esito non un'Europa delle Regioni, parte integrante e qualificante dell'Unione, ma un'Europa di staterelli, piccoli e divisi, tra loro gelosi, che condannerebbe all'insignificanza politica l'Unione, rendendola incapace di affrontare le sfide che propone un mondo e un'economia globalizzati.

(10) Per una critica alla riforma (definita "una potenziale fonte di nuove disfunzioni del sistema istituzionale") e al Senato (considerato "estremamente indebolito, privo delle funzioni essenziali per realizzare un vero regionalismo cooperativo") al punto di ritenere che anche il condivisibile obiettivo del superamento del c.d. bicameralismo perfetto "sia stato perseguito in modo incoerente e sbagliato", v. il Documento di 56 costituzionalisti (da Amirante a Zagrebelsky), pubblicato in www.freenewsonline.it/?p=20377 e in www.lastampa.it/2016/04/22/italia/politica/il-documento-di-costituzionalisti-sulla-riforma-costituzionale-kx4tkWutrnQ1h24sW1zeSM/pagina.htm. In senso favorevole, invece, v. S. CASSESE, *La riforma costituzionale. Un necessario passo avanti*, in *Corriere della sera*, 6 maggio 2016, p. 24.

La Corte di giustizia UE “boccia” il Consiglio di Stato sull’ordine di esame dei ricorsi

NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, SENTENZA 5 APRILE 2016, CAUSA C-689/13

*David Romei**

SOMMARIO: 1. La vicenda - 2. L’ordine di esame del ricorso principale ed incidentale. Il quadro giurisprudenziale anteriore all’ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia amministrativa - 3. La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia.

1. La vicenda.

Con bando pubblicato il 18 gennaio 2012 la società di gestione dell’Aeroporto civile di Trapani avviava una procedura aperta per l’affidamento del servizio di pulizia e manutenzione delle aree verdi presso il relativo scalo aeroportuale per un periodo di tre anni. L’appalto veniva aggiudicato definitivamente con provvedimento del 22 maggio 2012.

La seconda classificata proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, chiedendo, *inter alia*, l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione e, in via consequenziale, l’aggiudicazione dell’appalto a suo favore e la stipula del relativo contratto. Gli altri offerenti non proponevano impugnazione avverso il provvedimento di aggiudicazione di cui trattasi.

L’A.T.I. aggiudicataria si costituiva in giudizio, interponendo ricorso incidentale basato sul difetto di interesse della ricorrente principale alla coltivazione dell’impugnativa, giacché quest’ultima non avrebbe soddisfatto i requisiti di ammissione alla gara d’appalto e, di conseguenza, avrebbe dovuto essere esclusa dal procedimento di aggiudicazione.

Il T.A.R. Sicilia, sede di Palermo, accoglieva entrambi i ricorsi, sicché la società di gestione procedeva ad escludere le due ricorrenti, nonché tutti gli altri offerenti inizialmente inseriti nella graduatoria, a causa dell’inidoneità delle rispettive offerte rispetto ai documenti di gara, indicando una nuova procedura di gara.

Entrambe le imprese proponevano appello avverso la sentenza di primo grado. In particolare, l’A.T.I. aggiudicataria, a sostegno della propria impugnativa, adduceva che il T.A.R., procedendo alla disamina dei motivi dedotti nel ricorso principale, aveva disatteso i principi relativi all’ordine di esame dei ricorsi enunciati dalla sentenza del 7 aprile 2011, n. 4, dell’Adunanza Plenaria, secondo cui, in caso di ricorso incidentale volto a contestare l’ammissibilità del ricorso principale, il ricorso incidentale deve essere valutato prioritariamente, prima del ricorso principale.

(*) Avvocato del libero Foro, già praticante forense presso l’Avvocatura dello Stato.

La Corte di giustizia amministrativa per la regione Sicilia (1), sospendeva il giudizio d'appello al fine di sottoporre alla Corte di Giustizia UE, tra le altre, la questione pregiudiziale sul quesito “*se i principi dichiarati dalla [Corte di giustizia] con la sentenza [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese*”.

2. *L'ordine di esame del ricorso principale ed incidentale. Il quadro giurisprudenziale anteriore all'ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia amministrativa.*

Com'è noto, la problematica relativa all'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale (2), data la sua complessità e la sua accentuata rilevanza specie sotto il profilo delle ricadute economiche, è stata ripetutamente affrontata dalla giurisprudenza (3), tant'è che, già antecedentemente all'ordinanza di rimessione della questione da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, l'Adunanza Plenaria aveva avuto modo di pronunciarsi ben due volte sul tema, approdando, peraltro, a conclusioni diametralmente opposte.

Nella prima pronuncia del 2008 (4), la Plenaria enucleava i criteri da se-

(1) Cfr. ord. 17 ottobre 2013, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it.

(2) Per un approfondimento sul tema sia consentito rinviare a ROMEI, *L'ordine logico di esame del ricorso principale ed incidentale alla luce dei recenti arresti dell'Adunanza Plenaria*, in *Rass. avv. St.*, 2015, 1, 236 e ss. Sull'argomento si vedano, altresì, GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, in GIOVAGNOLI - FRATINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel giudizio di primo grado e in appello*, Milano, Giuffrè, 2008; CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; VILLATA - BERTONAZZI, *Art. 42, in Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di QUARANTA - LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2010; FERRARI *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, IV, 1058; TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

(3) Cfr., tra le più recenti, Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 367, in *Riv. inter. dir. dell'uomo*, 2016, 15 febbraio; *id.*, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4170, in *Foro amm.*, 2015, 9, 2248; *id.*, sez. III, 22 luglio 2015, n. 3638, in *Banca dati De Jure*; *id.*, sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 713, in *Foro amm.*, 2015, 2, 493; *id.*, sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6134, in *Banca dati De Jure*; *id.*, sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5170, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2580; T.A.R. Liguria, sez. II, 11 gennaio 2016, n. 16, *ivi*, 2016, 1; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II, 17 novembre 2015, n. 1008, in *Banca dati De Jure*; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 9 novembre 2015, n. 2361, *ivi*.

quire nella definizione dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale nei giudizi in materia di appalti pubblici tanto nelle ipotesi di gare in cui siano ammessi almeno tre offerenti, quanto in quelle in cui vi siano soltanto due partecipanti.

Nel primo caso - sosteneva la Plenaria - il giudice dovrà esaminare prima il ricorso incidentale (come, ad es., nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario di una gara abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale). Infatti, nell'ipotesi di accoglimento del ricorso incidentale, l'impresa ricorrente principale non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione dell'aggiudicatario, l'Amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili. Il ricorso principale dovrà, dunque, essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione poiché proposto da un'impresa che non può ottenere alcuna utilità dal giudizio. Nulla osterebbe, però, a che il giudice proceda all'esame preliminare del ricorso principale, ove questo sia infondato, al fine di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale.

Viceversa, nella seconda ipotesi, *“per i principi della parità delle parti e di imparzialità, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara. Pertanto in tale ipotesi il giudice a) può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale); b) non può, in base ai principi di parità delle parti e di imparzialità, determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni; c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato, deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro quando la*

(4) Sent. 10 novembre 2008, n. 11, in *Foro amm. CdS*, 2008, 11, 2939, con nota critica di CIMEL-LARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, e *ivi*, 2008, 12, 3308, con nota di TROPEA, *La plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti)*.

fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore" (5).

Dunque, ove si tratti di gare con due soli partecipanti, il giudice dovrà valorizzare l'interesse minore e strumentale alla ripetizione della gara, sicché non potrà essere applicato il principio della improcedibilità del ricorso principale, in caso di accoglimento di quello incidentale, operante, invece, nelle gare con più di due offerte ammesse (6).

A soli tre anni dalla prima pronuncia, l'Adunanza Plenaria, con sentenza del 7 aprile 2011, n. 4 (7), ha nuovamente affrontato la questione, questa volta pervenendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle raggiunte nel 2008.

In particolare, la Plenaria poneva a fondamento del proprio *iter* logico-argomentativo la considerazione per cui la mera partecipazione (di fatto) alla gara pubblica non può costituire elemento sufficiente al riconoscimento della legittimazione al ricorso, atteso che questa deriva da una qualificazione di carattere normativo e postula un esito positivo del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva, sicché la definitiva esclusione (o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara) impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Ciò premesso, i Giudici di Palazzo Spada concludevano, affermando che l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara

(5) Così Cons. St., ad. plen., n. 11/2008, cit.

(6) Per un approfondito commento della pronuncia cfr. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale e parità delle parti* (Relazione tenuta a Lecce, il 9 ottobre 2009, nel corso del Convegno "Il Codice del processo amministrativo"), in www.giustizia-amministrativa.it; BENETAZZO, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra «oscillazioni» giurisprudenziali e questioni irrisolte*, in www.federalismi.it; VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285; PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria. Nota a Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 1423; SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 151.

(7) In *Foro amm. CdS*, 2011, 4, 1132, in *Foro it.*, 2011, 6, III, 306, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 2-3, I, 570, e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 3, 1035, con note di SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*; GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*; F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*; MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale "escludente" e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrê dell'Adunanza Plenaria)*. Per un primo commento si veda, altresì, TORREGROSSA, *L'Adunanza Plenaria rimedita le conclusioni alle quali era pervenuta con la pronuncia del 2008 in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale cd escludente o paralizzante*, in www.ildirittoamministrativo.it.

deve sempre precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e dalle richieste dell'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso soltanto per ragioni di economia processuale nel caso in cui questo risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile (8).

3. La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia.

È in questo articolato panorama giurisprudenziale che si innesta l'ordinanza di rimessione del Consiglio di giustizia amministrativa e, conseguentemente, la pronuncia in commento.

A ben vedere i principi enucleati dalla Plenaria n. 4/2011 erano stati sin da subito messi in discussione dalla giurisprudenza successiva, tant'è che la Corte di giustizia UE già in precedenza era stata investita della questione pregiudiziale relativa al possibile contrasto tra i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti sanciti dalla prima direttiva ricorsi n. 1989/665/CEE e dalla seconda direttiva ricorsi n. 2007/66/CE ed il diritto vivente derivante dalla predetta sentenza n. 4/2011 (9).

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee aveva affrontato la questione con sentenza della Sez. X, 4 luglio 2013, n. 100, in causa C-100/12 (c.d. sentenza *Fastweb*) (10), affermando il principio di diritto secondo cui le disposizioni delle direttive ricorsi devono essere interpretate nel senso che, “*se in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tal(i) disposizione(i) osta(no) al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale*”.

(8) Già prima della sua pubblicazione, negli stessi termini della Plenaria, si sono espressi, tra gli altri, VILLATA - BERTONAZZI, *op. cit.*, 422-423; TROPEA, *Commento all'art. 42*, in CARINGELLA e PROTTO, *Il Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 478.

(9) Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, ord. 9 febbraio 2012, n. 208, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 1, 209, e in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, 333.

(10) In *Riv. it. dir. pub. com.*, 2013, 3-4, 795, con nota di E.M. BARBIERI, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*, in *Dir. & Giust.*, 2013, 8 luglio, in *Foro amm. CdS*, 2013, 7-8, 1747, e in *Guida al dir.*, 2013, 41, 104.

In sostanza, dunque, la Corte di Giustizia CE, sconfessando gli arresti della Plenaria n. 4/2011, si era condivisibilmente - seppur solo parzialmente - allineata alle conclusioni raggiunte dalla precedente sentenza della Plenaria n. 11/2008, affermando che, in caso di fondatezza di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) c.d. escludenti, è necessario che il giudice tenga conto dell'interesse strumentale di ciascun concorrente alla ripetizione della gara, disponendo, di conseguenza, l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'Amministrazione di indirne una ulteriore (11) (12).

La pronuncia in commento si pone nel solco tracciato dalla c.d. sentenza *Fastweb*, ai cui principi la Corte di giustizia UE conferma di aderire, ma, al contempo, ne amplia la portata, estendendone l'applicabilità a tutte le tipologie di controversie in materia di appalti pubblici, indipendentemente dal numero di partecipanti alla gara.

In particolare, i giudici europei ribadiscono la contrarietà ai principi sanciti dall'art. 1, par. 3, della prima direttiva ricorsi n. 1989/665/CEE di una normativa nazionale in forza della quale il ricorso di un offerente la cui offerta non è stata prescelta sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare dell'eccezione di inammissibilità sollevata nell'ambito del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, senza che ci si pronunci sulla conformità delle due offerte in discussione con le specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. In tale situazione, infatti, ciascun offerente ha un identico interesse concreto ed attuale a ottenere l'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti e, conseguentemente, l'aggiudicazione di un determinato appalto. Quest'ultimo interesse, in particolare, potrà essere realizzato, alternativamente, in due differenti modi: o in via diretta, a seguito dell'esclusione di un offerente e della conseguente aggiudicazione diretta a favore dell'altro nell'ambito della medesima procedura; oppure, qualora entrambi i ricorrenti (principale ed incidentale) vengano esclusi, in via indiretta, attraverso l'indizione di una nuova

(11) Cfr., per una lettura favorevole della sentenza, E.M. BARBIERI, *op. cit.*; D'ANCONA, *La tesi dell'effetto paralizzante del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale proposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it; CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente "escludenti" tra giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it; TOSCHEI, *Una scelta in linea con le proposizioni sviluppate dopo il varo della seconda direttiva ricorsi*, in *Guida al dir.*, 2013, 91; QUINTO, *La Corte di Giustizia anticipa l'Adunanza Plenaria*, 2014, in www.giustizia-amministrativa.it; E. FOLLIERI, *La legittimazione a ricorrere e l'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti nelle controversie sugli appalti pubblici sono individuati negli interessi protetti dalle norme*, in www.cameraamministrativa.it. Per una lettura in chiave critica della pronuncia vi vedano, invece, CACCIARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale: una questione davvero risolta dalla Corte di Giustizia?*, 2013, in www.giustamm.it; PROVENZANO, *Nota a Corte di Giustizia Unione Europea, Sezione decima, sentenza 4 luglio 2013, n. 100/2012*, in www.ildirittoamministrativo.it.

(12) Per una lettura combinata dei principi affermati dalla sentenza *Fastweb* con la Plenaria n. 4/2011 cfr. Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544, in *Foro amm.*, 2015, 9, 2280.

procedura di gara a cui ciascun offerente può partecipare e, quindi, ottenere l'appalto.

I principi su esposti - ed è questo il maggior elemento di novità della pronuncia in commento - devono trovare applicazione non soltanto nel caso di gare con due soli offerenti, ma in tutte le controversie in materia di appalti pubblici a prescindere dal numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione nonché dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso e dalla natura dei motivi di ricorso dai medesimi dedotti.

Dalla lettura della motivazione della sentenza in commento emerge chiaramente la volontà della Corte di giustizia di “scardinare” definitivamente l'interpretazione restrittiva fornita dal Consiglio di Stato nella sopraccitata decisione del 2011, riaffermando prepotentemente la primazia del diritto e dei principi comunitari su quelle nazionali, anche di natura processuale.

In realtà, al di là di ogni considerazione di principio sul punto, la soluzione tracciata dal Giudice comunitario è certamente condivisibile; difatti, come da più parti evidenziato (13), la preferenza accordata dalla Plenaria n. 4/2011 al prioritario esame del ricorso incidentale e, quindi, implicitamente alla posizione del controinteressato (aggiudicatario della gara), più che da ragioni di equità o di giustizia (sostanziale e/o processuale), sembra essere dettata da un *favor* per la tutela dell'interesse pubblico, individuato nella sollecita esecuzione dell'appalto, oltre che nella necessità di evitare la proliferazione del contenzioso. Tale preferenza, però, si scontra irrimediabilmente con i principi di parità delle parti, non discriminazione e (soprattutto) tutela della concorrenza la cui attuazione deve rappresentare l'obiettivo principale non soltanto del legislatore in sede di trasposizione della normativa sovranazionale, ma anche degli organi giurisdizionali chiamati ad applicarla. È evidente allora che, a fronte di un'aggiudicazione operata in favore di un soggetto illegittimamente ammesso alla gara, non può che assumere carattere preminente il perseguimento dei principi della *par condicio competitorum* e dell'effettività della tutela giurisdizionale, pienamente realizzabili unicamente attraverso la ripetizione delle procedure di gara.

Né, in senso contrario, vale obiettare che gli invocati principi comunitari andrebbero coniugati con quelli (certamente pur rilevanti) della celere esecuzione dei pubblici appalti, della lealtà processuale, del divieto di abuso del diritto di difesa e della ragionevole durata dei processi (14). Questa impostazione, a ben vedere, anziché ambire al ripristino della legalità violata a seguito di un'aggiudicazione illegittima, finisce con l'assegnare una posi-

(13) Cfr. PELLEGRINO, *La Plenaria e le “tentazioni” dell'incidentale*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it; ROMEI, *op. cit.*, 249.

(14) In tal senso PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb. e app.*, n. 4/2012, 440, e in www.giustizia-amministrativa.it.

zione privilegiata proprio al soggetto che, con il suo contegno, ha causato quella illegittimità, in nome dell'asserito principio della solerte esecuzione dell'opera (15).

Tale conclusione non può non valere anche nell'ipotesi in cui i partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica siano più di due. Anche in questo caso, non può escludersi in via generalizzata l'insussistenza della titolarità, da parte di entrambi i ricorrenti, dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara e, conseguentemente, la presenza di un vantaggio per entrambi i ricorrenti; difatti, a fronte di tale doppia esclusione all'Amministrazione resta pur sempre attribuita la facoltà di decidere di procedere alla riedizione della gara qualora ritenga che le (eventuali) offerte non escluse non siano comunque idonee ad assicurare l'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente possibile per l'esecuzione dell'opera.

Il principio affermato con forza dalla Corte di giustizia sconfessa anche gli ultimi arresti dell'Adunanza Plenaria (16) - successivi all'ordinanza di rimessione del Consiglio di giustizia amministrativa - con cui i Giudici di Palazzo Spada avevano cercato di mediare alle discordanti posizioni assunte dalla giurisprudenza (e dalla stessa Plenaria), valorizzando il profilo cronologico-seguenziale cui impinge il vizio lamentato dalle parti (17) (18).

In senso contrario, infatti, la sentenza in commento precisa che l'obbligo di esaminare sempre e comunque entrambi i ricorsi grava in ogni caso sull'organo giudicante, indipendentemente dalla natura dei motivi di ricorso dai medesimi dedotti e dei vizi in essi prospettati.

(15) In questo senso Cass. Civ., sez. un., 21 giugno 2012, n. 10294, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 824, in *Foro amm. CdS*, 2012, 7-8, 1795 e in www.lexitalia.it, con note adesive di CAPPARELLI, *Le Sezioni Unite bacchettano l'Adunanza Plenaria* e di PELLEGRINO, *Aggiudicatario iperprotetto. Il monito delle Sezioni Unite sull'incidentale*. In dottrina, a sostegno della posizione, si vedano, altresì, F. FOLLIERI, *op. cit.*; D'ANCONA, *Il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea: note a margine delle pronunce della Cass. SS. UU. 21 giugno 2012 e del C.d.S., sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656*, in www.giustamm.it; nonché ROMEL, *op. cit.*, 249-251.

(16) Cfr. sentenze 30 gennaio 2014, n. 7, in *Foro amm. CdS*, 2014, 2, 384 e in *Dir. & Giust.*, 2014, 3 febbraio, e 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro amm. CdS*, 2014, 2, 387.

(17) In particolare, la Plenaria ha concluso nel senso che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso e confermare, invece, l'offerta del ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. In tali casi, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, non può ravvisarsi in concreto un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale. Prioritario, in questo peculiare caso, è soltanto l'esame del vizio che, se sussistente, giustifica l'accoglimento di entrambi i ricorsi, mentre, se insussistente, determina la loro reciproca reiezione e la conferma dell'aggiudicazione. L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta, quindi, che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

(18) Circa la compatibilità dei principi di cui alla Plenaria n. 9/2014 con il dettato della sentenza *Fastweb* cfr. Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1444; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1726, in www.giustizia-amministrativa.it.

In conclusione, la soluzione indicata dal Giudice comunitario appare l'unica possibile per dare concreta attuazione ai principi, di matrice comunitaria, che costituiscono - specie a seguito dell'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici (19) che ne ha ulteriormente sottolineato la centralità - la stella polare degli interventi legislativi nel settore dei contratti pubblici, i quali non possono in alcun modo recedere dinanzi a quelli, seppur rilevanti, della celere esecuzione degli appalti pubblici, della ragionevole durata dei processi e del divieto di abuso del diritto di difesa.

A fronte del rango dei principi in gioco, i timori - frutto di valutazioni di natura prettamente politica più che di speculazione giuridica - per i possibili danni all'economia pubblica non possono certamente giustificare il sacrificio delle istanze di legalità (provenienti, *in primis*, proprio dalla società civile di cui la classe politica dovrebbe essere espressione) e l'annichilimento dei diritti individuali in nome di un'anacronistica visione dell'interesse pubblico, declinato quale mera pretesa dell'Autorità a non veder leso l'assetto di interessi da essa stessa (anche illegittimamente) posto in essere.

Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza 5 aprile 2016, causa C-689/13 - Pres. K. Lenaerts, Rel. E. Juhász, Avv. Gen. M. Wathelet - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italia) il 24 dicembre 2013 - PFE / Airgest.

«Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici di servizi - Direttiva 89/665/CEE - Articolo 1, paragrafi 1 e 3 - Procedure di ricorso - Ricorso di annullamento avverso il provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico presentato da un offerente la cui offerta non è stata prescelta - Ricorso incidentale dell'aggiudicatario - Regola giurisprudenziale nazionale che impone di esaminare preliminarmente il ricorso incidentale e, se quest'ultimo risulta fondato, di dichiarare il ricorso principale irricevibile, senza esame nel merito - Compatibilità con il diritto dell'Unione - Articolo 267 TFUE - Principio del primato del diritto dell'Unione - Principio di diritto enunciato con decisione dell'adunanza plenaria dell'organo giurisdizionale amministrativo supremo di uno Stato membro - Normativa nazionale che prevede il carattere vincolante di tale decisione per le sezioni del suddetto organo giurisdizionale - Obbligo della sezione investita di una questione attinente al diritto dell'Unione, in caso di disaccordo con la decisione dell'adunanza plenaria, di rinviare a quest'ultima tale questione - Facoltà o obbligo della sezione di adire la Corte in via pregiudiziale»

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio

(19) Il nuovo codice dei contratti pubblici è oggi contenuto nel d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, in Gazz. Uff. 19 aprile 2016, n. 91, S.O. n. 10.

dell'11 dicembre 2007 (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 89/665»), dell'articolo 267 TFUE, nonché dei principi del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione.

- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra la Pulgienica Facility Esco SpA (PFE) (in prosieguo: la «PFE») e la Airgest SpA (in prosieguo: la «Airgest»), relativa alla legittimità dell'attribuzione da parte di quest'ultima società di un appalto pubblico di servizi alla Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) (in prosieguo: la «GSA») e alla Zenith Services Group Srl (ZS).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 L'articolo 1 della direttiva 89/665, intitolato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso», così dispone:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [(GU L 134, pag. 114)], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

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

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

(...)

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

(...).

- 4 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della menzionata direttiva:

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

(...)

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

(...).

Diritto italiano

- 5 Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è stato istituito con il decreto legislativo del 6 maggio 1948, n. 654 - Norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato (GURI n. 135 del 12 giugno 1948). Nella suddetta regione esso esercita le medesime funzioni consultive e giurisdizionali spettanti al Consiglio di Stato.
- 6 Il decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 - Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (supplemento ordinario alla GURI n. 156 del 7 luglio 2010), concerne l'adozione del codice del processo amministrativo.

- 7 L'articolo 6 di detto codice dispone quanto segue:
«1. Il Consiglio di Stato è organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa.
(...)
6. Gli appelli avverso le pronunce del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia sono proposti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nel rispetto delle disposizioni dello statuto speciale e delle relative norme di attuazione».
- 8 L'articolo 42 del codice in parola, al paragrafo 1, recita:
«Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale.
(...)».
- 9 L'articolo 99 dello stesso codice è così formulato:
«1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione.
2. Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.
3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.
4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.
5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato».
- 10 Ai sensi dell'articolo 100 del codice del processo amministrativo:
«Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia».
- 11 Il decreto legislativo del 24 dicembre 2003, n. 373 - Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato (GURI n. 10 del 14 gennaio 2004, pag. 4), all'articolo 1, paragrafo 2, prevede che le sezioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana costituiscono sezioni staccate del Consiglio di Stato e, all'articolo 4, paragrafo 3, che, in sede giurisdizionale, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia.
- Procedimento principale e questioni pregiudiziali**
- 12 Con bando pubblicato il 18 gennaio 2012 la Airgest, società di gestione dell'Aeroporto civile di Trapani-Birgi (Italia), ha avviato una procedura aperta, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia e manutenzione delle aree verdi presso tale aeroporto per un periodo di tre anni. L'importo dell'appalto in parola, esclusa l'imposta sul valore aggiunto, era pari a EUR 1 995 496,35 e il criterio di aggiudicazione previsto era quello

- dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'appalto è stato attribuito, con provvedimento di aggiudicazione definitiva del 22 maggio 2012, all'associazione temporanea di imprese creata fra la GSA e la Zenith Services Group Srl (ZS).
- 13 La PFE, che aveva partecipato all'appalto e che si era classificata seconda, ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, chiedendo, inter alia, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e, in via consequenziale, l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore e la stipula del relativo contratto. Gli altri offerenti non hanno impugnato il provvedimento di aggiudicazione di cui trattasi.
 - 14 La GSA, capogruppo dell'associazione temporanea di imprese cui è stato affidato l'appalto, si è costituita in giudizio e ha interposto un ricorso incidentale basato sul difetto di interesse della PFE, ricorrente principale, alla coltivazione dell'impugnativa, giacché quest'ultima non avrebbe soddisfatto i requisiti di ammissione alla gara d'appalto e, di conseguenza, avrebbe dovuto essere esclusa dal procedimento di aggiudicazione. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia ha esaminato gli argomenti delle due parti e ha accolto i due ricorsi. A seguito di tale decisione la Airgest, quale amministrazione aggiudicatrice, ha escluso le due ricorrenti nonché tutti gli altri offerenti inizialmente inseriti nella graduatoria, a causa dell'inidoneità delle rispettive offerte rispetto ai documenti di gara. Gli altri offerenti non avevano proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto. È stata allora indetta una nuova procedura, negoziata, di attribuzione dell'appalto in parola.
 - 15 La PFE ha impugnato tale sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Quanto alla GSA, essa ha interposto appello incidentale dinanzi a quest'ultimo organo giurisdizionale, adducendo, segnatamente, che il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, procedendo alla disamina dei motivi dedotti nel ricorso principale, aveva disatteso i principi relativi all'ordine di esame dei ricorsi enunciati dalla sentenza del 7 aprile 2011, n. 4, dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Secondo detta sentenza, in caso di ricorso incidentale volto a contestare l'ammissibilità del ricorso principale, il ricorso incidentale deve essere valutato prioritariamente, prima del ricorso principale. Nell'ordinamento giuridico nazionale un siffatto ricorso incidentale è qualificato come «escludente» o «paralizzante» poiché, qualora ne constati la fondatezza, il giudice adito deve dichiarare inammissibile il ricorso principale senza esaminarlo nel merito.
 - 16 Il giudice del rinvio osserva che la Corte, nella sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), pronunciata successivamente alla menzionata sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha giudicato che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che osta ai principi, stabiliti da detta ultima sentenza, riportati al punto precedente della presente sentenza. La causa all'origine della sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) riguardava due offerenti che erano stati selezionati dall'amministrazione aggiudicatrice e invitati a presentare delle offerte. A seguito del ricorso proposto dall'offerente la cui offerta non era stata prescelta, l'aggiudicatario aveva presentato un ricorso incidentale, con il quale faceva valere che l'offerta che non era stata prescelta avrebbe dovuto essere esclusa in quanto non rispettava uno dei requisiti minimi previsti dal piano di fabbisogni.
 - 17 Il giudice del rinvio si chiede, in primo luogo, se l'interpretazione fornita dalla Corte nella sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) valga anche nella fattispecie in discussione, considerato che, nella causa all'origine della citata sentenza, le imprese parte-

cipanti alla gara erano solo due ed entrambe si trovavano portatrici di interessi contrapposti nel contesto del ricorso principale per annullamento presentato dall'impresa la cui offerta non era stata prescelta e del ricorso incidentale presentato dall'aggiudicatario, mentre, nel procedimento principale di cui alla presente fattispecie, le imprese partecipanti sono più di due, anche se soltanto due fra loro hanno proposto ricorso.

- 18 In secondo luogo, il giudice del rinvio rileva che, conformemente all'articolo 1, paragrafo 2, del decreto legislativo del 24 dicembre 2003, n. 373 - Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato, esso costituisce una sezione del Consiglio di Stato e che, in quanto tale, è un giudice nazionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE. Orbene, in ragione della norma processuale ex articolo 99, paragrafo 3, del codice del processo amministrativo, esso sarebbe tenuto ad applicare i principi di diritto enunciati dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, anche sulle questioni afferenti all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione, fatta salva la facoltà della sezione, quando intenda discostarsi da detti principi, di rimettere le questioni in discussione all'adunanza plenaria onde sollecitare un revirement della sua giurisprudenza.
- 19 Il giudice del rinvio, a tale riguardo, pone in rilievo i contrasti fra la sentenza n. 4 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, del 7 aprile 2011, e la sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) per affermare che, nell'ipotesi in cui il vincolo procedurale descritto al punto precedente si applicasse parimenti alle questioni attinenti al diritto dell'Unione, il medesimo sarebbe incompatibile con il principio di competenza esclusiva della Corte in materia di interpretazione del diritto dell'Unione e con l'obbligo incombente a ogni organo giurisdizionale di ultima istanza degli Stati membri di adire la Corte ai fini di una pronuncia pregiudiziale, quando siano sollevate questioni di interpretazione di tale diritto.
- 20 Alla luce delle suesposte considerazioni, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se i principi dichiarati dalla [Corte di giustizia] con la sentenza [*Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448)], con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese;
- 2) se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l'articolo 267 TFUE, l'articolo 99, comma 3, [codice del processo amministrativo], nella parte in cui tale disposizione processuale stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, anche laddove consti in modo preclaro che detta adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea; e, in particolare,

– se la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato investiti della trattazione della causa, laddove dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell’Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall’adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla [Corte di giustizia] per accertare la conformità e compatibilità europea del principio di diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni del diritto dell’Unione europea, una questione pregiudiziale alla [Corte di giustizia] per la corretta interpretazione del diritto dell’Unione europea;

– se - nell’ipotesi in cui la risposta alla domanda posta nel precedente [trattino] fosse nel senso di riconoscere a ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato il potere/dovere di sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla [Corte di giustizia] ovvero, in ogni caso in cui la [Corte di giustizia] si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all’adunanza plenaria del Consiglio di Stato, affermando la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell’Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall’adunanza plenaria – ogni Sezione e ogni Collegio del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell’Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell’Unione europea per come interpretato dalla [Corte di giustizia] o se, invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all’adunanza plenaria, con l’effetto di demandare all’esclusiva valutazione di quest’ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l’applicazione del diritto dell’Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla [Corte di giustizia];

– se, infine, un’esegesi del sistema processuale amministrativo della Repubblica italiana nel senso di rimandare all’esclusiva valutazione dell’adunanza plenaria l’eventuale decisione in ordine al rinvio pregiudiziale alla [Corte di giustizia] - ovvero anche soltanto la definizione della causa, allorché questa direttamente consegua all’applicazione di principi di diritto euronunitario già declinati dalla [Corte di giustizia] - non sia di ostacolo, oltre che con i principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di procedure di affidamento degli appalti pubblici, anche con l’esigenza che il diritto dell’Unione europea riceva piena e sollecita attuazione da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione siccome stabilita dalla [Corte di giustizia], anche ai fini della massima estensione dei principi del cd. “effetto utile” e del primato del diritto dell’Unione europea sul diritto (non solo sostanziale, ma anche processuale) interno del singolo Stato membro (nella specie: sull’articolo 99, comma 3, del codice del processo amministrativo della Repubblica italiana)».

Sulla prima questione

- 21 Con detta questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l’articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665, debba essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che recepiscono tale diritto, e diretto a ottenere l’esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l’esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

- 22 Il giudice del rinvio desidera accertare, in particolare, se l'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 data dalla Corte nella sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) si applichi nell'ipotesi in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara controversa, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dall'amministrazione aggiudicatrice senza che un ricorso sia stato proposto dalle imprese diverse da quelle - nel numero di due - coinvolte nel procedimento principale.
- 23 Al riguardo è d'uopo ricordare che, secondo le disposizioni dell'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della menzionata direttiva, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.
- 24 Al punto 33 della sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) la Corte ha considerato che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, in quanto in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.
- 25 Al punto 34 della succitata sentenza la Corte ha pertanto interpretato l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 nel senso che tale disposizione osta a che il ricorso di un offerente la cui offerta non è stata prescelta sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare dell'eccezione di inammissibilità sollevata nell'ambito del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, senza che ci si pronunci sulla conformità delle due offerte in discussione con le specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni.
- 26 La sentenza in parola costituisce una concretizzazione dei requisiti posti dalle disposizioni del diritto dell'Unione citate al punto 23 della presente sentenza, in circostanze nelle quali, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione.
- 27 In una situazione siffatta ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di entrambi gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto.
- 28 L'interpretazione, ricordata ai punti 24 e 25 della presente sentenza, formulata dalla Corte nella sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) è applicabile in un contesto come quello del procedimento principale. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. D'altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura. (C-100/12, EU:C:2013:448).
- 30 Tenuto conto delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione sottoposta dichiarando che l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665

deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

Sulla seconda questione

Sulla prima parte

- 31 Con la prima parte della seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o della validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.
- 32 Come ripetutamente dichiarato dalla Corte, i giudici nazionali hanno la più ampia facoltà di sottoporre alla Corte una questione di interpretazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73, EU:C:1974:3, punto 3), laddove tale facoltà si trasforma in obbligo per i giudici che decidono in ultima istanza, fatte salve le eccezioni riconosciute dalla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 21 e dispositivo). Una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale nazionale, a seconda del caso, di avvalersi della facoltà di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73, EU:C:1974:3, punto 4; Melki e Abdeli, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, punto 42, nonché Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, punto 27) o di conformarsi a suddetto obbligo.
- 33 Tanto detta facoltà quanto detto obbligo sono, difatti, inerenti al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall'articolo 267 TFUE, e alle funzioni di giudice incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione affidate dalla citata disposizione agli organi giurisdizionali nazionali.
- 34 Di conseguenza, qualora un organo giurisdizionale nazionale investito di una controversia ritenga che, nell'ambito della medesima, sia sollevata una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, ha la facoltà o l'obbligo, a seconda del caso, di adire la Corte in via pregiudiziale, senza che detta facoltà o detto obbligo possano essere ostacolati da norme nazionali di natura legislativa o giurisprudenziale.
- 35 Nel caso di specie, una disposizione di diritto nazionale non può impedire a una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, la quale debba affrontare una questione di interpretazione della direttiva 89/665, di rivolgersi alla Corte affinché si pronunci in via pregiudiziale.
- 36 Tenuto conto del complesso delle suesposte considerazioni occorre rispondere alla prima parte della seconda questione dichiarando che l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza

plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.

Sulla seconda e sulla terza parte

- 37 Con la seconda e la terza parte della seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione di interpretazione del diritto dell'Unione dal medesimo sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, detto giudice del rinvio debba esso stesso fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.
- 38 In proposito è d'uopo ricordare che una sentenza con la quale la Corte si pronuncia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione, per la definizione della controversia principale (v. sentenza *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punto 29 e giurisprudenza citata). Di conseguenza, il giudice nazionale che abbia assolto, quale giudice di ultima istanza, il suo obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte a titolo dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punto 30).
- 39 Va del pari ricordato che l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punto 20).
- 40 Il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in primo luogo, sentenze *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punti 21 e 24 e, da ultimo, *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, punto 36 nonché la giurisprudenza ivi citata).
- 41 Sarebbe difatti incompatibile con gli obblighi che derivano dalla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione di un ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione dell'efficacia del diritto dell'Unione per il fatto di negare al giudice competente ad applicare questo diritto il potere di compiere, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme dell'Unione (v. sentenze *Simmenthal*, EU:C:1978:49, punto 22, *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).
- 42 Tenuto conto delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla seconda e terza parte della seconda questione dichiarando che l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

Sulle spese

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

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

- 1) **L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.**
- 2) **L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.**
- 3) **L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.**

CONTENZIOSO NAZIONALE

Le confessioni religiose e lo Stato, sulle intese di cui all'art. 8, co. 3, Cost.

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 10 MARZO 2016 N. 52

Con la sentenza n. 52 del 10 marzo 2016 la Corte Costituzionale, in accoglimento del ricorso per conflitto proposto dall'Avvocatura generale dello Stato contro le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ha statuito quanto segue *“dichiara che non spettava alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il Consiglio dei ministri ha negato all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione e, per l'effetto, annulla la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305”*.

Si pubblicano il testo del ricorso ed il testo della memoria depositata in vista dell'udienza di discussione.

Avvocatura Generale dello Stato

CT 8073/04 Avv. G. Palatiello

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

RICORSO

del Presidente del Consiglio dei Ministri (C.F. 80188230587) e del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente in carica, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, PEC roma@mailcert.avvocaturastato.it, presso i cui uffici *ex lege* sono domiciliati in Roma alla Via dei Portoghesi n. 12;

avente ad oggetto

conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato

nei confronti della Corte Suprema di Cassazione – Sezioni Unite Civili in relazione alla sentenza n. 16305/13 in data 12 marzo/28 giugno 2013 (doc. 4). con la quale è stato respinto il ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione proposto dalla scrivente difesa erariale nell'in-

teresse del Governo avverso la decisione del Consiglio di Stato, Sezione Quarta, n. 6083/2011 che, in riforma della favorevole sentenza del TAR (recante declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto assoluto di giurisdizione ex art. 31 del R.D. n. 1054/1924, ora art. 7, co. 1, ultimo periodo del D.Lgs. n. 104/10), aveva affermato la sindacabilità, ad opera del giudice amministrativo, della deliberazione del Consiglio dei Ministri di non avviare le trattative per la stipula dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost.

FATTO

Con il ricorso dinanzi al Tar per il Lazio, sede di Roma, notificato il 3 febbraio 2004, depositato il successivo 19 febbraio ed iscritto al n. 1762/2004 di R.G., l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (d'ora in poi UAAR), associazione non riconosciuta di "atei ed agnostici" costituita con atto notarile del 13 marzo 1991, ha chiesto l'annullamento della delibera del Consiglio dei Ministri in data 27 novembre 2003 (e della conseguente nota del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio in data 5 dicembre 2003), con la quale il Governo, recependo e facendo proprio il parere reso dall'Avvocatura Generale dello Stato, ha deciso di non avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione, ritenendo, in sostanza, che la professione dell'ateismo non possa essere assimilata ad una "confessione religiosa" nell'accezione recepita dal legislatore costituente. In particolare nell'estratto del verbale della riunione del Consiglio dei Ministri del 27 novembre 2003 (doc. 1) si legge testualmente quanto segue: *"in merito alla richiesta avanzata dall'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti, il Consiglio dei Ministri - nel condividere il parere espresso dall'Avvocatura generale dello Stato - si pronuncia collegialmente per il diniego all'avvio delle procedure finalizzate alla conclusione di un'intesa ai sensi dell'articolo 8 della Costituzione"*.

OMISSIS

IL PRESIDENTE: BERLUSCONI
IL SEGRETARIO: LETTA"

Con sentenza n. 12359/08 depositata il 31 dicembre 2008 (doc. 2), il TAR per il Lazio, sezione I, nel condividere l'eccezione pregiudiziale formulata dall'Avvocatura dello Stato, ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione ai sensi dell'art. 31 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 ritenendo che la determinazione impugnata rivestisse natura di atto politico "non giustiziabile".

L'UAAR si è appellata al Consiglio di Stato che, con la decisione della Sez. IV, n. 6083/11, depositata il 18 novembre 2011 (doc. 3), ha accolto il gravame e, per l'effetto, in integrale riforma della sentenza del TAR, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia, rimettendo le parti dinanzi al primo giudice ex art. 105 c.p.a.

Secondo il Consiglio di Stato, *"l'organizzazione richiedente"* sarebbe titolare di un interesse giuridicamente rilevante ad essere qualificata come confessione religiosa; *"l'accertamento preliminare se l'organizzazione richiedente sia o meno riconducibile alla categoria delle confessioni religiose"* costituirebbe mera espressione di discrezionalità tecnica della P.A. e, pertanto, sarebbe sindacabile dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità; *"di conseguenza, quanto meno l'avvio delle trattative può addirittura considerarsi obbligatorio sol che si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa, salva restando da un lato la facoltà di non stipulare l'intesa all'esito delle trattative ovvero - come già detto - di non tradurre in legge l'intesa medesima, e dall'altro lato la possibilità, nell'esercizio della discrezionalità tecnica cui si è accennato, di escludere motivatamente che il soggetto interessante presenti le caratteristiche che le con-*

sentirebbero di rientrare fra le “confessioni religiose” (ciò che, del resto, è quanto avvenuto proprio nel caso di specie)” (cfr. punti 8 e 9 della motivazione).

Con ricorso notificato il 9 febbraio 2012, UAAR ha riassunto il giudizio dinanzi al TAR.

Con ricorso straordinario ex art. 111, u.c., Cost., notificato il 26/27 marzo 2013, l'Avvocatura Generale dello Stato nella veste *ut supra* ha impugnato dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la predetta decisione del Consiglio di Stato deducendo, con un unico, articolato, motivo (rubricato “*Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 31 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (ora art. 7, co. 1, ultimo periodo, d.lgs 2 luglio 2010 n. 104), in relazione agli artt. 111, u.c., Cost., 110 d.lgs n. 104/2010 e 362, co. 1, cpc. Inammissibilità dell’originario ricorso di prime cure per difetto assoluto di giurisdizione*”) che, contrariamente a quanto opinato dal giudice amministrativo d'appello, il rifiuto, da parte del Governo, di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost. rientra nel novero degli “atti politici” assolutamente insindacabili in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 31 r.d. n. 1054/1924 (e oggi art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a. di cui al D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Con sentenza n. 16305/13, depositata il 28 giugno 2013 (doc. 4), le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno respinto il ricorso del Governo, ritenendo che “*l’assenza di normazione specifica non è di per sé un impedimento a contrastare in sede giurisdizionale il rifiuto di intesa che sia fondato sul mancato riconoscimento, in capo al richiedente, della natura di confessione religiosa*”.

Sarebbe, dunque, “*nel giusto*” la sentenza del Consiglio di Stato “*quando sostiene che rientra tutt’al più nell’ambito della discrezionalità tecnica l’accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell’istante come confessione religiosa*”.

Poste tali premesse, le Sezioni Unite Civili hanno quindi statuito che qualsiasi soggetto istante sarebbe portatore di una pretesa costituzionalmente tutelata (e quindi azionabile in giudizio) all’apertura delle trattative per la stipula dell’intesa di cui all’art. 8, comma 3, Cost. e all’implicito riconoscimento della qualità di confessione religiosa; sicché il Governo avrebbe l’obbligo giuridico di avviare le trattative ex art. 8, co. 3, cit. per il solo fatto che una qualsiasi associazione (o organizzazione) lo richieda.

L’apertura della trattativa per la conclusione dell’intesa ex art. 8, comma 3, Cost. sarebbe in ogni caso doverosa per il Governo, a prescindere dalle evenienze suscettibili di verificarsi nel prosieguo dell’*iter* legislativo.

A giudizio della S.C. andrebbe, infatti, “*ribadita la distinzione: l’apertura della trattativa è dovuta in relazione alla possibile intesa, disciplinata, nel procedimento, secondo i canoni dell’attività amministrativa; la legge di approvazione segue le regole e le possibili vicende, ordinarie o conflittuali, proprie degli atti di normazione*”.

La Corte di Cassazione non deve e non vuole pronunciarsi sulla esistenza di un diritto alla chiusura della trattativa o all’esercizio dell’azione legislativa: esula dall’ambito decisionale che è qui configurato.

Per la decisione della causa è sufficiente stabilire che le variabili fattuali della seconda fase non incidono sulla natura della situazione giuridica che sta alla base della bilateralità pattizia voluta dal costituente. Negare la sindacabilità del diniego di apertura della trattativa per il fatto che questa è inserita nel procedimento legislativo significa privare il soggetto istante di tutela e aprire la strada, come ha indicato il C.d.S., a una discrezionalità foriera di discriminazioni” (v. pag. 10 della motivazione).

Con sentenza n. 7068/14 depositata il 3 luglio 2014 (doc. 6), non notificata, il TAR per il Lazio, Roma, sezione I - ritenendo la propria giurisdizione in ossequio a quanto statuito dalle

Sezioni Unite della Corte di Cassazione - ha respinto il ricorso nel merito, escludendo che UAAR possa essere qualificata come confessione religiosa (cfr. punto 4.4. della motivazione). Cionondimeno, il Governo non ritiene di poter condividere i principi affermati dalle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione in quanto, a norma degli artt. 8, co. 3, 92 e 95 Cost. e dell'art. 2, co. 3, lett. l) della Legge n. 400/1988, il rifiuto di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. (a prescindere dalle ragioni addotte a sostegno del diniego) è un "*atto politico*" ex art. 31 del R.D. n. 1054/1924, ora art. 7, co. 1, ultimo periodo del D.Lgs. n. 104/10, un atto, cioè, palesemente estraneo alla funzione amministrativa, costituente, invece, espressione della funzione di indirizzo politico che la Costituzione repubblicana attribuisce al Governo medesimo nella materia religiosa (cfr. artt. 7, 8, co. 3, 92 e 95 Cost.).

Giusta deliberazione del Consiglio dei Ministri in data 31 luglio 2014, (doc. 5), l'Avvocatura Generale dello Stato eleva, pertanto, con il presente ricorso, conflitto ai sensi degli artt. 37 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, per violazione degli articoli 8, comma 3, 92 e 95 della Costituzione e delle conferenti disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione (art. 2, co. 3, lett. l) della Legge n. 400/1988, nonché l'art. 31 del R.D. n. 1054/1924, ora art. 7, co. 1, ultimo periodo del D.Lgs. n. 104/10).

DIRITTO

1. Sull'ammissibilità del ricorso.

1.1. Sotto il profilo soggettivo.

Pacifica è la competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri a dichiarare definitivamente la volontà del potere esecutivo cui egli appartiene ex art. 92, comma primo Cost. (cfr., *ex plurimis*, Corte Cost. ord. n. 25/1977).

Nella fattispecie, poi, il rifiuto di avviare le trattative finalizzate alla stipula dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost., di cui si assume la assoluta insindacabilità ad opera dei giudici comuni, è stato opposto (con deliberazione del 27 novembre 2003) dal Consiglio dei Ministri a cui sono, appunto, riservate, dalla legge ordinaria (cfr. art. 2, co. 3, lett. l) della Legge n. 400/1988), le determinazioni sulle intese di cui all'art. 8, comma 3, Cost.

Ne consegue la spettanza della qualificazione di potere dello Stato in capo al Consiglio dei Ministri ed al suo Presidente, entrambi ricorrenti.

Sul versante della legittimazione passiva, le Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione - che, come avvenuto nella specie, si siano pronunciate sulla giurisdizione a seguito di ricorso straordinario ex art. 111, u.c., Cost. - sono indubitabilmente competenti a dichiarare in via definitiva la volontà del potere giudiziario, tenuto conto della c.d. "efficacia *pan processuale*" che assiste questo tipo di pronunce, in grado di vincolare tutti i giudici comuni anche in altro processo (cfr., *ex plurimis*, Cass. S.U. 13768/05), come, peraltro, oggi espressamente previsto dall'art. 59, comma primo, secondo periodo, della L. 69/2009.

Di talché anche la spettanza, in capo alle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, della qualificazione di potere dello Stato deve ritenersi del tutto pacifica.

1.2. Sotto il profilo oggettivo.

Le Sezioni Unite della S.C. - nello statuire, con la suindicata pronuncia n. 16305/13, la sindacabilità, ad opera del giudice comune (nella specie individuato nel giudice amministrativo), del diniego, opposto dal Consiglio dei Ministri, all'avvio delle trattative per la stipula dell'intesa di cui all'art. 8, co. 3, Cost. - hanno illegittimamente esercitato il loro potere giurisdizionale, arrecando un grave *vulnus*, quantomeno sotto il profilo della sua menomazione, alla funzione di indirizzo politico, come tale assolutamente libera nel fine (e quindi insuscettibile

di controllo da parte dei giudici comuni ex art. 31 del R.D. n. 1054/1924, ora art. 7, co. 1, ultimo periodo del D.Lgs. n. 104/10), che la Costituzione assegna al Governo in materia religiosa (cfr. artt. 7, 8, co. 3, 92 e 95 Cost.).

Non vi è dubbio, pertanto, che, anche sotto il profilo oggettivo, ricorrano i presupposti di cui all'art. 37 della legge n. 87/1953 citata.

2. Nel merito: violazione degli articoli 8, comma 3, 92 e 95 della Costituzione e delle conferenti disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione (art. 2, co. 3, lett. l) della Legge n. 400/1988, nonché l'art. 31 del R.D. n. 1054/1924, ora art. 7, co. 1, ultimo periodo del D.Lgs. n. 104/10).

2.1. Come esposto nella parte in fatto, con la sentenza n. 16305 del 2013 le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione hanno sostanzialmente ritenuto che la mera apertura della trattativa per la conclusione dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. sarebbe in ogni caso doverosa per il Governo, a prescindere dalle evenienze suscettibili di verificarsi nel prosieguo dell'iter legislativo.

A giudizio della S.C., infatti, la *“possibile intesa”* <<sarebbe: n.d.r.>> *disciplinata, nel procedimento, secondo i canoni dell'attività amministrativa”*.

Da tale premessa, le Sezioni Unite hanno poi tratto la conseguenza che *“l'apertura della trattativa”* <<finalizzata alla possibile intesa: n.d.r.>> *è dovuta”* (cioè doverosa per il Governo sol che un qualsivoglia soggetto collettivo o organizzazione lo richieda); di contro, *“(.....) la legge di approvazione segue le regole e le possibili vicende, ordinarie o conflittuali, proprie degli atti di normazione.*

Non vi sarebbe, poi, la necessità di pronunciarsi in ordine all' *“esistenza di un diritto alla chiusura della trattativa o all'esercizio dell'azione legislativa”*: tale questione, ad avviso della Corte di Cassazione, esulerebbe dall'ambito della decisione a cui era chiamata; e ciò in quanto, appunto, *“le variabili fattuali della seconda fase <<id est: di quella fase successiva alla eventuale conclusione dell'intesa: n.d.r.>> non incidono sulla natura della situazione giuridica che sta alla base della bilateralità pattizia voluta dal Costituente”*, cioè sul preteso “diritto”, in capo al soggetto richiedente, all'apertura della trattativa per la conclusione dell'intesa ex art. 8 co. 3 Cost.

Tali assunti non possono essere condivisi.

Ed invero, l'art. 8, comma 3, Cost. (a mente del quale i rapporti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica *“con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze”*) è norma sulla produzione giuridica, cioè una norma sulle fonti, parallela a quella prevista dall'art. 7, comma 2, Cost. per le modifiche della legge di esecuzione dei Patti Lateranensi (Balladore Pallieri; Mortati; A. Ravà; d'Avack).

Le intese ex art. 8 comma 3 della Cost. si inseriscono, costituendone un imprescindibile presupposto legittimante, nell'iter legislativo preordinato all'emanazione della legge regolatrice dei rapporti tra Stato e la confessione religiosa; e pertanto non possono che partecipare della stessa natura (di atto politico libero) che connota le successive fasi dell'iter legis: (si veda, al riguardo, Cass., S.U. n. 2439/2008 che ha dichiarato l'insindacabilità, da parte dei giudici comuni, degli atti facenti parte dell'iter formativo di una legge regionale).

Detto avviso è condiviso da autorevole dottrina, secondo cui *“le intese, invero, sono dirette all'emanazione di una legge. Esse, perciò, non toccano la responsabilità dell'amministrazione, bensì la responsabilità politica del governo, organo competente, tra l'altro, a intrattenere rapporti con gli ordinamenti esterni allo Stato. Le intese non sono negozi che debbano essere valutati sotto il profilo della conformità a preesistenti regole giuridiche o a principi di buona*

amministrazione, come accadrebbe se fossero accordi stipulati a livello burocratico, ma sono accordi che devono essere valutati sotto il profilo dell'opportunità politica e del rispetto della Costituzione" (FINOCCHIARO, "Diritto ecclesiastico", Torino, 2003, 134; in termini analoghi CARDIA, "Manuale di diritto ecclesiastico", 1996, 224, per il quale "l'Intesa ha un indubbio valore politico perché investe la responsabilità dell'Esecutivo sia all'atto della scelta di trattare con una determinata confessione, sia nel corso del negoziato e sino alla sua conclusione").

Poiché, dunque, contrariamente a quanto opinato dalla Corte di Cassazione, le intese ex art. 8, co. 3. Cost. sono atti (non amministrativi, ma) politici diretti all'emanazione di una legge, il Governo (salva l'eventuale responsabilità politica nei confronti del Parlamento e, in ultima analisi, del corpo elettorale) non ha alcun obbligo giuridico di avviare le relative trattative, così come, dopo aver concluso l'intesa, ben potrebbe astenersi dall'esercitare l'iniziativa occorrente per l'emanazione della legge.

È infatti innegabile che l'omesso esercizio della facoltà di iniziativa legislativa nella materia religiosa rientri nel novero delle determinazioni politiche (ex art. 71 Cost.) non soggette al controllo dei giudici comuni.

Orbene, se il Governo, anche dopo l'eventuale stipula dell'intesa, è libero di non dare seguito alla stessa, omettendo di esercitare l'iniziativa occorrente per l'emanazione della legge ex art. 8, co. 3, Cost., a maggior ragione deve ritenersi libero - nell'esercizio di valutazioni politiche assolutamente sottratte al sindacato dei giudici comuni perché afferenti ad attribuzioni costituzionalmente garantite in materia religiosa (cfr. artt. 8, co. 3, 92 e 95 Cost.) - di non avviare alcuna trattativa, ove, come avvenuto nella specie, ritenga comunque di non addivenire all'intesa *de qua agitur* con il soggetto richiedente.

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, pur sembrando ammettere, *in tesi*, che non vi sia un "diritto alla chiusura della trattativa" già avviata, e che, del pari, non sia configurabile un diritto "all'esercizio dell'azione legislativa" (dopo l'eventuale conclusione dell'intesa), hanno poi ritenuto tali questioni irrilevanti ai fini della soluzione della controversia, <<addirittura estranee al *thema decidendum*>>, poiché le evenienze successive all'apertura delle trattative sarebbero mere "variabili fattuali" che non inciderebbero "sulla natura della situazione giuridica che sta alla base della bilateralità pattizia voluta dal costituente", cioè sul preteso "diritto", in capo al soggetto richiedente, all'apertura della trattativa per la conclusione dell'intesa ex art. 8 co. 3 Cost.

Siffatto argomentare della Suprema Corte di Cassazione conferma la fondatezza del presente ricorso per conflitto: se, infatti, il Governo, subito dopo l'asserito e supposto "doveroso" avvio delle trattative (magari il giorno stesso.....), può (come, in effetti, può) insindacabilmente "recedere" dalle trattative medesime o, comunque, dopo aver raggiunto l'intesa, è libero (come, in effetti, è) di non esercitare l'iniziativa necessaria per il recepimento in legge dell'intesa, ciò significa che il preteso "diritto" <<alla semplice apertura delle trattative>> è, in realtà, sottoposto alla condizione (risolutiva) "meramente potestativa" della positiva valutazione politica del Governo; e "un diritto" di tal fatta è un "non-diritto", cioè un interesse di mero fatto non qualificato, privo di protezione giuridica; di talché, anche, per questa via, appare confermata la natura "politica" (e, quindi, l'assoluta insindacabilità giurisdizionale) del rifiuto di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost.

Le tesi che qui si propugnano ricevono decisivo conforto dalla sentenza n. 346/2002 di codesta Ecc.ma Corte che ha, appunto, evidenziato che il Governo «non è vincolato oggi a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa» (cfr. punto 2, terzo capoverso, della motivazione).

Del resto, con la recente sentenza n. 81 del 2012, resa in sede di conflitto di attribuzioni, co-desta Ecc.ma Corte ha, altresì, riconosciuto la perdurante “*esistenza di spazi riservati alla scelta politica*” (cfr. punto 4.2. della motivazione).

2.2 Alla luce delle considerazioni che precedono, deve, dunque, ritenersi, contrariamente a quanto statuito dalle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione, che il rifiuto del Consiglio dei Ministri di avviare le trattative per la conclusione dell’intesa ex art. 8, comma 3, Cost., costituisca (alla medesima stregua dell’avvio delle trattative e/o della eventuale stipula dell’intesa, ove essa venga raggiunta) un atto espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico, in quanto tale libera nel fine (ed insuscettibile di controllo ad opera dei giudici comuni ex art. 31 del R.D. n. 1054/1924, ora art. 7, co. 1, ultimo periodo del D.Lgs. n. 104/10), che la Costituzione assegna al Governo con riferimento al fenomeno religioso (cfr. artt. 8, co. 3, 92 e 95 Cost.).

Tale funzione di indirizzo politico *de qua agitur* (in quanto costituzionalmente garantita) non tollera interferenze da parte del potere giudiziario: sarebbe, invero, abnorme la sentenza del giudice amministrativo che “annullasse” il diniego di avvio delle trattative per la stipula dell’intesa ex art. 8, comma 3, Cost., imponendo, in virtù del c.d. effetto conformativo del giudicato, al Governo di riesaminare la questione o, peggio, di concludere l’intesa con un determinato soggetto richiedente.

L’art. 2, comma 3, lett. l), della Legge 23 agosto 1988 n. 400 - nella misura in cui estende la deliberazione del Consiglio dei Ministri, prevista per atti pacificamente “politici” <<come quelli di cui alle lett. a), b), g), h) i)>> anche agli “atti concernenti i rapporti previsti dall’articolo 8 della Costituzione”, fornisce un solido e (decisivo) argomento nella direzione della natura “politica” anche di questi ultimi.

Ritenuto quanto precede, il Presidente del Consiglio dei Ministri ed il Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente in carica, chiedono che l’Ecc.ma Corte adita dichiarari che non spetta alla Corte Suprema di Cassazione - Sezioni Unite Civili di affermare la sindacabilità, ad opera dei giudici comuni, del rifiuto del Consiglio dei Ministri di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell’intesa di cui all’art. 8, co. 3, Cost.

* * *

Si depositano:

1. verbale della riunione del Consiglio dei Ministri del 27 novembre 2003;
2. sentenza del TAR per il Lazio, sezione I, n. 12359/08 depositata il 31 dicembre 2008;
3. sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 6083/11, depositata il 18 novembre 2011;
4. Cass. S.U., sentenza n. 16305/13 in data 12 marzo/28 giugno 2013;
5. deliberazione del Consiglio dei Ministri in data 31 luglio 2014;
6. sentenza del TAR per il Lazio, sezione I, n. 7068/14 depositata il 3 luglio 2014.

Roma, 17 settembre 2014

**Il Vice Avvocato Generale dello Stato
Salvatore Messineo**

**L’Avvocato dello Stato
Giovanni Palatiello**

CT 8073/04 - *Avv. G. Palatiello*

Avvocatura Generale dello Stato

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

Conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato n. 5/2014 Reg. Confl. udienza pubblica del 26 gennaio 2016

MEMORIA

nell'interesse del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Consiglio dei Ministri, entrambi con l'Avvocatura Generale dello Stato;

ricorrenti

contro

Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili;

resistente

e nei confronti di

Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (*breviter*: UAAR), con l'Avv. Prof. Stefano Grassi e l'Avv. Fabio Corvaia;

interveniente ad opponendum

ooooo

Codesta Ecc.ma Corte Costituzionale, con ordinanza n. 40 del 25 febbraio - 17 marzo 2015, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, I serie speciale del 25 marzo 2015, n. 12, ha dichiarato ammissibile, ai sensi dell'art. 37 della Legge 11 marzo 1953, n. 87, il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Consiglio dei Ministri nei confronti della Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili in relazione alla sentenza Cass. S.U. n. 16305/2013.

Come disposto da codesta Ecc.ma Corte, in data 19 marzo 2015 i ricorrenti hanno notificato il ricorso e la suddetta ordinanza n. 40/2015 alla Corte di Cassazione, provvedendo poi, in data 9 aprile 2015, al tempestivo deposito degli stessi, unitamente alla prova dell'avvenuta notifica, nella cancelleria della Corte Costituzionale.

Il ricorso per conflitto è stato poi pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, I serie speciale del 22 aprile 2015, n. 16, pagine 55 e ss.

Allo stato non risulta che la resistente Corte di Cassazione abbia depositato controdeduzioni scritte.

Ha spiegato, invece, intervento *ad opponendum* l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (*breviter* UAAR), tramite atto del 13 aprile 2015 e successiva memoria integrativa dell'11 maggio 2015.

In vista dell'udienza pubblica del 26 gennaio 2016, fissata per la discussione del ricorso per conflitto, il Presidente del Consiglio dei Ministri ed il Consiglio dei Ministri, *ut supra* rappresentati e difesi, intendono sottoporre al vaglio di codesta Ecc.ma Corte, le seguenti, ulteriori, considerazioni giuridiche, anche in replica alle eccezioni e difese svolte dall'interveniente.

§§§

1. Nel proprio atto di intervento UAAR ha, innanzitutto, eccepito l'inammissibilità del conflitto, in quanto volto - a suo dire - a censurare un presunto *error in iudicando* in cui sarebbe incorsa la Corte di Cassazione, risolvendosi così, secondo l'interveniente, in un mezzo atipico di impugnazione della decisione del giudice di legittimità.

Tale eccezione è infondata.

Ed invero codesta Ecc.ma Corte ha costantemente affermato che anche gli atti giurisdizionali sono suscettibili di essere posti a base di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato quando, tra l'altro, *“sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente”* (cfr., tra le tante, le sentenze n. 130 del 2009, n. 326 e n. 276 del 2003; n. 72 del 2012) ed a condizione che avverso l'atto giurisdizionale siano stati esperiti *“i consueti rimedi previsti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni”* (cfr. le sentenze n. 81 del 2012 e nn. 2 e 150 del 2007).

Nella fattispecie le suddette condizioni, richieste dalla costante giurisprudenza costituzionale ai fini della ammissibilità di un conflitto tra poteri dello Stato avente ad oggetto un atto giurisdizionale, sono state ampiamente soddisfatte e rispettate ove si consideri che:

- a) con il proposto ricorso per conflitto il Presidente del Consiglio dei Ministri ha inequivocabilmente inteso contestare in radice la sussistenza - in capo a tutti i giudici comuni - del potere giurisdizionale di sindacare il rifiuto del Consiglio dei Ministri di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa di cui all'art. 8, co. 3, Cost.;
- b) in precedenza, avverso la decisione n. 6083/2011 del Consiglio di Stato, sez. IV, (con cui è stata affermata la sindacabilità, ad opera del giudice amministrativo, del predetto rifiuto), il Governo ha proposto ricorso straordinario dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ex art. 111, comma 8, Cost. ed art. 362, comma 1, c.p.c. con il quale si è, appunto, sostenuto, che tale rifiuto configura, invece, un atto politico assolutamente insindacabile in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 31 r.d. n. 1054/1924 (ed oggi ai sensi dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a. di cui al Dlgs. n. 104/2010).

A tale ultimo, riguardo, anzi, il Presidente del Consiglio dei Ministri si è attenuto ai principi affermati dalla sentenza n. 81 del 2012 di codesta Ecc.ma Corte che - decidendo su un conflitto proposto dalla Regione Campania in relazione ad una decisione del Consiglio di Stato, confermativa di una sentenza del Tar con la quale era stato annullato il decreto del Presidente della Giunta Regionale di nomina di un assessore - ha, appunto, ritenuto inammissibile il ricorso perché la Regione non aveva esperito i *“(....) rimedi predisposti dall'ordinamento nel caso di indebito sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti atti politici (....). Non risulta che la ricorrente abbia impugnato per presunto difetto assoluto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato, così come previsto dall'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, con ricorso ai sensi dell'art. 362, primo comma, del codice di procedura civile”* (v. punto 3, alla fine, delle considerazioni in diritto).

Da quanto esposto discende che il proposto conflitto, contrariamente a quanto dedotto ed eccepito dall'interveniente, deve ritenersi pienamente ammissibile.

2. Nel merito l'interveniente sostiene, in estrema sintesi, che l'interesse del soggetto confessionale “ad entrare in trattative” con lo Stato per la conclusione di un'intesa ai sensi dell'art. 8, co. 3, Cost., sarebbe un interesse protetto da norme della Costituzione e della CEDU; di talché il soggetto confessionale avrebbe diritto di azione dinanzi ai giudici comuni a tutela del suddetto “interesse” rispetto alle determinazioni adottate dall'amministrazione in materia di intese, che costituirebbero, dunque, non atti politici, ma atti di alta amministrazione, connotati - al più - da discrezionalità tecnica e, come tali, sindacabili in sede giurisdizionale.

Tali assunti non possono essere condivisi.

2.1) Ed invero, codesta Ecc.ma Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 81 del 2012, resa proprio in sede di conflitto di attribuzioni, ha riconosciuto la perdurante *“esistenza di spazi riservati alla scelta politica”* (cfr. punto 4.2. della motivazione).

La più recente giurisprudenza amministrativa ha individuato il “*suum*” dell’atto politico nella “*sussistenza di una libertà nel fine che impedisce, in ragione dell’assenza del necessario parametro giuridico, l’estrinsecazione del sindacato giurisdizionale*” (così Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002; si vedano anche, Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2588; nonchè Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2009 n. 6094).

In sostanza “*l’atto politico*” è libero nel fine, (...) a differenza degli atti amministrativi, realizza interessi generali e non settoriali” ed è, inoltre, caratterizzato dalla “*mancanza di parametri giuridici*” (così Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502), alla stregua dei quali poter esercitare il controllo da parte del giudice che, di conseguenza, è escluso in radice.

2.2.) Così descritti i tratti salienti dell’“atto politico”, come ricostruiti dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, nella fattispecie viene innanzitutto in rilievo l’art. 95, co. 1, Cost. in base al quale il Governo in carica elabora una “*politica generale*” sotto la direzione e la responsabilità del Presidente del Consiglio dei Ministri il quale deve mantenere “*l’unità dell’indirizzo politico*” della compagine governativa.

Tale “*politica generale*” - che deve ottenere e mantenere la fiducia delle Camere del Parlamento ex art. 94, co. 1, Cost. -, è ovviamente libera nei fini e, proprio in quanto “**generale**”, assume tra i suoi oggetti, tra l’altro, anche i rapporti con le confessioni ex artt. 7, co. 2, e 8, co. 3, Cost., quali elementi fondativi dell’intera comunità nazionale.

Alla luce delle considerazioni che precedono deve, dunque, ritenersi che, in base al combinato disposto degli artt. 95, co. 1, 7, co. 2, e 8, co. 3 della Costituzione, letti in stretta relazione con l’art. 94, co. 1, Cost., il Governo, nell’ambito del rapporto fiduciario con il Parlamento, è libero di determinare il proprio indirizzo politico, tra l’altro, nella materia religiosa in generale, ed ecclesiastica in particolare, nella quale ultima sono sicuramente incluse le trattative per la stipula dei Patti con la Chiesa Cattolica ex art. 7, co. 2, Cost., e delle intese con le altre confessioni di cui all’art. 8, co. 3, Cost. (1).

Per quello che in questa sede interessa, allo stato, le trattative per la stipula delle intese di cui all’art. 8, co. 3, Cost. risultano prive di una qualsivoglia disciplina legislativa tesa a limitare, nel merito, la libertà politica del Governo.

2.3.) Da quanto sin qui esposto discende, per logica conseguenza, che nel novero degli “atti politici”, sottratti in via assoluta al sindacato giurisdizionale, rientra, senza alcun dubbio, anche il rifiuto del Consiglio dei Ministri di avviare le trattative per la conclusione dell’intesa ex art. 8, comma 3, Cost., trattandosi (alla medesima stregua dell’avvio delle trattative e/o della eventuale stipula dell’intesa, ove essa venga raggiunta) di un atto:

a) costituente espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico, in quanto tale libera nel fine, che la Costituzione (cfr. artt. 95, co. 1, 7, co. 2, 8, co. 3, e 94, co. 1, Cost.) assegna al Governo con riferimento alla materia ecclesiastica (la quale rappresenta, come si è visto, elemento fondativo e qualificante dell’intera comunità nazionale);

b) adottato, altresì, in assenza di qualsivoglia parametro o vincolo giuridico, idoneo a circoscrivere e/o a limitare le valutazioni in materia dell’Esecutivo (2).

(1) G. CASUSCELLI - S. DOMIANELLO, *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, Torino 2002, pp. 48 e ss. sottolineano come la competenza del Governo in materia di intese trovi specifico fondamento nell’art. 95 della Costituzione, il quale delinea un modello di indirizzo politico in materia ecclesiastica ancorato al rapporto fiduciario con il Parlamento.

(2) In dottrina riconducono esplicitamente il diniego di avvio delle trattative di cui all’art. 8, co. 3, cost. alla categoria dell’atto politico i seguenti autori: M. MIRABELLA, *La fase decisoria del procedimento*

Tali assunti ricevono decisivo conforto dalla sentenza n. 346/2002 della Corte Costituzionale, che ha, appunto, evidenziato che il Governo «non è vincolato oggi a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa» (cfr. punto 2, terzo capoverso, della motivazione), in tal modo confermando la mancanza, in materia di intese ex art. 8, co. 3, Cost., di parametri e/o di vincoli giuridici e, dunque, l'impossibilità, in via astratta, di ammettere un sindacato giurisdizionale, ad opera dei giudici comuni, sulle relative determinazioni del Governo (così anche Cons. Stato, sez. V, n. 4502/2011 cit.). L'art. 2, comma 3, lett. l), della Legge 23 agosto 1988 n. 400 - a mente del quale «*Sono sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri (.....) gli atti concernenti i rapporti previsti dall'articolo 8 della Costituzione*» - si limita a riservare all'organo politico la competenza in *subiecta materia*, senza, quindi, introdurre alcun vincolo sostanziale alle scelte del Governo, che rimangono del tutto libere, salva la responsabilità politica nei confronti del Parlamento e, in ultima analisi, del corpo elettorale.

Ed anzi tale art. 2, comma 3, L. n. 400/1988, nella misura in cui estende la deliberazione del Consiglio dei Ministri, prevista per atti pacificamente «politici» <<come quelli di cui alle lett. a), b), g), h) i)>> anche agli «*atti concernenti i rapporti previsti dall'articolo 8 della Costituzione*», fornisce un solido e (decisivo) argomento nella direzione della natura «politica» anche di questi ultimi.

3.) Al fine di tutelare e garantire il libero esercizio, da parte del Governo, della funzione di indirizzo politico in materia ecclesiastica, espressamente riconosciutagli dalla Costituzione (ex artt. 7, co. 2, 8, co. 3, 94, co. 1, e 95 co. 1 Cost.), occorre ritenere che il diniego di avvio delle trattative per la stipula dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost. sia sottratto in termini assoluti al sindacato dei giudici comuni.

La sentenza che «annullasse» il diniego di stipula dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost., imponendo, in virtù del c.d. effetto conformativo del giudicato, al Governo di riesaminare la questione o, peggio, di concludere l'intesa con un dato soggetto religioso costituirebbe, infatti, una inammissibile interferenza nell'indirizzo politico del Governo in materia ecclesiastica (come si è visto, costituzionalmente garantito) e, dunque, nel rapporto fiduciario tra il potere Esecutivo ed il Parlamento (anch'esso presidiato dalla Costituzione; cfr. art. 94, co. 1, Cost.).

4.) Che il diniego del Consiglio dei Ministri di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa di cui all'art. 8, co. 3, Cost. rivesta natura di atto politico, assolutamente insindacabile da parte dei giudici comuni, risulta, altresì, confermato dal rapporto intercorrente, in base al dettato costituzionale, tra l'intesa e la successiva legge volta a disciplinare i rapporti tra lo Stato ed il soggetto religioso «stipulante».

amministrativo - approfondimenti. L'atto amministrativo, in *Manuale di diritto amministrativo* a cura di M. MIRABELLA, A. ALTIERI E P.M. ZERMAN, Milano 2012, p. 484; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. Amm.*, 2012, p. 396; E. VITALI, *La Costituzione italiana e il fenomeno religioso*, in *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, a cura di E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, Milano, 2007, p. 38, il quale sottolinea come la decisione sull'apertura delle trattative debba, appunto, qualificarsi come politica poiché il Governo non avrebbe l'obbligo di rispondere positivamente alla richiesta di apertura di dette trattative e, anche qualora decidesse di avviarle, non sarebbe comunque tenuto a stipulare l'intesa; G.B. VARNIER, *La prospettiva pattizia*, in AA.VV., *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, a cura di V. PARLATO e G.B. VARNIER, Torino 1995, p. 4.; F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali* in *Riv. Dir. Pubblico* n. 3/2013, p. 882 e ss.

Nel ricorso introduttivo si è evidenziato, con il conforto di autorevole dottrina, che *“le intese ex art. 8 comma 3 della Cost. si inseriscono, costituendone un imprescindibile presupposto legittimante, nell’iter legislativo preordinato all’emanazione della legge regolatrice dei rapporti tra Stato e confessione acattolica; e pertanto non possono che partecipare della stessa natura (di atto politico libero) che connota le successive fasi dell’inter legis: (si veda, al riguardo, Cass., S.U. n. 2439/2008 che ha dichiarato l’insindacabilità, da parte dei giudici comuni, degli atti facenti parte dell’iter formativo di una legge regionale)”*.

In questa sede, anche al fine di replicare alle deduzioni svolte sul punto dall’interveniente, si ritiene opportuno rimarcare che nella prassi costituzionale la legge ex art. 8, co. 3, Cost. *“sulla base di intese”* è divenuta *“legge di ratifica”*, nel senso che il nesso tra intesa e legge si atteggia come relazione di necessaria identità dei contenuti, per cui le disposizioni della prima vengono trasfuse, tal quali (e cioè articolo per articolo), nella seconda, al punto che si dubita finanche dell’ammissibilità di emendamenti parlamentari al testo dell’intesa, come sottoposto dal Governo all’approvazione della Camere (3); ed è stato, anzi sostenuto, che il potere di emendamento delle Camere potrebbe concretarsi solo come richiesta di una nuova trattativa (4).

Poiché, dunque, il testo dell’intesa viene trasfuso, tal quale, nella legge, che, dunque, è legge di mera ratifica o di mera approvazione, ne consegue che, contrariamente a quanto opinato dall’interveniente, il sub-procedimento di intesa non può non partecipare della stessa natura (di atto politico libero) dell’atto legislativo all’adozione del quale è preordinato (5).

In altri termini, l’intesa è atto (non autonomo, in sé compiuto, ma) preparatorio, base della legge, e quindi, elemento sub-procedimentale, che partecipa, in sostanza ed in definitiva, della discrezionalità politica propria dell’iter legislativo (6).

4.1.) D’altro canto, non è un caso che la migliore dottrina annoveri la legge sulle intese di cui all’art. 8, co. 3, Cost. nella categoria delle c.d. *“leggi rinforzate”*, la cui approvazione deve essere preceduta, in base al dettato costituzionale, da particolari adempimenti che ne aggravano l’iter formativo rispetto a quello ordinario (7).

Nel caso della legge ex art. 8, co. 3, Cost. l’*“aggravamento procedimentale”* consiste, appunto, nella previa intesa - e nelle trattative che la precedono - tra il Governo ed il soggetto confessionale.

Anche in tale prospettiva risulta, dunque, ulteriormente confermato che il sub-procedimento di intesa (nel quale sono incluse anche le relative trattative) costituisce parte integrante dell’iter formativo della legge, alla cui approvazione esso è preordinato; tant’è che, come si è evidenziato *infra*, secondo la comune opinione dei costituzionalisti, il Parlamento sarebbe obbligato a recepire tal quale l’articolato dell’intesa nella legge, che, se difforme dal testo dell’intesa, sarebbe, addirittura, viziata da incostituzionalità.

4.2.) Se, dunque, il sub-procedimento di intesa (nel quale sono ovviamente ricomprese le re-

(3) cfr. RANDAZZO, *La legge “sulla base” di intese tra Governo, Parlamento e Corte Costituzionale. Legge di approvazione?* in *Quaderni eccl.*, 2001, I, 222.

(4) cfr. LONG, *Concordati e intese tra “legge formale” e “tautologia legislativa”*, in *Quaderni cost.*, 1985, III, 587-588.

(5) Cfr. F. BERTOLINI, *Principio pattizio o obbligo del Governo di avviare le trattative per la stipula dell’intesa con la Confessione religiosa?*, in www.forumcostituzionale.it.

(6) Cfr. N. COLAIANNI, *Diritto Pubblico delle religioni: eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, 2012, p. 114.

(7) cfr. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 787-790 e più di recente PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 195.

lative trattative) costituisce parte integrante del procedimento di formazione della legge ex art. 8, co. 3, Cost., condividendo la natura (di atto politico libero) che connota le successive fasi dell'*iter legis*, ne deriva che il soggetto religioso il quale aspiri alla stipula della predetta intesa << costituente, come sopra si è rilevato, espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico, in quanto tale libera nel fine, che la Costituzione (cfr. artt. 95, co. 1, 7, co. 2, 8, co. 3, e 94, co. 1, Cost.) assegna al Governo con riferimento alla materia ecclesiastica>> non è portatore di alcuna situazione soggettiva giuridicamente qualificata all'apertura delle trattative (8), ma, tutt'al più, di un' aspirazione di mero fatto, a cui l'ordinamento non appresta alcuna protezione; il che, in termini processuali, si traduce, appunto, in difetto assoluto di giurisdizione.

4.2.1). Sotto altro profilo, e ad ulteriore conferma della fondatezza delle tesi sino ad ora esposte, si osserva che le intese *de quibus* sono suscettibili di dar vita a "normative negoziate" e "differenziate", derogatorie rispetto al diritto comune (9).

Di conseguenza, l'avvio e la conclusione delle trattative - lungi dall'essere espressione di mera discrezionalità tecnica - presuppongono, da parte del Governo, valutazioni di opportunità politica che sfuggono necessariamente ad un controllo in termini di stretta legittimità.

5) Di contro, nessuno dei parametri costituzionali invocati dall'interveniente appare idoneo a fondare, in capo al soggetto religioso, una pretesa giuridicamente tutelata all'avvio delle trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost., in grado di limitare il libero esercizio, da parte del Governo, della funzione di indirizzo politico che la Costituzione gli attribuisce in materia ecclesiastica.

5.1.) Una siffatta pretesa non è, innanzitutto, desumibile dalla garanzia di eguale libertà davanti alla legge di cui al comma 1 dell'art. 8 Cost., che vale per tutte le confessioni, anche per quelle che non abbiano stipulato l'intesa di cui al comma terzo.

Al riguardo, codesta Ecc.ma Corte Costituzionale ha, infatti, chiarito che *"l'aver stipulato l'intesa prevista dall'art. 8, terzo comma, della Costituzione per regolare in modo speciale i rapporti con lo Stato non può (...) costituire l'elemento di discriminazione nell'applicazione di una disciplina, posta da una legge comune, volta ad agevolare l'esercizio di un diritto di libertà dei cittadini (...)"*. *"L'agevolazione non può << dunque: n.d.r.>> essere subordinata alla condizione che il culto si riferisca ad una confessione religiosa la quale abbia chiesto e ottenuto la regolamentazione dei propri rapporti con lo Stato ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione"* (cfr. Corte Cost. sent. n. 195/1993 che ha dichiarato l'illegittimità di una legge regionale nella parte in cui prevedeva contributi pubblici per la costruzione di edifici di culto solo in favore delle confessioni religiose diverse dalla cattolica che avessero già stipulato l'intesa con lo Stato).

Tali principi sono stati poi ribaditi dal Giudice delle Leggi nella citata sentenza n. 346/2002, dove si legge che ***"le intese"*** di cui all'art. 8, comma 3, sono lo *«strumento previsto dalla Costituzione per la regolazione dei rapporti delle confessioni religiose con lo Stato per gli aspetti che si collegano alle specificità delle singole confessioni o che richiedono deroghe al diritto comune: non sono e non possono essere, invece, una condizione imposta dai poteri pubblici alle confessioni per usufruire delle libertà di organizzazione e di azione, loro garantita dal*

(8) A fronte di una funzione politica non è, infatti, possibile configurare *"una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui essa si manifesta assumano o non assumano un determinato contenuto"* (così Cass., S.U., 8157/02).

(9) Così F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico...* cit., 887.

primo e dal secondo comma dello stesso art. 8, né per usufruire di norme di favore riguardanti le confessioni religiose”.

Se, dunque, la mancanza dell'intesa non incide in alcun modo sulla garanzia di eguale libertà ex art. 8, comma 1, (nel senso che il Legislatore, *ceteris paribus*, non può escludere da vantaggi o da discipline di favore una data confessione acattolica solo perché non abbia regolamentato i propri rapporti con lo Stato ai sensi dell'art. 8, co. 3, cost.), siffatta garanzia non può essere richiamata, sul piano logico, prima ancora che giuridico, per inferirne un preteso obbligo, per il Governo, di avviare le trattative per la stipula dell'intesa *de qua* con qualsivoglia soggetto religioso che lo richieda.

5.2) Per ciò che, invece, concerne l'autonomia organizzativa di cui all'art. 8, co. 2, Cost., giova rilevare che, come affermato da codesta Ecc.ma Corte con la sentenza n. 43/1988, “*al riconoscimento, da parte dell'art. 8, secondo comma, Cost., della capacità delle confessioni religiose, diverse dalla cattolica, di dotarsi di propri statuti, corrisponde l'abbandono, da parte dello Stato, della pretesa di fissarne direttamente per legge i contenuti*”.

“*Tale autonomia istituzionale (...) esclude ogni possibilità di ingerenza dello Stato nell'emanazione delle disposizioni statutarie delle confessioni religiose*”, ma non è certamente idonea a far sorgere, in capo al Governo, un obbligo giuridico di avviare le trattative per la eventuale stipula dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost., per il solo fatto che un soggetto confessionale lo richieda; e ciò per l'ovvia considerazione che l'autonomia statutaria attiene esclusivamente al profilo dell'auto organizzazione dell'ente privato e non può, di certo, essere fonte di obblighi giuridici di *facere* in capo a soggetti (per giunta pubblici) estranei a quella organizzazione.

5.3) Infine, contrariamente a quanto ritenuto dall'interveniente, lo strumento pattizio di cui all'art. 8, co. 3, Cost. è previsto al fine di evitare che lo Stato possa disciplinare “unilateralmente” i rapporti con la confessione acattolica, ma ciò non significa che il Governo abbia l'obbligo giuridico di avviare le trattative per il solo fatto che un qualsivoglia soggetto religioso lo richieda.

Risulta, dunque, anche per tale via, confermato che le confessioni religiose diverse dalla cattolica non dispongono di strumenti giuridici per obbligare lo Stato a negoziare e a stipulare l'accordo di cui al terzo comma dell'art. 8 Cost.

6.) L'interveniente - quale fondamento giuridico della asserita pretesa qualificata del soggetto confessionale all'apertura delle trattative con lo Stato per la stipula dell'intesa di cui all'art. 8, co. 3, Cost. - richiama, altresì, gli articoli 9, 11 e 14 della CEDU.

Sennonché le disposizioni della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo - hanno il rango di legge ordinaria e quindi non si collocano a livello costituzionale (cfr., tra le tante, sent. n. 349 del 2007).

Ne consegue che, ove la norma della Convenzione si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione, queste ultime prevalgono e deve essere esclusa l'idoneità delle norme convenzionali ad integrare, quali norme interposte, il parametro costituzionale di cui all'art. 117, co. 1, Cost. (cfr. sent. n. 80 del 2011).

6.1) Applicando tali, pacifici, principi nella fattispecie, deve, dunque, ritenersi che le invocate disposizioni costituzionali di cui agli artt. 95, co. 1, 7, co. 2, 8, co. 3, e 94, co. 1, Cost. (che, come si è visto, attribuiscono al Governo una fondamentale funzione di indirizzo politico - del tutto libera nei fini - nella materia religiosa ed ecclesiastica, a fronte della quale la posizione dei soggetti confessionali che aspirino all'apertura delle trattative per la stipula dell'intesa ex art. 8, co. 3, Cost. assume la consistenza di interesse di mero fatto, privo di protezione giuridica), prevalgano sulle (*in tesi* contrarie) disposizioni della CEDU richiamate

dall'interveniente, escludendone, per l'effetto, l'applicabilità nel presente giudizio per conflitto.

6.1.1) Tale conclusione è, del resto, coerente con il "tono" costituzionale dell'odierno conflitto, nel senso che quest'ultimo deve essere risolto esclusivamente alla stregua di disposizioni di rango costituzionale (appunto, nella specie, gli artt. 95, co. 1, 7, co. 2, 8, co. 3, e 94, co. 1, Cost.) e non in base a disposizioni aventi il rango di mera legge ordinaria (e cioè le norme della CEDU richiamate dall'interveniente), confliggenti con il dettato costituzionale.

7). La questione di legittimità costituzionale, prospettata dall'interveniente, dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a. di cui al Dlgs. n. 104/2010, nella parte in cui prevede la non impugnabilità in sede giurisdizionale degli atti politici, è irrilevante nella presente sede perché l'insindacabilità, ad opera dei giudici comuni, del diniego *de quo agitur* discende, innanzitutto, dalle su descritte attribuzioni costituzionali del Governo in materia ecclesiastica, rispetto alle quali il cit. art. 7, co 1, cit. ha valenza meramente attuativa.

P.T.M.

Si confida nell'accoglimento del ricorso.

Roma, 4 gennaio 2016

**l'Avvocato dello Stato
Giovanni Palatiello**

Corte Costituzionale, sentenza 10 marzo 2016 n. 52 - Pres. Cartabia, Red. Zanon - Giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito della sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305, promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri (avv. Stato G. Palatiello). Interveniente: Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR) (avv.ti F. Corvaja e S. Grassi).

Ritenuto in fatto

1.- Con ricorso depositato in data 22 settembre 2014, il Presidente del Consiglio dei ministri, in proprio e a nome del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Corte di cassazione, sezioni unite civili, in relazione alla sentenza 28 giugno 2013, n. 16305, con la quale è stato respinto il ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione, proposto dallo stesso Presidente del Consiglio avverso la sentenza del Consiglio di Stato, sezione quarta, 18 novembre 2011, n. 6083.

Esponde il ricorrente che l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (d'ora in avanti «UAAR»), associazione non riconosciuta, costituita con atto notarile nel 1991, aveva proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio chiedendo l'annullamento della delibera del Consiglio dei ministri del 27 novembre 2003, la quale, recependo il parere dell'Avvocatura generale dello Stato, decideva di non avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione, ritenendo che la professione di ateismo non potesse essere assimilata ad una confessione religiosa.

Con sentenza 31 dicembre 2008, n. 12539, il TAR Lazio, sezione prima, dichiarava inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione, il ricorso proposto dall'UAAR avverso la deliberazione del Consiglio dei ministri, ritenendo che la determinazione impugnata abbia natura di atto politico «non giustiziabile» (ai sensi dell'art. 31 del regio decreto 26 giugno

1924, n. 1054, recante «Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato», ora art. 7, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, denominato «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo»).

Il Consiglio di Stato, sezione quarta, con sentenza n. 6083 del 2011, riformando la decisione di primo grado, affermava, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che la scelta relativa all'avvio delle trattative non abbia natura politica, ma presenti i tratti tipici della discrezionalità valutativa come ponderazione di interessi: da un lato, quello dell'associazione istante ad addivenire all'intesa, dall'altro, l'interesse pubblico alla selezione dei soggetti con cui avviare le trattative. Secondo il Consiglio di Stato, l'accertamento circa la riconduzione dell'organizzazione richiedente alla categoria delle "confessioni religiose" non sarebbe insindacabile, e quanto meno l'avvio delle trattative sarebbe obbligatorio qualora si pervenisse ad un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa, salva restando la facoltà del Governo di non stipulare l'intesa all'esito delle trattative ovvero di non tradurre in legge l'intesa medesima. Le parti venivano quindi rimesse avanti al primo giudice.

Avverso tale decisione, il Presidente del Consiglio dei ministri proponeva ricorso ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, della Costituzione, alle sezioni unite della Corte di cassazione, sostenendo che il rifiuto di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. debba qualificarsi "atto politico", come tale insindacabile.

Le sezioni unite della Corte di cassazione, con la ricordata sentenza n. 16305 del 2013 - che ha dato origine al presente conflitto - respingevano il ricorso, affermando che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisca esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale.

Ponendo in relazione il primo comma dell'art. 8 Cost., che garantisce l'eguaglianza delle confessioni religiose davanti alla legge, con il successivo terzo comma, che assegna all'intesa la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni diverse da quella cattolica, la Corte di cassazione riteneva che la stipulazione dell'intesa sia volta anche alla migliore realizzazione dei valori di eguaglianza tra confessioni religiose. Per tale ragione, assumeva che l'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non possa essere rimessa all'assoluta discrezionalità del potere esecutivo, pena - appunto - il sacrificio dell'eguale libertà tra confessioni religiose. Pur non ritenendolo un argomento decisivo, la Corte di cassazione osservava, tra l'altro, che le intese «si stanno atteggiando, nel tempo, in guisa di normative "per adesione", innaturalmente uniformandosi a modelli standardizzati». Ne conseguirebbe che il Governo avrebbe l'obbligo giuridico di avviare le trattative ex art. 8 Cost. per il solo fatto che una qualsiasi associazione lo richieda, e a prescindere dalle evenienze che si possano verificare nel prosieguo dell'iter legislativo.

Successivamente a tale pronuncia, il TAR Lazio, sezione prima, con sentenza 3 luglio 2014, n. 7068, respingeva nel merito il ricorso dell'UAAR, escludendo che la valutazione compiuta dal Governo in ordine al carattere non confessionale dell'Associazione ricorrente sia «manifestamente inattendibile o implausibile, risultando viceversa coerente con il significato che, nell'accezione comune, ha la religione».

Cionondimeno, il Presidente del Consiglio dei ministri, non condividendo i principi affermati dalle sezioni unite della Corte di cassazione e ritenendo che il rifiuto di avviare le trattative finalizzate alla stipulazione dell'intesa sia un atto politico, espressione della funzione di indirizzo politico che la Costituzione assegna al Governo in materia religiosa e, come tale,

sottratto al sindacato giurisdizionale, ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti della Corte di cassazione.

In ordine all'ammissibilità del conflitto, il ricorrente sostiene che sarebbe pacifica la legittimazione soggettiva del Presidente del Consiglio dei ministri a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene, ai sensi dell'art. 92, primo comma, Cost. Nel caso di specie, poiché il rifiuto all'avvio delle trattative sarebbe stato opposto dal Consiglio dei ministri, al quale - ai sensi dell'art. 2, comma 3, lettera l), della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) - sono riservate le determinazioni sulle intese, ne conseguirebbe la qualificazione di potere dello Stato in capo al Consiglio dei ministri e al suo Presidente.

In ordine alla legittimazione passiva, le sezioni unite della Corte di cassazione sarebbero competenti a dichiarare la definitiva volontà del potere giudiziario, in considerazione dell'efficacia vincolante per tutti i giudici comuni, anche in altri processi, delle decisioni da essa assunte in ordine alla giurisdizione a seguito di ricorso ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost.

Quanto al profilo oggettivo, il ricorrente osserva come la Corte di cassazione, con la sentenza n. 16305 del 2013, avrebbe illegittimamente esercitato il suo potere giurisdizionale, menomando la funzione di indirizzo politico che la Costituzione assegna al Governo in materia religiosa (artt. 7, 8, terzo comma, 92 e 95 Cost.), funzione «assolutamente libera nel fine» e quindi «insuscettibile di controllo da parte dei giudici comuni».

Nel merito, il ricorrente osserva come non possa essere condivisa la conclusione delle sezioni unite in ordine alla doverosità dell'avvio delle trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost.

Tale ultima disposizione, infatti, costituirebbe norma sulle fonti, dal momento che le intese integrerebbero il presupposto per l'avvio del procedimento legislativo finalizzato all'approvazione della legge che regola i rapporti tra Stato e confessione religiosa, e pertanto parteciperebbero della stessa natura, di atto politico libero, delle successive fasi dell'iter legis. La dottrina avrebbe, altresì, chiarito che le intese, in quanto dirette all'approvazione di una legge, coinvolgerebbero la responsabilità politica del Governo, ma non la responsabilità dell'amministrazione.

In sostanza - sostiene il ricorrente - poiché l'omesso esercizio della facoltà di iniziativa legislativa in materia religiosa rientra tra le determinazioni politiche sottratte al controllo dei giudici comuni, così come il Governo è libero di non dare seguito alla stipulazione dell'intesa omettendo di esercitare l'iniziativa per l'approvazione della legge prevista dall'art. 8, terzo comma, Cost., a maggior ragione dovrebbe essere libero, nell'esercizio delle sue valutazioni politiche, di non avviare alcuna trattativa. Ancora, si osserva che se il Governo può recedere dalle trattative o comunque è libero, pur dopo aver stipulato l'intesa, di non esercitare l'iniziativa legislativa per il recepimento dell'intesa con legge, ciò significa che il preteso "diritto" all'apertura delle trattative è, in realtà, un «interesse di mero fatto non qualificato, privo di protezione giuridica».

Tale conclusione troverebbe conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 346 del 2002, ove si afferma che il Governo non è vincolato a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo di negoziare e stipulare l'intesa. È menzionata anche la sentenza di questa Corte n. 81 del 2012, che avrebbe riconosciuto l'esistenza di spazi riservati alla scelta politica.

Infine, il ricorrente afferma che il rifiuto del Consiglio dei ministri di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa sarebbe espressione della fondamentale funzione di direzione ed indirizzo politico del Governo. «[A]bnorme», pertanto, sarebbe la sentenza del giudice

amministrativo che annullasse il diniego di avvio delle trattative, imponendo al Governo di riesaminare la questione o di concludere l'intesa con un determinato soggetto.

Consequentemente, è chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare che non spetta alla Corte di cassazione, sezioni unite civili, affermare la sindacabilità, ad opera dei giudici comuni, del rifiuto del Consiglio dei ministri di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost.

2.- Il conflitto è stato dichiarato ammissibile da questa Corte con ordinanza n. 40 del 2015.

3.- È intervenuta in giudizio, in data 14 aprile 2015, l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile e, in subordine, infondato.

L'UAAR premette di essere legittimata ad intervenire, poiché l'esito del giudizio costituzionale potrebbe compromettere definitivamente l'azione proposta innanzi al giudice amministrativo. L'interveniente - parte del giudizio definito con la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione - è ora ricorrente di fronte al Consiglio di Stato, presso il quale ha appellato la sentenza del TAR Lazio n. 7068 del 2014.

L'interveniente, anzitutto, eccepisce l'inammissibilità del ricorso, poiché diretto a far valere un mero error in iudicando da parte del giudice ordinario. La Corte di cassazione avrebbe, infatti, risolto una questione di giurisdizione, e tale competenza sarebbe fatta espressamente salva dall'art. 37, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), secondo il quale «[r]estano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione». Il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri sarebbe quindi volto a trasformare il conflitto tra poteri in un mezzo di gravame atipico avverso le pronunce giudiziarie (viene ricordato quanto deciso da questa Corte, in un caso asseritamente analogo, con sentenza n. 81 del 2012).

Nel merito, a sostegno dell'infondatezza del ricorso, l'UAAR osserva che i parametri costituzionali indicati dal ricorrente (artt. 7, 8, 92 e 95 Cost.) non fonderebbero alcuna competenza costituzionale del Governo attinente alla decisione di stipulare l'intesa: l'art. 7 Cost. riguarderebbe i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica; l'art. 8 Cost. non assegnerebbe al Governo la prerogativa di stipulare l'intesa, in quanto è solo la legge ordinaria - in particolare l'art. 2, comma 3, lettera l), della legge n. 400 del 1988 - ad attribuire tale competenza al Consiglio dei ministri (è ricordato, peraltro, che, in precedenza, essa spettava al Ministro dell'interno); l'art. 92 Cost. regolerebbe solo il procedimento di formazione del Governo; l'art. 95 Cost., infine, sancirebbe il principio di responsabilità del Presidente e del Consiglio dei ministri, responsabilità che è anche di tipo giuridico.

L'UAAR ritiene, piuttosto, che «il problema della impugnabilità degli atti relativi alle trattative per l'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. vada riguardato muovendo dalla verifica della sussistenza - naturalmente in chiave di mera prospettazione - di una situazione giuridica soggettiva in capo alla confessione istante». L'art. 8, terzo comma, Cost. non avrebbe soltanto il significato di negare allo Stato la possibilità di introdurre una disciplina unilaterale, ma avrebbe anche la funzione di dare riconoscimento alla pretesa di una confessione di minoranza di concludere con lo Stato un'intesa, o almeno di avviare le trattative, allo scopo di conseguire una condizione di "eguale libertà" con le altre confessioni di analoga natura. Ricordando che il principio di laicità dello Stato ha, quali corollari, l'equidistanza e l'imparzialità verso tutte le confessioni, l'UAAR assume che da ciò derivi, logicamente, che gli organi statali sono tenuti a prendere in considerazione le richieste di intesa provenienti da soggetti legittimati, e a non discriminare le confessioni nell'accesso ai benefici connessi con la stipulazione di un'intesa.

La qualificazione della pretesa di una confessione religiosa di negoziare un'intesa con lo Stato in termini di posizione soggettiva protetta sarebbe inoltre confermata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in più occasioni, avrebbe riconosciuto come interesse tutelato dagli artt. 9, 11 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, l'aspirazione della confessione religiosa a concludere accordi con lo Stato per accedere ad uno status più favorevole, ed avrebbe chiarito come la garanzia di un'equa opportunità nell'accesso al regime privilegiato da parte di confessioni di minoranza rappresenti una condizione necessaria per la legittimità convenzionale di regimi paraconcordatari analoghi a quello italiano.

Una volta riconosciuto che la confessione religiosa è titolare della pretesa di addivenire all'intesa, tale pretesa deve essere inderogabilmente assicurata in sede giurisdizionale ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., e degli artt. 6 e 13 della CEDU.

La difesa dell'UAAR aggiunge che appare dubbia la stessa sussistenza, nell'attuale ordinamento costituzionale, di atti dell'esecutivo del tutto immuni da ogni sindacato giurisdizionale, mentre, invece, possono esservi spazi di discrezionalità riservati al potere politico e come tali non sindacabili (viene ricordata, sul punto, la sentenza di questa Corte n. 81 del 2012). Seguendo questa impostazione, la questione dovrebbe consistere nel verificare se le censure svolte nel ricorso dell'UAAR innanzi al giudice amministrativo avessero denunciato la violazione di norme giuridiche ovvero avessero preteso di sindacare una discrezionalità politica. Ma tale valutazione, riguardando un problema di mera interpretazione di parametri di legittimità, non dovrebbe essere sindacabile in un conflitto tra poteri.

In ogni caso, di fronte al giudice amministrativo sarebbero stati dedotti solo profili di legittimità, tra i quali - per quanto qui in particolare rileva - la valutazione preliminare compiuta dal Consiglio dei ministri in ordine all'idoneità dell'UAAR ad essere qualificata come "confessione religiosa" ai sensi dell'art. 8 Cost., valutazione che sarebbe priva di qualsiasi politicità, trattandosi di un giudizio che sia l'amministrazione, sia i giudici, sono chiamati ad operare ai più diversi fini.

Né, infine, gli atti impugnati dall'UAAR in sede giurisdizionale potrebbero essere qualificati "atti politici" ai sensi dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 104 del 2010, difettando sia il requisito soggettivo, poiché la competenza ad assumere la decisione non è attribuita al Governo dalla Costituzione, ma dalla legge ordinaria; sia il requisito oggettivo, in quanto la determinazione del Consiglio dei ministri non avrebbe attinenza con la direzione suprema e generale dello Stato, ma con la sola «cura concreta dell'interesse religioso delle minoranze confessionali, tramite la conclusione di negozi di diritto pubblico».

Contesta, infine, la difesa dell'UAAR che la decisione di non avviare le trattative partecipate della natura di atto politico proprio della legge di approvazione dell'intesa: l'intesa rimane esterna al procedimento legislativo, in quanto precede la relativa iniziativa, e in quanto sopravvive al procedimento legislativo e alla stessa legislatura. Per questa ragione la giurisdizione comune dovrebbe arrestarsi a partire dall'iniziativa legislativa, ma non prima.

Né sarebbe convincente osservare che il Governo può comunque astenersi dall'esercitare l'iniziativa legislativa, poiché quest'ultima non è "riservata" a tale organo, come dimostrano alcuni progetti di legge di iniziativa parlamentare, avviati sulla base di intese.

4.- In data 12 maggio 2015 la difesa dell'UAAR ha depositato ulteriore memoria, ove ribadisce le conclusioni già formulate.

In particolare, essa contesta l'argomento - addotto dal ricorrente - secondo cui vi sarebbe

la necessità di preservare la libertà della «politica ecclesiastica» del Governo: tale nozione sembrerebbe fondarsi sull'idea che il Governo sia libero di favorire questo o quel culto secondo contingenti ed insindacabili ragioni di opportunità politica, mentre - come già argomentato nella prima memoria - il sistema dei rapporti tra Stato e confessioni religiose si fonda sull'imperativo di laicità dello Stato, da cui deriva la necessaria equidistanza e imparzialità dello stesso verso tutte le religioni. Né basterebbe che dei criteri di selezione degli interlocutori il Governo risponda sul piano della responsabilità politica, poiché qui vengono in gioco i diritti delle minoranze confessionali, «rispetto alle quali i meccanismi della rappresentanza e della responsabilità politica, connotati dalla logica maggioritaria, non costituiscono, per definizione, uno strumento di tutela effettivo».

In secondo luogo, la difesa dell'UAAR insiste nell'escludere che l'intesa con le confessioni religiose, atto presupposto del procedimento legislativo che segue, assorba da quest'ultimo una dimensione politica che non le spetta. Afferma di non condividere l'argomento secondo cui, se il Governo è libero di non concludere l'intesa e di non esercitare l'iniziativa legislativa, non potrebbe neppure esservi una pretesa giustiziabile in capo alla confessione istante ad ottenere l'avvio delle trattative. I due piani - a suo avviso - andrebbero tenuti distinti: non sarebbe, cioè, corretto estendere il trattamento tipico della legge (e dell'iniziativa legislativa) ad un atto che si colloca a monte dell'iniziativa legislativa stessa e che rimane imputabile all'esecutivo.

5.- Nell'imminenza dell'udienza pubblica, in data 31 dicembre 2015, la difesa dell'UAAR ha ancora depositato memoria, insistendo per il rigetto del conflitto.

Dopo aver ribadito l'eccezione di inammissibilità del conflitto, in quanto volto a lamentare un error in iudicando delle sezioni unite della Corte di cassazione, l'interveniente sottolinea che l'UAAR ha contestato di fronte al giudice amministrativo la mancata qualificazione della richiedente come confessione religiosa, e che tale potere del Governo non può essere ricondotto all'esercizio di una funzione di indirizzo politico.

La difesa dell'UAAR ricorda come l'art. 7 del d.lgs. n. 104 del 2010, interpretato alla luce dell'art. 113 Cost., sottragga al controllo giurisdizionale non atti, ma «i soli profili specificamente politici contenuti in atti che rimangono comunque impugnabili». Una contraria lettura di tale disposizione sarebbe lesiva degli artt. 24 e 113 Cost., oltre che dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 6 e 13 della CEDU. La tesi che sostiene l'insindacabilità degli atti politici si porrebbe dunque in frontale contrasto con le acquisizioni del diritto costituzionale europeo e del particolare contributo dato ad esso dalla Costituzione italiana e dalla stessa Corte costituzionale (è ricordata, sul punto, la sentenza di questa Corte n. 238 del 2014).

L'interveniente aggiunge che una valutazione politica sull'intesa spetterebbe semmai alle Camere, in sede di approvazione della legge ex art. 8, comma terzo, Cost., e non al Governo.

Infine, oltre a ribadire che l'intesa sta fuori dal procedimento legislativo e non può partecipare della natura "politica" della legge, la difesa dell'UAAR conclude osservando che, in linea generale, lo stesso esercizio della funzione legislativa, come non esclude la permanenza di situazioni soggettive, così non esclude l'azionabilità di una loro tutela giurisdizionale.

6.- In data 5 gennaio 2016, il Presidente del Consiglio dei ministri ha depositato memoria, insistendo per l'accoglimento del ricorso e svolgendo osservazioni in ordine alle argomentazioni dell'interveniente UAAR.

Il ricorrente osserva, anzitutto, che non vi sarebbero problemi di ammissibilità del conflitto, in quanto il ricorso - pur rivolto avverso una pronuncia giudiziaria - è preordinato a

contestare la sussistenza in radice del potere giurisdizionale. Il Governo, inoltre, prima di ricorrere alla Corte costituzionale, ha esaurito i rimedi giurisdizionali comuni.

Nel merito, esso ribadisce che il rifiuto del Consiglio dei ministri di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. rientrerebbe nel novero degli atti politici, in quanto espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico, assegnata al Governo ai sensi degli artt. 7, secondo comma, 8, terzo comma, 94, primo comma, e 95, primo comma, Cost. Inoltre, poiché le trattative per la stipulazione delle intese non sono normativamente disciplinate, non vi sarebbe un parametro o vincolo legislativo idoneo a circoscrivere e/o limitare le valutazioni in materia dell'esecutivo. Tale assunto sarebbe confermato da quanto stabilito da questa Corte nella sentenza n. 346 del 2002.

In secondo luogo, il ricorrente osserva che, posto che la legge di approvazione delle intese dovrebbe avere «identità di contenuti» con queste ultime, il procedimento finalizzato alla stipulazione dell'intesa non potrebbe che partecipare della natura di «atto politico libero» propria della legge.

D'altro canto - osserva il ricorrente - la legge sulle intese è annoverata, non a caso, nella categoria delle cosiddette leggi rinforzate, e ciò ulteriormente confermerebbe che il sub-procedimento di intesa (nel quale sono incluse anche le trattative) costituisce parte integrante dell'iter formativo della legge, alla cui approvazione esso è preordinato. Tale conclusione sarebbe ulteriormente rafforzata dalla circostanza che le intese possono dare vita a normative «differenziate», per le quali si impongono «valutazioni di opportunità politica».

In terzo luogo, argomenta la difesa del ricorrente come dall'art. 8 Cost. non possa dedursi un "diritto" delle confessioni religiose all'avvio delle trattative, né un corrispondente diritto potrebbe venire ricavato dalla CEDU, le cui disposizioni avrebbero «il rango di legge ordinaria» e dovrebbero perciò recedere davanti alle previsioni costituzionali (le sole, in base alle quali risolvere il conflitto).

Infine, sarebbe irrilevante, ai fini della risoluzione del conflitto, una questione di legittimità costituzionale - asseritamente prospettata dall'interveniente - vertente sull'art. 7, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 104 del 2010, posto che l'insindacabilità della decisione del Governo discenderebbe dalle più volte ricordate disposizioni costituzionali, di cui il citato art. 7 sarebbe mera attuazione.

Considerato in diritto

1.- Il ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato è proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, in proprio e a nome del Consiglio dei ministri, contro la Corte di cassazione, sezioni unite civili, in relazione alla sentenza 28 giugno 2013, n. 16305, con la quale è stato respinto il ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione proposto dallo stesso Presidente del Consiglio avverso la sentenza del Consiglio di Stato, sezione quarta, 18 novembre 2011, n. 6083.

Nel ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione, il Presidente del Consiglio aveva lamentato il difetto assoluto di giurisdizione e la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), in relazione alla delibera attraverso la quale il Consiglio dei ministri, in data 27 novembre 2003, decideva di non avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione, con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (d'ora in avanti «UAAR»), ritenendo che la professione di ateismo, affermata dall'associazione in questione, non consenta la sua assimilazione ad una confessione religiosa.

La Corte di cassazione, rigettando il ricorso, affermava che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisce esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale. Ponendo in relazione il primo comma dell'art. 8 Cost., che garantisce l'eguaglianza delle confessioni religiose davanti alla legge, con il successivo terzo comma, che assegna all'intesa la regolazione dei rapporti tra Stato e confessioni diverse da quella cattolica, la Corte di cassazione riteneva che la stipulazione dell'intesa sia volta anche alla migliore realizzazione dei valori di eguaglianza tra confessioni religiose. Per tale ragione, assumeva che l'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non possa essere rimessa all'assoluta discrezionalità del potere esecutivo, pena - appunto - il sacrificio dell'eguale libertà tra confessioni religiose. Pur non ritenendolo un argomento decisivo, la Corte di cassazione osservava, tra l'altro, che le intese «si stanno atteggiando, nel tempo, in guisa di normative “per adesione”, innaturalmente uniformandosi a modelli standardizzati». Ne conseguirebbe che il Governo avrebbe l'obbligo giuridico di avviare le trattative ex art. 8 Cost. per il solo fatto che un'associazione lo richieda, e a prescindere dalle evenienze che si possano verificare nel prosieguo dell'iter legislativo.

Il ricorrente, nell'articolare le proprie censure nei confronti della pronuncia del giudice di legittimità, sostiene che essa avrebbe menomato la funzione d'indirizzo politico, che la Costituzione assegna al Governo in materia religiosa (artt. 7, 8, terzo comma, 92 e 95 Cost.), funzione «assolutamente libera nel fine» e quindi «insuscettibile di controllo da parte dei giudici comuni».

Rileva, in particolare, come non possa in alcun modo sostenersi la tesi della doverosità dell'avvio delle trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. Tale ultima disposizione, infatti, costituirebbe norma sulle fonti, dal momento che le intese integrebbbero il presupposto per l'avvio del procedimento legislativo finalizzato all'approvazione della legge che regola i rapporti tra Stato e confessione religiosa, e pertanto parteciperebbero della stessa natura, di atto politico libero, delle successive fasi dell'iter legis. Le intese, in quanto dirette all'approvazione di una legge, coinvolgerebbero la responsabilità politica del Governo, ma non la responsabilità dell'amministrazione.

In sostanza - sostiene il ricorrente - poiché l'omesso esercizio della facoltà di iniziativa legislativa in materia religiosa rientra tra le determinazioni politiche sottratte al controllo dei giudici comuni, così come il Governo è libero di non dare seguito alla stipulazione dell'intesa, omettendo di esercitare l'iniziativa per l'approvazione della legge prevista dall'art. 8, terzo comma, Cost., a maggior ragione dovrebbe essere libero, nell'esercizio delle sue valutazioni politiche, di non avviare alcuna trattativa. Ancora, si osserva che se il Governo può recedere dalle trattative o comunque è libero, pur dopo aver stipulato l'intesa, di non esercitare l'iniziativa legislativa per il recepimento dell'intesa con legge, ciò significa che il preteso “diritto” all'apertura delle trattative è, in realtà, un «interesse di mero fatto non qualificato, privo di protezione giuridica».

Conseguentemente, è chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare che non spetta alla Corte di cassazione, sezioni unite civili, affermare la sindacabilità, ad opera dei giudici comuni, del rifiuto del Consiglio dei ministri di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost.

2.- In via preliminare, deve essere dichiarato ammissibile l'intervento, spiegato nel presente giudizio, dall'UAAR, parte resistente nel giudizio in cui è stata resa l'impugnata sentenza della Corte di cassazione.

Nei giudizi per conflitto di attribuzione non è, di norma, ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi. Tale regola, tuttavia, non opera quando la pronuncia resa nel giudizio costituzionale potrebbe precludere la tutela giudiziaria della situazione giuridica soggettiva vantata dall'interveniente, senza che gli sia data la possibilità di far valere le proprie ragioni (da ultimo, sentenze n. 144 del 2015, n. 222 e n. 221 del 2014, pronunciate in conflitti fra poteri dello Stato, e sentenze n. 107 del 2015, n. 279 del 2008, n. 195 del 2007 e n. 386 del 2005, rese in conflitti tra enti). Tale è la situazione dell'UAAR nel giudizio in esame, poiché l'accoglimento del ricorso impedirebbe all'interveniente di giovare di una pronuncia giudiziaria, al fine di ottenere l'apertura delle trattative preordinate alla stipulazione di un'intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.

3.– Va confermata, ai sensi dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'ammissibilità del conflitto - già dichiarata da questa Corte, in sede di prima e sommaria deliberazione, con l'ordinanza n. 40 del 2015 - sussistendone i presupposti soggettivi e oggettivi.

3.1.– Con riguardo al profilo soggettivo, deve essere ribadita la legittimazione a proporre il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, sia in proprio, sia in rappresentanza del Consiglio dei ministri.

Il Presidente del Consiglio dei ministri è l'organo competente a dichiarare la volontà del Governo: il potere esecutivo, infatti, non è un "potere diffuso", ma si concentra nell'intero Governo, in nome dell'unità di indirizzo politico e amministrativo affermata dall'art. 95, primo comma, Cost. (sentenza n. 69 del 2009 e ordinanze n. 221 del 2004 e n. 123 del 1979). E le determinazioni concernenti i rapporti previsti dall'art. 8 Cost. sono espressamente assegnate al Consiglio dei ministri dall'art. 2, comma 3, lettera l), della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri), ovvero proprio dalla legge che dà attuazione all'art. 95 Cost., definendo l'organizzazione e le attribuzioni del Governo.

Nel conflitto in esame, va riconosciuta la legittimazione attiva anche del Presidente del Consiglio dei ministri in proprio, poiché nel procedimento di stipulazione delle intese - e in particolare nella fase iniziale di cui qui si discute, quando cioè si tratta di individuare l'interlocutore e avviare le trattative - la Presidenza del Consiglio assume autonomo rilievo, come è stabilito nell'art. 2, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303 (Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59), in cui si afferma che il Presidente del Consiglio si avvale della Presidenza del Consiglio nei rapporti tra il Governo e le confessioni religiose ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost., e come è confermato dalla prassi.

Non sussistono dubbi nemmeno sulla legittimazione della Corte di cassazione ad essere parte di un conflitto tra poteri dello Stato, a fronte della costante giurisprudenza di questa Corte, che tale legittimazione riconosce ai singoli organi giurisdizionali in quanto competenti, in posizione di piena indipendenza garantita dalla Costituzione, a dichiarare definitivamente, nell'esercizio delle relative funzioni, la volontà del potere cui appartengono (ex multis, con specifico riferimento alla legittimazione della Corte di cassazione, sentenze n. 29 e n. 24 del 2014, n. 320 del 2013 e n. 333 del 2011).

3.2.– L'ammissibilità del conflitto deve essere confermata anche sotto il profilo oggettivo, in quanto il ricorso, per quanto promosso avverso una decisione giudiziaria, non lamenta un error in iudicando (sentenza n. 81 del 2012), ma prospetta un conflitto «per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» (art. 37, primo

comma, della legge n. 87 del 1953). Infatti, il ricorrente non chiede a questa Corte di riesaminare la decisione con la quale la Corte di cassazione ha risolto un conflitto di giurisdizione attraverso l'interpretazione di fonti primarie. Se questa fosse la richiesta, ne conseguirebbe l'inammissibilità del conflitto, non potendo quest'ultimo istituto trasformarsi in un improprio mezzo d'impugnazione di decisioni giudiziarie (sentenza n. 259 del 2009 e ordinanza n. 117 del 2006). Il ricorrente contesta, invece, l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei propri confronti (sentenze n. 88 del 2012, n. 195 del 2007 e n. 276 del 2003) e, dunque, lamenta il superamento, per mezzo della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, dei limiti che tale potere incontra nell'ordinamento, a garanzia delle attribuzioni costituzionali del Governo.

Né rileva che oggetto del ricorso per conflitto sia una sentenza resa in un giudizio volto a dirimere una questione di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost., come eccepito dalla parte interveniente, ad avviso della quale le questioni di giurisdizione non potrebbero mai essere oggetto di un conflitto costituzionale. È ben vero che, nel disciplinare l'istituto del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, l'art. 37, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 precisa che «[r]estano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione»; ma la disposizione da ultimo citata è appunto preordinata soltanto ad assicurare la persistenza, nell'ordinamento, della competenza della Corte di cassazione a dirimere i conflitti di giurisdizione, non, invece, ad escludere che la Corte costituzionale possa essere chiamata a decidere un conflitto tra poteri, quando il vizio denunciato sia comunque destinato a ripercuotersi sulla corretta delimitazione di attribuzioni costituzionali. Del resto, regolamento di giurisdizione e ricorso per conflitto tra poteri sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi. Da un lato, non si può escludere che essi siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l'erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l'invasività in sfere d'attribuzione costituzionale (sentenze n. 259 del 2009 e n. 150 del 1981); dall'altro, ben può accadere che oggetto del ricorso, come in questo caso, sia proprio una pronuncia della Corte di cassazione, resa in sede di regolamento di giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, Cost.

Non è, pertanto, fondata l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, prospettata dalla parte interveniente.

4.– Il ricorrente chiede che questa Corte, decidendo il conflitto, stabilisca che non spetta alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità da parte dei giudici comuni del diniego, opposto dal Consiglio dei ministri, alla richiesta del soggetto interveniente di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.

Le opposte tesi che questa Corte è chiamata a valutare possono così riassumersi: da una parte, si ritiene che il diniego di avvio delle trattative, opposto dal Governo alla richiesta di un'associazione, non potrebbe essere oggetto di sindacato in sede giudiziaria, a pena della lesione della sfera di attribuzioni costituzionali dello stesso Governo, definite dagli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost.; dall'altra, si ritiene invece che tale sindacabilità dovrebbe essere affermata, poiché l'azionabilità della pretesa giuridica all'avvio delle trattative stesse sarebbe corollario dell'eguale libertà di cui godono, ai sensi dell'art. 8, primo comma, Cost., tutte le confessioni religiose, e servirebbe a impedire che un'assoluta discrezionalità governativa in materia dia luogo ad arbitrarie discriminazioni.

Quanto all'esistenza di una situazione giuridica soggettiva, in ipotesi tutelata dall'ordinamento, consistente nella pretesa alla conclusione delle trattative o, addirittura, alla presentazione del disegno di legge sulla base dell'intesa stipulata, il ricorrente la contesta in radice; mentre l'interveniente ritiene che - con riferimento al procedimento per la stipulazione del-

l'intesa - la giurisdizione del giudice comune dovrebbe arrestarsi a partire dal momento in cui l'iniziativa legislativa sulla base dell'intesa sia esercitata, ma non prima: non escludendo, così, la configurabilità della pretesa soggettiva ora in questione, e di un sindacato del giudice su di essa. La sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, dalla quale origina il conflitto, afferma di non doversi pronunciare, nella risoluzione del regolamento di giurisdizione, sull'esistenza di un «diritto alla chiusura della trattativa», o all'esercizio dell'iniziativa legislativa successiva all'eventuale stipulazione dell'intesa.

Questa Corte ritiene, invece, che, per la soluzione del conflitto, pur delimitato nei termini anzidetti, non siano secondarie considerazioni in ordine all'effettiva configurabilità di una pretesa giustiziabile alla conclusione delle trattative, mentre restano estranee all'oggetto del conflitto valutazioni sugli adempimenti governativi successivi alla conclusione dell'intesa stessa, e sulle caratteristiche del procedimento che, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost., conduce all'approvazione della legge destinata, sulla base dell'intesa, a regolare i rapporti tra lo Stato e la confessione non cattolica.

5.- Il ricorso è fondato, nei sensi di seguito precisati.

5.1.- La soluzione del presente conflitto non può prescindere da considerazioni attinenti alla natura e al significato che, nel nostro ordinamento costituzionale, assume l'intesa per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse da quella cattolica, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.

Il significato della disposizione costituzionale consiste nell'estensione, alle confessioni non cattoliche, del "metodo della bilateralità", in vista dell'elaborazione della disciplina di ambiti collegati ai caratteri peculiari delle singole confessioni religiose (sentenza n. 346 del 2002). Le intese sono perciò volte a riconoscere le esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose (sentenza n. 235 del 1997), ovvero a concedere loro particolari vantaggi o eventualmente a imporre loro particolari limitazioni (sentenza n. 59 del 1958), ovvero ancora a dare rilevanza, nell'ordinamento, a specifici atti propri della confessione religiosa. Tale significato dell'intesa, cioè il suo essere finalizzata al riconoscimento di esigenze peculiari del gruppo religioso, deve restare fermo, a prescindere dal fatto che la prassi mostri una tendenza alla uniformità dei contenuti delle intese effettivamente stipulate, contenuti che continuano tuttavia a dipendere, in ultima analisi, dalla volontà delle parti.

Ciò che la Costituzione ha inteso evitare è l'introduzione unilaterale di una speciale e derogatoria regolazione dei rapporti tra lo Stato e la singola confessione religiosa, sul presupposto che la stessa unilateralità possa essere fonte di discriminazione: per questa fondamentale ragione, gli specifici rapporti tra lo Stato e ciascuna singola confessione devono essere retti da una legge «sulla base di intese».

È essenziale sottolineare, nel solco della giurisprudenza di questa Corte, che, nel sistema costituzionale, le intese non sono una condizione imposta dai pubblici poteri allo scopo di consentire alle confessioni religiose di usufruire della libertà di organizzazione e di azione, o di giovare dell'applicazione delle norme, loro destinate, nei diversi settori dell'ordinamento. A prescindere dalla stipulazione di intese, l'eguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell'art. 8 Cost. (sentenza n. 43 del 1988) e dall'art. 19 Cost., che tutela l'esercizio della libertà religiosa anche in forma associata. La giurisprudenza di questa Corte è anzi costante nell'affermare che il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese (sentenze n. 346 del 2002 e n. 195 del 1993).

Allo stato attuale del diritto positivo, non risultano perciò corretti alcuni assunti dai quali

muovono sia la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione che ha dato origine al presente conflitto, sia il soggetto interveniente. Non può affermarsi, infatti, che la mancata stipulazione di un'intesa sia, di per sé, incompatibile con la garanzia di eguaglianza tra le confessioni religiose diverse da quella cattolica, tutelata dall'art. 8, primo comma, Cost.

Nel nostro ordinamento non esiste una legislazione generale e complessiva sul fenomeno religioso, alla cui applicazione possano aspirare solo le confessioni che stipulano un accordo con lo Stato. Peraltro, la necessità di una tale pervasiva disciplina legislativa non è affatto imposta dalla Costituzione, che tutela al massimo grado la libertà religiosa. E sicuramente la Costituzione impedisce che il legislatore, in vista dell'applicabilità di una determinata normativa attinente alla libertà di culto, discrimini tra associazioni religiose, a seconda che abbiano o meno stipulato un'intesa.

Con riferimento agli ordinamenti che, invece, subordinano l'accesso alla disciplina prevista per le associazioni religiose ad un riconoscimento pubblico, o a quelli ove si riscontra, comunque, un più dettagliato assetto normativo in tema di associazioni e confessioni religiose, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenze 12 marzo 2009, *Gütl* contro Austria e *Löffelmann* contro Austria; sentenza 19 marzo 2009, *Lang* contro Austria; sentenza 9 dicembre 2010, *Savez crkava "Riječ života"* e altri contro Croazia; sentenza 25 settembre 2012 *Jehovas Zeugen in Österreich* contro Austria) ha potuto identificare casi nei quali un'applicazione discriminatoria della normativa comporta una violazione degli artt. 9 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848. Nel nostro ordinamento, invece, caratterizzato dal principio di laicità e, quindi, di imparzialità ed equidistanza rispetto a ciascuna confessione religiosa (sentenze n. 508 del 2000 e n. 329 del 1997), non è in sé stessa la stipulazione dell'intesa a consentire la realizzazione dell'eguaglianza tra le confessioni: quest'ultima risulta invece complessivamente tutelata dagli artt. 3 e 8, primo e secondo comma, Cost., dall'art. 19 Cost., ove è garantito il diritto di tutti di professare liberamente la propria fede religiosa, in forma individuale o associata, nonché dall'art. 20 Cost.

Per queste ragioni, non è corretto sostenere che l'art. 8, terzo comma, Cost. sia disposizione procedurale meramente servente dei - e perciò indissolubilmente legata ai - primi due commi, e quindi alla realizzazione dei principi di eguaglianza e pluralismo in materia religiosa in essi sanciti. Il terzo comma, invece, ha l'autonomo significato di permettere l'estensione del "metodo bilaterale" alla materia dei rapporti tra Stato e confessioni non cattoliche, ove il riferimento a tale metodo evoca l'incontro della volontà delle due parti già sulla scelta di avviare le trattative.

Diversa potrebbe essere la conclusione, anche in ordine alla questione posta dal presente conflitto, se il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore. Se ciò accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate (sentenza n. 81 del 2012).

5.2.- La decisione del presente conflitto richiede preliminarmente di stabilire se nel nostro ordinamento sia configurabile una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative - preordinate alla conclusione di un'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. - con conseguente sindacabilità, da parte dei giudici comuni, del diniego eventualmente opposto dal Governo, a fronte di una richiesta avanzata da un'associazione che allegghi il proprio carattere religioso.

Ritiene questa Corte che ragioni istituzionali e costituzionali ostino alla configurabilità di una siffatta pretesa.

Vi osta, innanzitutto, il riferimento al metodo della bilateralità, immanente alla ratio del terzo comma dell'art. 8 Cost., che - tanto più in assenza di una specifica disciplina procedimentale - pretende una concorde volontà delle parti, non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, prima ancora, nell'iniziarla. L'affermazione di una sindacabilità in sede giudiziaria del diniego di avvio delle trattative - con conseguente possibilità di esecuzione coattiva del riconosciuto "diritto", e del correlativo obbligo del Governo, all'avvio di quelle - inserirebbe, invece, un elemento dissonante rispetto al metodo della bilateralità, ricavabile dalla norma costituzionale in esame.

In secondo luogo, un'autonoma pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse.

La sentenza impugnata afferma di non doversi pronunciare su tale ultimo aspetto; mentre l'interveniente - asserendo che la giurisdizione del giudice comune dovrebbe arrestarsi solo a partire dal momento in cui l'iniziativa legislativa sulla base dell'intesa, ormai conclusa, sia esercitata - sembra per vero intendere che una siffatta pretesa, sotto il controllo del giudice comune, sarebbe configurabile. Il ricorrente, per parte sua, sottolinea di poter recedere, in qualunque momento, dalle trattative, ricavandone che il preteso "diritto" all'apertura di esse sarebbe, in realtà, un «interesse di mero fatto non qualificato, privo di protezione giuridica».

Orbene - essendo caratteristica del procedimento il suo scopo unitario, in tal caso la stipulazione dell'intesa, ed essendo l'apertura del negoziato strutturalmente e funzionalmente collegata a tale atto finale - risulta contraddittorio negare l'azionabilità di un "diritto" all'intesa, quale risultato finale delle trattative, e al contempo affermare la giustiziabilità del diniego all'avvio delle stesse: giacché non si comprende a che scopo imporre l'illusoria apertura di trattative di cui non si assume garantita giudizialmente la conclusione.

Di converso, e conseguentemente, è proprio la non configurabilità di una pretesa alla conclusione positiva del negoziato e quindi alla stipulazione dell'intesa, a svuotare di significato l'affermazione di una pretesa soltanto al suo avvio. Non si vedrebbe, del resto, in quali forme giudiziali e con quali strumenti tale stipulazione potrebbe essere garantita all'associazione richiedente e imposta al Governo.

La non giustiziabilità della pretesa all'avvio delle trattative, inoltre, si fonda su ulteriori argomenti del massimo rilievo istituzionale e costituzionale.

Per il Governo, l'individuazione dei soggetti che possono essere ammessi alle trattative, e il successivo effettivo avvio di queste, sono determinazioni importanti, nelle quali sono già impegnate la sua discrezionalità politica, e la responsabilità che normalmente ne deriva in una forma di governo parlamentare.

Vi è qui, in particolare, la necessità di ben considerare la serie di motivi e vicende, che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa, i quali possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all'associazione, che lo richiede, l'avvio delle trattative.

A fronte di tale estrema varietà di situazioni, che per definizione non si presta a tipizzazioni, al Governo spetta una discrezionalità ampia, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali, e che potrebbe indurlo a non concedere nemmeno quell'implicito effetto di "legittimazione" in fatto che l'associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative.

Scelte del genere, per le ragioni che le motivano, non possono costituire oggetto di sindacato da parte del giudice.

Questa Corte ha già affermato che, in una situazione normativa in cui la stipulazione delle intese è rimessa non solo alla iniziativa delle confessioni interessate, ma anche al consenso del Governo, quest'ultimo «non è vincolato oggi a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa» (sentenza n. 346 del 2002). Ciò dev'essere in questa sede confermato, considerando altresì che lo schema procedurale, unicamente ricavabile dalla prassi fin qui seguita nella stipulazione d'intesa, non può dare origine a vincoli giustiziabili.

Negando l'avvio alle trattative, il Governo non sfuggirebbe, tuttavia, ad ogni imputazione di responsabilità. L'art. 2, comma 3, lettera l), della legge n. 400 del 1988 sottopone alla deliberazione dell'intero Consiglio dei ministri «gli atti concernenti i rapporti previsti dall'articolo 8 della Costituzione». E poiché tra questi atti è sicuramente ricompresa la deliberazione di diniego di avvio delle trattative, è giocoforza riconoscere che anche di tale decisione il Governo risponde di fronte al Parlamento, con le modalità attraverso le quali la responsabilità politica dell'esecutivo è attivabile in una forma di governo parlamentare. La riserva di competenza a favore del Consiglio dei ministri, in ordine alla decisione di avviare o meno le trattative, ha l'effetto di rendere possibile, secondo i principi propri del governo parlamentare, l'effettività del controllo del Parlamento fin dalla fase preliminare all'apertura vera e propria delle trattative, controllo ben giustificato alla luce dei delicati interessi protetti dal terzo comma dell'art. 8 Cost.

In definitiva, un insieme complesso di ragioni, apprezzabili su piani diversi, inducono a giudicare non fondata la tesi esposta nella sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione e negli scritti difensivi dell'interveniente. Tutte queste ragioni, invece, convergono nel far ritenere che, alla luce di un ragionevole bilanciamento dei diversi interessi protetti dagli artt. 8 e 95 Cost., non sia configurabile - in capo ad una associazione che ne faccia richiesta, allegando la propria natura di confessione religiosa - una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost.

Dal disconoscimento dell'esistenza di tale pretesa, discende l'accoglimento del ricorso per conflitto, nei termini che verranno di seguito precisati.

5.3.- Spetta, dunque, al Consiglio dei ministri valutare l'opportunità di avviare trattative con una determinata associazione, al fine di addivenire, in esito ad esse, alla elaborazione bilaterale di una speciale disciplina dei reciproci rapporti. Di tale decisione - e, in particolare, per quel che in questa sede interessa, della decisione di non avviare le trattative - il Governo può essere chiamato a rispondere politicamente di fronte al Parlamento, ma non in sede giudiziaria. Non spettava perciò alla Corte di cassazione, sezioni unite civili, affermare la sindacabilità di tale decisione ad opera dei giudici comuni.

Va, tuttavia, precisato che - così come la valutazione riservata al Governo è strettamente riferita e confinata all'oggetto di cui si controverte nel presente conflitto, cioè alla decisione se avviare le trattative in parola - allo stesso modo l'atto di diniego di cui si ragiona non può produrre, nell'ordinamento giuridico, effetti ulteriori rispetto a quelli cui è preordinato.

Tale atto - nella misura e per la parte in cui si fonda sul presupposto che l'interlocutore non sia una confessione religiosa, come avvenuto nel caso da cui origina il presente conflitto - non determina ulteriori conseguenze negative, diverse dal mancato avvio del negoziato, sulla sfera giuridica dell'associazione richiedente, in virtù dei principi espressi agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.

Le confessioni religiose, a prescindere dalla circostanza che abbiano concluso un'intesa, sono destinatarie di una serie complessa di regole, in vari settori. E la giurisprudenza di questa Corte afferma che, in assenza di una legge che definisca la nozione di "confessione religiosa", e non essendo sufficiente l'auto-qualificazione, «la natura di confessione potrà risultare anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione», dai criteri che, nell'esperienza giuridica, vengono utilizzati per distinguere le confessioni religiose da altre organizzazioni sociali (sentenza n. 195 del 1993; in termini analoghi, sentenza n. 467 del 1992).

In questo contesto, l'atto governativo di diniego all'avvio delle trattative, nella parte in cui nega la qualifica di "confessione religiosa" all'associazione richiedente, non può avere efficacia esterna al procedimento di cui all'art. 8, terzo comma, Cost., e non può pregiudicare ad altri fini la sfera giuridica dell'associazione stessa.

Un eventuale atto lesivo, adottato in contesti ovviamente distinti rispetto a quello ora in questione, potrà essere oggetto di controllo giudiziario, nelle forme processuali consentite dall'ordinamento, allo scopo di sindacare la mancata qualificazione di confessione religiosa che pretendesse di fondarsi sull'atto governativo.

Nel delicato ambito del pluralismo religioso disegnato dalla Costituzione, non sono infatti configurabili "zone franche" dal sindacato del giudice, che è posto a presidio dell'uguaglianza di tutte le confessioni garantita dagli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.

In definitiva, un conto è l'individuazione, in astratto, dei caratteri che fanno di un gruppo sociale con finalità religiose una confessione, rendendola, come tale, destinataria di tutte le norme predisposte dal diritto comune per questo genere di associazioni. Un altro conto è la valutazione del Governo circa l'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito ricade anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore. Quest'ultima è scelta nella quale hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo.

In quest'ambito circoscritto, e solo in esso, appartiene dunque al Consiglio dei ministri discrezionalità politica, sotto il sempre possibile controllo del Parlamento, cui non può sovrapporsi il sindacato del giudice.

Va, pertanto, annullata l'impugnata sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara che non spettava alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il Consiglio dei ministri ha negato all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione e, per l'effetto, annulla la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 27 gennaio 2016.

Una vittoria nel contrasto alla grande evasione. Il chiarimento della Cassazione sulla “clausola del rendimento minimo garantito”

NOTA A CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE V, SENTT. 1 APRILE 2016 NN. 6330, 6331

*Carlo Maria Pisana**

Segnalo le due importanti sentenze nn. 6330/16 e 6331/16 depositate il 1° aprile 2016, con cui la Suprema Corte ha preso posizione in ordine al meccanismo evasivo della c.d. “clausola del rendimento minimo garantito”.

Si tratta della clausola, non frequentissima ma rilevabile nelle compravendite di complessi immobiliari compiute dai fondi di investimento, con cui il cedente garantisce al cessionario di ricavare un determinato importo minimo dalle locazioni delle unità immobiliari. L’istituto contrattuale, non riportabile a un negozio tipico ma di per sé legittimo e meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., nel suo utilizzo distorto è divenuto uno dei più avanzati strumenti di evasione fiscale.

Con le sentenze in rassegna la Corte statuisce inequivocabilmente “*La clausola di redditività minima garantita ... ha contenuto incerto ed aleatorio per sua stessa natura, poiché ha proprio lo scopo di intervenire per ripristinare il sinallagma contrattuale, solo nel caso in cui si verifichi la sproporzione tra la redditività garantita e quella effettiva*” (sent. 6331/16).

L’importo in gioco? 63 milioni di euro per limitarsi soltanto alle due cause discusse il 18 dicembre 2015, ma l’insieme di cause vertenti sul meccanismo in parola è di gran lunga superiore.

Il rilievo giuridico della pronuncia può essere meglio compreso con un breve cenno ai fatti di causa.

La vicenda si inserisce nel quadro delle operazioni poste in essere da alcuni imprenditori poi designati nel gergo giornalistico come “furbetti del quartierino” probabilmente al fine di finanziare le più vaste operazioni mobiliari assurde alle cronache poste in essere nella primavera del 2005.

Semplificando in massimo grado, gli imprenditori di riferimento hanno:

- acquistato mediante società veicolo da soggetti esterni complessi immobiliari siti in Roma, Milano e altre città italiane;
- contestualmente o poco dopo rivenduto a prezzo enormemente maggiorato l’immobile, a volte con un passaggio intermedio ad un’altra società facente capo a sé medesimi, ad un operatore finanziario;
- quest’ultimo a sua volta ne ha retrocesso la disponibilità ad altre società facenti capo al medesimo imprenditore in forma di leasing.

(*) Avvocato dello Stato.

Tale *modus procedendi* ha assicurato un flusso di liquidità nell'immediato, ma determinato ingenti plusvalenze a carico della società veicolo.

Al fine di sottrarre alla tassazione le plusvalenze realizzate, i diversi "gruppi" imprenditoriali coinvolti hanno elaborato varie strategie innovative. Tra quelle più efficaci si situa la "*clausola del rendimento minimo garantito*".

Secondo questo schema, la società veicolo venditrice, gravata della plusvalenza nell'operazione sopra descritta, si obbligava nel contratto di vendita, talvolta soltanto in un preliminare, al pagamento all'acquirente di un rendimento minimo garantito per otto o più anni pari alla differenza tra quanto avrebbe ritratto l'acquirente dalle locazioni e un importo determinato (fissato però in misura molto superiore all'importo in concreto ritraibile).

Tale passività, di importo molto vicino a quello della cessione, veniva poi portata in deduzione per intero nell'anno in corso, sul cui esercizio avrebbe gravato la plusvalenza, che ne risultava per l'effetto "neutralizzata".

La CTR, seguendo l'impostazione del contribuente, aveva affermato la deducibilità in forza del principio di correlazione tra costi e ricavi, spingendosi ad affermare che i costi in parola sarebbero persino "certi e determinabili".

La Corte, aderendo alla nostra prospettazione, premette che la deduzione dei costi può riconoscersi soltanto allorché essi siano certi e determinabili (par. 3.3, sent. n. 6330/16), richiedendosi il concorso di entrambi i requisiti, dei quali il primo si riferisce all'"*an*" e il secondo al "*quantum*" e precisato che comunque la "*determinabilità non può essere rimessa alla mera volontà delle parti*", conclude che tali costi non possono ritenersi né certi né determinabili ai fini dell'art. 109 Tuir.

"Nel caso di specie, mancando la prova dei suddetti requisiti nell'esercizio di riferimento ... e trattandosi anzi di costi futuri eventualmente sostenibili negli esercizi successivi ..."

Il ragionamento della Corte riprende l'argomentazione "a fortiori" del nostro ricorso che desume l'indeducibilità dei costi in parola dal precedente già formatosi in materia di indeducibilità degli accantonamenti riferiti all'adempimento di clausole di rendimento minimo garantito in una compravendita dell'Enasarco (Cass. civ. Sez. V, Sent., 12 febbraio 2013, n. 3368).

Cassazione civile, Sezione V, sentenza 1 aprile 2016 n. 6330 - Pres. S. Di Amato, Rel. G. Iofrida, P.M. T. Basile (difforme) - Agenzia entrate (avv. Stato C.M. Pisana) c. Sviluppo 43 srl (avv.ti G. Tasco e G. Pozzi).

Ritenuto in fatto

L'Agenzia delle Entrate propone ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, nei confronti della Sviluppo 43 srl, avverso la sentenza della Commissione Tributaria Regionale del Lazio n. 482/14/2013, depositata in data 17/09/2013.

La controversia concerne l'impugnazione di un avviso di accertamento, per maggiori IRPEG

ed IRAP, relative al periodo d'imposta 1/07/2003 - 30/06/2004, emesso a carico della società Sviluppo 43 srl (controllata dalla società di diritto lussemburghese Statuto Lux Holding s.a.r.l.), per effetto della ripresa a tassazione di elementi negativi di reddito, indebitamente dedotti ai fini delle Imposte Dirette, consistenti nel riporto di perdite fiscali, derivanti dalla gestione della partecipazione nella "Telit mobile terminals spa", e nella deduzione come costo, nell'esercizio suddetto, dell'intera somma dovuta in forza di una clausola, apposta nel contratto di compravendita di un complesso immobiliare sito in Milano ed assunta dalla Sviluppo 43, quale venditore, in favore della società acquirente, di "*rendimento minimo garantito*" per otto anni (in misura pari alla differenza tra quanto sarebbe stato ritratto dalle locazioni ed un tetto prefissato), nonchè per effetto della ripresa a tassazione di elementi positivi non dichiarati (la differenza tra gli interessi percepiti al tasso di interesse dichiarato del 2% e quello "normale", ritenuto dall'Ufficio erariale, pari al 4,3%), derivanti da finanziamenti infragruppo, in violazione della regola del *transfer pricing*.

Con la sentenza qui impugnata è stata confermata la decisione di primo grado, che aveva, in parte, accolto il ricorso della contribuente (annullando l'atto impositivo limitatamente al primo rilievo, inerente la deduzione, a mezzo compensazione, di perdite pregresse, ed al secondo rilievo, riguardante l'asserita antieconomicità dell'operazione immobiliare e la deduzione del costo derivante dalla clausola contrattuale di rendimento minimo garantito).

In particolare, i giudici d'appello, nel respingere sia il gravame principale dell'Agenzia sia quello incidentale della società contribuente, hanno anzitutto sostenuto, quanto all'appello dell'Ufficio, che, in relazione al rilievo concernente gli asseriti costi derivanti dal contratto di compravendita immobiliare sottoposto alla condizione del c.d. "*minimo garantito*", trattavasi di contratto frequente nella prassi commerciale e rispondente ad un interesse economico di entrambe le parti (anche della venditrice, la quale aveva conseguito "*una ingente liquidità, altrimenti non ottenibile*"), i costi detratti erano "*certi nell'an e nel quantum e correttamente riportati nel bilancio di competenza*" e le somme derivanti dalla clausola erano "*tassate per IRES ed IRAP, in capo alla società acquirente*". In relazione, poi, al rilievo concernente il disconoscimento del riporto delle perdite generate dalla partecipazione nella Telit, non ricorreva, secondo la C.T.R., "*la seconda condizione ostativa al riporto ex art. 84, comma 3, del TUIR, avendo la società dimostrato di non avere mai modificato l'attività principale*".

Esaminato, quindi, il gravame incidentale della contribuente, la C.T.R., nel respingerlo, ha affermato che il rilievo riguardante i proventi non dichiarati, a seguito di operazioni rientranti, secondo l'Ufficio, nel c.d. *transfer pricing*, andava confermato, non apparendo "*convincente la ricostruzione del contribuente*".

L'intimata Sviluppo 43 srl ha depositato controricorso e ricorso incidentale, affidato ad un motivo.

Considerato in diritto

1. L'Agenzia delle Entrate ricorrente lamenta: 1) con il primo motivo, in relazione al primo rilievo presente nell'avviso di accertamento impugnato, concernente il disconoscimento del riporto delle perdite generate dalla partecipazione al capitale Telit, ai sensi dell' art. 84, comma 3, del TUIR, la nullità della sentenza, ex art. 360 c.p.c., n. 4, per carenza assoluta di motivazione, in violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, comma 2 e D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 36, comma 2, n. 4; 2) con il secondo motivo, in relazione al secondo rilievo, riguardante l'operazione di vendita di complesso immobiliare e gli effetti della clausola contrattuale di "*rendimento minimo garantito*", la violazione e falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 109 e 107 del TUIR, atteso che, da un lato, perchè un elemento reddituale, in par-

ticolare un costo, acquisti rilievo ai fini fiscali, occorre la concorrenza di due elementi, la certezza, non soggetta a condizioni, dell'esistenza dell'elemento e l'obiettiva determinabilità riguardo all'ammontare, laddove, nella fattispecie, la certezza e determinabilità del costo in oggetto poteva raggiungersi soltanto alla fine di ciascun anno, a seguito del raffronto tra quanto effettivamente incassato dalle locazioni e la cifra fissa garantita dalla società venditrice (nella specie, "Euro 3.075.000,00" oltre adeguamenti), e, dall'altro lato, l'accantonamento "per altri rischi", iscritto in bilancio, dell'intero importo dovuto nell'arco temporale di otto anni non rientrava nelle tassative ipotesi di cui all' art. 107 del TUIR; 3) con il terzo motivo, in relazione sempre al secondo rilievo contestato dall'ufficio, l'insufficiente motivazione e comunque "l'omesso esame" circa un punto deciso e controverso, ex art. 360 c.p.c., n. 5, avendo la C.T.R. trascurato di considerare specifici elementi fattuali (quali: il confronto tra i costi sostenuti ed i ricavi dell'intera operazione; l'erroneità dei calcoli dedotti dalla contribuente per sostenere la convenienza economica dell'operazione), che, se esaminati, avrebbero evidenziato l'antieconomicità dell'operazione.

(...)

3.3. Il secondo motivo è invece fondato.

Questa Corte ha già chiarito che *"in tema di imposte sui redditi d'impresa, le garanzie del rendimento locativo minimo (nella specie, assunte con autonoma obbligazione contrattuale dal venditore di immobili all'acquirente degli stessi ed in relazione alla gestione pattuita a carico del primo) non rientrano tra gli accantonamenti tassativamente previsti dalle disposizioni sulla determinazione del reddito d'impresa, sicchè gli oneri in parola, realizzando costi futuri, sono deducibili solo "se e nella misura in cui sono sostenuti, secondo i criteri di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 75 mancando i requisiti di certezza e obiettiva determinabilità di costi non ancora effettivamente sostenuti e di cui è assolutamente incerto il sostenimento. Infatti, componenti positivi o negativi che concorrono a formare il reddito possono essere imputati all'anno di esercizio in cui ne diviene certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare, qualora di tali qualità fossero privi nel corso dell'esercizio di competenza"* (Cass. 3368/2013; Cass. 9068/2015; Cass. 13252/2015).

È pacifico, risultando non specificamente contestato dalla controricorrente quanto affermato dalla ricorrente a pag. 8 del ricorso, che la contribuente ha imputato, a fronte dei ricavi della vendita, i costi, inerenti alle garanzie del rendimento locativo minimo, iscrivendo, in bilancio, come "costo" l'importo maturato a titolo di rendimento garantito fino al 30/06/2004 e come "accantonamento per altri rischi", l'importo residuo che sarebbe stato corrisposto nei successivi otto anni a tale titolo.

Al riguardo, va innanzitutto considerato che il D.P.R. n. 917 del 1986, art. 75 (attuale art. 109) nel testo vigente *ratione temporis* stabilisce, al comma 5, che *"le spese e gli altri componenti negativi diversi dagli interessi passivi, tranne gli oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale, sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito (...)"*.

Tale disposizione è stata costantemente interpretata da questa Corte nel senso che i costi, per essere ammessi in deduzione quali componenti negativi del reddito di impresa, debbono soddisfare i requisiti di effettività, inerenza, certezza, determinatezza (o determinabilità) e competenza (Cass. n. 10167 del 2012; nn. 3258, 12503 e 24429 del 2013; nn. 1565, 13806 e 21184 del 2014; nn. 426, 1011 e 7214 del 2015).

Peraltro, dal primo comma della stessa norma - per cui i ricavi, le spese e gli altri componenti positivi e negativi, per i quali le precedenti norme del presente capo non dispongono diversamente -

mente, concorrono a formare il reddito nell'esercizio di competenza; tuttavia i ricavi, le spese e gli altri componenti di cui nell'esercizio di competenza non sia ancora certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare concorrono a formarlo nell'esercizio in cui si verificano tali condizioni - si desume che, in mancanza di diverse disposizioni specifiche, laddove vi sia incertezza nell'*an* o indeterminabilità nel *quantum*, il principio di cassa soppianta quello di competenza.

In altri termini, i componenti negativi che concorrono a formare il reddito possono essere imputati all'anno di esercizio in cui ne diviene certa l'esistenza - o determinabile in modo obiettivo l'ammontare - qualora di tali qualità fossero privi nel corso dell'esercizio di competenza (Cass. n. 3368 del 2013 citata).

Dunque, dalla complessiva prescrizione dell'art. 75 cit., si desume che, per le spese e gli altri componenti negativi di cui non sia ancora certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare, il legislatore prevede una deroga al principio della Competenza, consentendo la loro deducibilità nel diverso esercizio nel quale si raggiunge la certezza della loro esistenza ovvero la determinabilità, in modo obiettivo, del relativo ammontare (Cass. n. 17568 del 2007). Peraltro, tale determinabilità non può essere rimessa alla mera volontà delle parti, con una scelta discrezionale dell'esercizio cui imputare il costo (Cass. n. 24526 del 2009), ma deve essere desumibile dall'indicazione contrattuale del corrispettivo e da ulteriori elementi (cfr., da ultimo, Cass. n. 9068 del 2015).

Quanto poi allo specifico disposto dell'art. 73, comma 4, vecchio T.U.I.R. (attuale art. 107) - per cui *"non sono ammesse deduzioni per accantonamenti diversi da quelli espressamente considerati dalle disposizioni del presente capo"* (il capo 6, che disciplina analiticamente le ipotesi legali di accantonamenti fiscalmente rilevanti) - esso fissa la regola tassativa della inderogabilità degli accantonamenti fiscalmente deducibili - gli accantonamenti riflettono, in generale, la stima di passività probabili, dovute in forza di obbligazioni già assunte; si tratta cioè di una norma che mira a contemperare i principi di certezza, caratteristici del sistema tributario, e le esigenze di valutazione fiscale di poste meramente prudenziali.

Invero, alcuni costi possono essere imputati al conto economico attraverso un accantonamento per *"rischi ed oneri"*, vale a dire stanziando, fin dall'esercizio di competenza, a carico del risultato di gestione, le risorse economiche (cioè la quota di reddito) per far fronte a tali costi; in questo modo, quando essi si manifesteranno in concreto, non andranno a carico del risultato dell'esercizio successivo, ma saranno, quanto meno nei limiti dello stanziamento in bilancio, coperti utilizzando l'apposito fondo accantonato nello stato patrimoniale.

Tuttavia, sotto il profilo fiscale, la disciplina degli accantonamenti riflette esigenze prevalenti di certezza e di univocità, che richiedono di derogare alla tendenziale dipendenza del reddito imponibile dall'utile civile, prevedendo un regime differenziato per il corrispondente periodo d'imposta, in forza del principio di tassatività degli accantonamenti fiscalmente deducibili previsto dall'art. 73 (oggi 107), quarto comma, Tuir .

Ove dunque si tratti di accantonamenti, non rientranti tassativamente tra le ipotesi previste dalle disposizioni sulla determinazione del reddito d'impresa, i corrispondenti oneri sono deducibili esclusivamente se e nella misura in cui siano effettivamente sostenuti, secondo i criteri di cui all'art. 75 cit., mentre per i costi non ancora effettivamente sostenuti - e di cui è incerto il sostenimento - difettano i requisiti di certezza e obiettiva determinabilità.

In tal senso si è da tempo affermato che i componenti negativi che concorrono a formare il reddito devono essere imputati all'anno di esercizio in cui ne diviene certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare, qualora di tali qualità essi siano privi nel corso del-

l'ordinario esercizio di competenza (Cass. n. 8250 del 2008). Tra l'altro, il concorso dei suddetti due requisiti è assolutamente necessario, atteso che il primo si riferisce all'*an*, in termini di certezza giuridica del titolo (Cass. n. 10988 del 2007) ed il secondo al *quantum*, in termini di agevole e ragionevole liquidabilità (Cass. n. 3401 del 1997 e n. 24526 del 2009).

Nel caso di specie, mancando la prova dei suddetti requisiti nell'esercizio di riferimento (2003/2004) e trattandosi anzi di costi futuri eventualmente sostenibili negli esercizi successivi (a seguito del raffronto tra quanto effettivamente incassato dalle locazioni e la cifra fissa garantita dalla società venditrice, cifra peraltro suscettibile anche di "*eventuale adeguamento*", pag. 23 del ricorso), la ripresa a tassazione risulta legittima (cfr. Cass. n. 3368 del 2013 e n. 26534 del 2014).

3.4. Il terzo motivo (a prescindere dai rilievi di inammissibilità, mossi dalla controricorrente, peraltro fondati, in base al nuovo dettato dell'art. 360 c.p.c., n. 5 e dell'art. 348 ter c.p.c., comma 5 (c.d. "*doppia conforme*", cfr. Cass.S.U. 8053-8954 del 2014 e, sulla decorrenza della novella, Cass. 5528/2014 e 26860/2014), è assorbito.

4. L'unico motivo del ricorso incidentale della società, in relazione al terzo rilievo contenuto nell'avviso di accertamento impugnato (riguardante l'omessa dichiarazione di componenti positivi di reddito correlati a finanziamenti infragruppo a tasso di interesse attivo del 2%, inferiore a quello mediamente praticato in Italia alle imprese mediante il ricorso al credito bancario) ed alla nullità della sentenza per carenza di motivazione, è infondato.

Invero, la CTR, pur avendo sinteticamente affermato, al riguardo, nella parte motivazionale "*in diritto*", che non appariva "*convincente la ricostruzione del contribuente*", nella parte relativa al "*fatto*", ha precisato quale era la giustificazione offerta dalla contribuente, avendo la società contestato il "*valore normale*", applicato dall'Ufficio per l'applicazione della regola del c.d. *transfer pricing* e la rideterminazione degli interessi attivi, dei tassi mediamente praticati in Italia per finanziamenti (pari al 4,3%), invocando un minor valore (pari al 3,03%), dedotto dalla "*media ponderata dei tassi di interesse sostenuti dalla società ricorrente per ottenere i capitali presi a mutuo*", e che detta deduzione era stata già ritenuta carente di prova, in primo grado.

Non ricorre pertanto, richiamato quanto già affermato in relazione al primo motivo del ricorso principale, l'invocato vizio di nullità della sentenza per carenza assoluta di motivazione.

5. Per tutto quanto sopra esposto, il ricorso principale deve essere accolto, limitatamente al secondo motivo, respinto il primo ed assorbito il terzo motivo, mentre va respinto il ricorso incidentale.

La sentenza impugnata deve essere pertanto cassata, quanto al motivo accolto, e, decidendo nel merito, non essendovi necessità di ulteriori accertamenti in fatto, va respinto il ricorso introduttivo della contribuente, in relazione al secondo rilievo, correlato alla c.d. clausola del minimo garantito, ed al terzo rilievo, riguardante i proventi non dichiarati, presenti nell'avviso di accertamento impugnato.

Ricorrono giusti motivi, tenuto conto dell'esito complessivo del giudizio e delle questioni di diritto controverse, per compensare integralmente tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, la ricorrente incidentale è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso principale, limitatamente al secondo motivo, respinto il primo ed assorbito il terzo; respinge il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata, quanto al motivo

accolto, e, decidendo nel merito, respinge il ricorso introduttivo della contribuente, in relazione al secondo rilievo, correlato alla c.d. clausola del minimo garantito, ed al terzo rilievo, riguardante i proventi non dichiarati, presenti nell'avviso di accertamento impugnato.

Dichiara integralmente compensate tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, la ricorrente incidentale è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione.

Così deciso in Roma, il 18 dicembre 2015 e, previa riconvocazione del Collegio in medesima composizione, il 26 febbraio 2015.

Il danno da svalutazione per ritardato adempimento di una obbligazione pecuniaria: la specialità della fattispecie tributaria

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. VI - T, ORDINANZA 20 APRILE 2016 N. 7803

Carlo Maria Pisana*

Segnalo la recente ordinanza Cass. 20 aprile 2016 n. 7803 in tema di pretesa del contribuente al maggior danno ex art. 1224 comma 2 cc in relazione a rimborsi Irpeg ottenuti in ritardo.

La società aveva impugnato il silenzio serbato dall'Amm.ne a fronte di un'istanza di rimborso, chiedendo altresì la rivalutazione del credito. La Ctp in primo grado aveva riconosciuto il diritto al rimborso, ma negato la rivalutazione. A seguito dell'appello dell'Ufficio, la Ctr ha accolto l'appello incidentale della società, accordando anche il c.d. maggior danno ex art. 1224 c.c.

In relazione a tale fattispecie, la Corte accoglie il nostro ricorso, condividendo la tesi volta a evidenziare la specialità del regime dell'art. 44 del d.P.R. 602/73 (1). Tale norma disciplina le conseguenze del ritardo nel rimborso al contribuente, che abbia pagato un'imposta in eccesso, in modo del tutto differenziato rispetto alla disciplina di diritto comune, prevedendo l'attribuzione di una somma (contenuta) a titolo di emolumento per l'attesa. Ciò sembrerebbe escludere il ricorso alla disciplina generale dell'art. 1224 comma 2 c.c.

Nella fattispecie, la Corte, come nel caso deciso con decisione Cass. civ. Sez. V, 12 febbraio 2014, n. 3124, non si spinge però ad escludere del tutto l'applicazione dell'istituto civilistico, ma afferma che *“stante la speciale disciplina del dpr 29 settembre 1973, n. 602, art. 44 ... il creditore non può limitarsi ad allegare la sua qualità di imprenditore e a dedurre il fenomeno inflattivo come fatto notorio, ma deve fornire indicazioni in ordine al danno subito ... e fornirne prova rigorosa”*. La Corte richiama inoltre l'orientamento più rigoroso assunto in tema di maggior danno anche in materia extratributaria.

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Art. 44 del dpr 602/73: *“Il contribuente che abbia effettuato versamenti diretti o sia stato iscritto a ruolo per un ammontare di imposta superiore a quello effettivamente dovuto per lo stesso periodo ha diritto, per la maggior somma effettivamente pagata, all'interesse del 1 per cento per ognuno dei semestri interi, escluso il primo, compresi tra la data del versamento o della scadenza dell'ultima rata del ruolo in cui è stata iscritta la maggiore imposta e la data dell'ordinativo emesso dall'intendente di finanza o dell'elenco di rimborso.*

L'interesse di cui al primo comma è dovuto, con decorrenza dal secondo semestre successivo alla presentazione della dichiarazione, anche nelle ipotesi previste nell' art. 38 , quinto comma e nell' art. 41 , secondo comma.

L'interesse è calcolato dall'ufficio delle imposte, che lo indica nello stesso elenco di sgravio, o dall'intendente di finanza ed è a carico dell'ente destinatario del gettito dell'imposta”.

Cassazione civile, Sez. VI - T, ordinanza 20 aprile 2016, n. 7803 - Pres. Iacobellis, Rel. Cigna - Agenzia delle Entrate (avv. gen. Stato) c. S.I. s.p.a.(avv. E. Della Valle).

L'Agenzia delle Entrate ricorre, affidandosi a due motivi, per la cassazione della sentenza con la quale la Commissione Tributaria Regionale Lazio ha: 1) rigettato l'appello proposto dall'Ufficio avverso la sentenza con cui la CTP di Roma aveva accolto (ad esclusione della richiesta di rivalutazione monetaria) il ricorso proposto dalla S.I. S.p.A. avverso silenzio rifiuto formatosi su istanza di rimborso IRPEG 2002; 2) accolto l'appello incidentale proposto dalla società, ritenendo dovuta la rivalutazione monetaria; la CTR, in particolare, per quanto ancora rileva, ha evidenziato che la rivalutazione monetaria era dovuta al riconoscimento del maggior danno corrispondente alla differenza tra il tasso di rendimento netto dei titoli di Stato di durata non superiore ai 12 mesi ed il tasso degli interessi legali determinato per ogni anno ex art. 1284 c.c. ; tanto "in considerazione che la più comune e prudente forma di investimento del denaro ha una sua redditività superiore al tasso legale", e precisando che parte contribuente aveva "dimostrato documentalmente il maggior danno richiesto oltre gli interessi".

Il contribuente resiste con controricorso e, in seguito al deposito della relazione, con memoria ex art. 380 bis c.p.c.

Con il primo motivo di ricorso l'Agenzia denunciando - ex art. 360 c.p.c. , n. 3 - violazione e falsa applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 2 e art. 2697 c.c., nonché del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 44, sostiene che in tema di obbligazioni pecuniarie costituite da crediti di imposta "la specialità della fattispecie tributaria impone un'interpretazione restrittiva dell'art. 1224 c.c., comma 2; pertanto, il creditore non può limitarsi ad allegare la sua qualità di imprenditore ed a dedurre il fenomeno inflattivo come fatto notorio, ma deve, alla stregua dei principi generali dell'art. 2697 c.c. , fornire indicazioni in ordine al danno subito per l'indisponibilità del denaro, a cagione dell'inadempimento, ed a offrirne prova rigorosa".

Con il secondo motivo di ricorso l'Agenzia denunciando - ex art. 360 c.p.c., n. 4 - nullità della sentenza per carenza della motivazione in violazione dell'art. 132 c.p.c. e violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 1, comma 2 e art. 36, comma 2, n. 4, sostiene che, in ordine alla ricorrenza della prova dell'allegato maggior danno, la sentenza impugnata era da ritenersi radicalmente priva di motivazione, atteso che, nonostante il contribuente avesse sostenuto in diritto che il maggior danno poteva essere riconosciuto in via presuntiva, si era limitata ad affermare che parte contribuente aveva dimostrato documentalmente il maggior danno richiesto oltre gli interessi.

Detti motivi, da valutarsi congiuntamente in quanto tra loro connessi, sono fondati.

Come già chiarito da questa Corte, invero, "nel caso di ritardato adempimento di una obbligazione pecuniaria il danno da svalutazione monetaria non è "in re ipsa", ma può essere liquidato soltanto ove il creditore deduca e dimostri che un tempestivo adempimento gli avrebbe consentito di impiegare il denaro in modo tale da elidere gli effetti dell'inflazione. Tale principio trova applicazione anche alle pretese restitutorie vantate dal contribuente nei confronti dell'erario, rispetto alle quali peraltro - in considerazione della specificità della disciplina dell'obbligazione tributaria - la prova del danno da svalutazione monetaria deve essere valutata con particolare rigore da parte del giudice di merito" (Cass. sez. unite 16871/2007); siffatto principio è stato in seguito ribadito da Cass. 26403/2010; Cass. 27305/2014 e 3124/2014; in particolare, con quest'ultima statuizione questa Corte ha precisato che "in tema di obbligazioni pecuniarie costituite dai crediti di imposta, cui non sono applicabili l'art. 1224 cod. civ. , comma 1 e art. 1284 cod. civ. , stante la speciale disciplina del D.P.R. 29 settembre 1973, n.

602, art. 44 - relativa a tutti gli interessi dovuti dall'amministrazione finanziaria in dipendenza di un rapporto giuridico tributario - la specialità della fattispecie tributaria impone un'interpretazione restrittiva dell'art. 1224 cod. civ. , comma 2; pertanto, il creditore non può limitarsi ad allegare la sua qualità di imprenditore e a dedurre il fenomeno inflattivo come fatto notorio, ma deve, alla stregua dei principi generali dell'art. 2697 cod. civ. , fornire indicazioni in ordine al danno subito per l'indisponibilità del denaro, a cagione dell'inadempimento, ed ad offrirne prova rigorosa". Nel caso di specie non è stato dedotto dalla parte contribuente (v. appello incidentale, trascritto in ricorso in ossequio al principio di autosufficienza) che l'adempimento avrebbe consentito di impiegare il denaro in modo tale da elidere gli effetti dell'inflazione; la impugnata sentenza della CTR, essendosi limitata ad affermare che parte contribuente aveva dimostrato documentalmente il maggior danno richiesto oltre gli interessi, non ha fatto corretta applicazione del "particolare rigore" richiesto dalla Corte nella valutazione della prova del maggior danno, e va quindi cassata.

In conclusione, pertanto, in accoglimento del ricorso, va cassata l'impugnata sentenza, con rinvio - per nuova valutazione in ordine alla sussistenza ed alla liquidazione del maggior danno - alla CTR Lazio, diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa l'impugnata sentenza, con rinvio alla CTR Lazio, diversa composizione, che provvederà anche alla regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 17 marzo 2016.

Gli effetti della sentenza di cassazione con rinvio sul titolo esecutivo

NOTA A CASSAZIONE CIVILE, SEZ. III, SENTENZA 3 APRILE 2015 N. 6822

*Adriana Lagioia**

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria - 2. Il principio del nulla executio sine titulo alla luce dell'evoluzione normativa: le vicende di successione e di trasformazione del titolo esecutivo - 3. L'effetto devolutivo dell'appello - 4. Evoluzione giurisprudenziale in tema di cassazione con rinvio - 5. Considerazioni conclusive.

1. La vicenda giudiziaria.

Con la sentenza in oggetto è stato riaffermato il principio secondo cui la cassazione con rinvio della sentenza che costituisce titolo esecutivo giudiziale comporta l'estinzione della procedura esecutiva per difetto sopravvenuto del titolo. Come si avrà modo di chiarire, la giurisprudenza dell'ultimo quinquennio non si è mostrata univoca sul punto.

In talune pronunce, la Corte si è discostata dall'orientamento espresso in questa pronuncia, paventando plurime soluzioni, tra cui la reviviscenza del titolo esecutivo costituito dalla sentenza di primo grado o la coesistenza, all'interno del titolo, delle statuizioni di prime e seconde cure.

La pronuncia in questione si pone in aperto contrasto con i principi sanciti nel 2013 dalle sentenze nn. 3074 e 3280, escludendo pertanto che sino alla definizione del giudizio di rinvio possa determinarsi una reviviscenza del titolo esecutivo contenuto nella sentenza cassata.

Al fine di analizzare la problematica degli effetti della cassazione con rinvio sul titolo esecutivo, sarà necessario fare riferimento anche ai casi in cui il titolo esecutivo sia costituito da una sentenza di appello. Proprio questo era il caso oggetto delle sentenze "gemelle" del 2013 richiamate dalla presente pronuncia.

Occorrerà dunque partire dai fenomeni di trasformazione e successione del titolo esecutivo per poi analizzare la problematica relativa all'effetto devolutivo della sentenza di appello, dando conto degli orientamenti giurisprudenziali sul punto.

2. Il principio del nulla executio sine titulo alla luce dell'evoluzione normativa: le vicende di successione e di trasformazione del titolo esecutivo.

In ossequio al principio *nulla executio sine titulo*, è del tutto pacifico che l'esistenza del titolo esecutivo al momento dell'inizio dell'esecuzione sia condizione necessaria ma non sufficiente per la legittimità della procedura esecutiva. Perché questa sia legittima, è necessario che il titolo esecutivo per-

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

manga per tutta la durata dell'esecuzione sino al suo momento conclusivo.

Se nel codice civile del 1942 il rispetto di questo principio risultava più agevole, considerato il fatto che i provvedimenti giurisdizionali cui era attribuita efficacia esecutiva presentavano un connotato di maggior stabilità, va rilevato che il quadro legislativo delineato dalle riforme del 1990 e del 1995 (1) è stato, sotto questo profilo, foriero di numerose problematiche.

L'aver introdotto i provvedimenti anticipatori e, soprattutto, l'aver attribuito alle sentenze di primo grado efficacia esecutiva a prescindere da una domanda di parte ha dato ingresso nel nostro sistema a titoli esecutivi "instabili" e quindi suscettibili di "trasformazioni" nel corso della procedura esecutiva (2). È con questi mutamenti che deve confrontarsi l'ancora vigente principio: se prima di queste riforme, l'eventualità che il titolo esecutivo fosse diverso dalla sentenza di appello riguardava solo il caso del decreto ingiuntivo o eventualmente delle sentenze di primo grado munite di provvisoria efficacia esecutiva, attualmente titolo esecutivo possono essere anche i provvedimenti di condanna aventi forma di ordinanza che precedono la definizione del giudizio con sentenza e, più ampiamente rispetto al passato, le stesse sentenze di primo grado (3). Analoghe riflessioni possono essere effettuate in relazione all'introduzione nel sistema processuale, ad opera della legge 18 giugno 2009, n. 69, del processo sommario di cognizione, con - tra le altre - la finalità di "agevolare" la formazione del titolo esecutivo.

Alla luce di questi mutamenti, il quesito di fondo che la giurisprudenza si è posta è se la previsione secondo cui il titolo esecutivo debba esistere dall'inizio alla fine dell'esecuzione sia da intendersi nel senso che è imprescindibile che questo resti lo stesso, oppure se sia possibile configurare dei processi di trasformazione.

Invero, la successione e la trasformazione del titolo esecutivo non sono positivamente regolate dal codice di rito civile se non nel peculiare caso del decreto ingiuntivo, regolato dall'art. 653 co. 2 c.p.c. (4).

La disposizione riguarda i casi in cui la sentenza che definisce il giudizio di opposizione in parte conferma e in parte riforma la pretesa risultante dal decreto ingiuntivo. In altre parole, il giudizio di opposizione conferma l'esi-

(1) Il riferimento riguarda la legge 26 novembre 1990, n. 353, che ha introdotto gli artt. 186 *bis* e *ter* c.p.c. e, relativamente ai provvedimenti cautelari, l'art. 669 *duodeces* c.p.c. e la legge del 18 ottobre 1995, n. 432, che ha introdotto l'art. 186 *quater* c.p.c.

(2) Sul punto, si veda diffusamente B. CAPPONI, *Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1512 e ss.

(3) Giova specificare che anche prima della riforma dell'art. 282 c.p.c., il titolo esecutivo poteva essere costituito dalla sentenza di primo grado, se la stessa fosse stata munita della formula di provvisoria esecutività.

(4) Quest'ultimo dispone che «se l'opposizione è accolta solo in parte, il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza, ma gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto conservano i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta».

stenza di un credito, ma lo determina in misura diversa rispetto a quella risultante dal decreto.

Se si considerano le caratteristiche peculiari del decreto ingiuntivo, è chiara la *ratio* di questa previsione: considerato il fatto che, se non integralmente confermato nel giudizio di opposizione, il decreto ingiuntivo è destinato ad essere dichiarato nullo o revocato con effetti *ex tunc*, la disposizione, in ossequio al principio di conservazione degli atti processuali, ha fatto sì che gli atti esecutivi compiuti in dipendenza di un decreto ingiuntivo non integralmente confermato restassero comunque validi perché giustificati “a ritroso” dalla sentenza che accerta l’esistenza del credito, ma in misura minore rispetto a quella determinata dal decreto.

Il quesito che la giurisprudenza si è posta è se, in mancanza di una disciplina positiva dei casi di successione o trasformazione del titolo esecutivo, la previsione relativa al decreto ingiuntivo potesse considerarsi di portata generale. Plurime pronunce della Corte di Cassazione hanno dato risposta positiva, stabilendo che *«la norma del capoverso dell’art. 653 c.p.c., sebbene dettata in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, costituisce espressione di un principio generale valido per tutte le ipotesi in cui un provvedimento giurisdizionale provvisoriamente esecutivo, posto in esecuzione, venga modificato solo quantitativamente da un successivo provvedimento anch’esso esecutivo, sicché, iniziata l’esecuzione in base a sentenza di primo grado munita di clausola di provvisoria esecuzione, ove sopravvenga sentenza di appello che riformi la precedente decisione in senso soltanto quantitativo, il processo esecutivo non resta caducato, ma prosegue senza soluzione di continuità, nei limiti fissati dal nuovo titolo e con persistente efficacia, entro gli stessi, degli atti del titolo originario qualora la modifica sia in aumento, nel qual caso, per ampliare l’oggetto della procedura già intrapresa, il creditore ha l’onere di dispiegare l’intervento in base al nuovo titolo esecutivo costituito dalla sentenza di appello»* (5).

L’estensione dell’ambito di applicazione dell’art. 653 co. 2 c.p.c. non ha riguardato solo il caso in cui la sentenza di appello fosse di riforma di quella di primo grado, bensì ha ricompreso anche i casi in cui la sentenza di appello (o la sentenza che definisce l’opposizione a decreto ingiuntivo) fosse del tutto confermativa della sentenza di primo grado (o del decreto ingiuntivo).

In altre parole, anche nel caso in cui la successione di titoli esecutivi sia avvenuta per il tramite di una sentenza totalmente confermativa di quella di primo grado o del decreto ingiuntivo, non si avrà una caducazione della procedura esecutiva fino ad allora svolta, bensì la prosecuzione della stessa, sulla base del “nuovo” titolo esecutivo, da intendersi come un *continuum* del precedente (6).

(5) Cass., Sez. III, 18 aprile 2012, n. 6072, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 511.

(6) Si veda, B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell’esecuzione civile*, 2012, Giappichelli, p. 122 e ss.

Da queste riflessioni si può trarre la conclusione che il principio *nulla executio sine titulo* consenta che la procedura esecutiva abbia inizio con un titolo e prosegua con un titolo “diverso”, *sostitutivo* del precedente.

Nella pronuncia che si osserva, il titolo esecutivo è costituito da una sentenza di primo grado.

Tuttavia, per garantire una maggior completezza della trattazione, appare comunque opportuno soffermarsi sulla più ampia problematica relativa al caso in cui il titolo esecutivo che determina la successione sia una sentenza di secondo grado e quindi sul dibattito relativo all’effetto devolutivo dell’appello.

3. L’effetto devolutivo dell’appello.

L’effetto sostitutivo della sentenza di appello non è disciplinato positivamente.

Esso trae le mosse dall’originaria configurazione dell’appello come mezzo di gravame illimitato quanto a censure deducibili ed avente ad oggetto il rapporto giuridico controverso già deciso in primo grado (7). In quest’ottica, i motivi di impugnazione non avevano la funzione di delimitare l’oggetto della controversia rispetto al primo grado, ma solo quella di individuare i capi della sentenza di primo grado impugnati. E dunque, il giudizio instaurato in appello era a tutti gli effetti un *novum iudicium*, poiché il giudice di secondo grado disciplinava nuovamente il rapporto oggetto della controversia con riferimento a tutte questioni afferenti al capo impugnato (8).

Quindi, «anche quando il giudice d’appello conferma la sentenza impugnata, ciò vuol dire che egli pronunzia una sentenza con contenuto identico a quella o perfino che nella parte dispositiva vi si riferisce, ma non che quella conservi la sua efficacia; la sentenza, che contiene la decisione e spiega effetto imperativo, è anche in tal caso soltanto la sentenza d’appello» (9).

Questa concezione dell’appello come secondo grado di giudizio in senso pieno è stata posta in dubbio da una parte della dottrina e della giurisprudenza che, sulla base delle riforme legislative che hanno interessato questo mezzo di gravame, ha ritenuto che il giudizio di appello, da *novum iudicium* fosse diventato una *revisio prioris instantiae*.

In particolare, ci si riferisce alla modifica dell’art. 342 c.p.c. (10) per effetto della quale è disposto l’obbligo di motivazione dell’appello a pena di inammissibilità e l’obbligo di indicare le parti della sentenza oggetto di impugnazione, nonché l’esposizione degli errori commessi dal primo giudice in fatto o in diritto e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata (11).

(7) Sull’appello, si veda P. D’ONOFRIO, *Appello*, in *Dig. It. I*, Giappichelli, 195, p. 725 e ss.

(8) Sul punto, si veda diffusamente, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Cedam, 1973, p. 584.

(9) F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Cedam, 1936.

(10) Ad opera del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134.

Inoltre, a un ripensamento rispetto alla concezione dell'appello come giudizio di merito di secondo grado sull'analogha questione di diritto pendente in primo grado - sempre nei limiti dei capi impugnati - ha contribuito la riforma della legge n. 353 del 1990 che ha reso più stringente rispetto al passato la disciplina del cd. divieto di *nova* (12).

Una parte della dottrina (13) ha ritenuto che le riforme relative all'appello non incidessero sulla sua natura devolutiva. Con riferimento all'obbligo di motivazione, è stato affermato dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza che anche dopo le modifiche introdotte dal decreto legge n. 83 del 2012, l'appello resta un mezzo di impugnazione a critica libera con devoluzione automatica, anche se nei limiti delle specifiche censure che non necessitano peraltro di un particolare rigorismo formale, quanto piuttosto della precisa individuazione delle questioni investite dal gravame.

Considerazioni in parte analoghe sono state svolte rispetto al divieto di *nova*, che, a parere della dottrina prevalente, non comporta una ridiscussione dell'effetto devolutivo e l'eliminazione dell'effetto sostitutivo della sentenza d'appello, poiché lo stesso trova la propria ragion d'essere nel principio della domanda, valido anche per il secondo grado di impugnazione. È sulla base di questo principio che viene sancita la decadenza di domande ed eccezioni non riproposte in appello.

L'appello è dunque «l'unico gravame in senso stretto che esiste nel nostro ordinamento; come tale, esso è il mezzo di impugnazione che introduce il giudizio di secondo grado, ossia una fase del processo, nella quale il giudizio può venire rinnovato, non come semplice riesame della sentenza di primo grado, ma come nuovo esame della causa, nei limiti delle specifiche censure contenute nella domanda d'appello o meglio - dopo le modifiche apportate all'art. 342 c.p.c. dall'art. 54 del D.L. 22 giugno 2012 n. 83 (conv. alla l. 7 agosto 2012 n.

(11) La formulazione previgente dell'art. 342 c.p.c. si limitava a disporre che l'atto di appello dovesse contenere i motivi specifici dell'impugnazione.

(12) L'art. 345 c.p.c., nella formulazione previgente al 1990 disponeva: «*Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio*». Attualmente, dopo la riforma della legge n. 69 del 2009, l'articolo dispone: «*Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi [c.c. 1282], i frutti [c.c. 820] e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.*

Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.

Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio».

(13) Si veda, *ex plurimis*, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Tomo II, 2015, Giappichelli, p. 490 e ss.

134) - nei limiti dei “motivi” che sono in essa esplicitati. Perciò, con l’esclusione di quei capi o punti della decisione di primo grado che non siano stati investiti dall’appello, la sentenza di secondo grado è destinata ad eventualmente sostituirsi a quella di primo grado nel determinare un nuovo regolamento della controversia. Di qui il carattere “sostitutivo” dell’impugnazione di cui trattasi» (14).

E quindi, «in relazione alla natura di gravame che caratterizza l’appello, ed al fatto che esso introduce un riesame non della sentenza di primo grado, ma (nei limiti della domanda di appello) della stessa controversia che fu esaminata in primo grado, si può dire che l’oggetto del giudizio d’appello è, sia pure nei limiti delle censure “motivate” contenute nella domanda di appello, quello stesso della causa già decisa in primo grado» (15).

Contrariamente alle considerazioni finora svolte, una parte della dottrina e della giurisprudenza, muovendo dagli stessi interventi legislativi sull’appello, ha ritenuto che essi sancissero il passaggio definitivo dell’appello da *novum iudicium* a *revisio prioris instantiae*, sottraendogli così sia l’effetto devolutivo che quello sostitutivo (16).

Si intende facilmente come la ridiscussione della natura di gravame puro dell’appello abbia importanti ricadute sul titolo esecutivo. All’eliminazione dell’effetto devolutivo segue anche quella dell’effetto sostitutivo della sentenza di appello e dunque l’impossibilità che quest’ultima si sostituisca a quella di primo grado come titolo esecutivo. Al fine di approfondire la questione, si ritiene opportuno analizzare i principali interventi giurisprudenziali sul punto. Le pronunce della Suprema Corte hanno trattato la problematica relativa all’effetto sostitutivo dell’appello in relazione al caso di cassazione con rinvio della sentenza. Si è cercato quindi di comprendere quali fossero gli effetti della cassazione con rinvio della sentenza sul titolo e sulla procedura esecutiva, sia nei casi in cui essa fosse iniziata prima della pronuncia di cassazione con rinvio, che nel caso in cui fosse stata intrapresa in un momento successivo.

4. Evoluzione giurisprudenziale in tema di cassazione con rinvio.

Fino al 2013, malgrado la concezione di *novum iudicium* dell’appello fosse stata messa seriamente in discussione, la giurisprudenza di legittimità ha continuato in varie pronunce a ribadire l’effetto sostitutivo delle sentenze di appello di merito a quelle di primo grado come titolo esecutivo.

(14) C. MANDRIOLI, *Op. ult. cit.*, p. 494.

(15) C. MANDRIOLI, *Op. ult. cit.*, p. 412.

(16) In tal senso si veda, A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella «iconoclastica» del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 145; A. BRIGUGLIO, *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull’ammissibilità dell’appello*, *ibidem*, p. 573. In giurisprudenza, *ex multis*, si veda Cass. Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1433 che in relazione all’onere probatorio dell’appellante, ha ritenuto che lo stesso non riguardi, a differenza del primo grado, il rapporto giuridico controverso come si desumerebbe dall’effetto devolutivo dell’appello, bensì sia limitato alla fondatezza dei motivi specifici.

Come si diceva, queste pronunce si sono concentrate sul problema degli effetti delle sentenze di cassazione con rinvio sul titolo esecutivo e quindi sui limiti del cd. effetto espansivo esterno della sentenza di cassazione, disciplinato dall'art. 336 co. 2 c.p.c. In altre parole, il problema da cui hanno tratto le mosse queste pronunce è quello di capire se, una volta cassata con rinvio la sentenza di appello confermativa o riformativa di quella di primo grado, vi sarebbe stata una "reviviscenza" della sentenza di prime cure come titolo esecutivo, oppure se la procedura esecutiva sarebbe risultata caducata a causa di mancanza del titolo. Accanto a questi quesiti, vi era anche quello relativo alla sorte degli atti esecutivi già compiuti.

Al fine di analizzare le posizioni giurisprudenziali principali sul punto, si deve innanzitutto distinguere tra le sentenze d'appello integralmente confermativa nel merito (17) di quelle di primo grado da quelle parzialmente riformative (e quindi parzialmente confermativa). Inoltre, si deve scindere il caso in cui il soggetto abbia iniziato l'esecuzione sulla base della sentenza di primo grado, da quello in cui invece gli atti esecutivi siano stati posti in essere solo dopo la pronuncia di seconde cure.

Con riferimento alla prima distinzione, la Cassazione, sia nel 2009 (18) che nel 2013 (19) ha affermato che «la cassazione con rinvio della sentenza di secondo grado che abbia confermato quella di primo grado, posta a fondamento di un'azione esecutiva, produce effetti analoghi alla sentenza di secondo grado di riforma della prima, per come è normativamente sancito anche dall'equiparazione di cui all'art. 336 comma 2, ultimo inciso. Non vi è dubbio che gli atti pre-esecutivi ed esecutivi che siano stati posti in essere dopo la pronuncia della sentenza di appello cassata siano da questa dipendenti e vengano travolti ai sensi della norma da ultimo citata, anche quando si tratti di cassazione con rinvio al giudice di appello ai sensi dell'art. 383 c.p.c.» (20).

Nella sentenza n. 2955 del 2013, la Corte ha esaminato anche la seconda distinzione, ossia quella tra l'inizio dell'esecuzione prima e dopo la sentenza di appello cassata, estendendo il perimetro applicativo dell'art. 336 co. 2 c.p.c.

(17) Fino alle sentenze gemelle nn. 3074 e 3280 del 2013 - che verranno approfondite nel proseguo della trattazione - per le sentenze appello di rito era ritenuto pacifico che le stesse non si sostituissero a quelle di primo grado e che dunque il titolo esecutivo restasse la sentenza di prime cure.

(18) Cass. Sez. III, 27 marzo 2009, n. 7537, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 541.

(19) Cass. Sez. III, 7 febbraio 2013, n. 2955, in *C.E.D. Cass.*, n. 625370.

(20) Alle stesse conclusioni è giunta la Corte di Cassazione nella sentenza 12 marzo 2013, n. 6113, in *Giust. Civ. mass.* 2013, la quale ha affermato che «Come è giurisprudenza di questa Corte da cui non è il caso di discostarsi e che va ribadita, nell'ipotesi in cui la sentenza di appello che ha riformato quella di primo grado venga cassata con rinvio, non si ha una riviviscenza di quella di primo grado, posto che la sentenza del giudice di rinvio non si sostituisce ad altra precedente ma interviene direttamente sulla domanda proposta dalle parti, con la conseguenza che non sarà più possibile procedere in *executivis* sulla base di quella di primo grado, potendo una nuova esecuzione fondarsi esclusivamente sulla sentenza del giudice emessa in sede rescissoria».

anche oltre la sentenza di secondo grado, disponendo che gli effetti della sentenza di cassazione con rinvio, nel caso di sentenze confermative, travolgano anche gli atti esecutivi compiuti dopo la sentenza di primo grado, poiché «solo formalmente gli atti esecutivi appaiono come “dipendenti” dalla sentenza di primo grado. Ed invero, poiché è da ritenersi, per quanto sopra, che la sentenza di secondo grado si sia sostituita a quella di primo grado anche come titolo esecutivo, ed anche quando sia sopravvenuta nel corso del processo esecutivo, la sua cassazione con rinvio comporta la caducazione del titolo esecutivo, in ragione di quanto previsto dall’art. 336 c.p.c., comma 2, ult. inciso».

Questo dunque l’assetto risultante dalla giurisprudenza di legittimità fino al 2013.

Nello stesso anno, due sentenze gemelle della Corte di Cassazione (21) hanno capovolto l’assetto sinora delineato e la stessa concezione tradizionale dell’appello, definita dalla Corte di legittimità come «tralaticia».

Muovendo dal caso di cassazione con rinvio di una sentenza di appello di merito confermativa di una sentenza di primo grado, la Cassazione contesta l’idea tradizionale secondo cui la sentenza di secondo grado confermativa nel merito diventi l’unico titolo posto alla base dell’esecuzione e che dunque, qualora si inizi l’esecuzione dopo la definizione del secondo grado di giudizio, vada notificata, come titolo esecutivo, unicamente la sentenza di appello. Spiega la Cassazione che, accogliendo la concezione devolutiva dell’appello, ne deriverebbe che nei casi di cassazione con rinvio della sentenza di seconde cure, risulterebbe un difetto *ab origine* del titolo esecutivo da cui conseguirebbe la caducazione dello stesso.

La Corte sostiene che nessun effetto sostitutivo si determina con la sentenza di secondo grado confermativa. Al contrario, il titolo esecutivo risulterà, sia nel caso di sentenza confermativa che riformativa, dalla combinazione delle due sentenze. E ciò perché vi sarebbe una «incongruenza della stessa tesi di fondo dell’efficacia sostitutiva della sentenza confermativa: in effetti se vi è tale efficacia sostitutiva ed alle parole si deve dare un senso, allora la sostituzione come titolo della sentenza d’appello a quella di primo grado non può che determinare l’affrancarsi del nuovo titolo da quello che sostituisce. Il che dovrebbe comportare che la pretesa esecutiva estrinsecatasi sulla base della sentenza di primo grado dovrebbe sempre considerarsi *tamquam non esset*, perché ha avuto luogo sulla base di un titolo che non c’è più, essendone sopravvenuto uno nuovo. La conseguenza paradossale sarebbe che l’esecuzione pregressa, avvenuta sulla base della sentenza di primo grado si sarebbe dovuta ritenere automaticamente caducata: questo sarebbe stato l’effetto dell’attribuzione all’effetto sostitutivo di un valore assoluto». Alla luce di ciò, la Cassa-

(21) Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3074 e Sez. III, 12 febbraio 2013, n. 3280, in *Foro It.*, 2013, 10, c. 2900 con nota di N. MINAFRA.

zione propone di intendere la sostituzione solo come “a far tempo dalla sopravvenienza della sentenza di appello” e quindi non incidente sulla pretesa esecutiva pregressa.

Dalla concezione del titolo esecutivo come combinazione tra la sentenza di primo e di secondo grado, la Cassazione fa discendere la conseguenza che nei casi di cassazione con rinvio la caducazione coinvolga solo gli atti esecutivi direttamente dipendenti dalla sentenza di secondo grado, ma non anche quelli dipendenti dalla prima. Ciò perché la sentenza di primo grado non è scomparsa dal panorama giuridico, bensì ha continuato ad esistere affiancandosi a quella di secondo grado, risultando quindi il titolo esecutivo dalla combinazione delle due.

La Corte estende queste considerazioni anche alle sentenze di rito, ritenendo, con riferimento a queste ultime, che i giudici dell'esecuzione «per fornire l'apprezzamento sull'esistenza e il modo di essere della pretesa esecutiva ed esercitare i loro poteri non possono utilizzare solo la sentenza di primo grado, poiché intanto essa ha visto conservata la sua efficacia di titolo esecutivo, in quanto è stata “confermata” dalla pronuncia sull'appello in rito».

In conclusione, nei casi di sentenze confermative - sia nel rito che nel merito - delle sentenze di primo grado, il titolo esecutivo risulterà dalla combinazione delle due sentenze e dunque, la Cassazione con rinvio interverrà, con la caducazione, solo sugli atti dipendenti dalla sentenza cassata, mentre l'esecuzione potrà riprendere dall'ultimo atto dipendente dalla sentenza di primo grado. La Cassazione specifica inoltre che siffatte considerazioni resterebbero invariate anche nei casi in cui vi sia una sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo *ex art. 283 c.p.c.* Ciò perché «una volta sopravvenuta la sentenza di conferma della sentenza di primo grado, il relativo provvedimento sarebbe già stato travolto e legittimamente la pretesa esecutiva sarebbe stata esercitata sempre sulla base della combinazione fra la sentenza di primo grado e quella di appello».

Prosegue la Cassazione affermando che, nei casi in cui la procedura esecutiva sia iniziata sulla base della sentenza di primo grado e non sia intervenuta (o perché non richiesta o perché rigettata) una sospensione *ex art. 283 c.p.c.* dell'efficacia del titolo esecutivo, l'*art. 336 co. 2 c.p.c.* - nei casi di cassazione con rinvio della sentenza di appello di rito o di merito - interverrebbe solo sugli atti esecutivi strettamente dipendenti dalla sentenza di secondo grado e non anche su quelli compiuti prima della sua emanazione. «Se si ritenesse che la cassazione con rinvio estenda i suoi effetti all'esecuzione quanto agli atti compiuti fino al momento della sentenza d'appello riformata, si avrebbe che essi verrebbero caducati pur non essendosi basati - legittimamente - sulla dimensione assunta dalla pretesa esecutiva a far tempo dalla pronuncia di quella sentenza, bensì soltanto sulla forza esecutiva della sentenza di primo grado».

Dunque, qualora dopo la sentenza di primo grado siano stati posti in essere atti esecutivi ulteriori in dipendenza dalla sentenza di appello poi cassata,

essi dovranno ritenersi caducati, ma ciò non comporterà in alcun modo la caducazione di tutta la pretesa esecutiva, non essendo mai venuta meno la sentenza di primo grado posta a suo fondamento.

La Suprema Corte analizza anche il caso in cui la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *ex art. 283 c.p.c.* sia disposta dal giudice del rinvio. Essa afferma che «occorre ritenere che il potere di sospensione ai sensi dell'art. 283 del giudice di rinvio, concernendo anche l'esecutività della sentenza di primo grado, si presta ad essere utilizzato anche quando l'esecuzione sia già compiuta sulla base di essa e, dunque, in funzione di possibile rimozione degli effetti già verificatisi per il tramite dell'esecuzione e non caducati ai sensi dell'art. 336 co. 2». Malgrado la riforma dell'art. 283 c.p.c. (22), a parere della Corte non si può comunque ritenere che l'effetto prodotto da questa modifica sia quello di escludere che il giudice di appello possa intervenire sull'esecutività della sentenza anche una volta che il processo esecutivo abbia avuto inizio. E dunque, il giudice del rinvio, per mezzo dello strumento di cui all'art. 283 c.p.c., ha la possibilità di sospendere l'esecuzione in modo pieno, ossia con effetto di rimozione dell'esecuzione già avvenuta.

A parere della Corte, la soluzione tradizionale che ricollega alla cassazione della sentenza di appello una caducazione dell'intera procedura esecutiva sarebbe in contrasto con il principio di parità delle armi e quindi con l'art. 111 co. 2 Cost. poiché si porrebbe all'arresto della procedura esecutiva senza che vi sia stato ancora il vaglio del giudice del rinvio.

In ultima analisi, la Corte di legittimità analizza la posizione del giudice dell'opposizione al precetto o all'esecuzione, affermando che nel caso in cui il precetto, non seguito dall'esecuzione, sia stato intimato sulla base della combinazione tra sentenza di primo e secondo grado, ciò comporterà, nel caso di cassazione con rinvio, una caducazione del precetto *ex art. 336 co. 2 c.p.c.* E dunque, il giudice di opposizione al precetto dovrà considerare come fatto sopravvenuto la caducazione del titolo esecutivo accogliendo l'opposizione. Allo stesso modo, nel caso in cui l'esecuzione abbia avuto inizio successivamente alla sentenza di appello, il giudice di opposizione all'esecuzione non potrà che accogliere l'opposizione per le stesse ragioni.

Al contrario, quando sulla base della sentenza di primo grado sia stato intimato il precetto o siano stati posti in essere atti esecutivi, il giudice di opposizione al precetto o all'esecuzione, nel caso di cassazione con rinvio della sentenza di appello, considererà caducati solo gli atti esecutivi posti in dipendenza della sentenza di secondo grado, ma non caducherà la pretesa esecutiva.

Sempre in relazione alla posizione del giudice dell'opposizione all'esecuzione, la Corte conclude affermando che nel caso in cui il giudice del rinvio

(22) Legge 26 novembre 1990, n. 353. La riforma ha eliminato ogni riferimento all'ipotesi di revoca della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado.

abbia sospeso l'efficacia esecutiva *ex art.* 283 c.p.c., il giudice dell'esecuzione non potrà che accogliere l'opposizione dichiarando che il diritto di procedere all'esecuzione non esiste in quel momento, proprio in ragione della sospensione di efficacia esecutiva del titolo. Nel caso in cui invece la sospensione sia stata negata oppure non sia stata richiesta, il giudice dovrebbe rendere una decisione di rigetto dell'opposizione, dichiarando allo stato l'esistenza del diritto di procedere all'esecuzione.

La posizione assunta dalla Corte di Cassazione nel 2013 ha creato molte perplessità, pur essendo rimasta pressoché isolata nel panorama giurisprudenziale. L'assunto posto alla base di questa pronuncia è la traslazione dell'appello dal modello di gravame puro a mezzo di impugnazione, dovuto, a parere della Corte, a tutte le modifiche che dal 1990 hanno interessato il secondo grado di giudizio. In particolare, ciò che è stato modificato, a parere della Corte, è proprio l'oggetto dell'appello che non è più il rapporto controverso oggetto del giudizio di primo grado, bensì la parte della sentenza di primo grado di cui si chiede la censura.

Come ovvio, considerare l'appello non più come mezzo di gravame, bensì come mezzo di impugnazione in senso stretto, comporta la compromissione del suo carattere sostitutivo e dunque la concezione del titolo esecutivo come *mixtum* tra la sentenza di primo e secondo grado.

Tuttavia, come argomentato da una parte della dottrina (23), tutti i mezzi di impugnazione hanno come finalità principale la "rimozione" del provvedimento impugnato, cui tuttavia segue la sostituzione del provvedimento rimosso con una nuova statuizione. E dunque, pur essendo l'appello, in quanto impugnazione, diretto alla rimozione di una o più parti della sentenza di primo grado, esso continua ad avere ad oggetto l'originaria controversia proposta in primo grado, naturalmente nei limiti dell'effetto devolutivo.

Dunque, ciò che la dottrina ha sostenuto è che non vi sono elementi per stabilire che le modifiche legislative in tema di appello abbiano comportato la perdita del suo carattere sostitutivo (24).

Alla medesima conclusione è giunta anche la giurisprudenza di poco successiva (25) che, con riferimento al caso in cui una sentenza di appello statuisca sulla inidoneità della sentenza di primo grado a costituire titolo esecutivo, afferma: «nell'ipotesi di esecuzione fondata su titolo esecutivo costituito da

(23) F. DANOVI, *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1469; N. RASCIÒ, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, *passim*; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II ed., III, Giappichelli, 2012, p. 281 e ss.

(24) Sulla natura dell'appello, si veda G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giust. proc. civ.*, 2013, p. 23 e ss.; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"* in *Corr. giur.*, 2012, p. 1135 e R. POLI, *Il nuovo giudizio in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 133.

(25) Sez. lav., 8 luglio 2013, n. 16934, in *Giust. mass.*, 2013.

una sentenza di primo grado, la riforma in appello di tale sentenza determina il venir meno del titolo esecutivo, atteso che l'appello ha carattere sostitutivo e, pertanto, la sentenza di secondo grado è destinata a prendere il posto della sentenza di primo grado; anche nell'ipotesi in cui la sentenza d'appello fosse a sua volta cassata con rinvio, non si avrebbe una reviviscenza della sentenza di primo grado, posto che la sentenza del giudice di rinvio non si sostituisce ad altra precedente pronuncia, riformandola o modificandola, ma statuisce direttamente sulle domande delle parti, con la conseguenza che non sarebbe mai più possibile procedere *in executivis* sulla base della sentenza di primo grado (riformata della sentenza d'appello cassata con rinvio), potendo una nuova esecuzione fondarsi soltanto, eventualmente, sulla sentenza del giudice di rinvio». Con questa pronuncia dunque, non solo viene riconfermato l'effetto devolutivo del secondo grado di giudizio, ma anche l'esclusione della "reviviscenza" della sentenza di primo grado a seguito della cassazione con rinvio.

Suddetto orientamento viene riconfermato, sia pur nei diversi termini descritti, anche dalla sentenza in oggetto.

5. Considerazioni conclusive.

Dovendo trarre le somme dall'analisi finora svolta, è possibile affermare che la sentenza in esame ha il merito di chiarire gli effetti della sentenza di cassazione con rinvio sul titolo esecutivo.

All'interno della questione, si innestano due differenti problematiche: l'una è quella relativa alla portata dell'art. 336 c.p.c. e l'altra riguarda il fenomeno di successione del titolo esecutivo.

Il quesito relativo agli effetti della cassazione con rinvio sul titolo esecutivo si è sempre mostrato di difficile risoluzione. In primo luogo, i problemi interpretativi derivano dal fatto che il fenomeno di successione del titolo esecutivo non è positivamente regolato, se non nel caso di cui all'art. 653 co. 2 c.p.c., da cui la giurisprudenza ha tratto una "regola" con applicazione più ampia rispetto al solo decreto ingiuntivo. A ciò si aggiunga il fatto che quando il titolo esecutivo è costituito dalla sentenza di appello, alle questioni già menzionate se ne aggiunge una ulteriore, relativa alla natura del secondo grado di giudizio, da taluni inteso come una *revisio prioris instantiae* invece che come un *novum iudicium*.

L'enunciazione della presente sentenza ripristina l'orientamento prevalente precedente al 2013, anche se alla luce del permanente contrasto interpretativo, appare opportuno la rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Cassazione civile, Sezione Terza, sentenza 3 aprile 2015 n. 6822 - Pres. G. Salmé, Rel. R. Frasca, P.M. R. Finocchi Gherzi (cessazione della materia del contendere) - A. srl. (avv. D. Zurru) c. Tessiture P.R. spa (avv. ti G. Gobbi, M. Franchina).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§1. La s.r.l. A. ha proposto ricorso straordinario per cassazione contro la s.p.a. Tessiture P. R. avverso la sentenza del 28 ottobre 2011, con la quale il Tribunale di Bergamo ha accolto, con conseguente annullamento del provvedimento opposto, un'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c., proposta nel maggio del 2010 dalla detta s.p.a. per l'annullamento dell'ordinanza pronunciata il 26 aprile 2009, con cui lo stesso Tribunale in funzione di giudice della procedura esecutiva per espropriazione mobiliare, iscritta al n. r.g. 2454 del 2008 ed introdotta dalla medesima sulla base di titolo esecutivo rappresentato dalla sentenza n. 89 del 2007, emessa dal Tribunale di Bergamo, Sezione Distaccata di elusione, e recante condanna al pagamento delle spese giudiziali, aveva dichiarato la nullità della procedura esecutiva "con la conseguente estinzione" della stessa, in ragione della sopravvenienza della sentenza n. 635 del 2010, con cui lo stesso Tribunale di Bergamo aveva accolto un'opposizione ai sensi degli artt. 617 e 615 c.p.c., proposta dalla s.p.a., sentenza peraltro impugnata dinanzi alla Corte d'Appello di Brescia.

§2. Al ricorso, che propone sette motivi, i primi quattro dei quali articolati in distinte censure, ha resistito con controricorso la A.

§3. Parte ricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§1. Il Collegio rileva che con la sua memoria parte ricorrente ha evidenziato che, nelle more fra la proposizione del ricorso e l'odierna udienza, è intervenuta la sentenza n. 19876 del 29 agosto 2013, con la quale questa Corte - investita dalla A. del ricorso iscritto al n.r.g. 26456 del 2007 avverso la sentenza n. 89 del 12 luglio 2007 del Tribunale di Bergamo, Sezione Distaccata di elusione, costituente il titolo esecutivo posto a base dell'esecuzione forzata iscritta al n.r. 2454 del 2008 ed oggetto del giudizio cui si riferisce il ricorso che si giudica - ha disposto la cassazione con rinvio di detta sentenza, sebbene in relazione ad una sola delle censure accolte e, quindi, parzialmente.

Sulla base di tale sopravvenienza la ricorrente sostiene che sarebbe cessata la materia del contendere, in quanto il processo di esecuzione forzata iscritto al n.r. 2454 del 2008 ed oggetto dell'opposizione agli atti costituente la controversia cui si riferisce l'odierno ricorso è venuto meno, onde non vi sarebbe più interesse delle parti a discutere sulla legittimità dell'ordinanza la cui legittimità ne è oggetto.

§2. La prospettazione della ricorrente è corretta.

Va considerato che, ancorchè la cassazione della sentenza costituente il titolo esecutivo sia stata soltanto parziale, come emerge dalla sua lettura, ai sensi dell'art. 336 c.p.c., comma 1, essa ha travolto in ogni caso la statuizione sulle spese di quella sentenza, in quanto quest'ultima è una parte della sentenza, che per il suo carattere meramente accessorio all'intera decisione, supponeva che essa permanesse nella sua integralità.

Ne segue che nel giudizio di rinvio dovrà in ogni caso seguire, all'esito della pronuncia sull'oggetto di esso, una nuova statuizione sulle spese, che dovrà essere resa necessariamente all'esito della valutazione complessiva ai sensi dell'art. 91 e ss., dell'esito della decisione e, quindi, sarà del tutto nuova, senza alcuna possibilità che possa, quando sarà resa, rivivere quella posta a base della sentenza cassata (il che esclude che rilevi in questo giudizio la giurisprudenza di cui a Cass. n. 3074 e 3280 del 2013, per poter reputare che l'esecuzione iniziata e seguita per le

spese della sentenza cassata possa restare ferma nei suoi effetti prima della cassazione in attesa della decisione del giudice di rinvio e dei suoi successivi esiti). Nel caso di specie, del resto, la sentenza cassata era rappresentata da sentenza di rigetto di un'opposizione a precetto e, quindi, da una sentenza che sul merito aveva natura di decisione di mero accertamento, onde la statuizione sulle spese posta a base dell'esecuzione rappresentava l'unico aspetto condannatorio per cui la sentenza stessa avrebbe potuto farsi valere ed era stata fatta valere come titolo esecutivo. Da tanto discende che il titolo esecutivo su cui si fondava l'esecuzione in relazione alla quale venne proposta l'opposizione agli atti decisa con la sentenza impugnata con il ricorso oggi in esame è venuto meno, con la conseguenza che il relativo giudizio è rimasto privo, sebbene in via sopravvenuta, di oggetto: tale oggetto, infatti, era rappresentato dalla valutazione della legittimità di un atto, l'ordinanza dichiarativa dell'estinzione, che rappresentava espressione di una valutazione da parte del Giudice dell'Esecuzione del Tribunale di Bergamo su un particolare aspetto del *quomodo* della pretesa esecutiva basata sul titolo esecutivo irrimediabilmente venuto meno. È allora palese che, il venir meno del titolo posto a base dell'esecuzione è situazione che rende la contesa fra le parti sulla legittimità di quell'aspetto del tutto priva del requisito dell'interesse, dato che esso sussisteva in ragione della circostanza che l'ordinanza *de qua* era un atto di realizzazione dell'esercizio della pretesa esecutiva basata sul titolo stesso: venuto meno tale titolo emerge automaticamente che non v'è ragione di una pronuncia che accerti la legittimità o meno dell'ordinanza ai fini della sorte del processo esecutivo, dato che, essendo venuto meno l'atto fondante di tale processo e, dunque, restando caducata l'attività svolta in quest'ultimo, difetta qualsiasi interesse al detto accertamento.

Ne segue che il presente ricorso dev'essere dichiarato inammissibile in ragione dell'inesistenza del requisiti dell'interesse a coltivarlo, residuando soltanto la necessità di valutare la soccombenza su di esso in via virtuale ai fini del regolamento delle spese giudiziali.

Il principio di diritto che viene in rilievo è il seguente: **"La caducazione del titolo esecutivo costituito da una condanna alle spese accessoria a sentenza di rigetto di un'opposizione a precetto, per effetto di cassazione con rinvio di tale sentenza, comportando, ai sensi dell'art. 336 c.p.c., comma 2, la perdita di efficacia della statuizione sulle spese e, quindi, del titolo in base al quale sono stati compiuti gli atti della relativa procedura di esecuzione, determina la cessazione della materia del contendere sul giudizio di opposizione agli atti esecutivi concernente tale procedura e, quindi, sul ricorso avverso la sentenza pronunciata riguardo ad essa, del quale la Corte di cassazione sia stata investita. Ne segue che la Corte - sempre che non vi sia rinuncia al ricorso - deve rilevare la detta cessazione come fatto oggettivo incidente sull'interesse alla definizione del ricorso, il quale dev'essere, pertanto, dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse, salva la valutazione della soccombenza virtuale ai fini del regolamento delle spese del giudizio di cassazione".**

§3. L'assenza di deduzioni nella memoria della ricorrente riguardo alla decisione sulle spese in applicazione del principio della soccombenza virtuale e di una correlata istanza perchè si proceda alla sua valutazione, induce il Collegio a compensare le spese del giudizio di cassazione senza procedere all'esame del ricorso ai fini della individuazione di detta soccombenza.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. Compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile, il 9 dicembre 2014.

L'imparzialità del giudice e la "società democratica europea"

NOTA A CONSIGLIO DI STATO, SEZ. TERZA, SENTENZA 27 LUGLIO 2015 N. 3679

Chiara Bianco*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive - 2. Il fatto - 3. La questione di legittimità costituzionale: il legislatore italiano non avrebbe considerato il criterio del giudice naturale - 4. L'interpretazione finalistica del Consiglio di Stato.

1. Considerazioni introduttive.

La lettura della sentenza del Consiglio di Stato n. 3679 del 27 luglio 2015 è un'occasione per tentare di ricostruire un'immagine dell'ordinamento giuridico italiano, analizzando in particolare le caratteristiche attribuite al giudice nazionale dal sistema europeo. Lo studio di un tale tema, analizzando la posizione di un operatore giuridico particolarmente atteggiato quale il giudice nazionale (1), risulta complesso in ragione dell'esistenza di una rete di relazioni e rapporti tra fonti, organi e procedure. Il carattere relazionale dell'ordinamento si mostra in maniera peculiare nell'ambito applicativo (2) delle norme ed in particolare nella procedura (3) di interpretazione che vede il giudice na-

(*) Laureata in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) La peculiare posizione del giudice si pone nel contesto applicativo inteso in senso ampio: *"Tra i diversi tipi di operatori giuridici si è soliti ricordare soprattutto: il legislatore, il giudice (o, più in generale, il magistrato), il giurista teorico. Ma quest'elenco è tutt'altro che esaustivo. Sono da considerare operatori giuridici anche i rappresentanti e i funzionari delle pubbliche amministrazioni, alcune categorie di liberi professionisti - come gli avvocati e i notai - e gli stessi privati nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Così allargato l'elenco non deve sembrare pletorico. Ogni genere di attività sociale è suscettibile di assumere rilevanza giuridica e, chiunque sia partecipe di un qualsiasi tipo di attività avente rilevanza giuridica va qualificato come operatore giuridico. (...) Ogni operatore giuridico compie, necessariamente un'attività interpretativa. O, per dirla con altre parole, ogni tipo di attività interpretativa include degli atti ermeneutici"* V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Jovene editore, Napoli, 2011, p. 4.

(2) La valorizzazione del contesto applicativo è funzionale all'individuazione del risultato pratico che l'operatore intende raggiungere, pur nella consapevolezza che *"il rapporto fra interpretazione e applicazione, (...) non è una congiunzione occasionale ma un nesso di inscindibilità: che nel diritto non vi sia applicazione senza interpretazione può apparire chiaro, fino alla banalità; meno chiaro, ma altrettanto vero è però anche l'inverso: che non c'è interpretazione senza applicazione"* G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008, p. 161.

(3) La prima fase di tale procedura è costituita proprio dall'obbligo di risolvere il conflitto per mezzo dell'interpretazione conforme; esperito inutilmente il tentativo, la seconda fase della procedura prevede due meccanismi quali la disapplicazione, che pone la norma configgente (alle sole norme comunitarie) in uno stato di quiescenza, e l'accesso della questione alla Corte Costituzionale, in grado di porre nel nulla le norme. E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in CAPPUCIO L., LAMARQUE E. (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 241-302. Si evidenzia che l'obbligo di interpretazione adeguatrice deve essere inteso come

zionale chiamato a servirsi dei principi radicati nella Costituzione e dei principi elaborati in sede europea. Il carattere normativo dell'esperienza interpretativa delle Corti europee, la CGUE e la Corte di Strasburgo, nonché la tendenziale omogeneità dei principi e delle soluzioni permettono di conferire all'analisi un senso unitario (4). Lo studio sarà inoltre circoscritto alla ricerca del senso attribuito dall'ordinamento al valore (5) dell'imparzialità del giudice che il Consiglio di Stato ha analizzato in riferimento allo specifico principio del giudice naturale, preconstituito per legge. A tali fini sarà illustrato il complesso fatto che in materia di aiuti di Stato ha condotto il Consiglio di Stato ad indicare un'interpretazione adeguata dell'imparzialità.

Al fine di una lettura accurata della sentenza del Consiglio di Stato n. 3679 del 27 luglio 2015 è necessario considerare la peculiare natura dei principi giuridici: “norme senza fattispecie normativa predeterminata e a prescrizione generica” (6) grazie alla quale l'ordinamento giuridico può essere definito un sistema aperto, plasmabile alle concrete esigenze storiche e sociali. La stessa Corte costituzionale, con la meno recente sentenza n. 108/1962, aveva evidenziato una tale natura dei principi di imparzialità e di indipendenza del giudice ritenendo che *“Non è contestabile che il requisito dell'indipendenza è difficilmente configurabile in termini precisi, perché la sua regolamentazione propone problemi diversi secondo la diversità delle strutture statali e le epoche storiche”* osservando inoltre che *“non consente uniformità, dovendo adeguarsi alla varietà dei tipi di giurisdizione”*. Oltre al contenuto aperto dei principi, la Corte costituzionale ha chiarito che indipendenza ed imparzialità sono valori comuni, in senso più ampio, alla giurisdizione: *“esistono principi e valori, che attengono a tutte le giurisdizioni: ad esempio il principio dell'indipendenza dei giudici vale per tutte le giurisdizioni ordinarie e speciali.*

un “obbligo di mezzo e non di risultato” pertanto l'interprete opera nella consapevolezza che esistono anche altre tecniche di adeguamento, non dovendo individuare un risultato interpretativo a tutti i costi. G. PISTORIO, *Interpretazione e giudice. Il caso dell'interpretazione conforme a diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

(4) L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 399. L'Autrice in particolare riconosce come, a seguito dell'equiparazione giuridica della Carta Nizza ai Trattati, le due Corti tendano ad offrire uno standardizzato grado di tutela. L'adesione a valori giuridici comuni rappresenta una base per maggiori relazioni e convergenze di opinioni mentre il rischio della disparità di trattamento è affrontato regolando i rapporti tra le Corti sulla base del principio di sussidiarietà e del mutuo recepimento delle soluzioni interpretative.

(5) Il tema dell'imparzialità è complesso in ragione dell'intrinseca ambivalenza della nozione che può infatti assumere una portata sia oggettiva che morale. Tali concetti devono essere intesi in rapporto di dipendenza: affinché la responsabilità morale sia posta in funzione dell'imparzialità, *“a monte deve essere rispettata l'indipendenza del magistrato”*. L'imparzialità, in riferimento ad entrambi i profili, non è un dato scontato ma un valore da perseguire e tutelare. M. CHIAVARIO, *Indipendenza e responsabilità del magistrato: il contributo dei Giuliani “interdisciplinare”*, *Rivista di Diritto Processuale*, 2012, vol. 67, fasc. 3, pp. 668 - 678.

(6) V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2014, p. 37.

Se la giurisdizione speciale venisse ritenuta tale per carente attuazione di alcuni di tali principi e valori, si verserebbe certamente in errore, dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Tali principi non attengono alla giurisdizione ordinaria ma al concetto stesso "generale" di giurisdizione; sicchè i procedimenti disciplinati in violazione dei predetti principi non possono qualificarsi né "ordinari" né "speciali" in quanto ancor prima non costituiscono organi o procedimenti giurisdizionali (7). In altre parole la Corte costituzionale ha chiarito che l'indeterminatezza (8) è una qualifica propria della giurisdizione; un tale attributo, qualificando l'elemento generale finisce per caratterizzare anche gli specifici principi che compongono il senso della giurisdizione. Tale caratteristica può tuttavia essere intesa come un valore: permette infatti di ripensare le questioni che l'attualità pone, interpretando i dati nell'ottica dei presupposti culturali (9) nell'ambito del quale si animano. La sentenza in esame è quindi occasione per mostrare come il giudice nazionale contribuisca all'elaborazione di un "Diritto costituzionale europeo", definizione che delimita quello stesso spazio giuridico nominato - per mezzo del linguaggio metaforico - "società democratica europea" (10).

Ciò premesso risulta possibile illustrare il fatto (11) che ha dato al Consiglio di Stato l'occasione di interpretare gli specifici principi (12) che confi-

(7) Sent. Corte cost. 13 novembre 1962 n. 92; Sent. Corte cost. 16 giugno 1964 n. 43.

(8) N. PICARDI, *Alle origini della giurisdizione statale*, in F. CERRONE (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Giuffrè editore, 2012, p. 785 ss.

L'Autore evidenzia che sia la nozione di "giustizia" che la nozione di "giurisdizione" sono confuse ("né del tutto chiare, né del tutto oscure") e che nel tempo hanno assunto valenze e significati diversi. L'Autore in particolare attribuisce un valore relativo alle definizioni elaborate ritenendole parziali ed approssimative poiché ognuna riflette solo uno dei particolari aspetti che compongono le nozioni in esame.

(9) N. PICARDI, *Alle origini della giurisdizione statale*, in F. CERRONE (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, op. cit., p. 785 ss.

(10) Con l'immagine della "società democratica europea" sono stati espressamente delimitati gli spazi regolati dall'art. 8, 9, 11 CEDU, una parte della dottrina ha però tentato di ampliare i confini di una tale nozione. G. REPETTO, *Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. CERRONE (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Giuffrè editore, 2012, p. 575 ss. Evidenziata la natura metaforica della "società democratica europea" nonché l'intrinseca indeterminazione della nozione di giurisdizione, può sorgere un confronto in ragione della comune instabilità concettuale. L'esistenza di un elemento comune pone i due concetti in una relazione di somiglianza rilevante; una tale assimilazione è funzionale all'individuazione di un comune metodo di ricerca del significato attuale, nella cornice del "Diritto costituzionale europeo".

(11) Il complesso dei ragionamenti dei giuristi non può prescindere dalla ricognizione del fatto, soprattutto quando il giurista è chiamato ad interpretare le norme in un contesto operativo che impone il richiamo alle norme europee e alla metodologia delle Corti sovranazionali. L'esperienza applicativa europea mostra infatti al giurista come la rivalutazione del momento pratico e l'elaborazione scientifica non possano essere scisse. G. RIPETTO, *Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Cedu*, in F. CERRONE (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, op. cit., p. 575 ss.

(12) Il Consiglio di Stato ha illustrato l'interpretazione conforme delle norme censurate non solo rispetto al parametro europeo ma anche alla Costituzione. In particolare ha richiamato il principio del

gurano la prismatica nozione di giurisdizione, tra i quali figura il principio dell'imparzialità del giudice.

2. Il fatto.

Con la decisione 2000/394/CE, in data 25 novembre 1999, la Comunità europea qualificava come aiuti di stato i benefici contributivi introdotti dal legislatore nel periodo 1995/1997 (con l'art. 5 *bis* del d.l. n. 96/95, convertito dalla l. n. 206/95 e con l'art. 27 del d.l. n. 669/96, convertito dalla l. n. 30/97 che a sua volta rinviava al decreto ministeriale del 5 agosto 1994) in favore di datori di lavoro che svolgevano la propria attività nelle città di Chioggia e Vicenza. I benefici in questione risultavano incompatibili con il mercato comune in quanto le imprese della laguna beneficiarie “*venivano a trovarsi in una situazione più vantaggiosa rispetto alle imprese concorrenti che dovevano sostenere la totalità degli oneri, con il risultato che la concorrenza e gli scambi ne risultavano alterati*”. La Commissione affidava perciò all'Italia l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per il recupero degli aiuti dichiarati incompatibili con il mercato comune per mezzo di procedure di diritto nazionale. Nel settembre 2000 la decisione era stata impugnata da numerose imprese interessate innanzi al Tribunale di Lussemburgo che, avendo selezionato quattro cause pilota, respingeva i ricorsi. Anche la CGUE respingeva le impugnazioni con la sentenza C-71/09 del 9 giugno 2011 ed illustrato “*il principio dell'istruttoria caso per caso*” (13), evidenziava che una tale attività è attribuita allo Stato italiano. L'obbligo in questione era stato adempiuto elaborando un procedimento di recupero degli aiuti incompatibili affidato all'I.N.P.S. che in una prima fase aveva operato tramite cartelle esattoriali ai sensi del d.lgs. n. 46/1999. Tali cartelle erano state impuginate davanti al giudice del lavoro presso il Tribunale di Venezia con atti di opposizione, attivando articolati procedimenti che nella generalità di casi erano ancora in corso al momento della definitiva pronuncia sulle cause pilota della Corte di giustizia europea C-71/09 del 9 giugno 2011. La CGUE, con sentenza C-302-09 del 6 ottobre 2009, stabiliva che lo Stato italiano era venuto meno agli obblighi di adottare le misure necessarie al recupero dei benefici in questione; pertanto con la legge 24 dicembre 2012 n. 228 recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio an-*

giudice naturale precostituito per legge per dimostrare la legittimità sia della questione del riparto di giurisdizione che dell'estinzione *ex lege* delle procedure esistenti; ha inoltre negato la violazione del principio del contraddittorio, l'inversione dell'onere probatorio; ha illustrato l'interpretazione europea del principio del giudicato elaborata proprio in materia di aiuti di Stato. Ha infine confutato la questione della prescrizione del diritto al recupero dei benefici.

(13) L'istruttoria, caso per caso, “*si risolve logicamente in ambiti vincolati a presupposti fattuali e giuridici, certo riferiti alla posizione di ciascuna singola impresa, ma non tali da mettere in discussione, surrettiziamente, le chiare conclusioni della Decisione della Commissione europea e l'indirizzo generale delle corti comunitarie, assolutamente vincolanti per lo Stato italiano in ordine al carattere distorsivo della concorrenza degli aiuti concessi*” (Cons. Stato n. 2401/2015).

nuale e pluriennale dello Stato” venivano prese iniziative funzionali all’adempimento. In particolare, all’articolo 1, co. 351 e ss., sono state poste nel nulla sia l’azione di recupero precedentemente svolta dall’Inps che le conseguenti cause in corso presso il giudice ordinario. La competenza istruttoria è stata comunque attribuita all’INPS che, sulla base delle informazioni trasmesse dalle imprese e del parere espresso dall’AGCM, con l’avviso di addebito procedeva al recupero delle somme dovute. La giurisdizione veniva attribuita ex lege al giudice amministrativo. Nell’ambito di un tale ed articolato contesto l’INPS ha proposto ricorso presso il Consiglio di Stato n. RG 9315 del 2014, avverso la sentenza breve del Tar Veneto, Sez. I, n. 1150/2014. Con la sentenza impugnata il Tar Veneto ha ritenuto infatti che il ricorso proposto in primo grado dall’impresa beneficiaria avverso l’avviso di addebito fosse fondato, “assumendo la sussistenza di un difetto di istruttoria da parte dell’Amministrazione per non aver compiuto alcuna attività di verifica preordinata all’accertamento, in ciascuna fattispecie concreta, della idoneità delle agevolazioni fiscali alla produzione di un effetto distorsivo della concorrenza nel mercato interno, contravvenendo, pertanto, alla littera legis del testo di legge n. 228/2012”. L’appello è stato ritenuto fondato, anche sulla base della precedente sentenza 13 maggio 2015 n. 2401, a cui il Consiglio di Stato ha inteso conformarsi ai sensi dell’art. 88, comma 2, c.p.a in ragione dei numerosi aspetti comuni tra le molteplici cause attinenti alla stessa vicenda ed in particolare per l’omogeneità del settore - quello alberghiero (14) - in cui le vicende sono sorte. In primo luogo il Consiglio di Stato ha aderito all’interpretazione dei principi generali in materia di aiuti di stato e alla definizione della natura dell’obbligo di assicurare l’esecuzione della decisione europea come “obbligo di risultato e il recupero non deve essere solo effettivo, ma immediato”. Definiti i principi generali, il Consiglio di Stato espone “la sequenza di decisioni amministrative e giurisdizionali adottate in attuazione dei medesimi principi dai competenti organi della Unione europea nella concreta vicenda in esame con conseguente individuazione dei compiti che ne risultano in capo allo Stato italiano, tenendo conto che nella presente causa si discute della legittimità degli atti con i quali si è inteso dare loro attuazione”. Riesaminato per tali fini il fatto, si rileva che la natura delle decisioni europee ha carattere “ultimativo, definitivo e penetrante nel merito delle singole questioni” tanto da rendere evidente che allo Stato italiano sono stati attribuiti compiti meramente esecutivi, riguardanti esclusivamente il “recupero gli aiuti di Stato definitiva-

(14) “*Quanto specificatamente al settore alberghiero, occorre considerare che la disciplina degli aiuti di Stato, così come è stata elaborata dalla Commissione europea in applicazione dell’art. 107 (ex 87) del Trattato, non prende in considerazione le attività turistiche, ed in specie quelle alberghiere, con l’effetto che in tale settore non possono che essere applicati gli orientamenti elaborati con riferimento a tutte le altre attività economiche. Le attività turistiche, in quanto attività di impresa, vengono quindi equiparate alle attività delle imprese del settore manifatturiero*” (Cons. di Stato n. 2401/2015).

mente giudicati illegittimi dalla Corte di Giustizia limitandosi a verificare la situazione individuale di ciascuna impresa” mentre “non spettano allo Stato italiano le valutazioni concernenti le finalità o le motivazioni dell’aiuto”. Alla luce di tali premesse il Consiglio di Stato ha ritenuto che le procedure straordinarie predisposte ad hoc dalla legge n. 228 del 2012 (legge finanziaria per il 2013), art. 1 co. 351, basata su criteri di fattibilità e massima accelerazione nei tempi, siano legittime e giustificate anche dal prolungato stato di inadempienza in cui versava l’Italia. Il Consiglio di Stato pertanto ha poi analizzato le modalità di svolgimento di tali compiti da parte dell’INPS, essendo la controversia decisa dal Tar Veneto incentrata sulla carenza di istruttoria e sul difetto di motivazione degli atti di addebito. In tale sede, a seguito di un accurato esame, il provvedimento di primo grado è stato censurato dimostrando la piena legittimità dell’istruttoria in quanto svolta in conformità a quanto tassativamente previsto dai commi 351 ss. della legge n. 228/2012; parimenti è stata illustrata la legittimità delle motivazioni adottate negli avvisi di addebito. Il Consiglio di Stato rigetta infine l’eccezione di prescrizione del diritto al recupero dello sgravio in ragione della “diretta applicazione delle disposizioni della legge n. 228/2012, commi 351 e seguenti, che hanno tra l’altro posto nel nulla l’azione di recupero precedentemente svolta dall’Inps” e sulla base di un esame della giurisprudenza europea di riferimento. Anche in merito al giudicato interno e sul rispetto delle norme interne, la Sezione richiama l’orientamento del giudice europeo applicato costantemente dalla Corte di Cassazione secondo la quale “l’obbligatorietà del recupero, da parte dello Stato membro, non consente al giudice nazionale alcuna diversa valutazione al punto che nemmeno il giudicato di diritto interno (ex 2909 c.c.) può impedire il recupero privando la pronuncia giurisdizionale di quel carattere di immutabilità nel tempo che la caratterizzava. Inoltre la conformazione del diritto interno al diritto comunitario deve trovare attuazione anche con riguardo alle regole, processuali o procedurali (quali ad esempio quelle poste dalla legge n. 241 del 1990) che di tale diritto comunitario possono impedire una piena applicazione. Conseguentemente l’unica chiave interpretativa della normativa di diritto interno, anche con riferimento a profili di legittimità costituzionale delle norme nazionali, ruota attorno alla prevalenza del diritto comunitario sulla norma nazionale e sul fine precipuo di garantire l’esecuzione immediata ed effettiva della decisione di recupero per realizzare la certezza delle norme comunitarie che permettono una interpretazione conforme in tutti gli Stati membri. Inoltre, in ossequio al principio di supremazia del diritto comunitario, riconosciuto da tutti gli Stati membri, con perdita a favore delle istituzioni comunitarie della propria sovranità legislativa, le sentenze della Corte di Giustizia hanno effetti vincolanti per i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulle singole fattispecie recando norme integrative dell’ordinamento comunitario”.

3. La questione di legittimità costituzionale: il legislatore italiano non avrebbe considerato il criterio del giudice naturale.

Uno spazio autonomo è stato riservato poi all'esame di una serie di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 355 e 356, della legge n. 228/2012 e dell'art. 49 della legge n. 234/2012 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 101, 111 della Costituzione. Le violazioni inoltre emergerebbero dal contrasto con il diritto *“ad un processo giusto ed equo così come sancito dalla norma convenzionale di cui all'art. 6 della CEDU, l'illegittimità costituzionale della legge n. 228/2012 per contrasto con l'art. 117 c. 1 Cost., quale norma interposta con la disposizione convenzionale CEDU”*. In senso unitario la norma censurata non sarebbe compatibile con la nozione di giurisdizione, in relazione agli specifici profili che la animano: l'attribuzione della giurisdizione ad un giudice unico, l'imparzialità, la perdita del diritto all'azione in ragione dell'estinzione dei giudizi *ope legis*, l'asserita inversione dell'onere probatorio, la violazione della ragionevole durata del processo. Il Consiglio di Stato, in una visione pur unitaria e sistematica, ha chiarito la legittimità costituzionale delle disposizioni introduttive della procedura di recupero grazie ad un'interpretazione adeguata delle singole questioni. In tale contesto è stata censurata l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo poiché oltre a sottrarre le controversie in questione al giudice ordinario, inteso come giudice naturale, il legislatore avrebbe anche individuato il giudice *ex post facto*, violando il principio del giudice precostituito per legge. In altre parole l'imparzialità del giudice è stata intesa in riferimento alle specifiche qualifiche della naturalità e della precostituzione dell'organo giudicante. In merito alla prospettata violazione dell'art. 25 della Costituzione il Consiglio di Stato ha evidenziato che tale valutazione si basa su *“un'interpretazione distorta e strumentale del dettato costituzionale ed in particolare dell'art. 25, primo co., della Carta fondamentale”*. Nel caso in esame infatti, la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in esecuzione di una decisione di recupero *“confermano il ruolo neutrale del giudice amministrativo, supremo garante del pubblico potere in una materia ove gli interessi della collettività, orientati al recupero di somme illegittimamente erogate, appaiano prioritari e tutelabili soltanto attraverso l'esercizio di speciali poteri valutativi, costituzionalmente allo stesso riservati”*. In altre parole, il Consiglio di Stato non ravvisa nella norma in esame la violazione del principio dell'imparzialità del giudice, in riferimento allo specifico profilo della precostituzione del giudice rispetto al fatto oggetto di controversia. L'attrazione delle controversie che possono sorgere a seguito dell'applicazione della procedura di recupero dei benefici indebitamente versati nella sfera di operatività del giudice amministrativo risulta del resto giustificata dall'esigenza di adempiere con immediatezza ed efficacia agli obblighi comunitari.

4. L'interpretazione finalistica del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ha elaborato un'interpretazione adeguata a Costituzione (15) delle norme poste in attuazione degli obblighi europei sulla base di una valutazione finalistica (16) del principio del giudice naturale. Si tratta del resto di un criterio impiegato in molti casi dalla Corte costituzionale, secondo il quale non è ammissibile che la decisione di un giudice diverso da quello che risulta dall'automatica applicazione dei criteri precostituiti produca un risultato, anche ipoteticamente, non omogeneo a quello che si sarebbe ottenuto presso il giudice naturale (17). In riferimento alle norme censurate sussisterebbe una violazione del principio costituzionale soltanto se il giudice amministrativo ed il giudice ordinario non garantissero un grado di tutela omogeneo. Sul punto si osserva che la scelta del legislatore di attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo risponde all'esigenza di garantire l'"istruttoria caso per caso", non solo in adempimento all'obbligo di attuazione ma anche in funzione della più adeguata tutela (18). Il principio del giudice naturale così inteso tenderebbe inoltre a censurare le sole ipotesi di sostituzione del "giudice" come persona fisica. La difficile definizione dei confini di un tale principio, suscettibile di interpretazione ora soggettiva ora oggettiva, sarebbe del resto conseguente al carattere polisemico della parola "giudice" nonché all'uso ambivalente della nozione. Proprio in ragione di una tale ampiezza terminologica si animano le questioni applicative che potrebbero essere superate separando i diversi profili. In riferimento all'accezione soggettiva le norme in esame non appaiono censurabili; la norma è invece occasione per animare una riflessione, in termini oggettivi, sul riparto di giurisdizione. La correttezza dell'impostazione finalistica emerge anche dal punto di vista dell'esigenza di tutela, nell'ottica del risultato, alla base dell'art. 25 della Costituzione: i principi di terzietà ed imparzialità del giudice impongono che le decisioni siano

(15) Il giudice nazionale ha del resto "tre cappelli", essendo tenuto a fornire un'interpretazione delle leggi che sia adeguata alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea ed al diritto internazionale. Tali strumenti interpretativi non sono gerarchizzati: nei "casi difficili", quelli in cui le soluzioni interpretative non sono omogenee, la scelta della via interpretativa da percorrere appare perciò ardua. In altre parole, non sempre l'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali coincide all'interpretazione costituzionalmente orientata in ragione dell'uniformità di principi alla base dei diversi sistemi giuridici a confronto. G. PISTORIO, *Interpretazione e giudice. Il caso dell'interpretazione conforme a diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 377.

(16) A. PIZZORUSSO, *Giudice naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, 1989.

(17) A. PIZZORUSSO, *Giudice naturale*, op. cit. L'Autore in particolare richiama la sent. Corte cost. n. 56/1967.

(18) Nella sentenza si legge che "La complessità della materia relativa alla possibile distorsione della concorrenza, il panorama normativo e giurisprudenziale di riferimento anche in relazione alle implicazioni di carattere internazionale, ha spinto il legislatore ad individuare nel giudice amministrativo la sede giurisdizionale più opportuna per la trattazione di quei giudizi, contraddistinti da un temperamento del principio dispositivo tipico del sindacato giurisdizionale ordinario".

prevedibili e non sospette (19). A tal fine la disciplina positiva offre una serie di strumenti per prevedere l'esito della controversia indipendentemente dalla persona del giudice, dalla parti e dalle loro qualità; tra i vari strumenti non può che ritenersi incluso anche il criterio del giudice naturale e precostituito per legge inteso in senso finalistico. Il Consiglio di Stato ha valorizzato la scelta del legislatore sulla base di una valutazione delle caratteristiche del sindacato del giudice amministrativo e delle modalità di tutela così garantite in una materia dai confini incerti. Al fine di illustrare il ragionamento del Consiglio di Stato risulta utile richiamare brevemente le caratteristiche fondamentali delle modalità di recupero degli aiuti di Stato. L'accertamento della sussistenza dell'obbligo di recupero in sede europea costituisce titolo giuridico per l'azione restitutoria, secondo lo schema dell'art. 2033 c.c. Il recupero non integra una sanzione ma il mero ripristino della situazione esistente sul mercato interno precedente alla concessione e deve essere effettuato senza indugio, per mezzo di un procedimento predisposto dallo Stato membro (20). Si evidenzia che, anche in materia di aiuti di Stato, è operativo un rigido controllo della fase di attuazione alla stregua del quale, seppure lo Stato membro è vincolato ad un obbligo di risultato, l'Unione si riserva di valutare anche le precise modalità di adempimento (21). In merito alla tutela giurisdizionale le soluzioni

(19) G. COSTANTINO, *La prevedibilità delle decisioni tra uguaglianza e appartenenza*, Riv. Dir. proc. Civ., 2015, 3, p. 646.

Chiarendo il significato e la funzione della prevedibilità dell'esito giudiziario, l'Autore riconosce come la nozione si presti ad essere valutata in senso oggettivo: in riferimento all'accertamento dei fatti e all'applicazione delle norme. Il profilo soggettivo invece, assume rilevanza proprio in riferimento alla diversa questione dell'imparzialità e della terzietà del giudice. Comune a tali e diversi ambiti è il fine: l'efficienza della giustizia, che necessita della cooperazione di tutte le figure professionali chiamate alla costruzione e alla manutenzione della "cattedrale della giustizia".

(20) "Il recupero - che non integra una sanzione, bensì il mero ripristino della situazione esistente sul mercato interno precedentemente alla concessione dell'aiuto, ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 3 del Regolamento di procedura va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro, ove ne consentano l'esecuzione immediata ed effettiva. In conclusione, l'accertamento della sussistenza dell'obbligo di recupero avvenuta in sede comunitaria, integra il titolo giuridico per l'esercizio della relativa azione restitutoria alla stregua del pagamento di indebito di cui all'articolo 2033 cod. civ." (Cons. Stato n. 2848/2015). La sentenza citata tratta l'interessante tema della possibilità di invocare, in caso di benefici qualificati dalla Commissione come aiuti di Stato, il legittimo affidamento. Illustrata la funzione e l'origine pretoria del principio, il Consiglio di Stato esprime una posizione negativa, chiarendo che "la Corte di Giustizia UE ha costantemente sostenuto che il beneficiario di un aiuto concesso illegittimamente non può invocare il legittimo affidamento contro un ordine di recupero della Commissione, quando un operatore economico intelligente sarebbe stato in grado di accertarsi se l'aiuto riscosso era stato o meno notificato oppure se sia stata la stessa Commissione a fornire precise assicurazioni che una determinata misura non costituisse aiuto di Stato oppure che non fosse soggetta alla clausola sospensiva di cui all'articolo 108, paragrafo 3 del Trattato".

(21) In altre parole, il rischio dell'inadeguatezza delle soluzioni grava integralmente sullo Stato membro, le cui modalità di adempimento sono valutate in sede europea sulla base della più adeguata tutela dell'interesse dell'Unione. La legge 234/2012 ha perciò correttamente apportato "modifiche alle procedure, relative sia alla fase ascendente sia alla fase discendente del diritto UE, (...) allo scopo di rimediare alle criticità emerse nella prassi degli ultimi anni. Si spiegano così in questi termini le norme

caso per caso adottate in sede di attuazione, in assenza di una norma espressa, non erano omogenee. Ai fini del riparto di giurisdizione assumeva particolare rilievo la natura (22) del beneficio, che finiva per determinare la giurisdizione ora del giudice tributario (23) ora del giudice ordinario Sezione lavoro (24) oppure del giudice amministrativo. In ragione di una tale incertezza, lo stesso legislatore è intervenuto nell'ambito della legge 234/2012 che regola in generale la fase di attuazione degli obblighi comunitari, recependo un orientamento della giurisprudenza che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione in materia di recupero degli aiuti di Stato (25). Lo stesso Consiglio di Stato nella sentenza n. 2401/2015 ha chiarito che *“La giurisdizione esclusiva prefigurata nell’art. 49 l. 234/2012 va inquadrata alla luce della sua formula caratterizzante: “...gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all’articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999..”, “...a prescindere dalla forma dell’aiuto e dal soggetto che l’ha concesso.. La varietà delle forme di aiuto e l’intreccio*

in materia di aiuti di Stato, con un intero capo della legge, l’ottavo, ad essi dedicato, con disposizioni del tutto inedite rispetto al quadro normativo previgente” C. FAVILLI, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione delle politiche dell’Unione europea*, Riv. dir. internaz., fasc. 3, 2013, pag. 701.

(22) *“L’azione di recupero dipende dal tipo di aiuto concesso, non ne è indifferente: la restituzione di una elargizione statale indebita realizza una fattispecie affatto diversa dal pagamento ora per allora di una prestazione illegittimamente esentata o ridotta. In entrambi i casi per il diritto europeo si è di fronte ad un aiuto di Stato da recuperare, ma la natura, la struttura e il contenuto del recupero a cui deve procedere lo Stato interessato sono eterogenee. Ciò che appare, dunque, come un fenomeno unitario per il diritto europeo (che considera esclusivamente gli esiti economici tanto dell’aiuto quanto del rimedio) non lo è per il diritto nazionale (che non può non considerare la diversità fenomenologica degli aiuti di Stato concretamente concessi); la configurazione giuridica del rapporto tra lo Stato e le imprese tenute alla restituzione di aiuti incompatibili varia in relazione alla tipologia di aiuto concesso”* G. ZANCHI, *L’aiuto di Stato incompatibile, il suo recupero e il diritto privato*, Europa e Diritto Privato, fasc. 3, 2014, pag. 1051.

(23) La Dottrina ha chiarito la distinzione tra gli aiuti diretti dagli aiuti indiretti; mentre nel primo caso *“l’attribuzione di un beneficio selettivo ad un’impresa può essere conseguenza dell’adozione di un provvedimento amministrativo (...) che l’Amministrazione concedente può in linea di principio revocare o annullare”* nel secondo caso, la relazione si instaura con l’applicazione della disciplina impositiva di tariffe, tributi o contributi. G. ZANCHI, *L’aiuto di Stato incompatibile, il suo recupero e il diritto privato*, op.cit. Si chiarisce che la disciplina degli aiuti di Stato ha interessato in maniera sempre più ampia l’operatore tributario: se in origine erano suscettibili di essere definite tali solo le agevolazioni, ad oggi tale impostazione è riduttiva: *“non sono più le agevolazioni il fulcro della disciplina degli aiuti di Stato, ma tutti i trattamenti impositivi (potenzialmente) discriminatori o anticoncorrenziali, che possano essere qualificati come aiuti di Stato. Oggetto di tale divieto divengono, pertanto, le disposizioni di ogni sistema tributario, i tributi, l’insieme di tributi che potenzialmente possano presentare tutti i requisiti della fattispecie e produrre un effetto selettivo, discriminatorio o anticoncorrenziale. Il passaggio in esame, già latente in alcuni precedenti della Corte di Giustizia, si è conclamato nella sentenza Gibilterra, molto importante nella ambito della presente indagine”* R. MICELI, *La metamorfosi del divieto di aiuti di Stato nella materia tributaria*, Rivista di Diritto Tributario, fasc. 1, 2015, pag. 31.

(24) Sulla base delle norme del rito sommario di cognizione.

(25) Alle liti in questione, di natura impugnatoria, oppositiva, si applica il rito abbreviato (art. 109 c.p.a.).

di norme, di ordinamenti, di amministrazioni e di situazioni giuridiche concrete, spiega, in termini costituzionali (art. 103 Cost.), la scelta da parte del legislatore della attribuzione della giurisdizione esclusiva ad un giudice unico delimitando, d'altro canto, alcuni limiti di tale giurisdizione che pur sempre opera entro un ambito preciso atteso che gli atti ed i provvedimenti nazionali di recupero sono adottati, per definizione dell'art. 48 e dell'art. 49 l. 234/2012, in esecuzione di una decisione di recupero della Commissione europea". La norma oggetto di censura risulta pertanto coerente ed omogenea all'indicazione generale della legge 234/2012 che, radicando tutti i giudizi in questione innanzi al giudice amministrativo, ha donato chiarezza (26) ad una materia sul punto incerta. La scelta del legislatore oggetto di censura, essendo conforme alla *ratio* dell'art. 49 legge 234/2012, ha un intento sistematico: ricondurre la particolare vicenda del recupero dei benefici illegittimamente concessi ai lavoratori di Chioggia e Vicenza alla regola generale. Il legislatore criticato perciò lungi dal violare il principio del giudice precostituito per legge lo considera invece quale criterio (27) normativo, funzionale a garantire la prevedibilità dell'esito giudiziario nell'ottica della più adeguata tutela. Del resto, pur in assenza di un intervento legislativo *ad hoc* in punto di giurisdizione, l'operatore giuridico avrebbe potuto ricostruire la regola (28) sulla base delle indicazioni della giurisprudenza e della generale soluzione indicata nella legge

(26) Del resto è la stessa tensione alla certezza del diritto che impone, sotto il profilo tecnico, da una parte la chiarezza della legge, dall'altra la costanza e la coerenza dei giudizi. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, 1976, p. 293.

(27) A. PIZZORUSSO, *Giudice naturale*, op. cit.

(28) Seppure avesse ragionato in termini di eccezione rispetto alla regola generale contenuta nella legge 234/2012, si noti che *"la tendenza a ragionare per eccezione tipica del "modello giuridico" esprime propensioni inevitabilmente centrifughe rispetto alla regola (...) Nella prospettiva dell'eccezione gli eventi sono infatti necessariamente e sempre unici ma questa unicità, lungi dall'esprimere percentualmente la limitatezza del loro rilievo, sul piano generale indicano piuttosto la loro capacità di ridefinire esattamente dal lato opposto i complessi contesti nel cui ambito si colloca la regola"* A. DE NITTO, *Ancora su scienza e tecnica nella giurisprudenza*, in F. CERRONE (a cura di), *Alessandro Giuliani: il giurista e l'interpretazione tra logica ed etica*, op. cit. p. 154. Si evidenzia che la riflessione dell'Autore è posta nell'ambito della trattazione del diverso tema relativo all'uso della tecnica del precedente ed è presentata in tale nota come una mera suggestione di carattere metodologico. Abilita probabilmente un tale collegamento la somiglianza, in ordine alla configurazione dei casi di *"effetto giuridico sopravvenuto"*, tra l'ipotesi di un mutamento di giurisprudenza e dell'entrata in vigore di una norma nuova. In un contesto in cui il giurista teorico analizza con maggiore interesse le caratteristiche del "diritto giudiziario", in ragione dell'analogia in ordine agli effetti del mutamento, sarebbe opportuno estendere le tutele e le garanzie elaborate all'ipotesi di mutamento del legislatore. S. TURATTO, *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 6, 1149. Nel caso in esame il problema non si pone tuttavia neppure in quest'ottica poiché l'intervento legislativo ha regolato una realtà dai confini incerti; non esistendo una regola predeterminata in punto di giurisdizione, si procedeva in via interpretativa sulla base del criterio della natura dell'aiuto. Peraltro il legislatore è intervenuto *"per riportare a normalità, all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario, una situazione di prolungata e risalente inadempienza dello Stato italiano (la Commissione si era pronunciata il 25 novembre 1999) suscettibile di determinare pesanti conseguenze sanzionatorie a carico dell'Italia da parte della stessa Unione Europea"* (Sent. Cons. Stato in esame).

234/2012. Anche l'elemento temporale (29) ha rilevanza nell'ambito della procedura di interpretazione adeguata alla Costituzione delle norme censurate: l'esigenza di procedere in maniera efficace ed immediata (30) emerge non solo dal carattere risalente della vicenda ma soprattutto dall'insufficienza delle soluzioni adottate dallo Stato italiano. L'ottica temporale e funzionalista, imposta del resto dalla sussistenza di obblighi comunitari la cui violazione comporta l'infrazione dello Stato, può indurre a considerare la questione del riparto di giurisdizione come un elemento di rigidità, *“sicchè essa male risponde talora alle esigenze particolari dei tempi, dei luoghi e delle persone”* (31). In altre parole il legislatore ha in ogni caso garantito la tutela giurisdizionale dei beneficiari e ciò ridimensiona, per le ragioni sopra esposte, la questione dell'inadeguatezza della norma al criterio del giudice naturale, esaurendosi in una questione interna di riparto della giurisdizione. Il legislatore non ha negato la giurisdizione e perciò il diritto all'azione, ha invece uniformato una situazione caratterizzata da incertezza alla regola generale. Un tale ridimensionamento si pone nella consapevolezza che le questioni “interne” (32) non per questo

(29) Il caso in esame mostra come *“la temporalità non è quindi una dimensione che opera nello sfondo delle dinamiche interpretative”*. G. REPETTO, *Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 578.

(30) Il legislatore ha *“posto disposizioni di carattere straordinario ed emergenziale e meramente attuativo ed esecutivo, a fronte delle stringenti sollecitazioni della Corte di Giustizia e della Commissione europea (comunicazione del 10.7.2012)”*. Il regolamento in attuazione dell'art. 108 FUE, all'art. 14, par. 2, reg. 659/99 stabilisce infatti che *“il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione”*.

(31) E.P. CASELLI, *Magistratura, Digesto italiano*, Vol. XV, 8 dicembre 1903. La fissità e l'indeclinabilità della giurisdizione è un carattere comune a tutti gli stati continentali poiché tutti hanno subito arbitri dei principi in materia di giustizia mentre *“dà il beneficio, talora più teorico che pratico, d'una grande fissità e certezza nello svolgimento della funzione giurisdizionale della magistratura dà però alla medesima rigidità, pesantezza, lentezza d'azione sicchè essa male risponde talora alle esigenze particolari dei tempi, dei luoghi e delle persone”*.

(32) Con più ampie criticità la questione può essere posta in riferimento alla natura “interna” del principio di intangibilità del giudicato e alle nuove riflessioni che un tale limite ha animato in sede di interazione del sistema nazionale con il sistema europeo. Proprio la materia degli aiuti di Stato è un osservatorio delle *“rivestizioni”* del principio del giudicato ed in particolare dell'elaborazione del principio del giudicato a formazione progressiva. M. LEMBO, *I rapporti tra giudicato nazionale e diritto dell'Unione nella giurisprudenza della CGUE, Dir. e Prat. Trib.*, 2015, 6, p. 936. Nell'ambito del caso in esame è stata prospettata l'illegittimità della norma anche in riferimento a tale profilo afferente alla giurisdizione. La sentenza del Consiglio di Stato 2401/2015 sul punto ha chiarito che *Sul giudicato interno e sul rispetto delle norme interne, la Sezione richiama l'orientamento del giudice comunitario (v. Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, in causa C-119/05, Lucchini; Corte di Giustizia, 3 settembre 2009, in causa C-2/08, Olimpiclub) applicato dalla Corte di Cassazione con numerose pronunzie (Cass. sez. un. n. 26948 del 2006; n. 6756 del 2012; n. 6538 del 2012; n. 7162 del 2013 ed altre) che ha rilevato che l'obbligatorietà del recupero, da parte dello Stato membro, non consente al giudice nazionale alcuna diversa valutazione al punto che nemmeno il giudicato di diritto interno (ex 2909 c.c.) può impedire il recupero privando la pronunzia giurisdizionale di quel carattere di immutabilità nel tempo che la caratterizzava. Inoltre la formazione del diritto interno al diritto comunitario deve trovare attuazione anche con ri-*

scolorano alla luce delle nuove questioni che l'interazione tra sistemi anima sulla base del principio di prevalenza dell'ordinamento comunitario. Il Consiglio di Stato, sulla base del ragionamento già illustrato nell'ambito della sentenza n. 2401/2015, ha correttamente affrontato la questione del riparto di giurisdizione nella consapevolezza che essa implica il delicato tema del rapporto (33) tra autonomia procedurale dello Stato membro ed obbligo di interpretazione conforme. Del resto, anche la questione di legittimità costituzionale della norma è stata elaborata sulla base di un tale contrasto che il remittente tuttavia ha reputato insanabile (34). Il Consiglio di Stato ha invece illustrato che *“il giudice nazionale non è competente a sindacare nel merito la compatibilità dell'aiuto di Stato con il diritto comunitario; la valutazione è riservata alla Commissione e poi alla Corte di Giustizia. In questi casi lo Stato italiano non ha di norma la possibilità di operare una valutazione difforme da quella operata in sede comunitaria poiché l'interesse da bilanciare con le aspettative delle imprese destinatarie degli aiuti ha carattere sovranazionale e riguarda l'attuazione di vincoli di matrice comunitaria: la vera questione, la compatibilità o meno dell'aiuto di Stato, si consuma soprattutto nella giurisdizione e nel diritto dell'Unione con l'effetto che la giurisdizione amministrativa è concorrente, ma subordinata alla giurisdizione della Corte di Giustizia. In ogni caso il legislatore ha configurato l'aiuto di Stato come una materia particolare, delimitata ed unitaria, grazie alla formula dell'art. 49 “a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”, nella prospettiva di un'unica norma di riferimento posta dall'art. 108 del TFUE, preordinata alla*

guardo alle regole, processuali o procedurali (quali ad esempio quelle poste dalla legge n. 241 del 1990) che di tale diritto comunitario possono impedire una piena applicazione. Conseguentemente l'unica chiave interpretativa della normativa di diritto interno, anche con riferimento a profili di legittimità costituzionale delle norme nazionali, ruota attorno alla prevalenza del diritto comunitario sulla norma nazionale e sul fine precipuo di garantire l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione di recupero per realizzare la certezza delle norme comunitarie che permettono una interpretazione conforme in tutti gli Stati membri. Inoltre, in ossequio al principio di supremazia del diritto comunitario, riconosciuto da tutti gli Stati membri, con perdita a favore delle istituzioni comunitarie della propria sovranità legislativa, le sentenze della Corte di Giustizia hanno effetti vincolanti per i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulle singole fattispecie recando norme integrative dell'ordinamento comunitario”.

(33) La connessione è ambigua e lascia *“aperti margini di incertezza piuttosto rilevanti. Interpretazione conforme e autonomia procedurale sono del resto due tra i meccanismi di funzionamento del diritto europeo ove maggiore è il problema della garanzia della certezza del diritto. Vi sono, peraltro, altri significativi punti in comune tra i due strumenti. Entrambi fanno leva sull'idea del giudice interno come organo dell'ordine giudiziario europeo. Entrambi in qualche modo sono ricondotti al sistema dei Trattati e al principio di leale cooperazione”* S.C. MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme a diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6, 2014, pag. 1175.

(34) Il procedimento di interpretazione conforme rappresenta invece uno strumento interpretativo ulteriore e funzionale alla ricerca di soluzioni che permettono di *“salvare”* la disposizione che appare illegittima. Una tale considerazione potrebbe concretizzare la nota indicazione della stessa Corte costituzionale: *“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è possibile darne interpretazioni costituzionali”* (Corte. cost. n. 356/1996).

tutela della concorrenza ed alla protezione dei rapporti di mercato effettivi e non lesivi del diritto d'impresa". Pertanto il principio del primato si mostra in materia di aiuti di Stato sia sul piano normativo, assumendo carattere preminente l'art. 108 TFUE, sia sul piano giurisdizionale. La giurisdizione interna, che sia attribuita al giudice ordinario oppure al giudice amministrativo, è chiamata a mostrarsi in applicazione del procedimento di interpretazione conforme ed è in ogni caso subordinata alla giurisdizione della CGUE. Inoltre il giudice ordinario ed il giudice amministrativo sono allo stesso modo chiamati a sollevare la questione pregiudiziale di interpretazione, ex art. 267 TFUE, grazie alla quale la CGUE attribuisce alla disposizione europea un significato autentico che orienta ed uniforma le scelte applicative del giudice nazionale (35). Per tali ragioni la questione così prospettata non assume rilievo: nell'ottica dell'operatore giuridico europeo il valore dell'imparzialità si concretizza nella neutralità del giudice, il quale, al di là della questione interna del riparto di giurisdizione, deve apparire come *"supremo garante del pubblico potere, in una materia ove gli interessi della collettività, orientati al recupero di somme illegittimamente erogate, appaiono prioritari e tutelabili soltanto attraverso l'esercizio di speciali poteri valutativi, costituzionalmente allo stesso riservati"* (36). Il Consiglio di Stato, in conformità alle indicazioni fornite con la sentenza n. 2401/2015, ha perciò correttamente interpretato il problema dell'interazione della norma processuale nazionale con il sistema europeo. Il principio di prevalenza dell'ordinamento comunitario si è concretizzato nell'operatività del procedimento di interpretazione conforme della norma processuale ai principi europei (37), per mezzo dei quali nell'ordinamento italiano transita un sistema di valori e di interessi sovranazionali che in materia di aiuti di Stato compongono l'immagine del mercato unico europeo. In altre parole, il Consiglio di Stato ha adempiuto, in riferimento al criterio del giudice naturale, all'obbligo di attivare la procedura di interpretazione adeguatrice delle norme censurate (38).

(35) A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di Diritto privato. La tutela dei diritti*, P. RESCIGNO (a cura di), Torino, Utet, 1998.

(36) Cons. Stato n. 2401/2015.

(37) *"Si tratta di ricercare una "interpretazione" delle regole di procedura che non ostacoli l'applicazione del diritto materiale UE da parte delle corti. Parte della dottrina a tale riguardo ha impiegato il termine "funzionalizzazione" di tali regole al diritto UE come forma specifica che assume la tecnica dell'interpretazione conforme nell'ambito del principio di autonomia procedurale"* S.C. MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme a diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, op. cit.

(38) Infatti, *"anche nel giudizio di non manifesta infondatezza, tentare di ricondurre ad unitarietà la complessità dell'ordinamento nel momento del suo effettivo riscontro, individuando dalla disposizione quella sola norma che può trarsi sul piano della giuridica esistenza. La quale non potrà che essere l'interpretazione conforme a Costituzione"* G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il giudice e la Costituzione tra "non manifesta infondatezza" e "interpretazione adeguatrice"* in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Edizioni Scientifiche italiane, 2006, p. 508.

Si segnala infine che la questione dell'imparzialità dell'organo giudicante è stata di recente affrontata anche dalla giustizia tributaria. Con l'ordinanza n. 280/3/2014, la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia ha infatti rimesso alla Corte costituzionale una serie di questioni di legittimità costituzionale di un complesso di norme che configurano l'imparzialità e l'indipendenza del giudice tributario in relazione all'art. 6 CEDU e all'interpretazione che di tale norma è fornita dalla Corte di Strasburgo. In particolare la Corte di Strasburgo ha interpretato il valore dell'indipendenza nel senso che possono esistere "condizioni esteriori", a livello di "mere apparenze", che possono compromettere o pregiudicare l'amministrazione imparziale della giustizia (39). Nel caso *Delcourt* (40) la Corte ha trovato l'occasione per affermare che "*justice must not only be done; it must also be seen to be done*": sulla base di una tale interpretazione del valore dell'imparzialità, il sistema tributario italiano non garantirebbe rimedi specifici a tutela delle apparenze.

Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 27 luglio 2015 n. 3679 - Pres. Romeo, Est. Palanza - Istituto Nazionale Previdenza Sociale (avv.ti A. Sgroi, L. Maritato, C. D'Alosio, E. De Rose) c. Soc. C. & D.O. s.r.l. (avv.ti M.E. Verino, L. Tosi, N. Bardino).
(...)

FATTO e DIRITTO

I fatti di causa possono essere sintetizzati come segue:

Con l'art. 5 *bis* del d.l. n. 96/95, convertito dalla l. n. 206/95 e con l'art. 27 del d.l. n. 669/96, convertito dalla l. n. 30/97 che a sua volta rinviava al decreto ministeriale del 5 agosto 1994, il legislatore italiano ha introdotto una serie di benefici contributivi nel periodo 1995/1997 in favore dei datori di lavoro che svolgevano la loro attività nelle città di Chioggia e Venezia. Di tali benefici non veniva data preventiva comunicazione alla Commissione europea al fine di valutarne la compatibilità con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato. La Comunità europea, venuta a conoscenza della erogazione di tali benefici, avviava un procedimento che si è concluso con la decisione del 25 novembre 1999 (2000/394/CE). Nella predetta decisione si è statuito che i benefici fruiti dalle aziende ai sensi della sopradetta legislazione e dell'art. 1 del d.m. 5.8.1994 sono aiuti di stato e sono incompatibili con il mercato comune quando sono stati accordati ad imprese che non sono piccole e medie imprese e che sono localizzate al di fuori delle zone aventi diritto alla deroga prevista.

(39) L.P. COMOGLIO, *Precostituzione, indipendenza ed imparzialità del giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di) *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 95; l'Autore richiama in nota la sentenza CEDU, 26 ottobre 1984, *Cubber*.

(40) Corte Cedu sent. 17 gennaio 1970. L'esigenza che sia garantita l'apparenza di indipendenza dell'organo giudicante è stata affermata - in questo caso - in sede penale; l'applicazione di tale principio in materia penale è stata fornita invece nel caso *Ocalan*, sent. 12 maggio 2005. In particolare è stato stabilito che l'apparenza di indipendenza non sia garantita considerando soltanto la composizione dell'organo giudicante quando si pronuncia sulla condanna dell'imputato. Per conformarsi ai requisiti dell'art. 6 in materia di indipendenza, il tribunale contestato deve infatti apparire indipendente dal potere esecutivo o legislativo in ciascuna delle fasi del procedimento.

Tale Decisione della Commissione europea era stata assunta a conclusione di una articolata e dialettica fase istruttoria in cui era intervenuto, non solo lo Stato italiano con le proprie osservazioni e chiarimenti, ma anche il Comune di Venezia ed il comitato “Venezia vuole vivere” che aveva presentato uno studio effettuato dal Coses (consorzio per la ricerca e la formazione) inteso a dimostrare le difficoltà che le imprese operanti nella laguna incontravano rispetto alle imprese della terraferma concludendo per l’assenza di un effetto reale o anche potenziale di distorsione della concorrenza.

La stessa Commissione insistente chiedeva all’Italia ulteriori notizie e chiarimenti.

La Decisione della Commissione europea del 25 novembre 1999 (punti 61 e ss. e paragrafo V, Conclusioni), dopo avere esaminato, sia alcuni casi particolari ad essa sottoposti, sia le problematiche di carattere generale del regime di aiuti, statuiva che le imprese della laguna, di norma, venivano a trovarsi in una situazione più vantaggiosa rispetto alle imprese concorrenti che dovevano sostenere la totalità degli oneri, con il risultato che la concorrenza e gli scambi ne risultavano alterati.

In alcuni casi in cui la Commissione aveva avuto la concreta disponibilità dei dati di fatturato aziendale e del flusso di origine dei clienti e dunque era possibile una analisi individuale, caso per caso. Lo stesso organo ha giudicato sistematicamente irrilevanti, tranne sporadiche eccezioni, tutte le pur articolate argomentazioni presentate, ritenendo assorbente, ai fini della applicazione della normativa in esame, la considerazione della astratta potenzialità dell’aiuto a incidere sugli scambi comunitari.

Solo in specifici casi gli aiuti concessi dallo Stato italiano venivano considerati in astratto compatibili con il mercato comune, se accordati alle piccole e medie imprese (PMI) ai sensi della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle piccole e medie imprese, alle imprese che non corrispondevano a tale definizione, localizzate in una zona ammissibile alla deroga di cui all’art. 87, paragrafo 3, lett. c), del Trattato, a qualsiasi altra impresa che assumeva categorie di lavoratori con particolari difficoltà di inserimento o di reinserimento nel mercato di lavoro secondo gli orientamenti comunitari in materia di occupazione (punto 105).

A ciò doveva aggiungersi il criterio *de minimis*, come criterio di ordine generale escludente l’obbligo di recupero (punto 110).

Sulla base di tale decisione la Commissione affidava all’Italia l’obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per recuperare presso i beneficiari gli aiuti dichiarati incompatibili con il mercato comune secondo le procedure del diritto nazionale e con relativi interessi a decorrere dalla data in cui le somme erano state poste a disposizione dei beneficiari fino al loro effettivo recupero.

La decisione veniva notificata allo Stato Italiano il 10 gennaio 2000.

Tale decisione veniva impugnata da numerose imprese interessate (59) nel settembre 2000 davanti al Tribunale di Lussemburgo, il quale selezionava 4 cause pilota (promosse rispettivamente da Hotel Cipriani, Italgas, Coopservice e Comitato “Venezia vuole vivere”), in quanto ritenute riepilogative delle questioni proposte dalle varie aziende ricorrenti. Con sentenza del 28 novembre 2008 (T-254/00) il Tribunale di Lussemburgo, decidendo le cause pilota, le respingeva.

La sentenza del Tribunale di Lussemburgo veniva impugnata dalle ricorrenti delle cause pilota, ma la Corte di Giustizia respingeva le impugnazioni proposte con sentenza C-71/09 del 9 giugno 2011 specificando che:

a) nel caso di un programma di aiuti la Commissione studia le caratteristiche del programma di cui trattasi per valutare nella motivazione della sua stessa decisione se, in base alle modalità previste da tale programma, esso assicura un vantaggio sensibile ai beneficiari rispetto ai loro

concorrenti e sia tale da giovare essenzialmente a imprese che partecipino agli scambi tra Stati membri (punto 63 della sentenza 9 giugno 2011);

b) se in base alla valutazione di cui sopra la Commissione reputa un regime di aiuti incompatibile con il mercato comune e per l'effetto ordina il recupero degli aiuti illegittimamente erogati “... spetta poi allo Stato membro verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata da una simile operazione di recupero” (punto 64 della sentenza 9 giugno 2011);

c) prima di procedere al recupero, in particolare, “le Autorità nazionali devono necessariamente verificare in ciascun caso individuale, se l'agevolazione concessa può, in capo al suo beneficiario, falsare la concorrenza ed incidere sugli scambi intracomunitari” (punto 115);

d) spetta alle “autorità nazionali...previamente dimostrare alla luce delle considerazioni espresse ai punti 113-121, che le agevolazioni concesse costituiscono, in capo ai beneficiari, aiuti di stato” (punto 183).

In concomitanza con la sopra richiamata sentenza della Corte di Giustizia, il Tribunale di Lussemburgo ha ordinato la riapertura degli altri procedimenti (altri rispetto alle cause pilota) e con successiva ordinanza ha respinto i ricorsi.

Appellate le ordinanze del Tribunale, la Corte di Giustizia, con ordinanza del 4 settembre 2014, ha respinto le impugnazioni ribadendo “il principio della istruttoria caso per caso” di cui alla sopra citata sentenza del 9 giugno 2011 e che “Le autorità nazionali erano tenute a verificare in ciascun caso individuale se le agevolazioni concesse fossero idonee a falsare la concorrenza e ad incidere sugli scambi comunitari”.

A seguito della decisione della Commissione europea lo Stato italiano ha avviato il procedimento di recupero degli aiuti incompatibili affidandolo all'I.N.P.S. (d'ora in poi, per comodità solo INPS, Inps o Istituto), il quale in una prima fase ha operato tramite cartelle esattoriali ai sensi del d.lgs. n. 46/1999.

Tali cartelle venivano impugnate davanti al giudice del lavoro presso il Tribunale di Venezia con atti di opposizione. Ne seguivano articolati procedimenti che nella generalità di casi erano ancora in corso al momento della definitiva pronuncia sulle cause pilota della Corte di giustizia europea C- 71/09 del 9.6.2011.

Con successiva sentenza C-302-09 del 6.10.2009 la medesima Corte di giustizia dichiarava che: “La Repubblica italiana, non avendo adottato, nei termini stabiliti, tutte le misure necessarie a recuperare presso i beneficiari gli aiuti concessi in base al regime di aiuti dichiarato illegittimo e incompatibile con il mercato comune dalla decisione della Commissione 25 novembre 1999, 2000/394/CE, relativa alle misure di aiuto in favore delle imprese nei territori di Venezia e di Chioggia previste dalle leggi n. 30/1997 e n. 206/1995, recanti sgravi degli oneri sociali, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 5 di detta decisione”.

Lo Stato italiano assumeva conseguenti e adeguate iniziative per adempiere alle precise indicazioni contenute nella sentenza definitiva della Corte di giustizia sulla vicenda. Il 1° gennaio 2013 entrava in vigore la legge 24 dicembre 2012 n. 228 recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” il cui articolo 1, co 351 e ss., ha tra l'altro posto nel nulla l'azione di recupero precedentemente svolta dall'Inps e le conseguenti cause in corso presso il giudice ordinario.

In base alla procedura definita dalle disposizioni appena richiamate l'Istituto inviava alle imprese un formulario per la valutazione della compatibilità con il mercato comune degli aiuti concessi alle imprese operanti nei territori di Venezia e Chioggia nel periodo 1.7.1994 - 30.12.1997, prescrivendo alle imprese di fornire gli elementi, corredati da idonea documentazione, necessari per la identificazione dell'aiuto anche con riferimento alla sua idoneità a

falsare la concorrenza e incidere sugli scambi comunitari. L'Istituto comunque decideva di intraprendere d'ufficio, anche al di là della acquisizione del formulario, una istruttoria preordinata all'azione di recupero di cui è causa. Alcune imprese impugnavano il formulario, che veniva annullato dal TAR, con sentenza poi passata in giudicato, essendo stato il successivo appello dell'INPS giudicato irricevibile per tardività dal Consiglio di Stato.

Nella istruttoria l'Inps si è comunque attenuta alle indicazioni fornite nel parere espresso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, come prescritto dal comma 354 dell'art. 1 della legge n. 228 del 2012. In tale parere venivano individuati i mercati rilevanti e gli ambiti merceologici di massima in cui erano attive le imprese che all'epoca dei fatti avevano fruito delle agevolazioni di cui è causa.

La Autorità aveva assunto, quale costante parametro di valutazione, l'idoneità delle suddette agevolazioni ad influenzare la domanda anche transfrontaliera, ritenendo tuttavia che non erano in grado di influenzare le dinamiche concorrenziali ed il commercio intracomunitario, gli sgravi contributivi a favore delle imprese che all'epoca dei fatti soddisfacevano una domanda tipicamente locale o per i cui beni e servizi offerti non erano ravvisabili flussi di import/export come la ristorazione, i servizi di barbiere, parrucchiere, attività di panificazione, attività di giardinaggio.

Infine, all'esito di tale istruttoria, condotta nei termini prescritti dalla legge n. 228, sulla base delle informazioni trasmesse dalle imprese e del parere espresso dall'AGCM, l'Inps, con l'avviso di addebito oggetto di impugnazione in primo grado davanti al Tar Veneto, procedeva al recupero delle somme dovute.

Con la sentenza impugnata il Tar Veneto riteneva che il ricorso fosse fondato con riferimento ai motivi di gravame con cui le ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 1, commi 351 e segg., della legge n. 228 del 2012, nonché per carenza di istruttoria e di motivazione in quanto l'Inps, prima di procedere al recupero, non avrebbe in concreto verificato se gli sgravi concessi erano idonei effettivamente a falsare la concorrenza ed incidere negativamente sugli scambi comunitari generando una distorsione della libera concorrenza con specifico riferimento alla situazione di mercato esistente al momento di operatività dell'agevolazione stessa.

Per il Tar era insufficiente l'affermazione contenuta negli impugnati avvisi di addebito secondo cui risulterebbe *“valutata l'idoneità dell'agevolazione fruita dall'impresa in indirizzo a falsare od a minacciare la concorrenza ed incidere sugli scambi comunitari”*, trattandosi di dichiarazione meramente tautologica e di stile, in quanto priva di ogni riscontro valutativo dal quale si potesse desumere l'iter motivazionale che aveva condotto a ritenere la contestata agevolazione alla stregua di un aiuto di Stato in contrasto con la normativa comunitaria.

Il Tar quindi accoglieva il ricorso assumendo la sussistenza di un difetto di istruttoria da parte dell'Amministrazione per non aver compiuto alcuna attività di verifica preordinata all'accertamento, in ciascuna fattispecie concreta, della idoneità delle agevolazioni fiscali alla produzione di un effetto distorsivo della concorrenza nel mercato interno, contravvenendo, pertanto, alla *littera legis* del testo di legge n. 228/2012. Venivano di conseguenza assorbite le ulteriori doglianze proposte da parte ricorrente.

L'Inps in proprio e quale mandatario di Società Cartolarizzazione dei crediti Inps (S.C.C.I. s.p.a.) ha presentato appello per la riforma della sentenza del Tar.

Nell'atto di appello l'Istituto evidenzia i criteri alla base del formulario per la redazione del quale l'Inps ha sentito le categorie interessate con un incontro in data 14 febbraio 2013 e si è avvalsa della Direzione Servizi Pubblici Locali e Promozione della Concorrenza della Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'appellante eccepisce l'erroneità della pronunzia del giudice di prime cure nella parte in cui ritiene il difetto di istruttoria ritenuto dal Tar.

Parte appellata si è costituita nel giudizio di appello contestando puntualmente le ragioni addotte dall'Inps e riproponendo i motivi e le eccezioni dedotte in primo grado non esaminate e/o assorbite dal primo giudice.

In sede cautelare questo Consiglio di Stato ha disposto la sospensione della sentenza appellata con l'ordinanza 12 dicembre 2014 n. 5667.

In vista dell'udienza di trattazione parte appellata ha depositato memorie e documentazione difensiva.

2. – L'appello è fondato sulla base delle motivazioni seguenti che richiamano anche quelle di cui alla precedente sentenza 13 maggio 2015 n. 2401, decisa da questa Sezione nella stessa udienza e a cui questa sentenza intende conformarsi ai sensi dell'art. 88, comma 2, c.p.a con riferimento ai numerosi aspetti generali comuni tra le molteplici cause attinenti alla stessa vicenda o almeno nell'ambito di gruppi omogenei tra esse. In particolare vengono in rilievo gli aspetti propriamente riguardanti il settore alberghiero, nel quale rientra l'azienda di cui alla presente causa e quella di cui alla richiamata sentenza n. 2401.

3. – Alla motivazione della sentenza n. 2401 si fa in particolare riferimento per le premesse generali e comuni alle controversie generate dalla vicenda esposta al punto 1 ed in particolare per la esposizione della normativa (artt. 107, artt. 108 e 109 TFUE etc) e della giurisprudenza della Unione europea sul regime proprio degli "aiuti di Stato" nel diritto della Unione europea oltre che per le questioni comuni al settore alberghiero. Non risultano infatti contestate nel presente giudizio le conclusioni a cui queste premesse conducono nel senso che al giudice nazionale è del tutto preclusa la valutazione della compatibilità dell'aiuto con il mercato comune in base ai criteri enunciati dall'art. 107 (ex 87) del Trattato, trattandosi di compito che spetta in via esclusiva solo alla Commissione europea sotto il controllo del giudice comunitario. Ai fini della definizione dell'ambito proprio del presente giudizio, devono, quindi, essere tassativamente delimitati i compiti che spettano allo Stato italiano e corrispondentemente quelli del giudice nazionale nel controllo di legittimità degli atti sulla base delle decisioni concretamente assunte dagli organi della Unione europea compresi quelli che ne hanno verificato in ambito giurisdizionale la legittimità. Dalla ricognizione svolta con particolare ampiezza nella sentenza n. 2401 risulta che lo Stato membro, destinatario di una Decisione che gli impone di recuperare aiuti illegittimi, è tenuto, ai sensi dell'art. 249, quarto co., Trattato CE ad adottare ogni misura idonea ad assicurare la esecuzione della Decisione; si tratta di un obbligo di risultato e il recupero non deve essere solo effettivo, ma immediato. Né potrebbero addursi impossibilità imprevedute o imprevedibili di recupero, tali non essendo né le difficoltà giuridiche, ed in specie procedurali e conseguenti a provvedimenti cautelari o giudiziari anche passati in giudicato, né pratiche, né politiche. Il concetto di impossibilità assoluta è stato costantemente interpretato in maniera restrittiva dalle Corti comunitarie ed è stato escluso che la impossibilità possa essere rinvenuta nella normativa nazionale sulla prescrizione (cfr. Comunicazione della Commissione 2007 C 272/05 punti 18-20) o su qualsiasi altra normativa interna tale da rendere difficoltoso o impossibile il recupero.

4. – Definiti i principi generali (anche con il rinvio alla precedente sentenza n. 2401), viene di seguito esposta la sequenza di decisioni amministrative e giurisdizionali adottate in attuazione dei medesimi principi dai competenti organi della Unione europea nella concreta vicenda in esame con conseguente individuazione dei compiti che ne risultano in capo allo Stato ita-

liano, tenendo conto che nella presente causa si discute della legittimità degli atti con i quali si è inteso dare loro attuazione:

- nel caso in esame le misure di aiuto disposte dallo Stato italiano avevano riguardato: a) gli sgravi contributivi di cui all'art. 1 del decreto del ministero del Lavoro del 5 agosto 1994 in favore delle imprese situate a Venezia e Chioggia; b) lo sgravio totale degli oneri sociali di cui all'articolo 2 del decreto del 5 agosto 1994 per i nuovi posti di lavoro creati nelle imprese situate a Venezia a Chioggia;

- le autorità italiane, prima della Decisione finale del novembre 1999, avevano rappresentato alla Commissione che gli sgravi contributivi erano stati concessi per ovviare ai sovraccosti sostenuti dalle imprese operanti nelle isole della laguna quali, tra altri, costi di localizzazione elevati, costi aggiuntivi derivanti dal rispetto dei vincoli architettonici e paesaggistici, oneri logistici, disagi ambientali, invecchiamento e calo demografico della popolazione, regresso delle attività industriali, trasformazione di Venezia in città museo priva di vitalità e potenzialità di sviluppo ecc.;

- l'intervento pubblico, secondo l'intendimento del legislatore italiano, aveva la finalità di ripristinare parzialmente le condizioni di concorrenza tra imprese e avrebbe consentito alle stesse imprese di confrontarsi con le altre su un piano di parità;

- la Commissione europea si era quindi pronunciata sulla legittimità degli sgravi alla stregua della disciplina sugli aiuti di Stato, affermando che:

a) le misure adottate costituivano un regime di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107 (87), paragrafo 1, del Trattato comportando per l'Inps perdite di contributi, (il che equivaleva ad utilizzazione di risorse pubbliche), mentre le imprese, per effetto delle disposte misure, venivano a trovarsi in una situazione di sostanziale vantaggio rispetto alle imprese concorrenti che dovevano sostenere la totalità degli oneri;

b) inoltre le imprese beneficiarie erano per lo più imprese manifatturiere e nel settore dei servizi, con intensi scambi con gli Stati membri che venivano avvantaggiati, mentre le possibilità di altre imprese stabilite negli Stati membri di esportare i loro prodotti ne risultavano diminuite;

c) il carattere compensatorio dell'intervento non escludeva che si trattasse di aiuto di Stato e che il Trattato non mirava alla salvaguardia di una situazione di perfetta parità teorica tra imprese che invece operavano in un contesto reale e non in un mercato perfetto nel quale le condizioni che si trovavano ad affrontare erano assolutamente identiche.

- di conseguenza l'articolo 1 della parte dispositiva della Decisione della Commissione del 1999 disponeva che in alcuni casi gli aiuti potevano considerarsi compatibili quando erano accordati alle piccole e medie imprese, o ad imprese localizzate in zona ammissibile alla deroga di cui all'art. 87 paragrafo 3, lettera c), del Trattato (gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterassero le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse) ovvero a qualsiasi altra impresa che assumeva categorie di lavoratori con particolare difficoltà di inserimento o di reinserimento nel mercato del lavoro. Per il resto, gli aiuti erano incompatibili ed andavano recuperati da parte dello Stato italiano (articolo 5);

- i ricorrenti davanti la Corte di giustizia non hanno dimostrato l'esistenza di circostanze particolari che consentissero di affermare che, nonostante la natura di aiuti al funzionamento degli aiuti di cui trattasi, la Commissione avrebbe dovuto astenersi dall'ordinarne il recupero. La sentenza affermava anche che neppure la Commissione, nel corso del procedimento di esame, aveva ricevuto alcuna informazione specifica relativa a tali imprese dalla quale potesse sorgere l'obbligo procedurale di prendere in considerazione la loro situazione individuale;

- poiché la Decisione della Commissione europea si era occupata delle caratteristiche generali del regime di aiuti in questione, anche in relazione al loro carattere multisettoriale, sullo Stato italiano veniva imposto un onere di verifica della concreta situazione individuale di ciascuna impresa beneficiaria dell'agevolazione ed interessata dalle operazioni di recupero;

- infatti, lo Stato italiano informava la Commissione europea che su un totale di circa 2.000 imprese beneficiarie, solo gli aiuti percepiti da 517 imprese sarebbero illegittimi;

- come ricordato nella parte espositiva la decisione della Commissione era impugnata da 59 imprese. Il Tribunale e poi la Corte di giustizia della Unione europea decidevano respingendo i ricorsi per 4 cause pilota (Hotel Cipriani, Italgas, Coopservice e Comitato "Venezia vuole vivere"). Conclusivamente la Corte di giustizia con la sentenza 9 giugno 2011 specificava che la Commissione aveva valutato la legittimità del programma e ordinato il recupero degli aiuti illegittimamente erogati e che spetta poi allo Stato membro di verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata da una simile operazione di recupero;

- nel frattempo, dal 2000 al 2011, mentre si svolgevano le cause presso gli organi giudiziari della Unione europea, lo Stato italiano procedeva al recupero degli aiuti incompatibili affidandolo all'I.N.P.S. che ha operato tramite cartelle esattoriali ai sensi del d.lgs. n. 46/1999, impugnatte davanti al giudice del lavoro presso il Tribunale di Venezia con atti di opposizione. La massima parte di tali cause erano ancora pendenti al momento della conclusione del giudizio presso la Corte di giustizia;

- si è quindi determinata, per varie ragioni, anche legittime, una situazione di gravissimo contrasto con lo spirito e la lettera della disciplina europea in tema di divieto di aiuti di Stato e di recupero delle somme erogate e con la decisione nel frattempo assunta dalla Corte di giustizia in merito alla stessa vicenda, in quanto a distanza di 11 anni dalla decisione della Commissione l'azione di recupero non vi è stato alcun recupero delle somme versate, salvo sporadici casi di spontaneo adempimento;

- tale situazione è giuridicamente definita nell'ambito dell'Unione europea dagli organi competenti ed in via definitiva dalla sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2011 nella causa C-302/09, che dichiara che lo Stato italiano è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi dell'art. 5 della decisione della Commissione 25 novembre 1999, 2000/394/CE. Sono seguite le conseguenti comunicazioni della Commissione che in data 10.7.2012, constatato il persistente inadempimento hanno sollecitato lo Stato italiano al recupero e in data 20.11.2013 ha proposto alla Corte di Giustizia di comminare, nei confronti dell'Italia, una sanzione pecuniaria nella forma di: a) una somma forfettaria calcolata sulla base di euro 24.578,40 per ogni giorno trascorso tra la data della prima sentenza ex art. 258 TFUE (6.10.2011); b) una penalità di mora giornaliera pari a euro 187.264,00 dal giorno in cui la Corte di Giustizia pronuncerà la seconda sentenza fino al completo adempimento;

- con la legge n. 228/2012 (legge di stabilità per il 2013), all' articolo 1, commi da 351 a 356, si è inteso dare un seguito adeguato a tali determinazioni assumendo comportamenti proporzionati alle difficoltà fino ad allora incontrate che avevano impedito il recupero. Viene perciò introdotta una disciplina del tutto speciale e straordinaria allo scopo di chiudere una situazione critica di grave ritardo e di rispondere alla indifferibile e definitiva sollecitazione rivolta allo Stato italiano dalla Corte di giustizia, come espressa nella comunicazione della Commissione europea del 10.7.2012, che ha escluso, tra l'altro, che ostacoli di ordine giudiziario possano valere per lo Stato italiano come esimente dell'obbligo di assicurare la restituzione dell'aiuto di stato illegale.

5. – La sequenza delle decisioni assunte nell'ambito della Unione europea, con il loro carattere ultimativo, definitivo e penetrante nel merito delle singole questioni, consente di determinare

al di fuori di ogni ragionevole dubbio i compiti meramente esecutivi che spettano allo Stato italiano e di conseguenza l'ambito del presente giudizio nella valutazione di legittimità degli atti posti in essere nella esecuzione di tali compiti nel rigoroso rispetto delle competenze che spettano ai diversi livelli nella specifica materia e del principio di legalità che presiede all'esercizio di tali competenze nei diversi ordinamenti. Di conseguenza:

- spettano allo Stato italiano esclusivamente i compiti relativi al recupero gli aiuti di Stato definitivamente giudicati illegittimi dalla Corte di Giustizia limitandosi a verificare la situazione individuale di ciascuna impresa e in specie se la situazione di ogni singola impresa prevede aspetti che possano escludere in ciascun caso che si sia determinato quel "*vantaggio sensibile ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti*" e che il vantaggio sia tale da giovare essenzialmente a imprese che partecipino agli scambi tra Stati membri (punto 63 della sentenza 9 giugno 2011);
- non spettano allo Stato italiano le valutazioni concernenti le finalità o le motivazioni dell'aiuto, intere tipologie di imprese ovvero la comune localizzazione delle stesse e ogni altra qualificazione che per il suo carattere macroscopico e collettivo si deve considerare rientrando nelle decisioni già assunte dai competenti organi della Unione europea la cui legittimità è già stata verificata dalle Corti competenti.

6. – Come già detto, la sentenza della Corte di Giustizia europea del 9 giugno 2011 accerta in via definitiva l'incompatibilità degli aiuti con il mercato comune consolidando definitivamente tutte le valutazioni di competenza dell'Unione europea da cui scaturiscono le azioni esecutive di competenza dello Stato italiano. La successiva sentenza del 6 ottobre 2011 trae le conseguenze della precedente sentenza e del prolungato stato di inadempienza in cui versa l'Italia per il periodo che intercorre dal 2001 al 2011 e lo condanna per non aver adottato le misure necessarie a recuperare gli aiuti dichiarati illegittimi e incompatibili con il mercato comune. Pertanto, nel contesto sopra delineato sono evidenti le premesse che giustificano e legittimano, anche sul piano costituzionale, le procedure straordinarie predisposte ad hoc dalla legge n. 228 del 2012 (legge finanziaria per il 2013), art. 1 co. 351 e ss. Tali disposizioni definiscono concrete e realistiche modalità per lo svolgimento dei compiti che spettano allo Stato italiano come chiariti dalla sentenza del 9 giugno 2011, secondo criteri di fattibilità e massima accelerazione nei tempi:

- tali compiti sono circoscritti anche in via legislativa in piena conformità con la sentenza n. 9 giugno 2011 alla sola verifica delle singole imprese quanto alla "idoneità dell'agevolazione concessa, in ciascun caso individuale a falsare la concorrenza ed incidere sugli scambi intracomunitari";
- l'attuazione di tale compito all'INPS viene accompagnata dalla definizione di procedure obbligatorie tassative e perentorie nei termini e nelle modalità, tali da rendere fattibile l'accertamento individuale sulla illiceità o meno dell'aiuto e da giungere in ogni caso ad un esito;
- è attribuito infatti alle imprese beneficiarie l'obbligo di fornire esse stesse entro 30 giorni gli elementi e la documentazione necessaria per la identificazione dell'aiuto di Stato illegale "anche con riferimento alla idoneità dell'agevolazione concessa, in ciascun caso individuale a falsare la concorrenza ed incidere sugli scambi intracomunitari";
- ne consegue secondo la stessa legge che, sulla base di una istruttoria così semplificata e dei parametri di giudizio forniti da un apposito parere dell'AGCM, l'INPS deve limitarsi ad accertare se le informazioni e la documentazione fornita dalle imprese contengano elementi che escludono la illiceità degli aiuti nel caso singolo e in caso contrario procedere senz'altro al recupero. Infatti, se le informazioni o i documenti non sono trasmessi entro il termine previsto dalla legge la idoneità dell'aiuto è presunta;

- vale a dire che le valutazioni generali che hanno condotto a considerare illegittimo l'aiuto nelle sue linee generali e la casistica che può condurre ad escludere singole imprese, sulla base delle loro caratteristiche individuali restano a tutti gli effetti quelli stabiliti dagli organi della Unione europea nelle diverse fasi fino alle sentenze conclusive e definitive della Corte di Giustizia, con le specificazioni ai fini dell'applicazione nel contesto italiano fornite da un organismo tecnico specializzato in tema di concorrenza come AGCM;

- all'INPS spetta la meccanica applicazione dei parametri stabiliti dagli organi della UE e dell'AGCM alle imprese individuali giovandosi della esperienza e conoscenza propria dell'INPS che sono quelle proprie di organismo esattoriale verso le singole imprese e che dunque è specializzato nella conoscenza e nella interazione con le singole imprese.

7. – Sullo svolgimento di tali compiti, secondo le procedure definite dai commi 351 ss. della legge n. 228/2012 (oltre che sugli aspetti di costituzionalità e gli effetti di ordine temporale inclusa la prescrizione di tale normativa), si incentra il presente giudizio in appello che attiene in primo luogo alla loro attuazione. Infatti, il Tar Veneto ha accolto il ricorso per la violazione dell'art. 1, commi 351 e ss. della legge n. 228 del 2012, da cui consegue la carenza di istruttoria e di motivazione degli atti di addebito adottati dall'Inps, che, prima di procedere al recupero, non avrebbe in concreto verificato se gli sgravi concessi erano idonei effettivamente a falsare la concorrenza ed incidere negativamente sugli scambi comunitari generando una distorsione della libera concorrenza con specifico riferimento alla situazione di mercato esistente al momento di operatività dell'agevolazione stessa. Per il Tar era insufficiente l'affermazione contenuta negli impugnati avvisi di addebito secondo cui risulterebbe *“valutata l'idoneità dell'agevolazione fruita dall'impresa in indirizzo a falsare od a minacciare la concorrenza ed incidere sugli scambi comunitari”*, trattandosi di dichiarazione meramente tautologica e di stile. Pertanto, nel riesame delle conclusioni del TAR, sono esaminate nei sottopunti seguenti del presente punto 7 e nel punto 8 le principali questioni sollevate dall'appello dell'INPS avverso i motivi del ricorso di primo grado accolti dal Tar per l'annullamento dell'avviso di addebito impugnato oltre alle ragioni con le quali la azienda in questa causa appellata insiste sui predetti motivi. Nei punti successivi all'8 sono invece esaminati e respinti gli altri motivi respinti o considerati assorbiti validamente riproposti in appello dalla appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

7.1. – La prima e principale argomentazione per l'accoglimento del ricorso in primo grado da parte del Tar - contestata dall'INPS nell'appello e riproposta con ampia argomentazione nelle memorie dell'appellata - verte sulla asserita carenza di istruttoria da parte dell'INPS. La istruttoria individuale è in base alle esposte premesse il compito attribuito allo Stato italiano e per esso all'INPS coadiuvato dal parere AGCM, ma tale compito è rigorosamente delimitato e circoscritto agli aspetti residuali rispetto a quanto stabilito dalla Decisione e dalle successive pronunzie del giudice comunitario, che ne hanno convalidato la piena legittimità fino alla condanna dello Stato italiano per il mancato recupero dei aiuti illegali a distanza di molti anni dall'accertamento della illegalità.

7.2. - Il Tar non ha infatti adeguatamente considerato che, a monte della attività svolta dall'INPS, si pongono tutte le determinazioni già assunte in sede europea con riferimento all'aiuto di stato in oggetto che si riferiscono esplicitamente a tutte le caratteristiche generali del programma considerato illecito aiuto di Stato con riferimento alle imprese localizzate nei comuni di Venezia e Chioggia. Tali caratteristiche già definite e vagliate in sede europea includono quindi con tutta evidenza la localizzazione e le principali tipologie di imprese, che sono state quindi filtrate dalla Commissione e soprattutto dalle diverse pronunce degli organi giurisdizi-

zionali, che hanno sancito pochissimi casi di esclusione, per lo più prontamente applicati dall'INPS.

7.3. - In base a tali tassative indicazioni non spetta all'INPS di accertare se l'aiuto di stato in questione sia - in generale o in via collettiva per i principali gruppi o tipologie di impresa coinvolte - in grado di alterare la concorrenza negli scambi intracomunitari perché ciò è proprio il nucleo essenziale di quanto già stato definitivamente deciso in sede europea. All'INPS spetta solo di accertare se con riferimento ad ogni singola impresa concorrano elementi specifici, individuali e particolari che alla luce dei parametri e della casistica fissati in sede europea siano in grado di escludere che quella singola impresa possa alterare gli scambi intracomunitari. In altre parole, l'ambito di accertamento che viene rimesso all'INPS è estremamente ristretto concernendo solo le caratteristiche individuali di ogni singola impresa. Ne consegue che la istruttoria assume quel grado di automaticità che risulta con massima evidenza dalla procedura introdotta dalla legge n. 228, per la quale nel maggior numero dei casi l'istruttoria si risolve nell'accertamento negativo della inesistenza di cause escludenti della generale illiceità dell'aiuto già dichiarata dalla Commissione e convalidata dagli organi giurisdizionali della Unione europea ovvero addirittura nella inesistenza presunta di tali cause in mancanza dell'invio di informazioni o documentazione da parte di singole imprese. La legge n. 228 prevede, in immediata risposta alla sentenza della Corte di Giustizia europea del 6 ottobre 2011 di condanna dell'Italia per il mancato recupero degli aiuti in questione, una procedura concentrata semplificata e finalizzata all'adempimento degli obblighi gravanti sull'Italia nella considerazione dell'estremo ritardo in cui si svolge.

7.4. - La legge n. 228 prescrive tassativamente che l'INPS si limiti a compiere tale accertamento sulla base degli ulteriori parametri forniti dal parere dell'AGCM, delle informazioni e della documentazione che l'impresa ha l'obbligo di trasmettergli, ritenendosi altrimenti provata l'illiceità dell'aiuto. Il comma 354 definisce attività istruttoria solo gli atti con i quali si richiedono e acquisiscono le informazioni e la valutazione concernente un'unica questione: se *“dalle informazioni o dalla documentazione sia emersa o sia presunta l'idoneità della agevolazione a falsare o minacciare la concorrenza e incidere sugli scambi comunitari”*. L'unica questione che l'INPS deve valutare è quindi se *“emergono”* dalla documentazione trasmessa elementi che, sulla base della casistica indicata dalla Commissione europea o dall'AGCM, escludono una o più condizioni di illiceità dell'aiuto. L'uso del verbo *“emergere”*, nella disposizione citata, ha una precisa e rilevante implicazione ai fini di causa nel senso di non richiedere all'Inps una specifica attività di indagine, in quanto i dati rilevanti devono *“emergere”* dalla documentazione trasmessa dalle interessate con riferimento alla posizione specifica e individuale di ciascuna. Essendo questa la definizione legislativa della *“istruttoria”* è evidente che in capo all'INPS è stato posto un accertamento materiale assai limitato, privo di qualsiasi discrezionalità e attinente alle competenze che l'INPS possiede e che non riguardano la materia della concorrenza, ma la conoscenza delle singole imprese e la capacità di interagire con ciascuna di esse in materia di pagamenti. Del resto, non essendo l'INPS un ente preposto alla tutela della concorrenza, appare del tutto ragionevole che i compiti ad esso affidati fossero limitati a valutare solo l'applicabilità di parametri da altri stabiliti alle caratteristiche dichiarate e dimostrate dalle imprese, che in questo caso si riferiscono alle esimenti della illiceità dell'aiuto per evidente inidoneità a influire sugli scambi intracomunitari.

7.5. - Si può quindi affermare che nel caso in esame l'istruttoria si risolve nella applicazione pedissequa e meccanica della casistica presentata dalle Corti europee e, in subordine, per ulteriori concrete esplicitazioni dall'AGCM, salvo che le imprese non presentino esse stesse

elementi nuovi. Nei casi in cui tale evenienza si è verificata sia pure con ritardo nel corso del presente giudizio la Sezione ha difatti disposto con apposita ordinanza collegiale una riapertura della istruttoria all'INPS.

7.6. – Così definite e delimitate, da decisioni dell'Unione europea e dalla normativa legislativa introdotta *ad hoc*, le questioni in causa, è evidente che la localizzazione e la natura delle attività svolte dalle imprese non possono essere considerate nel presente giudizio come elementi essendo già state valutate dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia europea che hanno concluso per la idoneità degli aiuti in questione ad alterare la concorrenza. Allo stesso modo sono altrettanto estranee al presente giudizio altre problematiche generali del regime di aiuti come il fatto che gli sgravi, andando ad avvantaggiare le imprese che operavano nelle città interessate, potevano essere goduti da qualsiasi altra impresa che avesse localizzato i propri lavoratori nella medesima città. Siffatte questioni sono state, infatti, esaminate in ogni ragionevole prospettiva e in tutte le possibili implicazioni, a monte, dalla Commissione europea e successivamente dal Giudice comunitario e respinte con motivazioni che, per quanto aventi una portata generale e astratta, inerendo al regime di aiuti e non ai singoli aiuti, non lasciano trapelare spazi di accoglimento dato che i singoli casi individuali perfettamente rientrano nella regola generale. Con l'effetto che, salvo casi particolari che possono rinvenirsi nelle strettissime maglie della Decisione della Commissione nonché nelle pronunzie dei giudici comunitari, avvalendosi dei medesimi criteri metodologici utilizzati nelle stesse, la attività istruttoria ai fini del recupero non poteva che svolgersi sulla ricorrenza di quei casi di compatibilità che proprio la Commissione aveva ritenuto come non contrastanti con la normativa comunitaria.

7.7. – Una altra autonoma questione che concerne l'istruttoria è la lamentata incongruenza della redazione del formulario trasmesso dall'Inps alle imprese, che per questa ragione è stato annullato in alcuni casi con sentenza del Tar Veneto, passata in giudicato. Su questo punto occorre confermare la valutazione espressa in precedenti ordinanze della Sezione nei casi interessati. Secondo le richiamate ordinanze: *“l'intervenuto annullamento del formulario redatto dall'Inps di intesa con l'AGCM (nei casi di cui alle sentenze Tar Veneto n. 1052/2013 e Cons. Stato n. 1553/2014) non incide sul dato di fatto che gli atti depositati dall'Inps dimostrano l'effettivo svolgimento dell'istruttoria, essendo il formulario un mero strumento e quindi un atto endoprocedimentale, non previsto come tale dalla legge, che richiede solo l'acquisizione degli elementi e della documentazione da parte delle singole imprese. Tale acquisizione risulta nel caso in esame dimostrata agli atti, salva la valutazione relativa alla pertinenza, esattezza e sufficienza dei contenuti di ciascuna istruttoria da rinviare all'esame di merito”*. L'annullamento del formulario è pertanto irrilevante, dal momento che esso realizzava una mera semplificazione procedurale, attinente ad un aspetto meramente organizzativo per di più a beneficio delle imprese, che dovevano comunque trasmettere all'Inps le informazioni e la documentazione come di fatto hanno fatto, anche se fuori da termini e precise procedure. Secondo le più volte citate disposizioni della legge n. 228 erano comunque le singole imprese che dovevano trasmettere le informazioni che ritenevano utili all'INPS per dimostrare la loro eventuale estraneità a scambi di rango intracomunitario e quindi la non idoneità dei contributi ricevuti a provocare una distorsione della concorrenza. Le norme di legge dovevano essere comunque applicate dalle imprese, dato che si rivolgevano direttamente a loro e prevedevano che, in caso di rifiuto o omissione senza giustificato motivo, a fornire le informazioni o esibire i documenti, l'idoneità dell'agevolazione a falsare o a minacciare la concorrenza *“è presunta”* (co. 353). Di fronte ad una disciplina finalizzata alla accelerazione delle procedure di recupero

delle somme, dopo un periodo così lungo di estenuante confronto tra tutte le parti in gioco in sede europea e nazionale, non possono essere seriamente opposte le garanzie partecipative, di cui alla legge n. 241 del 1990, o la irreperibilità dei documenti in contrasto con l'art. 2220 c.c. In particolare, sull'onere di mantenere le scritture contabili è sufficiente rilevare che la impresa non poteva certo affermare la propria posizione soggettiva al diritto agli sgravi contributivi invocando *sic et simpliciter* l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni (Cass. civile sez. I 26 gennaio 2011 n. 1842). In ogni caso la impresa non poteva non essere a conoscenza della Decisione della Commissione europea del 1999 e dunque era tenuta, per ciò solo, a mantenere i documenti che in ipotesi avrebbero consentito di dimostrare la non incidenza degli sgravi contributivi sulla concorrenza.

7.8. – Sempre sulle questioni concernenti l'attività istruttoria con particolare riferimento alla presente causa, occorre considerare il caso specifico del settore alberghiero. Vanno dunque precisate le determinazioni già assunte dagli organi competenti in sede europea con riferimento al settore alberghiero nell'ambito della presente vicenda per come sono state poi precisate con riferimento all'ordinamento italiano dal parere dell'AGCM. È stato precisato dalla Corte di Giustizia del 9 giugno 2011 che la disciplina degli aiuti di Stato, così come è stata elaborata dalla Commissione europea in applicazione dell'art. 107 (ex 87) del Trattato, non prende in considerazione le attività turistiche, ed in specie quelle alberghiere, con l'effetto che in tale settore non possono che essere applicati gli orientamenti elaborati con riferimento a tutte le altre attività economiche. Le attività turistiche, in quanto attività di impresa, vengono quindi equiparate alle attività delle imprese del settore manifatturiero. Se è vero che per quanto riguarda le strutture ricettive, in generale, l'individuazione da parte del consumatore-cliente dell'albergo è secondaria rispetto alla scelta della meta di destinazione, in particolare per il turismo che interessa la città di Venezia, dove è determinante il richiamo eccezionale della città d'arte, della Mostra del cinema o di particolari eventi, tuttavia non può, nel contempo, non rilevarsi che le censure che avrebbero potuto giustificare un trattamento differenziato del settore turistico-alberghiero, sono state direttamente o indirettamente esaminate e respinte dalla Commissione europea prima, e dal giudice comunitario dopo, con riferimento, alla posizione del tutto emblematica e riepilogativa delle possibili particolarità, dell'hotel Cipriani, quest'ultimo situato in un contesto del tutto particolare caratterizzato dall'evidente limitazione all'entrata nel mercato di nuove imprese alberghiere. In nessun caso la Commissione europea ed il giudice comunitario hanno inteso ritenere che gli aiuti al Cipriani, per la localizzazione geografica esclusiva dell'albergo e per il tipo di prodotto offerto nella città di Venezia, non potessero determinare una distorsione della concorrenza. Lo stesso ragionamento riguarda anche la società alberghiera appellata, dato che il ragionamento stesso è stato sviluppato con riferimento alla categoria di impresa cui essa appartiene e cioè con riferimento alla industria alberghiera di fascia alta, come ha precisato il parere dell'AGCM. In generale, per gli alberghi, secondo la giurisprudenza comunitaria, il fatto di trovarsi nella città di Venezia o sulle isole della laguna può offrire grande libertà nella fissazione dei prezzi e rappresentare un vantaggio concorrenziale significativo. Inoltre si osserva che i costi supplementari sostenuti per i disagi lagunari sono ampiamente compensati dai prezzi più alti ed in definitiva dalla attrazione unica della città lagunare. Deve, infine, considerarsi che per gli alberghi di fascia alta localizzati in città dotate, per ragioni diverse, di attrattività e prestigio, si manifesta una ampia potenzialità di concorrenza per la ospitalità connessa alla organizzazione di eventi internazionali per loro natura collocabili alternativamente in sedi anche molto distanti e a questi fini competitive fra loro.

7.9. - In conclusione, per quanto concerne la legittimità della istruttoria svolta, si potrebbe anche osservare che, come emerge dalla documentazione in atti, l'Inps ha effettuato una attività istruttoria improntata a caratteri di concreta fattibilità tenuto conto della mole della posizioni da esaminare; l'attività istruttoria ha comportato l'audizione delle imprese che lo avevano richiesto o il reperimento da parte dell'Inps di ulteriore documentazione al fine di inquadrare le problematiche pur a fronte dell'elevato numero delle imprese beneficiarie dell'aiuto. L'Inps ha fornito alla predetta Autorità garante per la concorrenza e per il mercato l'elenco delle aziende beneficiarie degli sgravi contributivi e in potenza destinatarie del recupero con specifica indicazione dei settori economici e delle attività da ciascuna effettivamente esercitate. L'Istituto è stato invitato dall'Autorità sopradetta ad utilizzare, quale modello guida per la predisposizione della richiesta di informazioni prevista dalla legge n. 228/2012, il "Formulario per la comunicazione di una operazione di concentrazione" in uso presso l'Autorità; la motivazione di tale scelta era riposta nella analogia della materia e nelle tipologie di settori di attività in cui le imprese operavano. Inviato tale formulario ed acquisite le risposte dalle imprese, l'Inps le ha verificate, comunque reperendo, circostanza non irrilevante nella vicenda, anche d'ufficio, la documentazione afferente alla singola posizione individuale o per settori di attività.

8. - Dopo aver analizzato le argomentazioni del Tar e le questioni sollevate dalla appellata in ordine alla carenza dell'attività istruttoria e, in contrasto con tutte queste, avere dimostrato la piena legittimità dell'istruttoria in quanto svolta in conformità a quanto tassativamente previsti dai commi 351 ss. della legge n. 228/2012, con analoghe motivazioni può affermarsi anche la legittimità delle sommarie motivazioni adottate negli avvisi di addebito, nelle quali per le ragioni ampiamente dette e ripetute deve considerarsi sufficiente il richiamo alle decisioni assunte dagli organi della Unione europea e al parere AGCM, tranne il caso che l'azienda abbia prospettato effettive condizioni individuali che la esentino dalla illiceità dell'aiuto e quindi non rientrino nelle motivazioni generali già contenute nelle decisioni degli organi della Unione europea o nel parere AGCM, appositamente richiamati nella pur stringata motivazione standard. Tale circostanza nel caso in esame non si verifica e quindi la motivazione che richiama le decisioni sovraordinate è certamente sufficiente e legittima. In base alla giurisprudenza di questa Sezione del Consiglio di Stato, l'obbligo di motivazione di provvedimenti esecutivi di decisioni sovraordinate va inquadrato, senza formalismi, nel contesto complessivo del procedimento nell'ambito del quale si devono collocare, logicamente e giuridicamente, tutti i presupposti che hanno presidiato l'attività procedimentale. Una volta delimitato l'ambito di accertamento rimesso all'INPS appare evidente che nel caso in esame la motivazione risulta del tutto sufficiente rispetto ai fini. Essa, infatti, avrebbe dovuto indicare le eventuali ragioni riscontrate dall'INPS e giudicate idonee ad impedire il recupero dell'aiuto già dichiarato illegittimo dai competenti organi dell'Unione europea. Non essendo state evidenziate circostanze individuali particolari che consentissero di individuare delle eccezioni alla situazione definita a livello europeo, l'INPS non aveva aspetti da motivare se non quello unico relativo alla mancata rappresentazione di elementi idonei a configurare una ipotesi esimente rispetto alla situazione definita dalle competenti istituzioni europee. Si può dunque affermare che nel caso in esame è la stessa legge che presuppone una motivazione solo nei casi in cui siano forniti elementi in grado di modificare i compiti dell'INPS imponendogli attività ulteriore rispetto alla mera esecuzione meccanica.

9. - Deve essere autonomamente esaminato il motivo di appello concernente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 355 e 356, della legge n. 228/2012 e dell'art. 49

della legge n. 234/2012 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 101, 111. Si eccipisce anche la violazione del diritto ad un processo giusto ed equo così come sancito dalla norma convenzionale di cui all'art. 6 della CEDU, l'illegittimità costituzionale della legge n. 228/2012 per contrasto con l'art. 117 c.1 Cost., quale norma interposta con la disposizione convenzionale CEDU. Tali censure sono manifestamente infondate.

9.1. – In primo luogo deve osservarsi che questo motivo di appello censura in termini di incostituzionalità proprio quegli aspetti straordinari della procedura predisposta *ad hoc* dalla legge n. 228/2012 per la soluzione della situazione di inadempienza dell'Italia nei confronti della Unione europea che si è determinata nell'ambito della vicenda in esame. È proprio questa situazione che infatti legittima misure straordinarie quali quelle adottate allo scopo di rispettare norme fondamentali dei Trattati europei, che concorrono a definire il quadro delle norme di rango costituzionale in determinate materie tra quella degli aiuti di Stato. Inoltre le censure avanzate per incostituzionalità contraddicono quelle in precedenza proposte per violazione della medesima legge n. 228 e costituiscono un'implicita ammissione da parte dell'appellata che la legge è stata formulata proprio nei termini in cui è stata correttamente interpretata e applicata. Per questo se ne afferma l'incostituzionalità, la cui manifesta infondatezza è di seguito dimostrata.

9.2. – Per quanto attiene alla giurisdizione esclusiva prefigurata nell'art. 49 della legge n. 234/2012, va premesso che essa va inquadrata alla luce della sua formula caratterizzante: “... *gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999.*”, “...*a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso*”. La varietà delle forme di aiuto e l'intreccio di norme, di ordinamenti, di amministrazioni e di situazioni giuridiche concrete, spiega, in termini costituzionali (art. 103 Cost.), la scelta da parte del legislatore della attribuzione della giurisdizione esclusiva ad un giudice unico delimitando, d'altro canto, alcuni limiti di tale giurisdizione che pur sempre opera entro un ambito preciso atteso che gli atti ed i provvedimenti nazionali di recupero sono adottati, per definizione dell'art. 48 e dell'art. 49 della legge n. 234/2012, «in esecuzione» di una decisione di recupero della Commissione europea. Quindi suppongono come già decisa e come legittima la necessità del recupero, dando adito solo ai presupposti fattuali dell'esecuzione atteso che, come più volte rilevato, il giudice nazionale non è competente a sindacare nel merito la compatibilità dell'aiuto di Stato con il diritto comunitario; la valutazione è riservata alla Commissione e poi alla Corte di Giustizia. In questi casi lo Stato italiano non ha di norma la possibilità di operare una valutazione difforme da quella operata in sede comunitaria poiché l'interesse da bilanciare con le aspettative delle imprese destinatarie degli aiuti ha carattere sovranazionale e riguarda l'attuazione di vincoli di matrice comunitaria: la vera questione, la compatibilità o meno dell'aiuto di Stato, si consuma soprattutto nella giurisdizione e nel diritto dell'Unione con l'effetto che la giurisdizione amministrativa è concorrente, ma subordinata alla giurisdizione della Corte di Giustizia. In ogni caso il legislatore ha configurato l'aiuto di Stato come una materia particolare, delimitata ed unitaria, grazie alla formula dell'art. 49 “*a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso*”, nella prospettiva di un'unica norma di riferimento posta dall'art. 108 del TFUE, preordinata alla tutela della concorrenza ed alla protezione dei rapporti di mercato effettivi e non lesivi del diritto d'impresa.

9.3. - La doglianza relativa al mancato ossequio al principio del giudice naturale precostituito per legge si basa su una interpretazione distorta e strumentale del dettato costituzionale ed in particolare dell'art. 25, primo co., della Carta fondamentale. È pur vero che tale principio ha

rilievo determinante per assicurare al cittadino l'**imparzialità** del giudice, sottraendo la giustizia ad ogni possibilità di arbitrio in quanto solo attraverso un giudice precostituito per legge che l'ordinamento può razionalmente garantire la neutralità delle proprie sentenze. Tuttavia, nel caso oggetto del presente giudizio, l'art. 49 della legge n. 234/2012, imponendo la devoluzione in via esclusiva al giudice amministrativo delle controversie in esecuzione di una decisione di recupero, ha confermato il ruolo neutrale del giudice amministrativo di supremo garante del pubblico potere in una materia ove gli interessi della collettività, orientati al recupero di somme illegittimamente erogate, appaiono prioritari e tutelabili soltanto attraverso l'esercizio di speciali poteri valutativi, costituzionalmente allo stesso riservati.

9.4. - L'estinzione *ope legis* dei processi pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 228/2012 (art. 1, comma 356) è conseguenza necessitata dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 9 giugno 2011 nella parte in cui ha previsto l'obbligo, da parte delle autorità nazionali, prima di procedere al recupero di un aiuto, di verificare, in ciascun caso individuale, se l'agevolazione concessa potesse, in capo al suo beneficiario, falsare o meno la concorrenza ed incidere sugli scambi intracomunitari. La complessità della materia relativa alla possibile distorsione della concorrenza, il panorama normativo e giurisprudenziale di riferimento anche in relazione alle implicazioni di carattere internazionale, ha spinto il legislatore ad individuare nel giudice amministrativo la sede giurisdizionale più opportuna per la trattazione di quei giudizi, contraddistinti da un temperamento del principio dispositivo tipico del sindacato giurisdizionale ordinario. La previa estinzione di diritto dei processi ancora sub iudice rappresentava quindi il necessario presupposto processuale ai fini della realizzazione di una nuova istruttoria rispondente alle istanze di verifica "caso per caso" imposte dalla pronuncia della Corte di Giustizia e che soltanto l'esercizio di un potere pubblicistico poteva nel concreto garantire. Ed infatti, come già rilevato anche nella ordinanza cautelare della Sezione (n. 5667/2014), la legge n. 228 del 2012 art. 1 co. da 351 a 356 ha posto disposizioni di carattere straordinario ed emergenziale e meramente attuativo ed esecutivo, a fronte delle stringenti sollecitazioni della Corte di Giustizia e della Commissione europea (comunicazione del 10.7.2012) per riportare a normalità, all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario, una situazione di prolungata e risalente inadempienza dello Stato italiano (la Commissione si era pronunciata il 25 novembre 1999) suscettibile di determinare pesanti conseguenze sanzionatorie a carico dell'Italia da parte della stessa Unione Europea.

9.5. - In sintesi la previsione di una procedura istruttoria diretta ad accertare l'assenza di potenzialità dell'impresa di alterare la concorrenza è atta a fare venire meno le basi del precedente contenzioso e rende giustificato l'intervento del legislatore senza vanificare la esigenza del giusto processo e del contraddittorio delle parti e senza lesione del diritto di difesa in sede giurisdizionale nei confronti degli atti di recupero disposti fino ad allora dall'Inps.

9.6. - Egualmente infondate sono le censure di incostituzionalità dovute alla asserita inversione dell'onere probatorio operata dalla legge n. 228/2012 definita abnorme dagli appellati. La normativa interna in esame (co. 351), infatti, ha garantito libertà di scelta da parte delle imprese in relazione ai documenti da depositare, con il solo monito che un ingiustificato rifiuto od una altrettanta ingiustificata omissione in tale senso, sarebbero stati posti a fondamento di una presunzione *iuris tantum* circa la idoneità della agevolazione a falsare la concorrenza, incidendo sugli scambi comunitari. Come già rilevato, l'onere della prova attraverso cui dimostrare la liceità dell'aiuto concesso, non poteva che gravare sulle stesse imprese beneficiarie. La regola del diritto europeo è nel senso che chi ha usufruito di un aiuto deve collaborare con l'autorità amministrativa per consentire la verifica della legittimità di tale fruizione, in specie

quando l'aiuto non è stato previamente notificato, regola che non ha alcun effetto derogatorio rispetto al codice civile ed è conforme alla regola interna, costantemente applicata dal giudice nazionale, secondo la quale è onere del datore di lavoro che intende usufruire della riduzione contributiva in forza di una legge speciale che riconosca lo sgravio contributivo, a dovere provare i fatti costitutivi del proprio diritto. Infatti, l'obbligo di collaborazione da parte di imprese beneficiarie di sgravi contributivi è disciplinato dall'ordinamento interno all'art. 59, decimo co., del DPR 6 marzo 1978 n. 218 che prevede *"Gli imprenditori sono tenuti a fornire all'Inps tutte le notizie e le documentazioni necessarie a dimostrare il diritto all'applicazione degli sgravi e l'esatta determinazione degli stessi"*. Ne deriva che le conseguenze poste dalla legge alla mancata collaborazione del datore di lavoro o alla comunicazione di dati incompleti non danno luogo ad un abnorme inversione dell'onere probatorio, come reiteratamente sostenuto dalla appellata con censure di merito e di illegittimità costituzionale della legge n. 228/2012, ma vanno a svantaggio del datore di lavoro e non già dello Stato tenuto alla attività di verifica, il quale, peraltro, in tale occasione opera come *longa manus* della stessa Commissione europea. Si aggiunga ancora che il Reg. CE n.1/2003 del Consiglio precisa che: *"Nel conformarsi ad una decisione della Commissione le imprese non possono essere costrette ad ammettere di avere commesso un'infrazione, ma sono in ogni caso tenute a rispondere a quesiti concreti e a fornire documenti, anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di una infrazione"*.

9.7. - Parimenti infondate sono le questioni sollevate in merito alla violazione da parte dell'art. 1 commi 355 e 356 della legge 228/2012, in riferimento all'art. 117 c. 1 Cost. per contrasto con l'art. 6 CEDU. Le garanzie offerte dalla norma convenzionale summenzionata, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, vanno nella direzione di consentire alle parti, durante lo svolgimento di un dato iter processuale, la facoltà di influire direttamente sugli esiti della decisione attraverso l'esercizio del diritto al contraddittorio. Secondo un costante indirizzo giurisprudenziale, infatti, la parità delle armi tra le parti deve inevitabilmente realizzarsi sin dalla fase procedimentale e ciò pure ove sia previsto un successivo riesame in sede giurisdizionale. La Corte CEDU ha adottato in numerose sue pronunce un approccio flessibile fondato sulla considerazione unitaria del procedimento amministrativo e della successiva fase giurisdizionale: in sostanza, stando a tale impostazione, tutte le volte in cui non viene data concreta attuazione alle garanzie dell'art. 6 CEDU nel corso del procedimento amministrativo (ossia nella sede nella quale l'autorità amministrativa può incidere significativamente sugli interessi delle parti), assume rilevanza la successiva fase processuale come luogo di possibile correzione, sia pure *ex post* e in via eventuale, dei presunti deficit di tutela che si siano verificati in sede procedimentale. In tal senso va letto l'intervento del Legislatore nazionale che, alla luce del *dictum* europeo relativo alle modalità di recupero degli aiuti illegittimi "caso per caso", ha radicato la competenza delle relative controversie dinanzi al giudice amministrativo imponendo il compimento *ex novo* di una istruttoria per favorire l'individuazione delle specificità dei singoli casi così come richiesto dalla pronuncia della Corte di Giustizia. Alle imprese coinvolte nell'attività di recupero delle agevolazioni è stato consentito, dunque, di rappresentare in giudizio tutti i fatti costitutivi delle proprie pretese in attuazione del superiore diritto al contraddittorio.

9.8. - Ne può intendersi integrata la violazione della Convenzione CEDU avuto riguardo al principio di ragionevole durata del processo. La Corte CEDU ha più volte avuto modo di indicare vari criteri al fine di stabilire se in concreto sussista una violazione in tal senso; in specie, la particolare complessità del caso che può verificarsi in considerazione, per esempio, del

numero delle parti, dello *ius superveniens*, di eventuali contrasti giurisprudenziali irrisolti, del comportamento giudiziario tenuto nel corso del procedimento dal soggetto che poi lamenta l'eccessiva durata del procedimento. La materia oggetto del presente giudizio, stante le modifiche normative intervenute in attuazione della pronuncia della Corte di Giustizia, ben si identifica nei casi summenzionati, di particolare complessità e di comportamenti dilatori propri dei soggetti che poi si lamentano della irragionevole durata dei processi e porta, in conclusione, ad escludere la violazione degli artt. 111 e 117 c.1 Cost. in relazione all'art. 6 CEDU.

10. – Tra i motivi di appello da respingere vi è la asserita prescrizione del diritto di recupero dello sgravio contributivo in questione in diretta applicazione delle disposizioni della legge n. 228/2012, commi 351 e seguenti, che hanno tra l'altro posto nel nulla l'azione di recupero precedentemente svolta dall'Inps.

10.1. – In particolare il comma 356 afferma che: *“i processi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge e aventi ad oggetto il recupero degli aiuti di cui al comma 351 si estinguono di diritto. L'estinzione è dichiarata con decreto anche d'ufficio. Le sentenze eventualmente emesse, fatta eccezione per quelle passate in giudicato, restano prive di effetti.”* Contrariamente a quanto sembra affermare l'appellante, è del tutto evidente come da questa norma non possa derivare una retroattiva reviviscenza della prescrizione come si sarebbe verificata nel caso di prolungata inerzia dell'ente creditore. L'estinzione degli atti non cancella il fatto che l'ente ha costantemente agito per perseguire il recupero e ha regolarmente contrastato le iniziative giudiziarie in opposizione assunte dalle imprese debtrici. L'intervenuta estinzione dei processi in relazione ad un mutamento del riparto di giurisdizione in materia non influisce sugli effetti interruttivi della prescrizione che tali comportamenti comportano con esclusivo riferimento alla non inerzia della parte.

10.2. – Al riguardo, l'art. 15 del Reg. CE n. 659/1999 ha disposto che i poteri della Commissione europea, finalizzati al recupero di aiuti di Stato, sono soggetti a un periodo limite di dieci anni decorrenti dal giorno in cui l'aiuto è stato concesso al beneficiario. Tale termine, stante il richiamato principio di generale prevalenza del diritto comunitario, produce effetti anche di diritto interno, escludendo in radice la applicabilità di disposizioni potenzialmente incompatibili. Con l'effetto che la normativa nazionale sulla prescrizione va comunque disapplicata per contrasto con il principio di effettività proprio del diritto comunitario, qualora impedisca il recupero di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con decisione della Commissione europea divenuta definitiva (cfr. Cass. n. 23418/2010).

10.3. - La Corte di Giustizia, nella sentenza 20 marzo 1997 in causa C-24/95 Alcan (punti 34-37), ha statuito che *“...quando l'autorità nazionale lascia scadere il termine stabilito dal diritto nazionale per la revoca della decisione di concessione, la situazione non può essere equiparata a quella in cui un operatore economico ignora se l'amministrazione competente intende pronunciarsi e il principio della certezza del diritto impone che si metta fine a questa incertezza allo scadere di un determinato termine. Considerata la mancanza di potere discrezionale dell'autorità nazionale, il beneficiario dell'aiuto illegittimamente attribuito cessa di trovarsi nell'incertezza non appena la Commissione adotta una decisione che dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero. Il principio della certezza del diritto non può quindi precludere la restituzione dell'aiuto per il fatto che le autorità nazionali si sono conformate con ritardo alla decisione che impone la restituzione. In caso contrario il recupero delle somme indebitamente versate diverrebbe praticamente impossibile e le disposizioni comunitarie relative agli aiuti di Stato sarebbero private di ogni effetto utile”*.

10.4. - Sempre sul termine di prescrizione di dieci anni, di cui al richiamato art. 15 del Rego-

lamento CE n. 659 del 1999 per l'esercizio dei poteri della Commissione europea per il recupero degli aiuti, la Corte di Cassazione ha condivisibilmente osservato che se è vero che lo stesso termine concerne i rapporti tra Commissione e Stati membri (Corte Cost. ord. n. 125 del 2009), quel termine non è senza conseguenze nell'ambito nazionale dei rapporti tra Stato e beneficiario dell'aiuto. Proprio perché l'adozione da parte della Commissione di una Decisione che dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero, determina per il beneficiario dell'aiuto illegittimamente attribuito, la cessazione dello stato di incertezza che giustifica l'esistenza di un termine di prescrizione, divengono rilevanti nell'ordinamento nazionale l'interruzione del termine di prescrizione che è connessa all'inizio dell'azione della Commissione e la sospensione del medesimo termine per il tempo in cui la decisione della Commissione è oggetto di un procedimento dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee, previste nel regolamento comunitario (così Cass. n.23418 del 2010; n. 7162/2013 c.).

10.5. - Già in precedenti ordinanze riguardanti cause analoghe questa Sezione, quanto alla questione della prescrizione, richiamava la giurisprudenza della Corte di Cassazione da ultimo citata in materia di restituzione di aiuti di stato illegittimi per confermare che: *"il diritto dello Stato di recuperare il vantaggio si prescrive in dieci anni - art. 2946 c.c.-, con decorrenza dal provvedimento della Commissione UE che accerta l'infrazione ovvero dall'emanazione della Corte di giustizia che definisce la relativa controversia"*.

10.6. - Altrimenti, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, coincidendo il termine ordinario di prescrizione nel diritto nazionale (dieci anni ex art. 2946 c.c.) con il termine di prescrizione assegnato dal diritto comunitario alla Commissione per iniziare l'azione di recupero degli aiuti (dieci anni ex art. 15 del regolamento n. 659 del 1999), l'impossibilità dell'effettivo recupero dell'aiuto illegale ben potrebbe essere la regola e non l'eccezione. La Cassazione ha quindi affermato il seguente principio di diritto al quale la Sezione intende conformarsi: *"In tema di recupero di aiuti di Stato, la normativa nazionale sulla prescrizione deve essere disapplicata per contrasto con il principio di effettività proprio del diritto comunitario, qualora tale normativa impedisca il recupero di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con decisione della Commissione divenuta definitiva"* (Cass. Civ. n. 23418/2010 cit).

11. - In ordine all'ulteriore motivo - richiamato in appello dall'appellata tra quelli assorbiti dal TAR - relativo all'affidamento del datore di lavoro, la Corte di Giustizia CE, come sopra già rilevato, ha affermato che uno Stato membro, le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione delle norme procedurali di cui all'art. 88 CE, non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari ai fini dell'esecuzione di una decisione della Commissione con cui quest'ultima ordina la ripetizione dell'aiuto. Ammettere tale possibilità significherebbe, infatti, privare di effetto utile le norme di cui agli artt. 87 CE e 88 CE, in quanto le autorità nazionali potrebbero far valere in tal modo il proprio illegittimo comportamento, al fine di vanificare l'efficacia delle decisioni emanate dalla Commissione in virtù di tali disposizioni del Trattato (Corte di Giustizia CE 7 marzo 2002, C-310/99).

12. - Sul giudicato interno e sul rispetto delle norme interne, la Sezione richiama l'orientamento del giudice comunitario (v. Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, in causa C-119/05, Lucchini; Corte di Giustizia, 3 settembre 2009, in causa C-2/08, Olimpiclub) applicato dalla Corte di Cassazione con numerose pronunzie (Cass. sez. un. n. 26948 del 2006; n. 6756 del 2012 ; n. 6538 del 2012; n. 7162 del 2013 ed altre) che ha rilevato che l'obbligatorietà del recupero, da parte dello Stato membro, non consente al giudice nazionale alcuna diversa valutazione al punto che nemmeno il giudicato di diritto interno (ex 2909 c.c.) può impedire il recupero pri-

vando la pronuncia giurisdizionale di quel carattere di immutabilità nel tempo che la caratterizzava. Inoltre la conformazione del diritto interno al diritto comunitario deve trovare attuazione anche con riguardo alle regole, processuali o procedurali (quali ad esempio quelle poste dalla legge n. 241 del 1990) che di tale diritto comunitario possono impedire una piena applicazione. Conseguentemente l'unica chiave interpretativa della normativa di diritto interno, anche con riferimento a profili di legittimità costituzionale delle norme nazionali, ruota attorno alla prevalenza del diritto comunitario sulla norma nazionale e sul fine precipuo di garantire l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione di recupero per realizzare la certezza delle norme comunitarie che permettono una interpretazione conforme in tutti gli Stati membri. Inoltre, in ossequio al principio di supremazia del diritto comunitario, riconosciuto da tutti gli Stati membri, con perdita a favore delle istituzioni comunitarie della propria sovranità legislativa, le sentenze della Corte di Giustizia hanno effetti vincolanti per i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulle singole fattispecie recando norme integrative dell'ordinamento comunitario.

13. – Quanto alle argomentazioni secondo le quali i contributi oggetto di recupero da parte dell'Inps avrebbero costituito costi fiscalmente deducibili dal reddito prodotto negli anni dal 1995 al 1997, avendo la impresa dedotto minori costi e conseguentemente pagato più imposte di quelle che in assenza dello sgravio sarebbero risultate dovute, la Sezione è del parere che siffatto genere di richieste non possano essere indirizzate all'Inps ma all'Agenzia delle Entrate. È infatti il contribuente ad essere tenuto a chiedere all'erario eventuali rimborsi fiscali per somme eventualmente corrisposte in eccesso; dunque, non può essere posta a carico dell'Inps l'azione di ripetizione al netto delle eventuali imposte pagate in eccesso.

14. – Ferma la fondatezza dell'appello relativamente alla necessità del recupero dell'aiuto e specificatamente la necessità del recupero del capitale, occorre considerare che per gli interessi, l'art. 1 co. 354 della legge 228 del 2012 ha previsto il calcolo sulla base delle disposizioni di cui al Capo V del Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, maturati dalla data in cui si è fruito dell'agevolazione e sino alla data del recupero effettivo.

14.1. - La appellata ha lamentato che il Regolamento di cui sopra è applicabile, per sua stessa prescrizione (art. 13), solo alle decisioni di recupero notificate in epoca successiva alla sua entrata in vigore avvenuta il 20 maggio 2004, mentre la decisione di recupero è stata notificata allo Stato italiano in data 10 gennaio 2000 e dunque in epoca anteriore alla entrata in vigore del ridetto Regolamento.

14.2. - L'Inps a sua volta ha ribadito che la normativa interna ha previsto la quantificazione degli interessi sulla base del Regolamento CE n. 794/2004 sostenendo quindi che le relative eccezioni non sono fondate.

14.3. - La Sezione richiama in proposito quanto statuito dalla Corte di Cassazione, Sezione tributaria, con ordinanza n. 3006 del 14 novembre 2013 pubblicata l'11 febbraio 2014 in fattispecie assimilabile a quella in esame, con la quale è stato chiesto, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla seguente questione: *"se l'art. 14 del Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del trattato CE, e gli artt. 9, 11 e 13 del Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento predetto, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una legislazione nazionale che, in relazione ad un'azione di recupero di un aiuto di Stato conseguente ad una decisione della Commissione notificata in data 7 giugno 2002, stabilisca che gli interessi sono determinati in base alle disposizioni*

del capo 5[^] del citato Regolamento n. 794/2004 (cioè, in particolare, agli artt. 9 e 11), e, quindi, con applicazione del tasso di interesse in base al regime degli interessi composti".

14.4. - La imminente Decisione della Corte di Giustizia, attese le conclusioni già rassegnate da parte dell'Avvocato generale, appare rilevante anche sulla questione in esame relativa al calcolo degli interessi. Va pertanto confermato l'orientamento già espresso dalla Sezione con la ordinanza 11 dicembre 2014 n. 5667 adottata da questa Sezione in questo stesso giudizio in base al quale in attesa della decisione della Corte di giustizia sulla questione già sollevata e dunque sulla normativa da applicare *ratione temporis* ai fini della determinazione degli interessi, la decisione su questo solo punto deve restare sospesa accogliendosi l'appello in questa fase limitatamente al recupero delle somme per la parte capitale, esclusi quindi gli interessi.

15. - Conclusivamente la Sezione:

- a) in riforma della sentenza appellata accoglie l'appello dell'Inps quanto al recupero della sorte capitale dell'aiuto che dovrà essere integralmente restituita dalla appellata; respinge *in parte qua* il ricorso di primo grado;
- b) sospende *in parte qua* il giudizio ai sensi degli articoli 79 e 80 c.p.a. quanto al recupero degli interessi ex Reg. CE n.794/2004 in attesa della Decisione della Corte di Giustizia della CE investita dalla Corte di Cassazione con ordinanza n. 3006 del 14 novembre 2013;
- c) rinvia al definitivo la regolazione delle spese per il presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza):

- a) in riforma della sentenza appellata accoglie l'appello dell'Inps quanto al recupero della sorte capitale dell'addebito che dovrà essere integralmente restituita dalla appellata; respinge *in parte qua* il ricorso di primo grado;
- b) sospende *in parte qua* il giudizio ai sensi degli articoli 79 e 80 c.p.a. al solo fine del recupero degli interessi ex Reg. CE n. 794/2004 in attesa della Decisione della Corte di Giustizia della CE investita dalla Corte di Cassazione con ordinanza n. 3006 del 14 novembre 2013;
- c) rinvia al definitivo la regolazione delle spese per il presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 marzo e del 1° aprile 2015.

Lo stato della giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla ammissibilità delle notifiche pec nel processo amministrativo e ...

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE VI, SENTENZA 28 MAGGIO 2015 N. 2682; SEZIONE III, SENTENZA 14 SETTEMBRE 2015 N. 4270; SEZIONE V, SENTENZA 22 OTTOBRE 2015 N. 4863; SEZIONE III, SENTENZA 14 GENNAIO 2016 N. 91; SEZIONE III, SENTENZA 20 GENNAIO 2016 N. 189

*Marco La Greca**

Solo un anno fa, con la sentenza n. 2682 del 28 maggio 2015, il Consiglio di Stato, sezione VI, aveva, per la prima volta, preso posizione rispetto alla controversa questione relativa alla ammissibilità o meno (prima della emanazione delle regole tecniche di cui all'art. 13 dell'All. 2 al CPA) delle notifiche a mezzo pec nel processo amministrativo, esprimendosi in senso favorevole.

Nei mesi successivi, il Consiglio di Stato, sezione III, con sentenza n. 4270 del 14 settembre 2015 (resa, tra l'altro, nell'appello proposto dall'Avvocatura dello Stato e nel quale era stata depositata, a sostegno della ammissibilità dello strumento, la memoria pubblicata in questa *Rassegna* 2015, vol. 3, p. 291 (1)) e sezione V, con sentenza 4863 del 22 ottobre 2015, nonché, ad inizio anno, di nuovo la sezione III, con sentenza n. 91 del 14 gennaio 2016, aveva ribadito l'assunto della ammissibilità dello strumento telematico, in buona sostanza richiamando quanto già esposto nella precedente pronuncia.

Da ultimo, poi, con sentenza n. 189 del 20 gennaio 2016, il Consiglio di Stato, ancora sezione III, è giunto a conclusioni opposte, affermando addirittura l'inesistenza (e non, come affermato dalla prevalente giurisprudenza dei T.a.r. contraria alla ammissibilità delle notifiche a mezzo pec, la nullità) della notifica a mezzo pec, così capovolgendo l'orientamento precedente, sia pure senza mai fare espresso riferimento ad esso.

Di seguito si riportano, delle varie sentenze succitate, i passaggi nei quali viene affrontato il tema in esame, rispetto al quale occorre precisare che, a seguito della recente emanazione delle regole e delle specifiche tecniche sul processo amministrativo telematico, adottate con DPCM 16 febbraio 2016 n. 40, in vigore dal 5 aprile 2016, ma, ai sensi dell'art. 21, comma 1, dello stesso decreto, applicabili solo “*a partire dal 1° luglio 2016, data di introduzione del processo amministrativo telematico*”, il problema è risolto favorevolmente per il futuro, mantenendo tuttavia la sua rilevanza per le notifiche eseguite in precedenza e sino a tale data.

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Memoria Ct 23074/2014 avv. Marco La Greca, erroneamente *ivi* indicata con Ct 33318/14.

Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 28 maggio 2015 n. 2682 - Pres. S. Baccharini, Est. M. Buricelli.

(...)

4.1. È anzitutto infondato, e perciò il Collegio può esimersi dal sottoporre a disamina le obiezioni svolte in rito sul punto dall'appellato Gruppo I., il motivo d'appello della C. imperniato sull'affermata irricevibilità del ricorso al Tar del Gruppo I. a causa della tardività della notifica - asseritamente nulla, in quanto effettuata per mezzo della posta elettronica certificata (PEC) - mancando, così si sostiene nell'appello, la prova del momento e della regolarità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado (che risulta depositato presso la segreteria del Tribunale amministrativo soltanto il 23 ottobre 2014, ovverosia oltre il termine di 30 giorni di cui all'art. 120, comma 5, del c.p.a.), in assenza dell'autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, del c.p.a., alla notificazione del ricorso via PEC.

L'appellante muove dall'assunto che l'art. 46 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114, nell'aggiungere all'art. 16 quater del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, aggiunto dall'articolo 1, comma 19, l. 24 dicembre 2012, n. 228, un nuovo comma 3 bis, in base al quale *"le disposizioni dei commi 2 e 3 non si applicano alla giustizia amministrativa"*, avrebbe sancito l'inapplicabilità, al processo amministrativo, del meccanismo della notificazione in via telematica - a mezzo PEC dell'atto introduttivo del giudizio da parte degli avvocati (in mancanza dell'espressa autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, del c.p.a.). In particolare, nell'appello si enuncia la tesi per cui nel processo amministrativo il legale non può certificare la conformità delle copie di documenti spediti per via telematica e che la notifica per il destinatario del ricorso non si perfeziona nel momento in cui si genera la ricevuta, dato che regole tecniche e procedure utilizzate nel processo civile e disciplinate dal regolamento approvato con il d.m. 3 aprile 2013, n. 48, *"non si applicano alla giustizia amministrativa"*, che ne è stata espressamente esclusa.

La premessa interpretativa e le conclusioni non convincono.

In realtà, il sopra citato art. 46 esclude l'applicazione, al processo amministrativo, dei commi 2 e 3 non della l. 21 gennaio 1994, n. 53, ma dell'art. 16 quater del d.l. n. 179 del 2012, conv. con mod. nella l. n. 221 del 2012 il quale, al comma 2, demanda a un decreto del Ministro della giustizia l'adeguamento alle nuove disposizioni delle regole tecniche già dettate col d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, mentre al comma 3 stabilisce che le disposizioni del comma 1 *"acquistano efficacia a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto di cui al comma 2"*.

La mancata autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, del c.p.a. non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la l. n. 53 del 1994 (e, in particolare, per quanto qui più interessa, gli articoli 1 e 3 bis della legge stessa), nel testo modificato dall'art. 25 comma, 3, lett. a) della l. 12 novembre 2011, n. 183, secondo cui l'avvocato *"può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale [...] a mezzo della posta elettronica certificata"*.

Nel processo amministrativo telematico (PAT) - contemplato dall'art. 13 delle norme di attuazione di cui all'Allegato 2 al cod. proc. amm. - è ammessa la notifica del ricorso a mezzo PEC anche in mancanza dell'autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, del c.p.a., disposizione che si riferisce a *"forme speciali"* di notifica, laddove invece la tendenza del

processo amministrativo, nella sua interezza, a trasformarsi in processo telematico, appare ormai irreversibile (sull'ammissibilità e sull'immediata operatività della notifica del ricorso a mezzo PEC nel processo amministrativo vanno segnalate le recentissime sentenze del Tar Campania - Napoli, n. 923 del 6 febbraio 2015 e del Tar Calabria - Catanzaro, n. 183 del 4 febbraio 2015).

Se con riguardo al PAT lo strumento normativo che contiene le regole tecnico-operative resta il DPCM al quale fa riferimento l'art. 13 dell'Allegato al c.p.a., ciò non esclude però l'immediata applicabilità delle norme di legge vigenti sulla notifica del ricorso a mezzo PEC.

Sulle regole tecnico-operative applicabili, viene in rilievo il d.P.R. n. 68 del 2005, al quale fa riferimento l'art. 3 bis della l. n. 53 del 1994.

Nel caso in esame le norme di legge suddette, e l'art. 136 del c.p.a., risultano essere state osservate dal Gruppo I.

Considerato dunque che:

- risultano rispettate le previsioni di cui alla l. n. 53 del 1994 e all'art. 136 del c.p.a.;
 - i risultati della procedura comparativa erano stati pubblicati nel sito web dell'Istituto il 2 settembre 2014 e la notifica del ricorso di primo grado alla Chiarandini risulta regolarmente eseguita il 15 ottobre 2014;
 - trova applicazione anche al "rito appalti", in mancanza di disposizioni di segno contrario, la norma di carattere generale sulla sospensione feriale dei termini di cui all'art. 1 della l. n. 742 del 1969;
- il primo motivo d'appello va respinto. (...).

Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 14 settembre 2015 n. 4270 - Pres. G.P. Cirillo, Est. R. Capuzzi.

(...)

3. – La Sezione deve esaminare in via prioritaria la eccezione avanzata dall'appellato di nullità della notifica dell'Avvocatura dello Stato in quanto effettuata per mezzo della posta elettronica certificata (PEC) inviata al procuratore costituito nel giudizio di prime cure.

Deduce l'appellato, richiamando la sentenza del Tar Lazio, sede di Roma della Sez. III ter del 13 gennaio 2015 n.396 che nel processo amministrativo non è ancora consentito agli avvocati notificare l'atto introduttivo del giudizio con modalità telematiche in mancanza di espressa autorizzazione presidenziale ai sensi dell'art. 52 co. 2 c.p.c.

L'assunto non può essere condiviso.

Al riguardo il Collegio ritiene di aderire per relationem al recentissimo precedente di questo Consiglio di Stato, Sez. VI n. 2682 del 28 maggio 2015 secondo il quale: *“La mancata autorizzazione presidenziale ex art. 52, co. 2, del c.p.a. non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la l. n. 53 del 1994 (ed in particolare... gli articoli 1 e 3 bis della legge stessa), nel testo modificato dall'art. 25 co. 3, lett. a) della l. 12 novembre 2011, n. 183, secondo cui l'avvocato “può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale... a mezzo della posta elettronica certificata”.*

“Nel processo amministrativo telematico (PAT) contemplato dall'art. 13 delle norme di attuazione di cui all'Allegato 2 al cod. proc. amm. è ammessa la notifica del ricorso a mezzo PEC anche in mancanza dell'autorizzazione presidenziale ex art. 52, co. 2, del c.p.a., disposizione

che si riferisce a “forme speciali” di notifica, laddove invece la tendenza del processo amministrativo, nella sua interezza, a trasformarsi in processo telematico, appare ormai irreversibile”. “Se con riguardo al PAT lo strumento normativo che contiene le regole tecnico - operative resta il DPCM al quale fa riferimento l’art. 13 dell’Allegato al c.p.a. , ciò non esclude però l’immediata applicabilità delle norme di legge vigenti sulla notifica del ricorso a mezzo PEC”. Sulla base di tale precedente l’eccezione proposta dall’appellato deve essere respinta”. (...).

Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 22 ottobre 2015, n. 4863 - Pres. C. Saltelli, Est. S. Guadagno.

(...)

2. Va rigettata la prima censura di carattere preliminare, con cui si assume la nullità della notifica a mezzo pec. (Posta elettronica certificata). Al riguardo il Collegio condivide l’orientamento giurisprudenziale (C.S., sez. VI, n. 2682/2015), che esclude la nullità della notifica del ricorso con tali modalità, effettuata in assenza dell’autorizzazione presidenziale di cui all’art. 52, comma 2, del c.p.a.

Non merita accoglimento l’assunto che l’art. 46 del d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114, nell’aggiungere all’art. 16 quater del d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, aggiunto dall’articolo 1, comma 19, l. 24 dicembre 2012, n. 228, un nuovo comma 3 bis, in base al quale “le disposizioni dei commi 2 e 3 non si applicano alla giustizia amministrativa”, avrebbe sancito l’inapplicabilità, al processo amministrativo, del meccanismo della notificazione in via telematica –a mezzo PEC dell’atto introduttivo del giudizio da parte degli avvocati (in mancanza dell’espressa autorizzazione presidenziale di cui all’art. 52, comma 2, del c.p.a.). In realtà, il sopra citato art. 46 esclude l’applicazione, al processo amministrativo, dei commi 2 e 3 non della l. 21 gennaio 1994, n. 53, ma dell’art. 16 quater del d. l. n. 179 del 2012, conv. con mod. nella l. n. 221 del 2012 il quale, al comma 2, demanda a un decreto del Ministro della giustizia l’adeguamento alle nuove disposizioni delle regole tecniche già dettate col d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, mentre al comma 3 stabilisce che le disposizioni del comma 1 “acquistano efficacia a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto di cui al comma 2”.

La mancata autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, del c.p.a. non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la l. n. 53 del 1994 (e, in particolare, per quanto qui più interessa, gli articoli 1 e 3 bis della legge stessa), nel testo modificato dall’art. 25 comma, 3, lett. a) della l. 12 novembre 2011, n. 183, secondo cui l’avvocato “può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale [...] a mezzo della posta elettronica certificata”.

Nel processo amministrativo telematico (PAT) – contemplato dall’art. 13 delle norme di attuazione di cui all’Allegato 2 al cod. proc. amm. - è ammessa la notifica del ricorso a mezzo PEC anche in mancanza dell’autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, del c.p.a., disposizione che si riferisce a “forme speciali” di notifica, laddove invece la tendenza del processo amministrativo, nella sua interezza, a trasformarsi in processo telematico, appare ormai irreversibile (in tal senso anche C.S., sez. III, 4270/2015).

3. Il ricorso di primo grado era ed è stato validamente notificato ed è quindi ammissibile (...).

Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 14 gennaio 2016, n. 91 - Pres. P.G. Lignani, Est. P. Ungari.

(...)

“9. Il Collegio osserva anzitutto, quanto alla validità della notifica del ricorso introduttivo, che l’orientamento del TAR è stato sconfessato dalle recenti pronunce di questo Consiglio, secondo le quali la mancata autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, cod. proc. amm. non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo posta elettronica certificata (PEC), atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la legge 53/1994 (ed in particolare gli articoli 1 e 3 bis), nel testo modificato dall’art. 25 comma 3, lett. a) della legge 183/2011, secondo cui l’avvocato “può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale... a mezzo della posta elettronica certificata” (cfr. Cons. Stato, V, n. 4863/2015; III, n. 4270/2015 e VI, n. 2682/2015). 10. Tale orientamento merita di essere condiviso.

Pertanto, risultando fondate le censure dedotte riguardo alla pronuncia in rito, occorre esaminare quelle rivolte nei confronti del provvedimento impugnato”. (...).

Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 20 gennaio 2016 n. 189 - Pres. G. Romeo, Est. S. Cacace.

(...)

2. – L’appello è irricevibile.

Esso risulta invero notificato alla Regione Autonoma della Sardegna, alla Provincia di Cagliari ed al Comune di Quartu Sant’Elena in data 4 febbraio 2015, vale a dire il giorno successivo alla scadenza del termine di impugnazione di cui all’art. 92, comma 3, c.p.a., cadente nel caso all’esame, tenuto conto della sospensione dei termini processuali prevista dal comma 2 dell’art. 54 c.p.a., il giorno 3 febbraio 2015.

Né ad impedire tale declaratoria può valere la tempestiva notifica dell’appello stesso effettuata in data 3 febbraio 2015 alla società appellata mediante posta elettronica certificata ai sensi della legge n. 53/1994, ritenendo il Collegio siffatta modalità di notifica non utilizzabile nel processo amministrativo, essendo, com’è noto, esclusa, in base al disposto di cui all’art. 16-quater, comma 3-bis, del D.L. n. 179/12 come convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, l’applicabilità alla giustizia amministrativa delle disposizioni idonee a consentire l’operatività nel processo civile del meccanismo di notificazione in argomento (ovvero i commi 2 e 3 del medesimo art. 16-quater), solo all’ésito della cui adozione, si badi, detto meccanismo ha acquistato effettiva efficacia nel processo civile e penale (così come, per i giudizi dinanzi alla Corte dei conti, si è reso necessario stabilire le regole tecniche ed operative in materia di utilizzo della posta elettronica certificata anche per l’effettuazione di notificazioni relative a procedimenti giurisdizionali con recente decreto del Presidente 21 ottobre 2015 in G.U. n. 256 del 3 novembre 2015); e ciò tenuto conto della mancanza di un apposito Regolamento, che, analogamente al D.M. 3 aprile 2013, n. 48 concernente le regole tecniche per l’adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, detti (essendo del tutto impensabile che prescrizioni tecniche siano all’uopo necessarie per il processo civile e penale e non per quello amministrativo) le relative regole tecniche anche per il processo amministrativo e che non può che individuarsi nel D.P.C.M. previsto dall’art. 13 dell’All. 2 al c.p.a. (v. anche l’art. 38, comma 1, D.L. 24

giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114), allo stato non ancora intervenuto ed al quale il legislatore ha implicitamente ma chiaramente riguardo laddove, nell'escludere l'applicazione al processo amministrativo del comma 3 dell'art. 16-quater cit., da un lato afferma l'applicabilità al processo amministrativo dello strumento della notifica telematica (del resto prevista dagli articoli 1 e 3-bis della legge n. 53 del 1994), dall'altro non disconosce certo la necessità di regole tecniche anche per il processo amministrativo, che, sulla scorta dell'assenza di potere regolamentare del Ministro della Giustizia con riferimento al processo amministrativo (dove la previsione del comma 3-bis cit. di inapplicabilità alla giustizia amministrativa del comma 2, che tale potere conferisce), non possono essere che quelle di cui all'emanando, citato, D.P.C.M. (di cui il ricordato art. 38 del successivo D.L. n. 90/2014 ribadisce appunto l'esigenza, fissandone per la prima volta i termini per l'emanazione), solo all'esito del quale l'intero processo amministrativo digitale avrà una completa regolamentazione e la notifica del ricorso a mezzo PEC potrà avere effettiva operatività ed abbandonare l'inequivocabile ed ineludibile carattere di specialità oggi affermato dall'art. 52, comma 2, c.p.a., che prevede per il suo utilizzo, facendo all'uopo espresso riferimento all'art. 151 c.p.c., una specifica autorizzazione presidenziale, del tutto mancante nel caso all'esame.

Tale carattere non può certo invero oggi negarsi in virtù di una affermata tendenza del processo amministrativo a trasformarsi in processo telematico, atteso che siffatta "tendenza" rappresenta allo stato un mero orientamento, che deve comunque tradursi in regole tecnico-operative concrete, demandate appunto al sopra indicato strumento regolamentare, in assenza delle quali il Giudice amministrativo non può certo sostituirsi al legislatore statuendo l'ordinaria applicabilità di una forma di notifica allo stato ancora non tipizzata.

Né a sanare l'invalidità di tale notifica può valere la successiva costituzione in giudizio del soggetto destinatario della stessa, atteso che vertesi in ipotesi di inesistenza della notifica (in quanto trattasi di modalità di notificazione priva di qualsivoglia espressa previsione normativa circa l'idoneità della forma prescelta a configurare un tipico atto di notificazione come delineato dalla legge; tipicità, questa, che non consente nemmeno di poter ravvisare nella fattispecie un'ipotesi di errore scusabile), in alcun modo sanabile; quand'anche, tuttavia, si volesse ritenere che una notifica eseguita mediante ricorso ad una forma non utilizzabile in quanto non espressamente prevista come tale nel paradigma legislativo degli atti di notifica valga a concretizzare non una ipotesi di inesistenza ma piuttosto di nullità della stessa, comunque in tal caso, sulla scorta dell'art. 44, comma 3, c.p.a., la costituzione dell'intimato è sì idonea a sanare la nullità medesima, ma, a differenza che nel processo civile, con efficacia ex nunc, ossia con salvezza delle eventuali decadenze già maturate in danno del notificante prima della costituzione in giudizio del destinatario della notifica, ivi compresa la scadenza del termine di impugnazione, cadente nel caso di specie, come s'è detto, al 3 febbraio 2015, laddove la costituzione dell'appellata è intervenuta con atto in data 20 febbraio 2015. (...).

... il *dies a quo* per le notifiche pec nel processo civile

Si pubblica la memoria depositata avanti alla Corte di cassazione, sezione VI tributaria, con la quale è stata sostenuta la tesi contraria alle conclusioni cui era di recente pervenuta la stessa sezione VI della Corte di cassazione con ordinanza n. 14368 del 9 luglio 2015 - in base alla quale le notifiche a mezzo pec sarebbero divenute ammissibili, nel processo civile, solo a decorrere dal 15 maggio 2014. L'Avvocatura dello Stato ha sostenuto, al contrario, l'ammissibilità delle notifiche telematiche, previste dalla legge 21 gennaio 1994, n. 53, sin dalla entrata in vigore delle modifiche introdotte dall'art. 25 della legge 25 novembre 2011, n. 183. La data in cui, poi, hanno acquisito efficacia le modifiche successivamente introdotte dall'art. 16 *quater* del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, come inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2, della legge n. 228/2012, va individuata nel 24 maggio 2013 (ovvero "il quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale", avvenuta il 9 maggio 2013, del D.m. n. 48/2013, di modifica dell'art. 18 del D.M. n. 44/2011, contententi le "regole tecniche" del processo civile telematico) e non, come ritenuto nell'ordinanza in esame, nel 15 maggio 2014 (data verosimilmente calcolata avendo riguardo alla pubblicazione delle "specifiche tecniche" di cui all'art. 34 dello stesso D.M. n. 44/2011, adottate con provvedimento dirigenziale del 16 aprile 2014, pubblicate il 30 aprile 2014).

CT 35282/13 - 632

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

MEMORIA
Sezione VI

Udienza del 9 dicembre 2015 – C.R. Dr. Giuseppe Caracciolo

per

l'Agenzia delle Entrate (C.F. 06363391001), in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), presso cui è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12 (pec: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it, telefax n. 06/96514000);

- resistente -

contro

M.F.;

- ricorrente -

NEL RICORSO (R.G. N. 19370/13) *EX ADVERSO* PROPOSTO PER LA
CASSAZIONE

della sentenza della Commissione Tributaria Regionale di Milano - n. 121/38/12, depositata in data 19 settembre 2012.

* * *

La presente memoria viene redatta per sostenere la validità della notifica del controricorso, effettuata a mezzo pec il 25 ottobre 2013.

È noto, al riguardo, il contrario avviso espresso da codesta Sezione VI con ordinanza 9 luglio 2015, n. 14368.

Con tale ordinanza è stato, in buona sostanza, affermato che le notifiche a mezzo pec sarebbero divenute uno strumento validamente utilizzabile solo a decorrere dal 15 maggio 2014, data di entrata in vigore delle specifiche tecniche adottate dal Ministero della giustizia, con provvedimento del 16 aprile 2014, ai sensi dell'art. 34 del D.M. n. 44/2011; tale data segnerebbe, infatti, il momento di intervenuta efficacia delle modifiche legislative introdotte, riguardo alle notifiche a mezzo pec, dalla legge n. 228/2012. D'altra parte, sempre secondo quanto esposto in tale ordinanza, la previgente disciplina, introdotta dall'art. 25 della legge n. 183/2011, non sarebbe stata direttamente applicabile, tenuto conto che l'articolo 3, comma 3 *bis*, della legge n. 53/1994 (comma per l'appunto introdotto dal citato art. 25 della legge n. 183/2011), avrebbe imposto all'Avvocato, secondo la ricostruzione offerta nell'ordinanza in questione, di "*procedere avvalendosi dell'opera dell'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 149 bis c.p.c.*", articolo che rinviava, a sua volta, "*ad un decreto ministeriale di cui mancava l'emanazione*"; nemmeno erano invocabili, si afferma ancora nell'ordinanza in esame, le specifiche tecniche allora vigenti, adottate con provvedimento del luglio 2011, stante la mancanza di previsioni relative alle notifiche a mezzo pec.

Per tali ragioni, le notifiche a mezzo pec effettuate prima del 15 maggio 2014 sarebbero affette da nullità.

Ritiene l'esponente Avvocatura che il riferito orientamento sia suscettibile di rivisitazione alla luce di quanto si va di seguito ad esporre.

Come è noto, l'attuale sistema di notifiche via pec è il frutto di diversi interventi normativi di rango primario succedutisi, a partire dall'art. 25 della legge n. 183/2011, sul tessuto della citata legge n. 53/1994, relativa alla "*facoltà di notificazione di atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati e procuratori legali*" ed in origine volta a disciplinare, precipuamente, la notifica "*a mezzo del servizio postale, secondo le modalità previste dalla legge 20 novembre 1982, n. 890*", da parte dell'avvocato a ciò autorizzato dal Consiglio dell'ordine di appartenenza.

Per effetto dell'art. 25 della legge n. 183/2011, la legge n. 53/1994 venne modificata nel senso che l'Avvocato, già autorizzato dal Consiglio dell'ordine ad effettuare le notifiche a mezzo del servizio postale, poteva, altresì, procedere alla notifica "*a mezzo della posta elettronica certificata*" (art. 1 ed art. 4, comma 1), consistente nell'invio di un messaggio di posta elettronica certificata, con allegato l'atto da notificarsi, da un avvocato ad un altro avvocato, il cui indirizzo di posta elettronica certificata, comunicato al Consiglio dell'ordine (art. 5, comma 1, nel testo allora vigente), risultasse da "*pubblici elenchi*" (art. 3, comma 3 *bis*).

Stabiliva poi il citato art. 3, comma 3 *bis*, non che l'avvocato dovesse, come ritenuto dall'ordinanza in esame, "*procedere avvalendosi dell'opera dell'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 149 bis c.p.c.*", ma, con rinvio assai più limitato circa gli effetti, che il notificante dovesse procedere "*con le modalità previste dall'art. 149 bis del codice di procedura civile, in quanto compatibili*". Il rinvio in quanto compatibile non poteva ovviamente riferirsi al fatto di avvalersi dell'opera dell'ufficiale giudiziario, trattandosi di rinvio, per l'appunto, non compatibile con il sistema di notifiche pec disegnato dalla legge n. 183/2011, consistente, come si è visto, in una notifica eseguita direttamente dall'Avvocato, avvalendosi della posta elettronica certificata anziché del tradizionale servizio postale (o della ulteriore modalità di notifica "diretta", a mani del destinatario, prevista dall'art. 4, comma 1, della legge n. 53/1994), prescindendo del tutto dall'opera dell'ufficiale giudiziario.

Il rinvio alludeva dunque, semmai, alle modalità operative con cui si eseguiva la notifica (avuto riguardo, per esempio, al previsto invio dell'atto e della relazione di notifica, come documenti separati, da un indirizzo pec ad un indirizzo pec risultante da pubblici elenchi) ed al momento perfezionativo della notifica (che la disposizione codicistica individuava in quello in cui "il gestore" avesse "reso disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica del destinatario"). Era invece da escludere, come già osservato, la compatibilità del riferimento all'opera dell'ufficiale giudiziario ed alle disposizioni direttamente derivanti da esso (come per esempio il fatto che l'atto da notificarsi, che nell'articolo 149 *bis* c.p.c. si supposeva consegnato all'ufficiale giudiziario, dovesse poi consistere in una sua copia informatica e non, come invece è ben possibile rispetto alla notifica eseguita direttamente dall'avvocato, anche dal suo originale informatico).

La notifica a mezzo pec, secondo quanto stabilito dall'articolo 5, comma 1, della n. 53/1994, nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 25 della legge n. 183/2011, doveva poi essere eseguita "nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici".

La disciplina di rango primario era dunque integrata dalla normativa regolamentare, che, per quanto specificatamente concerne la notificazione di atti in materia civile, andava innanzi tutto individuata nel D.M. 21 febbraio 2011, n. 44, ovvero il regolamento recante "le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del decreto - legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010, n. 24" (per comodità di consultazione da parte del collegio si deposita copia del D.M. n. 44/2011 nel testo originario).

In particolare, la fattispecie era (ed è tuttora, sia pure, per quanto si vedrà più avanti, con disposizioni successivamente modificate) regolata dall'art. 18 del D.M. n. 44/2011, significativamente rubricato "notificazioni per via telematica tra avvocati", in base al quale, con una disciplina di ulteriore dettaglio rispetto a quanto stabilito dalla legge, la notifica a mezzo pec consisteva nell'invio di un messaggio di posta elettronica certificata con, in allegato, l'atto da notificarsi, mentre la relazione di notificazione doveva essere inserita nel testo del messaggio; il citato articolo 18 prevedeva, altresì, che la notifica si intendeva "perfezionata nel momento in cui" veniva "generata la ricevuta di avvenuta consegna breve da parte del gestore di posta elettronica certificata del destinatario".

La legge n. 53/1994 ed il D.M. n. 44/2011 dettavano dunque la completa disciplina relativa alle notifiche a mezzo pec.

Vi erano, a dire il vero, delle potenziali divergenze tra l'art. 149 *bis* c.p.c. e la specifica normativa regolamentare, limitatamente alla parte in cui la relazione di notificazione, secondo quanto previsto dall'art. 18 del D.M. n. 44/2011, doveva essere inserita nel testo del messaggio, mentre nella disposizione codicistica doveva essere firmata ed allegata al messaggio come documento distinto dall'atto oggetto di notificazione.

Poiché, peraltro, la legge n. 53/1994 rinviava all'art. 149 *bis* cpc con la clausola "in quanto compatibile", ed al tempo stesso rinviava, o meglio imponeva il rispetto della specifica "normativa, anche regolamentare concernente" proprio "la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici", il contrasto, in realtà solo apparente, andava probabilmente risolto, rispetto alla detta divergenza, nel senso di attribuire prevalenza alla normativa dettata dall'art. 18 del D.M. n. 44/2011, come richiamata, attraverso il programmato rispetto

della “normativa anche regolamentare”, dall’art. 3, comma 3 *bis*, della legge n. 53/1994.

Il quadro normativo rilevante ai fini delle notifiche via pec era dunque rappresentato dalle disposizioni sin qui illustrate.

Vi erano poi, come ricordato nell’ordinanza in esame, le specifiche tecniche adottate, ai sensi dell’art. 34 del d.m. n. 44/2011, con provvedimento direttoriale del 18 luglio 2011 (pubblicate nella Gazzetta ufficiale 29 luglio 2011, n. 175, e che, per comodità di consultazione, si depositano con la presente memoria). Si trattava, peraltro, di disposizioni che non rilevavano (e, per la verità, come più avanti si vedrà ancora, tuttora non rilevano, neanche nel testo considerato nell’ordinanza di cui sopra) rispetto alle notifiche eseguite a mezzo pec, delle quali non si occupavano, essendo tese a disciplinare il processo telematico sul piano strettamente informatico (formati degli atti e dei documenti, protocolli di comunicazioni, messaggi di errore dei depositi telematici).

Risulterà evidente, da quanto precede, che le notifiche a mezzo pec erano in realtà utilizzabili già nella vigenza della legge n. 183/2011. In tal senso, del resto, si era espressa codesta Suprema Corte, affermando, con la sentenza 28 novembre 2013, sent. n. 26696, l’obbligo di procedere alla “*notifica in forma telematica*” nell’ipotesi considerata dall’art. 366, secondo comma, c.p.c., e dunque ove il ricorrente, pur non avendo eletto domicilio a Roma, avesse però indicato l’indirizzo di pec.

Ad ogni buon conto, la disciplina applicabile al controricorso notificato dall’esponente Avvocatura in data 25 ottobre 2013 non è quella dettata dalla legge n. 183/2011 e dall’originario testo del D.M. n. 44/2011, che pure, come si è visto, era suscettibile di immediata applicazione, nel periodo di sua vigenza, senza la necessità di adozione di ulteriori regole di dettaglio, ma, sulla base di quanto si andrà ad esporre nel prosieguo, della disciplina modificata dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228 e che l’ordinanza di codesta Sezione ha ritenuto essere divenuta efficace solo in data 15 maggio 2014.

Si tratta di una disciplina che, intervenendo sul D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, appena convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ha dettato disposizioni, incidenti ancora sul tessuto della legge n. 53/1994, volte per certi versi a semplificare e per altri a disciplinare più nel dettaglio le concrete modalità con cui eseguire tali notifiche telematiche.

In particolare, per effetto delle modifiche apportate alla legge n. 53/1994 dall’art. 16 *quater* del D.L. n. 179/2012 (articolo inserito dall’art. 1, comma 19, n. 2, della legge n. 228/2012), è stato stabilito che la notifica via pec deve essere effettuato da e verso un indirizzo risultante da un pubblico elenco (art. 3 *bis*, comma 1, della legge n. 53/1994, nel testo vigente a seguito della legge n. 228/2012), mentre originariamente si faceva riferimento, ma solo per il destinatario, all’indirizzo comunicato al consiglio dell’ordine e risultante da un pubblico elenco (art. 5, comma 1, ed art. 3, comma 3 *bis*, nel testo risultante a seguito della legge n. 183/2011), dal momento che il notificante poteva invece utilizzare un qualunque indirizzo pec; è poi stato escluso, ma solo per le notifiche pec, non anche per quelle a mezzo del servizio postale, l’obbligo di annotazione sul registro cronologico di cui all’art. 8 della stessa legge n. 53/1994 (art. 8, comma 4 *bis*, nel testo vigente a seguito della legge n. 228/2012)); è inoltre stato espressamente previsto che la notifica a mezzo pec si esegue inviando un messaggio di posta elettronica certificata ad un altro indirizzo di posta elettronica certificata (entrambi, come si è visto, risultati da pubblici elenchi), con, in allegato, l’atto da notificarsi e la relazione di notifica in due file distinti, sottoscritti con firma digitale (in precedenza, come si è visto, la relazione di notifica, secondo quanto previsto dall’art. 18 del D.M. n. 44/2011, doveva essere inserita nel testo del messaggio).

L'articolo 3 *bis*, comma 3, della legge n. 53/1994, sempre nel testo risultante a seguito della legge n. 228/2012, ha inoltre espressamente stabilito che *“la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, nel momento in cui viene generata la ricevuta di accettazione prevista dall'articolo 6, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e, per il destinatario, nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna prevista dall'articolo 6, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68”*.

Lo stesso art. 3 *bis* ha poi analiticamente previsto, al comma 4 ed al comma 5, i dati che devono essere riportati, rispettivamente, nell'oggetto del messaggio e nella relazione di notificazione (si tratta di dati volti a correttamente individuare l'oggetto della notificazioni ed i relativi dati, sia del mittente che del destinatario).

Le modifiche normative sin qui illustrate, introdotte dall'art. 1, comma 19, n. 2, della legge n. 228/2012, inserite con l'art. 16 *quater*, comma 1, del D.L. 179/2012, sono confluite nella legge n. 53/1994.

Tanto chiarito circa la portata innovativa delle disposizioni introdotte dalla legge n. 228/2012, si fa ulteriormente osservare che lo stesso articolo 16 *quater* aveva parallelamente stabilito (comma 2) l'obbligo di procedere, *“con decreto del Ministero della giustizia, da adottarsi entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione... all'adeguamento delle regole tecniche di cui al decreto del Ministero della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44”*, e (comma 3), che *“le disposizioni di cui al comma 1”*, in vigore dal 1^o gennaio 2013, avrebbero tuttavia *“acquistato efficacia a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana del decreto di cui al comma 2”*.

Si tratta dunque di stabilire quale sia il decreto la cui adozione, con la relativa pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, ha determinato l'efficacia delle disposizioni introdotte dalla legge n. 228/2012, modificatrici della disciplina delle notifiche a mezzo pec.

Ritiene l'ordinanza in esame che tale decreto sia quello del 16 aprile 2014 con cui sono state adottate le specifiche tecniche previste dall'art. 34 del D.M. n. 44/2011.

Vi è motivo di ritenere che l'ordinanza in questione non abbia colto nel segno.

Come si è visto, l'art. 16 *quater*, comma 2, del D.L. 179/2012, aveva chiaramente stabilito che dovesse procedersi all'adeguamento non delle specifiche ma *“delle regole tecniche di cui al decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44”*.

A tale adeguamento, del resto, ancora secondo quanto previsto dall'art. 16 *quater*, comma 2, doveva procedersi con *“decreto del Ministro della giustizia”*.

Le regole tecniche di cui al D.M. n. 44/2011 sono per l'appunto adottate con decreto del Ministro della giustizia, laddove, per contro, le specifiche tecniche, previste dall'art. 34 dello stesso D.M. n. 44/2011 e ad esso subordinate, *“sono stabilite dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia”*, dunque con decreto dirigenziale.

Al di là dei dati testuali e formali, pure decisivi, milita, peraltro, a sostegno della tesi qui sostenuta, anche un elemento di natura sostanziale.

La necessità di subordinare l'efficacia delle modifiche legislative all'adozione dell'adeguamento delle regole tecniche dipendeva dal fatto che le prime avevano dettato disposizioni che ora risultavano in contrasto con le previgenti regole tecniche, appunto, di cui al D.M. n. 44/2011, un contrasto che rendeva complicato il compito dell'interprete, dal momento che la legge continuava a prevedere (art. 3 *bis*, comma 1, della legge n. 53/1994, nel testo risultante

a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 228/2012) *“il rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione, e la ricezione dei documenti informatici”*.

In via esemplificativa si consideri che per effetto delle modifiche introdotte dalle legge n. 228/2012, e come si è visto, la relazione di notificazione doveva essere inviata come allegato distinto dall'atto e sottoscritto con firma digitale, laddove, per contro, l'art. 18 del D.M. n. 44/2011 prevedeva che la relazione di notifica fosse semplicemente contenuta nel testo del messaggio, dunque senza la firma digitale del notificante. Ancora si consideri che in base all'art. 3 *bis*, comma 2, della legge n. 53/1994, veniva stabilita la scissione del momento perfezionativo della notifica per il mittente e per il destinatario, mentre l'articolo 18, nel dettare analoga disposizione sul perfezionamento della notifica, lo individuava nel momento in cui veniva generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore della pec del destinatario, senza distinguere tra notificante e destinatario. Infine, e sempre in via esemplificativa, si consideri ancora che l'articolo 18 intendeva disciplinare, come reso palese dalla sua rubrica, la sola *“notifica telematica tra avvocati”*, laddove, invece, a seguito delle modifiche alla legge n. 53/1994, introdotte dalla legge n. 228/2012, eliminato il riferimento, contenuto nel previgente articolo 5, comma 1, all'indirizzo comunicato dal destinatario *“al proprio ordine”*, la notifica a mezzo pec era divenuto uno strumento utilizzabile dagli avvocati nei confronti di chiunque fosse titolare di un indirizzo pec (anche un'impresa, una società, una pubblica amministrazione) risultante da uno dei registri pubblici tassativamente indicati dall'art. 16 *ter* del D.L. 179/2012 (e dunque, in ipotesi, anche nei confronti di una persona fisica, nei limiti di attivazione del relativo registro pubblico).

Di qui la necessità, prima che le modifiche legislative appena introdotte divenissero efficaci, che la normativa regolamentare cui le norme di rango primario rinviavano fosse coordinata con esse.

Non vi era, per contro, nessuna necessità di adeguamento delle specifiche tecniche del luglio 2011, rispetto alle quali non era rinvenibile alcun incoerenza con la disciplina di rango primario, proprio perché, come correttamente rilevato, in tale parte, dall'ordinanza in esame, dette specifiche tecniche non si occupavano in alcun modo delle notifiche telematiche.

Orbene, tanto chiarito circa il fatto che il decreto condizionante l'efficacia delle modifiche introdotte alla legge n. 53/1994 dalla legge n. 228/2012 fosse quello di adeguamento del D.M. n. 44/2011, e non delle specifiche tecniche del 18 luglio 2011, non può non constatarsi che tale decreto è quello adottato con D.M. 3 aprile 2013, n. 48 (*“Regolamento recante modifiche al D.M. n. 44/2011, concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione”*), pubblicato nella gazzetta ufficiale del 9 maggio 2013, n. 107, con cui sono state per l'appunto dettate disposizioni di adeguamento dell'articolo 18 del D.M. n. 44/2011 alla nuova disciplina legislativa (per comodità di consultazione da parte del collegio si deposita copia del D.M. n. 44/2011 nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dal D.M. n. 48/2013).

Le disposizioni relative alle notifiche a mezzo pec introdotte dalla legge n. 228/2012, entrate in vigore, come ricordato, il 1° gennaio 2013, sono dunque divenute efficaci il 24 maggio 2013 (ovvero *“il quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale”* del D.M. n. 48/2013, di modifica dell'art. 18 del D.M. n. 44/2011, avvenuta il 9 maggio 2013) e non, come ritenuto nell'ordinanza in esame, il 15 maggio 2014; tale termine è stato evidentemente calcolato avendo riguardo alla pubblicazione delle nuove specifiche

tecniche adottate con provvedimento dirigenziale (non del Ministro) del 16 aprile 2014, pubblicato il 30 aprile 2014. Si tratta, tuttavia, di un aggiornamento che non rileva in alcun modo rispetto alle notifiche telematiche eseguite dagli avvocati, argomento del quale tali, aggiornate specifiche tecniche si occupano solo in due disposizioni: in primo luogo nell'articolo 19, per dettare norme attuative delle notifiche telematiche eseguite non dagli avvocati ma dagli ufficiali giudiziari (sebbene, si rammenta, le stesse notifiche non siano state ancora attivate) e, in secondo luogo, nell'art. 19 *bis*, con riferimento alle notifiche telematiche eseguite dagli avvocati ma sotto il diverso e qui non rilevante profilo del deposito telematico delle notifiche stesse, dal momento che nella presente causa si è proceduto al deposito cartaceo di quanto notificato a mezzo pec, secondo quanto previsto dall'art. 9, comma 1 *bis*, della legge n. 53/1994.

Nel caso di specie la notifica a mezzo pec, effettuata nel mese di ottobre del 2013, è stata dunque eseguita nel rispetto della normativa, sia di rango primario che regolamentare, applicabile *ratione temporis*.

Sono state dunque rispettare le disposizioni di rango primario contenute nella legge n. 53/1994, nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 228/2012, e, secondo quanto appena visto, divenute efficaci il 24 maggio 2014; sono state, altresì, rispettare le disposizioni dettate dalla normativa regolamentare e, in particolare, dall'articolo 18 del D.M. n. 44/2011, nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dal D.M. n. 48/2013.

L'atto è stato dunque notificato come originale informatico sottoscritto con firma digitale ed allegato al messaggio di pec unitamente alla relazione di notifica, quest'ultima redatta come documento informatico separato, parimenti sottoscritto con firma digitale ed allegato allo stesso messaggio di pec.

Nella predisposizione del messaggio, della relazione di notifica e del messaggio da spedire, quest'ultimo anche per il relativo oggetto, si è proceduto nel rispetto di quanto previsto dalla disciplina applicabile *ratione temporis*.

Ai sensi dell'art. 9, comma 1 *bis*, della legge n. 53/1994, non potendosi procedere al deposito telematico di quanto notificato via pec (non essendo stato ancora attivato il processo telematico avanti a codesta Suprema Corte), l'Amministrazione si è costituita depositando copia cartacea del messaggio spedito, dell'atto, della relazione di notifica, della ricevuta di accettazione e della ricevute di consegna, il tutto dichiarato conforme ai rispettivi originali cartacei.

Ai sensi del novellato art. 18 del D.M. n. 44/2011, la prova dell'avvenuta notificazione è stata fornita con la ricevuta di avvenuta consegna "completa" (in luogo di quella "breve" prevista dal previgente articolo 18).

Circa i registri di riferimento, pur non essendo ancora entrate in vigore, alla data di esecuzione della notifica a mezzo pec, le limitazioni previsti dall'art. 16 *ter* del D.L. 179/2012 che ha tassativamente individuato, con decorrenza dal 15 dicembre 2013, i registri pubblici di riferimento per le notificazioni a mezzo pec, e dunque, in ipotesi, potendosi fare riferimento anche ad altri registri, si è comunque utilizzato, come indirizzo mittente, quello presente su Reginde, ovvero il registro previsto dall'art. 7 del D.M. n. 44/2011 per il processo civile telematico, e, quanto al destinatario, l'indirizzo pec indicato dell'atto, del quale si è comunque verificata, dichiarandolo nella relazione di notifica, la presenza sullo stesso Reginde.

Per quanto precede, ritiene l'esponente Avvocatura che la notifica a mezzo pec del controricorso, effettuata con le modalità sin qui esposte e risultanti dal fascicolo di causa debba essere considerata come validamente eseguita.

Circa il ricorso della controparte, si confida, come del resto proposto dalla relazione depositata ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., che sia dichiarato inammissibile o comunque che venga respinto, richiamandosi anche, a sostegno, quanto esposto in sede di controricorso.

* * *

Si depositano:

- 1) D.M. 21 febbraio 2011, n. 44, nel testo originario;
- 2) Specifiche tecniche del 18 luglio 2011 (pubblicate in G.U. 29 luglio 2011, n. 175);
- 3) D.M. 21 febbraio 2011, n. 44, nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dal D.M. n. 48/2013;
- 4) Specifiche tecniche del 16 aprile 2014 (pubblicati in G.U. 30 aprile 2014, n. 99).

Roma, 3 dicembre 2015

Marco La Greca
Avvocato dello Stato

Una pronuncia del Consiglio di Stato su l'onere di autonoma impugnazione e su la distanza delle sale giochi da luoghi sensibili

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE TERZA, SENTENZA 10 FEBBRAIO 2016 N. 579

*Wally Ferrante**

Segnalo la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III del 10 febbraio 2016, n. 579 per due motivi: 1) uno processuale da tenere in considerazione per evitare pronunce di inammissibilità e 2) uno sostanziale, essendo stati affermati importanti principi in tema di distanze delle sale giochi da luoghi sensibili.

1) Il Consiglio di Stato ha respinto con diversa motivazione l'appello del Comune di Bologna, al quale avevo aderito in rappresentanza del Ministero dell'Interno, costituito anche in primo grado nella medesima posizione processuale del Comune in una causa vertente sull'autorizzazione al trasferimento di una sala giochi in altra sede.

Il Consiglio di Stato ha affermato "l'inammissibilità della costituzione in giudizio, con memoria non notificata, della Questura (*rectius* del Ministero dell'interno) in quanto soggetto avente l'onere di proporre appello e non legittimato ad assumere nel giudizio di impugnazione una posizione adesiva di mero interveniente al fine di rimuovere una soccombenza "principale" sancita dalla decisione di primo grado".

In realtà, di proposito non avevo ritenuto di proporre autonomo appello per il Ministero dell'Interno, non intendendo censurare, nelle memorie depositate, statuizioni della sentenza di primo grado diverse da quelle censurate dal Comune di Bologna, avendo chiesto la riforma della sentenza del TAR esattamente negli stessi limiti chiesti dall'ente locale.

Analogo comportamento processuale avevo tenuto in diversi altri casi (ad esempio nel contenzioso elettorale in cui il Ministero dell'interno era dalla stessa parte degli appellanti eletti che avevano interesse al mantenimento dei risultati delle elezioni annullate dal TAR) e il Consiglio di Stato non aveva mai evidenziato la necessità per il Ministero di proporre autonoma impugnazione.

2) Il Consiglio di Stato ha sostanzialmente condiviso la tesi sostenuta nell'appello del Comune, al quale il Ministero dell'Interno aveva aderito, modificando conseguentemente la motivazione della sentenza del TAR, accogliendo tuttavia uno dei motivi del ricorso introduttivo che era stato dichiarato assorbito dal giudice di primo grado.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto che **"le misure volte alla**

(*) Avvocato dello Stato.

prevenzione ed al contrasto di forme di dipendenza dal gioco d'azzardo lecito (c.d. ludopatia o GAP - gioco d'azzardo patologico), come quella in questione - consistente nella imposizione di una distanza minima delle sale giochi e scommesse dai luoghi c.d. sensibili, vale a dire nei quali si presume la presenza di soggetti appartenenti alle categorie più vulnerabili o comunque in condizioni contingenti di difese ridotte rispetto alla tentazione del gioco d'azzardo ed all'illusione di poter conseguire attraverso di esso facili guadagni - **rientrano principalmente nella materia della tutela della salute.**

La Corte Costituzionale, con riferimento alle disposizioni della l.p. Bolzano 13/2010, che prevedono limiti di distanza delle sale da gioco rispetto ai luoghi sensibili, **ha escluso la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera h), della Costituzione, ossia della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza (sent. n. 300/2011)".**

Quanto alla necessità di pianificare forme di progressiva ricollocazione dei punti della rete fisica di raccolta del gioco che risultano territorialmente prossimi a luoghi sensibili, fissando parametri di distanza validi per l'intero territorio nazionale (art. 7, comma 10 del D.L. 158 del 2012 - c.d. Decreto Balduzzi - convertito con L. n. 189 del 2012 e art. 14, comma 2 lett. e) della legge delega 11 marzo 2014, n. 23), il Consiglio di Stato ha affermato che **“la circostanza che la fissazione di *“parametri di distanza da luoghi sensibili validi per l'intero territorio nazionale”*, non sia ancora avvenuta, non impedisce l'esercizio dei concorrenti poteri, rivolti alle medesime finalità, delle Regioni e degli Enti locali.**

Per le considerazioni esposte, sembra evidente che l'art. 6 della l.r. Emilia Romagna 5/2013, nel richiedere che le *“previsioni urbanistico-territoriali in ordine alla localizzazione delle sale da gioco”* siano adottate *“nel rispetto delle pianificazioni”* statali, non attribuisce a queste ultime il valore di presupposto necessario, ma richiede soltanto che le previsioni dettate nell'esercizio del potere di pianificazione comunale non si pongano in contrasto con le previsioni stabilite a livello nazionale”.

Alla luce di quanto sopra, il Consiglio di Stato ha espressamente affermato che *“la prospettazione dell'appello risulta pertanto fondata”*.

Nell'esaminare i motivi del ricorso di primo grado rimasti assorbiti, il Consiglio di Stato ha tuttavia accolto il motivo attinente al contenuto della misura di salvaguardia, affermando che *“la Regione Emilia Romagna non ha stabilito una distanza minima, così onerando gli enti locali di individuarla, contemperando gli interessi in gioco in relazione alle caratteristiche che assumono nello specifico contesto sociale di applicazione.*

Pertanto, il Comune di Bologna avrebbe dovuto analizzare in modo approfondito l'incidenza delle ludopatie nel proprio territorio, valutare in relazione ad essa quale distanza di rispetto poteva ritenersi astrattamente adeguata alla consistenza del fenomeno da contrastare, e verificare se, in relazione alla

diffusione dei siti sensibili, una simile distanza fosse misura proporzionata e sostenibile, in quanto tale da non impedire di fatto nuove ubicazioni per gli esercizi commerciali del settore e la disponibilità di sedi alternative in vista di possibili trasferimenti degli esercizi in attività.

Può convenirsi che, al riguardo, **si trattasse di esercitare una discrezionalità piuttosto ampia, limitatamente sindacabile.**

Tuttavia, nel caso in esame, non è stato argomentato dal Comune appellante, né risulta dalla documentazione in atti, che valutazioni di tal genere siano state compiute”.

Pertanto, il Consiglio di Stato, nel citare numerose leggi regionali che hanno fissato la distanza minima delle sale da gioco da luoghi sensibili in 500 metri (o in taluni casi in 300 metri) ha ritenuto che il Comune di Bologna non avesse sufficientemente istruito e motivato la scelta di fissare detta distanza minima in 1000 metri (compiendo invero un sindacato non proprio “limitato”).

Alla luce di quanto sopra, al fine di scongiurare nuovi analoghi contenziosi, ho ribadito alle amministrazioni interessate l’esigenza, sempre più attuale e già rappresentata in altro simile caso, **di sollecitare l’adozione di una norma statale che fissi a livello nazionale una distanza minima delle sale da gioco da luoghi sensibili.**

Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 10 febbraio 2016 n. 579 - Pres. M. Lipari, Est. P. Ungari - Comune di Bologna (avv.ti G. Carestia, A. Labriola, G. Stella Richter) c. SNA Scommesse S.r.l. (avv.ti A. Meneghello, C. Fedeli). Interveniente Ministero Interno, Questura di Bologna (avv. gen. Stato).

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dal diniego di autorizzazione, adottato ex art. 88 TULPS in data 24 febbraio 2014 dalla Questura di Bologna, al trasferimento della sala scommesse e giochi mediante videoterminali (VLT) della società SNA Scommesse S.r.l., odierna appellata.
2. Il divieto è stato adottato in quanto la nuova ubicazione (come segnalato nel parere della Polizia Municipale in data 21 gennaio 2014) non rispetta *“la distanza minima di 1.000 metri, misurata sul percorso pedonale più breve che collega i rispettivi punti di accesso più vicini dai seguenti luoghi sensibili: asili, scuole di ogni ordine e grado, luoghi di culto, ospedali, case di cura, camere mortuarie, caserme e strutture protette in genere”*, così come richiesto dall’art. 23, comma 3, del Regolamento di Polizia Urbana del Comune di Bologna, (introdotto con delibera di C.C. n. 256645 in data 11 novembre 2013).
3. Il diniego è stato impugnato dalla società, unitamente alla disposizione regolamentare presupposta.

Dopo l’originaria instaurazione del giudizio presso il TAR del Lazio, il TAR Emilia Romagna (indicato come competente da questa Sezione con ordinanza n. 4088/2014), con la sentenza appellata (II, n. 396/2015), ha accolto il ricorso, ritenendo che l’art. 23, comma 3, del Reg. P.U. sia illegittimo, in mancanza del necessario presupposto costituito dagli adempimenti pre-

visti, a livello dell'Amministrazione centrale, dall'art. 7 del d.l. 158/2012, convertito in legge 189/2012, il cui rispetto è previsto dall'art. 6 della l.r. Emilia-Romagna 5/2013.

4. Il TAR (esaminando ed accogliendo, nel senso indicato, uno dei motivi del ricorso introduttivo, ed assorbendo gli altri) ha sottolineato la piena ragionevolezza della scelta del legislatore nazionale, in quanto finalizzata a pianificare ed omogeneizzare, con efficacia su tutto il territorio nazionale, l'introduzione di limiti distanziometrici aventi non già carattere urbanistico ma chiara natura di ordine pubblico.

5. È utile precisare fin d'ora che l'art. 7, comma 10, del d.l. 158/2012 (c.d. decreto Balduzzi), come modificato dalla legge di conversione n. 189/2012 (la cui epigrafe comprende "...*misure di prevenzione per contrastare la ludopatia ...*"), prevede che "*L'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e, a seguito della sua incorporazione, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, tenuto conto degli interessi pubblici di settore, sulla base di criteri, anche relativi alle distanze da istituti di istruzione primaria e secondaria, da strutture sanitarie e ospedaliere, da luoghi di culto, da centri socio-ricreativi e sportivi, definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della salute, previa intesa sancita in sede di Conferenza unificata (...) provvede a pianificare forme di progressiva ricollocazione dei punti della rete fisica di raccolta del gioco praticato mediante gli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, lettera a), del testo unico di cui al regio decreto n. 773 del 1931, e successive modificazioni, che risultano territorialmente prossimi ai predetti luoghi. Le pianificazioni operano relativamente alle concessioni di raccolta di gioco pubblico bandite successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e valgono, per ciascuna nuova concessione, in funzione della dislocazione territoriale degli istituti scolastici primari e secondari, delle strutture sanitarie ed ospedaliere, dei luoghi di culto esistenti alla data del relativo bando. (...)*".

6. E che, in analoga prospettiva, l'art. 6, comma 2, della l.r. Emilia Romagna 5/2013 ("*Norme per il contrasto, la prevenzione, la riduzione del rischio della dipendenza dal gioco d'azzardo patologico, nonché delle problematiche e delle patologie correlate*"), ha stabilito che "*Al fine di perseguire le finalità di cui all'articolo 1 della presente legge e gli obiettivi di cui all'articolo 2 della legge regionale 24 marzo 2000, n. 20 (Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio), i Comuni possono dettare, nel rispetto delle pianificazioni di cui all'articolo 7, comma 10, del decreto legge n. 158 del 2012, convertito dalla legge n. 189 del 2012, previsioni urbanistico-territoriali in ordine alla localizzazione delle sale da gioco*".

7. Nell'appello, il Comune di Bologna sostiene, essenzialmente, che:

(a) – l'art. 7, comma 10, del d.l. 158/2012, ha ad oggetto la tutela della salute (sotto forma di prevenzione delle ludopatie) e non l'ordine pubblico, quindi rientra nella potestà legislativa di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.; l'art. 6 della l.r. Emilia Romagna 5/2013 consente ai Comuni di dettare criteri per la localizzazione delle sale gioco; non essendo stati ancora definiti il decreto interministeriale e le conseguenti pianificazioni statale; esiste dunque il potere comunale di disciplinare la materia, tanto più che l'art. 7 prevede la rilocalizzazione dei punti della rete di raccolta, così presupponendo la legittimità delle pianificazioni locali previgenti;

(b) – il TAR ha superato i limiti della giurisdizione, allorché, ritenendo necessaria una disciplina uniforme dei limiti di distanza su tutto il territorio nazionale, ha escluso attualmente il potere degli enti locali in materia, da ritenersi viceversa compreso nelle funzioni di pianificazione e governo del territorio loro attribuite.

Il Comune ripropone anche le eccezioni e difese (relative alle censure dedotte da controparte e) non esaminate dal TAR.

8. Si è costituita in giudizio la Questura di Bologna, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

9. Si è parimenti costituita in giudizio la società appellata, controdeducendo puntualmente ai motivi di appello e riproponendo, ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm., le censure non esaminate in primo grado.

9.1. Nel difendere le argomentazioni svolte dal TAR sulla necessaria pregiudizialità degli adempimenti previsti dalla normativa statale, l'appellata ribadisce che le disposizioni "urbanistico-territoriali" previste dalla norma regionale non possono essere contenute in un regolamento di polizia urbana, espressione non della potestà urbanistica, bensì di quella in materia di incolumità pubblica e decoro urbano (tant'è vero, che il Comune di Bologna, con delibera di C.C. del 20 aprile 2015, ha poi introdotto identica norma nell'art. 32, comma 6, del nuovo regolamento edilizio urbano).

9.2. L'art. 23, comma 3, cit., non può operare che per l'avvenire e con riferimento alle sale scommesse di nuova apertura, con esclusione delle autorizzazioni esistenti (e dei relativi trasferimenti), pena la violazione del principio di irretroattività degli atti amministrativi; è discriminatorio applicare la distanza minima a casi, come quello in esame, di autorizzazione al trasferimento da un sito precluso, in quanto non rispetta la distanza minima, ad un altro sito precluso.

9.3. Posto che la distanza tra i vecchi e nuovi locali è di circa 200 metri, e che la nuova sede, rispetto alla vecchia, ha dai medesimi siti sensibili circa le medesime distanze (insufficienti, rispetto a quella minima prescritta dall'art. 23, comma 3), è evidente che il trasferimento non arreca alcun pregiudizio aggiuntivo ed ulteriore ai frequentatori di detti luoghi sensibili, e quindi il diniego si risolve in una ingiustificata compromissione della libertà di iniziativa economica, in contrasto con il canone del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e con i criteri di economicità ed efficacia, di cui all'art. 1 della legge 241/1990.

9.4. Nell'ipotesi in cui si ritenga applicabile anche alle sale esistenti, l'art. 23, comma 3, è illegittimo per la mancanza di una disciplina transitoria, che tenga conto delle iniziative imprenditoriali già avviate, secondo il principio della "progressiva riallocazione" delle sale, nell'ottica del temperamento dei contrapposti interessi, sancito dall'art. 7, comma 10, del d.l. 158/2012; a tal fine, va tenuto conto che il procedimento di autorizzazione al trasferimento è stato complesso ed è iniziato prima dell'entrata in vigore della modifica regolamentare (in data 8 agosto 2013, mediante la c.i.l.a. per i nuovi locali, cui ha fatto seguito in data 8 gennaio 2014 l'autorizzazione dell'Agenzia dogane e monopoli, cosicché solo in data 10 gennaio 2014 è stato possibile presentare l'istanza per l'autorizzazione ex art. 88 TULPS).

9.5. L'individuazione della distanza minima di 1.000 metri e dei luoghi c.d. sensibili sono irragionevoli, e comunque sono avvenute senza una specifica approfondita istruttoria e senza adeguata motivazione (in particolare, circa l'incidenza del nuovo limite di distanza in ordine alla localizzazione delle sale), in violazione dell'art. 41 Cost. e del principio di buon andamento ed imparzialità della P.A.; l'indicazione quali luoghi sensibili dei luoghi di culto, delle caserme, delle camere mortuarie e dei cimiteri (questi ultimi, non considerati dalla norma statale), la mancanza di una previa mappatura dei luoghi sensibili, e la ricomprensione in essi della categoria, generica, delle "strutture protette in genere", impedisce una pianificazione delle attività imprenditoriali; non si è tenuto conto che proprio alle agenzie di scommesse sono assegnate dalla normativa funzioni di tutela del giocatore (art. 1, comma 78, lettera b), punti 13 e 14, legge 220/2010) e di presidio di legalità sul territorio (art. 38, d.l. 223/2006, conv. in legge 248/2006), e che i dati dell'Osservatorio epidemiologico dipendenze patologiche dell'Università di Bologna, come divulgati dal dott. Pavarin, dimostrano che le ludopatie hanno un'incidenza limitata nella città; mentre (in base ad uno studio dell'arch. Rubini) la presenza di 498 luoghi sensibili preclude l'ubicazione delle sale in un'area dalla superficie totale di 65 kmq, pari al 47% dell'area totale racchiusa tra il semianello della tangenziale nord

e la zona collinare a sud, vale a dire la zona nevralgica in cui è concentrata la popolazione residente e dunque la potenziale utenza delle sale scommesse.

9.6. Il diniego di autorizzazione ex art. 88 TULPS è inficiato da invalidità derivata.

10. La società appellata e la Questura hanno depositato memorie e memorie di replica.

11. Il Collegio rileva anzitutto l'inammissibilità della costituzione in giudizio, con memoria non notificata, della Questura, in quanto soggetto avente l'onere di proporre appello e non legittimato ad assumere nel giudizio di impugnazione una posizione adesiva di mero interveniente al fine di rimuovere una soccombenza "principale" sancita dalla decisione di primo grado.

12. Occorre poi sottolineare che, nelle more del giudizio:

- sono state rilasciate alla società appellata le autorizzazioni n. 309 e n. 181 in data 18 maggio 2015;
- in data 3 giugno 2015 è entrato in vigore il nuovo Regolamento Edilizio Urbano, approvato con delibera di C.C. n. 201 del 20 aprile 2015, che, all'art. 32, comma 6, contiene una previsione della distanza minima pressoché identica a quella annullata.

13. Nella memoria di replica, la società appellata ne fa discendere il sopravvenuto difetto di interesse del Comune all'appello.

L'eccezione va disattesa.

Il Collegio non ritiene che si sia verificata l'improcedibilità del ricorso, in quanto il rilascio delle autorizzazioni - come, del resto, espressamente sottolineato dalla Questura di Bologna con nota in data 23 settembre 2015 - è avvenuto in doverosa esecuzione della sentenza di primo grado, ed in quanto il Comune mantiene l'interesse a rivendicare la legittimità della disposizione regolamentare precedente e dei provvedimenti adottati sulla base di essa, anche nella prospettiva di eventuali pretese risarcitorie.

14. Nel merito, la soluzione data dal TAR non convince.

14.1. Deve ritenersi che misure volte alla prevenzione ed al contrasto di forme di dipendenza dal gioco d'azzardo lecito (c.d. ludopatia o GAP - gioco d'azzardo patologico), come quella in questione - consistente nella imposizione di una distanza minima delle sale giochi e scommesse dai luoghi c.d. sensibili, vale a dire nei quali si presume la presenza di soggetti appartenenti alle categorie più vulnerabili o comunque in condizioni contingenti di difese ridotte rispetto alla tentazione del gioco d'azzardo ed all'illusione di poter conseguire attraverso di esso facili guadagni - rientrino principalmente nella materia della tutela della salute.

La Corte Costituzionale, con riferimento alle disposizioni della l.p. Bolzano 13/2010, che prevedono limiti di distanza delle sale da gioco rispetto ai luoghi sensibili, ha escluso la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera h), della Costituzione, ossia della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza (sent. n. 300/2011).

Ciò, precisando che tali disposizioni *"sono dichiaratamente finalizzate a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio assistenziale, e a prevenire forme di gioco cosiddetto compulsivo, nonché ad evitare effetti pregiudizievoli per il contesto urbano, la viabilità e la quiete pubblica"*, mentre la materia ordine pubblico e sicurezza, secondo la consolidata giurisprudenza della stessa Corte, *"attiene alla «prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico», inteso questo quale «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge la civile convivenza nella comunità nazionale»"*, e *"La semplice circostanza che la disciplina normativa attenga a un bene giuridico fondamentale non vale, dunque, di per sé, a escludere la potestà legislativa regionale o provinciale, radicando quella statale"*; per concludere nel senso della legittimità delle suddette disposizioni provinciali, in quanto *"hanno riguardo a situazioni che non necessariamente implicano un concreto pericolo di*

commissione di fatti penalmente illeciti o di turbativa dell'ordine pubblico, inteso nei termini dianzi evidenziati, preoccupandosi, piuttosto, delle conseguenze sociali dell'offerta dei giochi su fasce di consumatori psicologicamente più deboli, nonché dell'impatto sul territorio dell'afflusso a detti giochi degli utenti” e che “non incidono direttamente sulla individuazione ed installazione dei giochi leciti, ma su fattori (quali la prossimità a determinati luoghi e la pubblicità) che potrebbero, da un canto, indurre al gioco un pubblico costituito da soggetti psicologicamente più vulnerabili od immaturi e, quindi, maggiormente esposti alla capacità suggestiva dell'illusione di conseguire, tramite il gioco, vincite e facili guadagni; dall'altro, influire sulla viabilità e sull'inquinamento acustico delle aree interessate” (sent. cit.).

In sostanza (come espressamente sottolineato da TAR Lombardia, II, n. 1761/2015, con riferimento ad analoghe disposizioni della l.r. Lombardia n. 8/2013; da TAR Lazio, II, n. 2729/2014, con riferimento alla l.r. Liguria 17/2012; e da TRGA Trento, n. 206/2013, con riferimento alla l.p. Trento 9/2000), la Corte ha ritenuto che le disposizioni sui limiti di distanza imposti alle sale da gioco siano dirette al perseguimento di finalità anzitutto di carattere socio-sanitario (come tali estranee rispetto alla materia della tutela dell'ordine pubblico, rimessa in via esclusiva allo Stato). A dette finalità si affiancano finalità attinenti al governo del territorio, sotto i profili della salvaguardia del contesto urbano e dell'ordinata viabilità, oltre che al contenimento dell'inquinamento acustico.

I poteri in questione incidono dunque, in netta prevalenza, in materie oggetto di potestà legislativa concorrente, nelle quali la Regione, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., può legiferare nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale.

14.2. Dall'art. 7, comma 10, del d.l. 158/2012, si trae il principio della legittimità di misure di pianificazione delle ubicazioni consentite alle sale giochi e scommesse basate su distanze minime da rispettare (definite dalla citata giurisprudenza “prevenzione logistica” delle ludopatie), non anche quello della necessità della previa definizione di dette pianificazioni o dei relativi criteri orientativi a livello nazionale.

Può convenirsi con la prevalente giurisprudenza che si è occupata della questione, nel senso che la disciplina statale e quella regionale siano reciprocamente coerenti rispetto all'obiettivo da perseguire, utilizzando strumenti analoghi con analoghe finalità di prevenzione (oltre alle sentenze succitate, cfr. anche TAR Lombardia, I, n. 1613/2015).

Non appare invece condivisibile la opposta interpretazione, sulla base della quale il TAR Lecce ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della l.r. Puglia 43/2013 (che prevede analoga distanza minima), per contrasto con gli artt. 117, terzo comma, e secondo comma, lettera h), Cost. (cfr. ord. I, n. 2959/2015).

D'altra parte, la disciplina statale, demandando all'Agenzia delle dogane e dei monopoli, sulla base di criteri da stabilire con decreto interministeriale, la pianificazione della “progressiva” ricollocazione di esercizi legittimamente insediati dopo la sua entrata in vigore, sembra presupporre anche la legittimità di pianificazioni adottate prima della sua piena attuazione.

Che questo sia il significato implicito della disciplina statale lo conferma la legge delega in materia fiscale 23/2014, che comprende, all'art. 14, comma 1, la delega al “riordino delle disposizioni vigenti in materia di giochi pubblici, riordinando tutte le norme in vigore in un codice delle disposizioni sui giochi”, la quale, pur essendo orientata dai principi e criteri direttivi secondo i quali occorre “introdurre e garantire l'applicazione di regole trasparenti e uniformi nell'intero territorio nazionale in materia di titoli abilitativi all'esercizio dell'offerta di gioco, di autorizzazioni e di controlli, garantendo forme vincolanti di partecipazione dei comuni competenti per territorio al procedimento di autorizzazione e di pianificazione, che tenga

conto di parametri di distanza da luoghi sensibili validi per l'intero territorio nazionale, della dislocazione locale di sale da gioco e di punti di vendita in cui si esercita come attività principale l'offerta di scommesse su eventi sportivi e non sportivi, nonché in materia di installazione degli apparecchi idonei per il gioco lecito di cui all'articolo 110, comma 6, lettere a) e b), del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, comunque con riserva allo Stato della definizione delle regole necessarie per esigenze di ordine e sicurezza pubblica”, prevede anche espressamente che debba assicurarsi “la salvaguardia delle discipline regolatorie nel frattempo emanate a livello locale che risultino coerenti con i principi delle norme di attuazione della presente lettera”.

14.3. Anche la Corte Costituzionale, nel giudicare inammissibili (a causa della inadeguata valutazione della rilevanza nel giudizio *a quo* e di possibili soluzioni ermeneutiche alternative) le questioni di costituzionalità sollevate dal TAR Piemonte nei confronti degli artt. 42 e 50, del d.lgs. 267/2000, e dell'art. 31, comma 2, del d.l. 201/2011, convertito dalla legge 214/2011 (nella parte in cui tali disposizioni non prevedono la competenza dei Comuni ad adottare atti normativi e provvedimenti volti a limitare l'uso degli apparecchi da gioco di cui all'art. 110, comma 6, del TULPS), ha sottolineato che il giudice rimettente “omette di considerare che il potere di limitare la distribuzione sul territorio delle sale da gioco attraverso l'imposizione di distanze minime rispetto ai cosiddetti luoghi sensibili, potrebbe altresì essere ricondotto alla potestà degli enti locali in materia di pianificazione e governo del territorio, rispetto alla quale la Costituzione e la legge ordinaria conferiscono al Comune le relative funzioni” (sent. n. 220/2014); richiamando, a supporto di tale tesi, l'orientamento di questo Consiglio secondo il quale l'esercizio del potere di pianificazione non può essere inteso solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, ma deve essere ricostruito come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo, che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti (cfr. Cons. Stato, IV, n. 2710/2012).

14.4. In conclusione sul punto, la circostanza che la fissazione di “*parametri di distanza da luoghi sensibili validi per l'intero territorio nazionale*”, non sia ancora avvenuta, non impedisce l'esercizio dei concorrenti poteri, rivolti alle medesime finalità, delle Regioni e degli Enti locali.

Per le considerazioni esposte, sembra evidente che l'art. 6 della l.r. Emilia Romagna 5/2013, nel richiedere che le “*previsioni urbanistico-territoriali in ordine alla localizzazione delle sale da gioco*” siano adottate “*nel rispetto delle pianificazioni*” statali, non attribuisce a queste ultime il valore di presupposto necessario, ma richiede soltanto che le previsioni dettate nell'esercizio del potere di pianificazione comunale non si pongano in contrasto con le previsioni stabilite a livello nazionale. Né a diversa conclusione può condurre il fatto che l'Assemblea regionale, con atto di indirizzo-ordine del giorno sul gioco d'azzardo patologico in data 2 luglio 2013, e pubblicato sul B.U.R. contestualmente alla l.r. 5/2013, abbia invitato il Governo a dare attuazione all'art. 7, comma 10, del d.l. 158/2012, posto che la esigenza, ivi indicata, di “*fornire agli enti del governo territoriale una cornice normativa nazionale qualificata dalla certezza, che consenta di adottare atti normativi e pianificatori efficaci e non censurabili sotto il profilo della legittimità*” risulta strettamente collegata alla “*progressiva ricollocazione*” dei punti della rete fisica di raccolta del gioco, prevista dalla norma statale (ed estranea alla questione in esame), e che comunque l'esigenza di certezza non è incompatibile con la volontà di consentire da subito ai Comuni di pianificare le ubicazioni.

15. La prospettazione dell'appello risulta pertanto fondata.

16. Occorre di conseguenza esaminare le doglianze non esaminate dal TAR e riproposte dalla società appellata.

16.1. Quanto all'esonero per le autorizzazioni al trasferimento delle sale esistenti, sembra evidente che, in assenza di disciplina transitoria, la norma regolamentare si applichi a tutte le nuove domande di rilascio di autorizzazioni di p.s., che, ex art. 11 del regolamento di cui al r.d. 635/1940, devono essere valutate alla luce dei parametri *pro-tempore* vigenti.

La circostanza che il verbale della commissione consiliare affari generali e istituzionali del 4 novembre 2013 riporti la dichiarazione dell'assessore Monti, nel senso che *"i locali ... dovranno rispettare una distanza minima ... questo per le nuove autorizzazioni, mentre per quelle già esistenti non varrà il limite della distanza ..."* non costituisce una sorta di "interpretazione autentica" in senso contrario, posto che (a parte la limitata rilevanza che avrebbe la singola opinione), trattandosi di applicare distanze minime, il riferimento alle autorizzazioni non può essere inteso disgiuntamente ai locali cui le autorizzazioni si riferiscono.

16.2. Non vi è violazione del principio di irretroattività.

Sembra evidente che, se, per l'esigenza di contemperare la prevenzione delle ludopatie con la salvaguardia delle attività economiche in essere, la norma sulle distanze minima non è retroattiva (nel senso che non incide sulle autorizzazioni in essere, ma soltanto su quelle richieste successivamente alla sua entrata in vigore), non per questo l'esistenza di un'autorizzazione pregressa giustifica una deroga permanente, che sottragga l'operatore all'applicazione della disciplina regolamentare a tutela della salute, quale che siano le vicende e le ubicazioni future del suo esercizio commerciale. Altrimenti, oltre a vanificare la portata della disciplina di tutela, si determinerebbe nel settore, attraverso la sorta di contingentamento o comunque la forte valorizzazione delle autorizzazioni preesistenti che ne conseguirebbero, una distorsione della concorrenza maggiore di quella che potrebbe essere imputata alle distanze minime. In altri termini, non è una comparazione tra vecchia e nuova ubicazione che viene demandata all'Amministrazione, in quanto la comparazione tra i contrapposti interessi l'ha già compiuta la norma regolamentare stabilendo la distanza minima, applicabile ad ogni nuova domanda di autorizzazione o di modifica dell'autorizzazione per trasferimento della sede.

16.3. Il principio della "progressività" della riallocazione, è affermato dalla legge statale in relazione alle ubicazioni legittimamente assentite che risultassero contrastanti con le norme di salvaguardia successivamente definite attraverso la pianificazione di settore, quindi va a temperare un'ipotesi di limitazione delle attività economiche in essere ben maggiore di quella oggetto della controversia. Per il resto, ogni disciplina di tutela, ad effetti limitativi delle attività umane determina una cesura tra attività/ubicazioni autorizzate ed attività/ubicazioni (ancora) non autorizzate, senza che dai principi generali discenda la necessità di far salvi i procedimenti autorizzatori *in itinere* e, in generale, di stabilire una disciplina transitoria.

16.4. Appare invece fondata la censura rivolta al contenuto della misura di salvaguardia.

Non tanto sotto il profilo dell'ampliamento delle categorie dei siti sensibili rispetto a quelle contemplate dal d.l. 158/2012, che nel caso in esame non assume rilevanza decisiva, posto che la nuova ubicazione prescelta dall'appellata non rispetta la distanza minima anche rispetto a due sedi scolastiche, categoria menzionata dalla legge statale. Quanto invece sotto il profilo dell'irragionevolezza della distanza minima di 1.000 metri, e del difetto di istruttoria e di motivazione in ordine all'effetto sostanzialmente preclusivo di nuove attività che avrebbe nello specifico contesto urbano di Bologna.

La difesa del Comune ne eccipe l'inammissibilità, in quanto comporterebbero una sostituzione del giudice nell'esercizio di scelte di merito.

Il Collegio non è di questo avviso.

Nel caso in esame, se l'effetto dissuasivo della distanza dalle sale giochi dei (luoghi in cui si trovano di regola i) soggetti da tutelare risponde ad un criterio presuntivo generalmente condiviso, manca una regola tecnica cui fare riferimento per misurare l'efficacia di una determinata distanza.

Posto, dunque, che l'imposizione di una distanza di rispetto costituisce in via di principio uno strumento idoneo e necessario per tutelare l'interesse pubblico primario (prevenzione delle ludopatie), e che la massimizzazione della cura di tale interesse condurrebbe ad imporre distanze molto ampie, l'individuazione di una distanza, piuttosto che un'altra, discende invece dall'esercizio di una discrezionalità amministrativa, che effettui la ponderazione con i contrapposti interessi allo svolgimento delle attività lecite di gioco e scommessa, alla luce dei canoni della adeguatezza e della proporzionalità.

In particolare, risponde ad un'esigenza di ragionevolezza che, in esito ad una valutazione dei comportamenti dei soggetti più vulnerabili e dell'incidenza del fenomeno delle ludopatie in un determinato contesto, venga stabilita dalla legge una distanza minima fissa, presuntivamente idonea ad assicurare un effetto dissuasivo, proteggendo i frequentatori dei c.d. siti sensibili; oppure, che la legge indichi detta distanza di rispetto nella sua misura massima, ovvero nella sua misura minima, consentendo alle Amministrazioni territoriali e locali di valutare le rispettive situazioni e di individuare conseguentemente come adeguate distanze diverse purché rispettose del limite.

Senza pretesa di esaustività: una distanza minima di cinquecento metri è prescritta dall'art. 4 della l.r. Toscana 57/2013, dall'art. 7 della l.r. Puglia 43/2013 e dall'art. 6 della l.r. Basilicata 30/2014; una distanza minima di trecento metri è invece prescritta dall'art. 5-bis della l.p. Bolzano 13/1992, dall'art. 13-bis della l.p. Trento 9/2000, dall'art. 5 della l.r. Liguria 13/2015 e dall'art. 3 della l.r. Abruzzo 40/2013; una distanza minima, determinata dalla Giunta regionale, ma comunque non superiore a cinquecento metri, è prevista dall'art. 5, comma 1, della l.r. Lombardia 8/2013, e dall'art. 6 della l.r. Friuli VG n. 1/2014, analogo potere è attribuito ai Comuni dall'art. 6 della l.r. Umbria 21/2014, mentre l'art. 4 della l.r. Valle d'Aosta 14/2015 prevede la stessa distanza, ma consente ai Comuni di stabilire una distanza maggiore; infine, l'art. 20 della l.r. Veneto 6/2015, senza individuare una distanza di riferimento, attribuisce ai Comuni il potere di stabilire la distanza minima.

La Regione Emilia Romagna non ha stabilito una distanza minima, così onerando gli enti locali di individuarla, contemperando gli interessi in gioco in relazione alle caratteristiche che assumono nello specifico contesto sociale di applicazione.

Pertanto, il Comune di Bologna avrebbe dovuto analizzare in modo approfondito l'incidenza delle ludopatie nel proprio territorio, valutare in relazione ad essa quale distanza di rispetto poteva ritenersi astrattamente adeguata alla consistenza del fenomeno da contrastare, e verificare se, in relazione alla diffusione dei siti sensibili, una simile distanza fosse misura proporzionata e sostenibile, in quanto tale da non impedire di fatto nuove ubicazioni per gli esercizi commerciali del settore e la disponibilità di sedi alternative in vista di possibili trasferimenti degli esercizi in attività.

Può convenirsi che, al riguardo, si trattasse di esercitare una discrezionalità piuttosto ampia, limitatamente sindacabile.

Tuttavia, nel caso in esame, non è stato argomentato dal Comune appellante, né risulta dalla documentazione in atti, che valutazioni di tal genere siano state compiute.

La difesa del Comune richiama (oltre che, genericamente, un atto di indirizzo della Regione,

da cui il Comune avrebbe tratto i dati di un censimento sul gioco d'azzardo effettuato su scala nazionale dalla Presidenza del Consiglio e dell'indagine conoscitiva curata da Eurispes e dalla Onlus Telefono Azzurro circa il coinvolgimento dei bambini) il verbale della seduta del Consiglio comunale in cui è stata approvata la modifica regolamentare; ma dalla lettura degli interventi, assai estesi, dell'assessore competente e dei rappresentanti di tutte le forze politiche, non si evincono considerazioni specifiche e basate su argomenti non esclusivamente di natura politica, circa l'adeguatezza e l'incidenza concreta sul territorio della distanza minima di 1.000 metri contenuta nella proposta da approvare.

Per contro, come sopra esposto, a corredo della censura la società appellata ha prospettato elementi (non espressamente confutati dalla difesa del Comune) che, unitamente alla considerazione dei meno impegnativi limiti di distanza adottati in altre Regioni, appaiono tali da poter mettere seriamente in discussione la ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità della decisione di stabilire una distanza di 1.000 metri.

17. Infine, per quanto esposto, la pianificazione comunale prevista dalla l.r. 5/2013 si concretizza in disposizioni "urbanistico-territoriali", aventi finalità di tutela della salute, ma anche di qualità ambientale urbana in senso lato.

La differenza, rispetto ad una disciplina come quella del regolamento di polizia urbana, oltre che nelle finalità di cura di interessi pubblici (in quel caso, concernenti l'incolumità pubblica ed il decoro urbano) che la ispirano, sta nel fatto che per il regolamento edilizio, quale componente della pianificazione urbanistica generale, la l.r. 20/2000 prevede un procedimento che comprende fasi di partecipazione idonee a far emergere la effettiva consistenza degli interessi in gioco, così da consentire valutazioni complete e razionali.

Proprio ciò che, per quanto esposto, non risulta essere avvenuto ai fini dell'adozione della norma regolamentare oggetto della controversia.

Va aggiunto che non sembra che l'esame di questo profilo di censura (in quanto non dedotto con appello incidentale) debba ritenersi precluso dalla circostanza che il TAR (nell'accogliere il motivo di ricorso incentrato sulla mancata attuazione dell'art. 7, comma 10, del d.l. 158/2011) ha accennato anche alla riconducibilità della norma regolamentare impugnata a finalità di ordine pubblico, posto che comunque è mancata in primo grado una espressa considerazione della natura della potestà esercitata, e che non vi è corrispondenza biunivoca tra la potestà pianificatoria e le molteplici finalità perseguibili.

Anche sotto questo profilo (cfr., *supra*, 9.1.), pertanto, il ricorso introduttivo è fondato ed avrebbe dovuto essere accolto.

18. Dalla fondatezza dei profili di censura esaminati per ultimi, discende che la sentenza di primo grado merita di essere confermata, per quanto riguarda l'accoglimento del ricorso introduttivo, ma con la diversa motivazione sopra esposta.

19. Le spese del doppio grado di giudizio, stante la relativa novità delle questioni affrontate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e conferma, con diversa motivazione, la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016.

La giurisprudenza amministrativa e i vincoli paesaggistici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. SESTA, SENTENZA 7 MARZO 2016 N. 914

La sentenza in rassegna che si pone nel solco della giurisprudenza amministrativa sull'agro romano precisa che il Ministero ha potere autonomo, oltre a quello sostitutivo delle regioni inerti, in tema di vincoli paesaggistici confutando la tesi del T.a.r. Lazio che aveva ritenuto configurarsi solo un potere sostitutivo.

Si pubblica l'appello interposto dall'Amministrazione statale avverso la pronuncia del T.a.r. Lazio.

CT 2307/2011 - sez. IV - avv. Scino

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

RICORSO IN APPELLO E CONTESTUALE ISTANZA EX ART. 98 C.P.A.

Per il MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITÀ CULTURALI E DEL TURISMO (C.F. 80188210589), con riferimento alla Direzione generale per i beni culturali e paesaggistici del Lazio, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, Fax 06/96514000, presso i cui uffici domicilia in Roma alla Via dei Portoghesi, n. 12, PEC ags_rm2@mailcert.avvocaturastato.it;

appellante

contro

G.S. S.a.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Di Silvio ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avv. Enrico Valentini in Roma, Viale delle Milizie, n. 34;

appellata

e per quanto di interesse

ASSOCIAZIONE SVILUPPO SOSTENIBILE ALFINA, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Venturiello e Maria Grazia Carcione ed elettivamente domiciliata presso lo Studio del primo dei suindicati difensori in Roma, Largo Messico, n. 6;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del TAR del Lazio, sez. II-quater, n. 10436, depositata il 29.07.2015, non notificata.

FATTO

1. – La G.S. S.a.s. è una società operante nel settore delle attività estrattive autorizzata allo svolgimento di attività estrattiva di basalto in località “Le Greppie” nel Comune di Acquapendente (Viterbo) dal 1988. Nel ricorso introduttivo in primo grado la predetta Società ha riferito di avere acquistato nel 2005 i terreni confinanti con l'attuale cava “Le Greppie” di talché, non essendo stati opposti dal Comune ostacoli all'attività estrattiva derivanti da vincoli ostatici, essa redigeva il progetto di ampliamento del sito della cava e provvedeva ad avviare una operazione di ammodernamento delle attrezzature produttive.

Ha riferito ancora la società ricorrente che nel marzo 2010, mentre si era prossimi al rilascio

dell'autorizzazione all'ampliamento della cava ed alla conseguente stipula della nuova convenzione, il Comune di Acquapendente riferiva della intenzione da parte del Ministero per i beni e le attività culturali (d'ora in poi, per brevità e con riferimento all'attuale denominazione corretta, MIBACT) di notificare una proposta di vincolo che avrebbe ricompreso anche l'area della cava, circostanza che si verificò nel corso del successivo mese di maggio quando il MIBACT comunicò al Comune la proposta di dichiarazione di vincolo paesaggistico, con conseguente sospensione del rilascio di titoli autorizzativi sull'area interessata dal vincolo. Tale proposta rimase senza definizione per scadenza dei termini di cui all'art. 140 del decreto legislativo n. 42 del 2004.

Successivamente il MIBACT, con la nota prot. n. 0017580 dell'11 novembre 2010 dava avvio ad una nuova procedura con l'adozione di una nuova proposta sulla medesima area, denominata "Altopiano dell'Alfina" come ampliamento del vincolo, D.M. 22 maggio 1985, "Monte Rufeno e Valle della Paglia" ex artt. 136, lett. d), 138, comma 3, 141, comma 1, D.Lgs. 42/2004 (all. 1).

L'ambito paesaggistico interessato dalla proposta di ampliamento abbraccia un territorio vasto del quale la cava attualmente ne occupa una porzione limitata come si evince dalla planimetria esplicativa (all. 13) e come descritto nella definizione del perimetro (all. 13 bis).

Tale proposta veniva fatta oggetto del gravame originario del giudizio davanti al TAR del LAZIO, sez. II-quaer, con prospettazione dei seguenti motivi di gravame:

- 1) abuso di potere da parte del Ministero essendosi quest'ultimo assunto competenze proprie della Regione Lazio ed avendo reiterato una proposta di vincolo ormai decaduta con conseguente applicazione delle misure di salvaguardia (che nella specie impedirebbero alla ricorrente di dare esecuzione ai lavori di ampliamento della cava);
- 2) la nuova proposta di vincolo, trattandosi di una mera reiterazione della precedente già scaduta per decorrenza dei termini, avrebbe dovuto contenere una specifica motivazione circa le ragioni che sorreggevano la scelta di reiterare la proposta; al contrario il provvedimento qui impugnato non cita neppure il precedente procedimento;
- 3) la proposta di vincolo nella realtà è tesa a garantire il raggiungimento di interessi privati opposti rispetto a quelli vantati dalla Società ricorrente, con l'unico obiettivo di impedire a quest'ultima di realizzare l'ampliamento della cava;
- 4) per la ragione appena espressa il provvedimento deve considerarsi adottato in sviamento di potere;
- 5) violazione degli artt. 141-bis e 156 del d.lgs. n. 42 del 2004, atteso che dette norme introducono un mero potere sostitutivo del Ministero subordinato all'inerzia protratta dalle commissioni provinciali ovvero dalla Regione, avendo quindi il legislatore inteso limitare le competenze ministeriali ed attribuendo un ruolo primario alle valutazioni regionali anche in funzione degli obiettivi di pianificazione paesaggistica. Nel caso di specie invece, a fronte di una iniziativa privata perché fosse proposta l'imposizione del vincolo sull'area in questione avanzata nel 2006 e dopo che il Piano territoriale paesaggistico nel 2007 ha qualificato la zona come "agricola", senza che i rappresentanti del Ministero che avevano partecipato ai lavori per la redazione del Piano avessero sollevato alcuna contestazione in merito, di talché il Ministero avrebbe potuto e/o dovuto provvedere in via sostitutiva rispetto al contenuto del Piano, soltanto in data 19 aprile 2010 la proposta di vincolo veniva reiterata e successivamente, una volta scaduti i termini per l'adozione del relativo provvedimento definitivo, ancora reiterata in data 11 novembre 2010;
- 6) violazione di legge per mancata convocazione della conferenza di servizi in quanto, posto

che l'obiettivo dell'intervento ministeriale è quello di tutelare l'altopiano dell'Alfina e che tale zona interessa sia la Regione Lazio che la Regione Umbria, avrebbe dovuto essere inserito all'interno del procedimento di proposta del vincolo un momento di confronto tra le amministrazioni interessate per il tramite della convocazione di una conferenza di servizi.

Seguono altre censure con le quali la società ricorrente articola ipotesi di eccesso di potere per illogicità e contrarietà, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Alla domanda di annullamento dell'atto impugnato veniva fatta seguire una domanda risarcitoria.

2. – Con ricorso recante motivi aggiunti la società ricorrente ha chiesto l'annullamento del decreto di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area sita nel Comune di Acquapendente denominata "Altopiano dell'Alfina ampliamento del vincolo "Monte Rufeno e Valle del Paglia"", di cui al D.M. 22 maggio 1985, emanato dalla Direzione generale per i beni culturali e paesaggistici del Lazio del MIBACT, in data 12 maggio 2011 e pubblicato in data 16 maggio 2011 sulla Gazzetta Ufficiale-Serie Generale-parte prima n. 112 nonché del parere reso dal Comitato scientifico per i Beni architettonici e paesaggistici emesso in data 9 maggio 2011.

Nei confronti di tale atto, con il quale si è completata la procedura avviata con la proposta impugnata con il ricorso principale, la società ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di censura: 1) illegittimità per violazione dell'art. 141, comma 2, del d. lgs. n. 42 del 2004 nonché del d.PR. n. 233 del 2007 in quanto il comitato tecnico scientifico che ha espresso il proprio avviso obbligatorio per come stabilito dall'art. 141, comma 2, del d. lgs. n. 42 del 2004 vedeva tra i suoi componenti quale vice presidente, facente però le funzioni di presidente (atteso che il presidente in carica, arch. G.C., era assente in quanto si era nella specie astenuto per conflitto di interessi con il fratello, arch. L.C., promotore dell'iniziativa di richiedere la dichiarazione di notevole interesse dell'area in questione), l'arch. R.M. che era in quiescenza dal 2010 e quindi privo di potere di rappresentanza dell'ente, con la conseguenza che la sua presenza nel Comitato ne ha inficiato i lavori e le decisioni facendo venir meno il numero legale dell'organo collegiale, quanto alla valida e completa presenza dei componenti sia per lo svolgimento dei lavori dell'organo medesimo sia per riguardo alla decisione assunta. D'altronde l'affermazione proveniente dal Ministero che il Comitato operasse in regime di "prorogatio" renderebbe addirittura nullo il parere espresso dal Comitato medesimo;

2) venivano poi reiterati i motivi di censura dedotti con il ricorso principale sostenendone l'incidenza patologica in via derivata nei confronti del successivo atto impugnato con i motivi aggiunti.

3. – Si è costituito in entrambi i giudizi l'intestata Amministrazione contestando analiticamente le avverse prospettazioni e chiedendo la reiezione dei gravami, attesa la correttezza delle procedure svolte dai competenti uffici ministeriali.

È intervenuta in giudizio, ad opponendum, l'Associazione sviluppo sostenibile Alfina.

Con ordinanza n. 1547 del 29 aprile 2011, non ravvisando profili di "periculum in mora", la Sezione ha respinto l'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente.

Con sentenza n. 10436, depositata il 29 luglio 2015, il TAR del Lazio, sez. II-quater (all. 1), ha accolto parzialmente le pretese avanzate dalla ricorrente, annullando gli atti impugnati negli stretti limiti e sulla base della seguente e assorbente motivazione:

"[...] dalla documentazione prodotta emerge che autonomamente il Ministero ha dato corso al potere sostitutivo previsto dal decreto legislativo n. 42 del 2004 per la dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'intera area dell'Altopiano dell'Alfina, successivamente alla scadenza del termine per la definizione della procedura ordinaria e nonostante fosse noto ai competenti uffici ministeriali che ai sensi del PTPR del 2007 l'area in questione era stata

qualificata in termini di "zona agricola" assente da vincoli, tanto è vero che il Comune di Acquapendente il 17 dicembre 2012, sulla scorta della suindicata qualificazione dell'area, autorizzava l'odierna ricorrente ad un parziale ampliamento della cava.

Il provvedimento con il quale si è avviata la seconda procedura sostitutiva da parte del Ministero (impugnato con il ricorso principale) e il successivo provvedimento di dichiarazione definitiva dell'area di interesse pubblico (impugnato con motivi aggiunti) non fanno alcun riferimento alle ragioni che hanno indotto il Ministero, nonostante fosse stata lasciata cadere nel nulla la prima procedura per decorso dei termini, a riproporre un procedimento di dichiarazione di interesse pubblico dell'Altopiano dell'Alfina, esercitando peraltro il potere in via sostitutiva nei confronti della Regione Lazio e nonostante fosse stato già adottato un PTPR.

È pur vero che, in virtù delle disposizioni legislative più sopra ricordate, in capo al Ministero, in attuazione dell'art. 9 Cost., deve essere riconosciuto un autonomo potere di disporre il vincolo paesaggistico su un'area (rispetto al corrispondente potere regionale previsto dal decreto legislativo n. 42 del 2004) mediante determinazioni che hanno "ipso iure" l'effetto della conseguente e corrispondente integrazione del piano regionale, qualora (come nel caso di specie) esso sia stato già emanato, purtuttavia tale potere deve essere esercitato nel più rigoroso rispetto del principio di leale collaborazione tra enti, in relazione al quale al Ministero non è impedito di imporre la dichiarazione, ma ciò deve avvenire attraverso un procedimento che consenta agli enti coinvolti di partecipare pienamente all'esercizio dell'azione autoritativa, venendo comunque a conoscenza delle ragioni che hanno indotto il Ministero alla decisione" (Par. 6.)

In definitiva, dalla motivazione richiamata, secondo il giudice di primo grado la correttezza della procedura in oggetto sarebbe inficiata sotto un duplice profilo:

- Difetto di motivazione. Il MIBACT avrebbe provocato una riedizione della procedura volta all'imposizione del vincolo paesaggistico sull'area denominata "Altopiano dell'Alfina" senza esplicitare adeguatamente le ragioni sottese a tale nuova iniziativa.
- Eccesso di potere. Il riesercizio del potere amministrativo sarebbe avvenuto in via sostitutiva rispetto alla Regione Lazio, in spregio all'esigenza di leale collaborazione che le norme della procedura in esame (art. 136 ss. del D.Lgs. citato) impongono, in particolare senza aver prima recepito il relativo "parere obbligatorio" di cui all'art. 138, comma 3, D.Lgs. 42/04. In tale contesto si aggiungerebbe la circostanza che gli atti impugnati (la proposta di vincolo paesaggistico ed il successivo decreto di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area suddetta) sono intervenuti nonostante fosse già stato adottato un PTPR (Piano Territoriale Paesaggistico Regionale) del 2007 che qualificava espressamente l'area in questione in termini di "zona agricola", esente da vincoli.

Tale motivazione non può essere condivisa e, pertanto, la sentenza su indicata merita di essere riformata per i seguenti motivi di:

DIRITTO

1. Sul potere del MIBACT, di dichiarazione del notevole interesse pubblico di beni paesaggistici (art. 183, co. 3, D.Lgs. 42/2004).

1.1. L'assunto da cui muove la pronuncia impugnata, secondo cui il potere ministeriale di imposizione del vincolo paesaggistico avrebbe natura sostitutiva delle attribuzioni originariamente spettanti all'Ente regionale appare errato alla luce del costante orientamento della giurisprudenza e contrastante con i principi costituzionali in materia (art. 9 Cost.).

I provvedimenti impugnati sono stati emanati ai sensi dell'art. 141, comma 2, del Codice, sulla base dei relativi articoli 136, 138, 139 e 140, e perciò nell'esercizio del potere del Ministero di dichiarare il notevole interesse pubblico di beni paesaggistici ad esso attribuito dall'art. 138, comma 3.

Tale potere è autonomo rispetto a quello attribuito alle Regioni per corrispondenti esigenze di tutela, considerato che:

- a) nell'ambito della disciplina dell'iter di formazione della dichiarazione di notevole interesse pubblico, la medesima disposizione prevede che comunque è "Fatto salvo il potere del Ministero" su proposta motivata del soprintendente, previo parere della regione interessata, "di dichiarare il notevole interesse pubblico degli immobili e delle aree di cui all'articolo 136";
- b) ai sensi dell'art. 140, comma 2, del Codice (richiamato dall'art. 141 concernente i provvedimenti ministeriali), la dichiarazione determinata dal Ministero diviene "parte integrante del piano paesaggistico" di cui all'art. 135 "e non è suscettibile di rimozioni o modifiche nel corso del procedimento di redazione o revisione del piano medesimo".

"In considerazione della titolarità in capo allo Stato dei poteri sussistenti in materia (sulla base in primis dell'art. 9 della Costituzione), la normativa del Codice ha dunque stabilito espressamente l'autonomia del potere ministeriale di disporre il vincolo paesaggistico (rispetto al corrispondente potere attribuito alla Regione sulla base della legislazione trasfusa nel Codice del 2004), mediante determinazioni che hanno ipso iure l'effetto della conseguente e corrispondente integrazione del piano regionale, qualora già emanato". (Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 118; nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 120; TAR Lazio, n. 36851/2010).

Sulla base di quanto sopra si è pertanto concluso che:

"a) l'esercizio della potestà di determinazione del vincolo attribuita al Ministero dall'art. 138, comma 3, in quanto autonoma ai sensi del quadro normativo sopra delineato (e attribuita alla autorità statale in doverosa attuazione dell'art. 9 della Costituzione), non è condizionata alla previa inerzia della Regione, essendo altresì estranea alla tematica (come nel caso di specie, n.d.r.) la previsione dell'art. 143, comma 2, del Codice, poiché relativa al diverso procedimento della elaborazione del piano paesaggistico;

b) il principio di leale cooperazione tra le amministrazioni pubbliche, e in particolare tra il Ministero e le Regioni, posto dall'art. 133 del Codice si concreta, nella specie, nella disciplina di cui al medesimo comma 3 dell'art. 138, che prevede il parere obbligatorio ma non vincolante della Regione (da rendere entro trenta giorni dalla richiesta), e di cui all'art. 141 che, nel richiamare l'applicazione degli articoli 139 e 140, inserisce nell'iter di formazione del provvedimento ministeriale le modalità partecipative ivi definite (in particolare dei Comuni interessati), con la proposizione di osservazioni da valutare, oltre la previsione del parere del competente Comitato tecnico scientifico" (Cons. Stato, n. 118/2013, cit.)

Tale assetto, peraltro, si pone in conformità a quanto già da tempo stabilito in materia dalla Corte Costituzionale (già a partire da **C. cost., 24 luglio 1998, n. 334**).

1.2. Sulla base delle considerazioni svolte, è manifesto che il potere assegnato al MIBACT

dall'art. 138, co. 3, D.Lgs. 42/04 non è un potere sostitutivo, bensì un "autonomo poterdovere d'intervento".

Ciò chiarito, non trovano fondamento le censure mosse nella motivazione della sentenza impugnata (Par. 6 della sentenza, citato in fatto) secondo cui non vi sarebbe stato alcun coinvolgimento degli Enti Territoriali interessati, ed in particolare della Regione Lazio.

Nel caso di specie si osserva che è stato scrupolosamente rispettato l'iter dettato dall'art. 141, D.Lgs. 42/04 (che, come detto, disciplina la procedura per l'esercizio del potere del Ministero ex art. 138, comma 3), e con specifica attenzione agli aspetti della procedura che qui interessano si osserva quanto segue.

L'area in esame è stata considerata omogenea dal punto di vista delle qualità paesaggistiche. Pertanto per perseguire gli obiettivi di tutela si è reso necessario che anche il PTPR venisse adeguato.

Il PTPR è stato adottato con atti della Giunta Regionale del 27 luglio 2007, n. 556 e del 21 dicembre 2007, n. 1025, e pubblicato nel Supplemento n. 14 del BUR n. 6 del 14 febbraio 2008. Il suddetto Piano classifica la zona interessata in "sistema del paesaggio agrario", dividendo il territorio in due ambiti di paesaggio: agrario di rilevante valore e paesaggio agrario di valore. L'obiettivo della presente tutela è di ottenere un territorio che sia sottoposto a disposizioni normative che mantengano le qualità prevalentemente naturalistiche correlando le attività che si possono svolgere. La normativa adottata, anche se trattasi di ambito agrario non garantisce il raggiungimento degli obiettivi che la tutela si prefigge, pertanto si rende necessaria una valutazione più restrittiva ed omogenea. A tal fine si è proposto che l'intero territorio sia considerato come inserito nel sistema paesaggio naturale e ambito di paesaggio naturale agrario.

In ossequio all'art. 138, comma 3, D.Lgs. 42/04, la Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici per le provincie di Roma, Frosinone, Latina, Rieti e Viterbo ha tempestivamente inviato, con nota del 28 ottobre 2010 - prot. n. 0016128 alla Regione Lazio la proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico, a cui quest'ultimo Ente, con nota del 9 novembre 2010 - prot. n. 30142 (all. 14), *"esaminiata la documentazione di supporto allegata alla richiesta di parere"* ha espresso *"condivisione sull'individuazione dell'ambito da tutelare e dei contenuti della proposta medesima"* prendendo *"favorevolmente atto che, per quanto attiene alla specifica disciplina dettata ai sensi dell'art. 140, c. 2 del Codice, sono state introdotte norme coerenti con l'articolato del Piano Territoriale Paesaggistico del Lazio"*.

Alla luce di quanto dedotto non trova fondamento quanto affermato dal giudice di prime cure secondo cui il potere ministeriale sarebbe stato esercitato in via sostitutiva senza un adeguato coinvolgimento dell'Ente regionale interessato.

2. Sulla motivazione della riedizione del procedimento amministrativo.

2.1. In merito all'asserita carenza di motivazione, si ricorda che la giurisprudenza ha pacificamente stabilito che al *"procedimento di competenza di integrazione degli elenchi delle bellezze ambientali"* (antenato dell'odierno istituto di dichiarazione di notevole interesse, n.d.r.) *non sono applicabili le norme procedurali previste dagli art. 2 ss. L. 29 giugno 1939 n. 1497, nè possono ritenersi applicabili le forme di partecipazione contemplate dalla L. 7 agosto 1990 n. 241, atteso che l'art. 13 di detta legge esclude l'operatività delle norme in materia di partecipazione al procedimento in presenza di attività della p.a. diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione [...]"* (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1898). Corroborata la natura di atto amministrativo a contenuto generale propria del provvedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico la copiosa e unanime giurisprudenza che ha

qualificato come tali tutti i provvedimenti della P.A. in materia di pianificazione e tutela del territorio (cfr. **Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2006, n. 2471**; **Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2004**; **Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2003, n. 2852**).

A ulteriore prova della natura di atto a contenuto generale tipica della dichiarazione di notevole interesse pubblico, è sufficiente constatare:

la natura di atto d'ufficio, e non su istanza privata, della dichiarazione;

la notevole estensione del territorio considerato nella proposta;

il numero indeterminato dei soggetti su cui detta dichiarazione è destinata ad incidere;

la natura generale delle prescrizioni contenute nella dichiarazione;

le forme di pubblicità, tipiche degli atti a contenuto generale (e non di quelli destinati ad incidere direttamente su un determinato soggetto), che il D.Lgs. 42/2004 prescrive per il procedimento di dichiarazione di notevole interesse, visto che: 1. la "[...]proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico di cui all'articolo 138 ... (omissis)... è pubblicata per novanta giorni all'albo pretorio e depositata a disposizione del pubblico presso gli uffici dei comuni interessati"; 2. "dell'avvenuta proposta e relativa pubblicazione è data notizia su almeno due quotidiani diffusi nella regione interessata, nonché su un quotidiano a diffusione nazionale" (avvenute peraltro in data 11 febbraio 2011); 3. la dichiarazione di notevole interesse pubblico adottata dal Ministero è pubblicata "nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e nel Bollettino ufficiale della Regione".

2.2. Ad ogni buon conto, qualora (nonostante quanto sopra) si disconoscesse la natura di atto a contenuto generale della dichiarazione di notevole interesse pubblico, occorrerebbe comunque rilevare che:

1) il procedimento iniziato con la proposta del 11 novembre 2010 è assolutamente autonomo dal precedente, come dimostra anche: la richiesta di un nuovo parere alla Regione Lazio sulla proposta di dichiarazione (All. 14, sopra richiamato); la diversa attività istruttoria che ne sta alla base, viste le modifiche sull'uso dei luoghi.

Sotto tale ultimo profilo occorre evidenziare che nell'avvio della procedura in esame si esplicita che si procede nuovamente "in considerazione di una migliore definizione dei parametri di tutela" (all. 1) e questo si evidenzia mettendo a raffronto gli obiettivi di tutela, i quali fanno parte della documentazione allegata e inoltrata al Comune di Acquapendente, i quali sono stati meglio definiti rispetto alla prima stesura (all. 8 e 8 bis). Ciò è scaturito dalla necessità emersa durante l'ultima fase di ricognizione, anche in seguito a osservazioni pervenute, di tutti gli elementi a disposizione della Soprintendenza per mettere in condizione il Ministero di emanare la dichiarazione di particolare interesse dell'area in questione. Difatti si è svolta una riunione presso la Soprintendenza tra i funzionari di questo Ufficio e il Sindaco del Comune di Acquapendente, accompagnato da un suo legale. nel corso del quale è stato richiesto, tra l'altro, il certificato di destinazione urbanistica (all. 9) che il Comune ha inoltrato, per il tramite dell'Avv. X.S., con la nota n. prot. 0015493 del 25 ottobre 2010 (all. 10). Si deve notare che i termini della procedura cadevano proprio il 23 ottobre 2010.

2) Le motivazioni (all. 11) della proposta di ampliamento del vincolo paesaggistico della zona "Monte Rufeno e Valle della Paglia", di cui al D.M. 22 maggio 1985 (GU supplemento ordinario al n. 176 del 27 luglio 1985) chiariscono ampiamente in ordine alle ragioni che hanno indotto il MIBACT ad avanzare la proposta di dichiarazione.

Si riportano di seguito alcuni passaggi di queste:

- il territorio "si presenta come un mosaico di aree coltivate, casali storici e aree boschive e rappresenta quindi uno degli ultimi esempi regionali di realtà agricola in equilibrio con l'ambiente;

- l'area considerata è caratterizzata *"da una struttura litologica di vulcaniti piroclastiche basaltiche ad alta permeabilità e fessurazione"*;
- *"il confronto tra la carta storica ottocentesca e quella attuale evidenzia la presenza di un territorio che ha modificato il proprio assetto in misura minima, quasi totalmente integro nei suoi caratteri originari. L'IGM del 1883 evidenzia ancor meglio l'andamento orografico e morfologico dell'area che si può mettere a confronto con l'attuale CTR"*.

ISTANZA CAUTELARE DI SOSPENSIONE DELL'ESECUTIVITÀ
DELLA SENTENZA EX ART. 98 C.P.A

Per quanto attiene al **fumus boni juris** si rimanda alla lettura dei motivi sopra esposti in fatto e in diritto.

In merito al **periculum in mora** si osserva quanto segue:

La sentenza impugnata ha annullato, con efficacia ex tunc, la proposta ed il successivo decreto di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area sita nel Comune di Acquapendente denominata "Altopiano dell'Alfina ampliamento del vincolo "Monte Rufeno e Valle del Paglia"", di cui al D.M. 22 maggio 1985, lasciando al contempo l'Autorità ministeriale libera di riesercitare il relativo potere conformemente a quanto statuito (adeguata motivazione sulle ragioni della reiterazione e previa acquisizione del previsto parere regionale).

Orbene, nelle more della definizione del giudizio, ed in attesa della riapertura del procedimento amministrativo, si palesa l'esigenza di scongiurare il pericolo che, in assenza del vincolo paesaggistico suddetto, l'Autorità comunale proceda al rilascio delle autorizzazioni richieste dalla Società ricorrente ovvero che queste rivivano automaticamente, e che, pertanto, quest'ultima conduca attività estrattiva di cava nella zona interessata, producendosi così un danno irreparabile rappresentato dalla compromissione dell'integrità paesaggistica e ambientale del bene che il MIBACT intende tutelare.

I suesposti argomenti appaiono sufficienti per fondare, ai sensi dell'art. 98 c.p.a., una misura cautelare che sospenda l'esecutività della pronuncia.

P.Q.M.

Voglia codesto Ecc.mo Collegio, previa sospensione dell'esecutività, annullare la sentenza impugnata, con ogni conseguenza di legge anche in ordine a spese, competenze ed onori.

Roma,

Mario Antonio Scino
Avvocato dello Stato

RELATA DI NOTIFICA

Ad istanza come in atti io sottoscritto Ufficiale giudiziario addetto all'UNEP presso la Corte di Appello di Roma ho notificato copia conforme del suesposto ricorso in appello al Consiglio di Stato a :

- G.S. S.a.s., in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avv. Enrico Valentini in Roma, Viale delle Milizie, n. 34;
- ASSOCIAZIONE SVILUPPO SOSTENIBILE ALFINA, in persona del rappresentante legale pro tempore, ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avv. Michele Venturiello in Roma, Largo Messico, n. 6.

Data:

R.n.crong.:

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza 7 marzo 2016 n. 914 - Pres. G. Severini, Est. B. Lageder - Ministero beni ed attività culturali e turismo (avv. Stato M.A. Scino) c. G.S. s.a.s (avv. P. Marzola).

(...)

1. PREMESSO che, giusta segnalazione alle parti all'odierna udienza cautelare, sussistono i presupposti per decidere la controversia con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm. (con la precisazione, quanto alle esigenze di tutela cautelare, che le stesse devono ritenersi superate dall'adozione di una nuova proposta di vincolo in data 13 ottobre 2015, con conseguente operatività delle misure di salvaguardia ex art. 139, comma 4, d.lgs. n. 42 del 2004);

2. RITENUTA l'infondatezza dell'eccezione pregiudiziale di inammissibilità dell'appello per intervenuta acquiescenza - sollevata dalla parte appellata sotto il profilo della sopravvenuta adozione da parte del Ministero, in data 13 ottobre 2015, di una nuova, identica proposta di notevole interesse pubblico, ex art. 136 d.lgs. n. 42 del 2004, dell'area in questione -, trattandosi, invero, di riedizione del potere in seguito alla qui appellata sentenza del Tribunale amministrativo regionale, di annullamento con *remand* all'Amministrazione, e non potendosi all'esecuzione della sentenza di primo grado, provvisoriamente esecutiva, riconnettere valenza di acquiescenza, con la precisazione che la parte, la quale eccepisce l'inammissibilità dell'appello per intervenuta acquiescenza, è onerata di allegare e provare atti espressi, inequivocabili e spontanei, posti in essere dall'appellante in epoca successiva alla pubblicazione della sentenza di primo grado ad essa sfavorevole, assolutamente incompatibili con la volontà di impugnarla: onere di allegazione e di prova, nella specie non assolto, non essendo dal tenore degli atti sopravvenuti (v. doc. 2 e 3 prodotti in allegato alla memoria di costituzione in appello) evincibile siffatta inequivoca ed espressa volontà di acquietarsi alla sentenza, tanto più che nella missiva del 10 ottobre 2015, diretta al Comune di Acquapendente, il Ministero ha dichiarato espressamente che «*l'Avvocatura procederà in tempi brevi a notificare l'appello, chiedendo altresì la sospensione dell'esecutività della sentenza*»;

3. RILEVATO, in linea di fatto, che il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con la sentenza in epigrafe ha accolto il ricorso n. 1158 del 2011 (integrato da motivi aggiunti), proposto dalla G.S. s.a.s. - nella sua qualità di impresa operante nel settore delle attività estrattive, autorizzata allo svolgimento di attività estrattiva di basalto in località 'Greppie' nel Comune di Acquapendente (Viterbo) sin dal 1988, ed acquirente, nel 2005, di terreni confinanti con l'attuale cava in funzione di un suo ampliamento - avverso la proposta e il successivo decreto del Ministero per i beni e per le attività culturali, Direzione generale per i beni culturali e paesaggistici del Lazio, del 12 maggio 2011, aventi ad oggetto la dichiarazione di notevole interesse pubblico ex art. 136, lett. d), d.lgs. n. 42 del 2004 dell'area denominata «*Altopiano dell'Alfina - Ampliamento del vincolo 'Monte Rufeno e Valle del Paglia' DM 22.05.1985*»;

4. CONSIDERATO, in particolare, che l'adito Tribunale amministrativo regionale, in accoglimento del ricorso, provvedeva come segue:

- ravvisava integrati (i) il vizio di difetto di motivazione, sotto il profilo che il Ministero avrebbe provocato una riedizione della procedura del vincolo paesaggistico senza esplicitare adeguatamente le ragioni sottese a tale nuova iniziativa, nonostante che la precedente procedura (sfociata in una proposta di vincolo nel mese di maggio 2010) fosse stata lasciata cadere per decorso dei termini, e (ii) il vizio di violazione del principio di leale collaborazione con gli enti locali coinvolti, in quanto il riesercizio del potere amministrativo sarebbe avvenuto in via

sostitutiva rispetto alla Regione Lazio senza acquisizione del parere obbligatorio *ex art.* 138, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004 e gli atti impugnati (proposta e decreto) sarebbero intervenuti nonostante che nel 2007 fosse già stato adottato un Piano territoriale paesaggistico regionale che qualificava espressamente l'area in questione come 'zona agricola' esente da vincoli;

- affermava, di conseguenza, la necessità di rinnovare la procedura svolta, *«mantenendo indenne la posizione di tutti i soggetti pubblici coinvolti e/o interessati ed alla quale deve accompagnarsi una adeguata motivazione tecnico-giuridica delle scelte che verranno operate dal Ministero e dagli altri enti (...) coinvolti nella procedura»* (v. così, testualmente, l'appellata sentenza);

5. RITENUTA la fondatezza dell'appello interposto dall'Amministrazione statale avverso tale sentenza, in quanto:

- i provvedimenti impugnati sono stati emanati ai sensi del combinato disposto degli artt. 141, comma 2, 136, 138, 139 e 140 d.lgs. n. 42 del 2004, e perciò nell'esercizio del potere del Ministero di dichiarare il notevole interesse pubblico di beni paesaggistici, attribuito all'Amministrazione statale dall'art. 138, comma 3;

- secondo consolidato orientamento di questa Sezione (v., per tutte, sentenze 11 gennaio 2013, n. 118 e n. 120), tale potere è autonomo - e non meramente sostitutivo, come assunto nell'appellata sentenza - rispetto a quello attribuito alle regioni per corrispondenti esigenze di tutela, poiché, in primo luogo, nell'ambito della disciplina dell'*iter* di formazione della dichiarazione di notevole interesse pubblico, la medesima disposizione prevede che comunque è *«Fatto salvo il potere del Ministero (su proposta motivata del Soprintendente e previo parere della regione interessata; n.d.e.) di dichiarare il notevole interesse pubblico degli immobili e delle aree di cui all'articolo 136»*, e, in secondo luogo, ai sensi dell'art. 140, comma 2, d.lgs. n. 42 del 2004 (richiamato dall'art. 141, concernente i provvedimenti ministeriali), la dichiarazione determinata dal Ministero diviene *«parte integrante del piano paesaggistico»* di cui all'art. 135 *«e non è suscettibile di rimozioni o modifiche nel corso del procedimento di redazione o revisione del piano medesimo»*;

- in considerazione della titolarità, in capo allo Stato, dei poteri in materia paesaggistica (sulla base *in primis* dell'art. 9 della Costituzione), la normativa del Codice ha dunque stabilito espressamente l'autonomia del potere ministeriale di disporre il vincolo paesaggistico (rispetto al corrispondente potere attribuito alla regione sulla base della legislazione trasfusa nel d.lgs. n. 42 del 2004), mediante determinazioni che hanno *ipso iure* l'effetto della conseguente e corrispondente integrazione del Piano regionale, qualora - come nel caso di specie - già emanato;

- non è, pertanto, condivisibile la qualificazione del potere ministeriale come meramente sostitutivo (v. punto 6. a pp. 15 e 16 dell'appellata sentenza), trattandosi per contro di potere autonomo (v. sopra);

- né si ravvisa la violazione del principio di leale collaborazione tra enti, essendo stato acquisito il parere (obbligatorio, ma non vincolante) della Regione Lazio, la quale con atto del 9 novembre 2010, *«esaminata la documentazione di supporto allegata alla richiesta di parere»*, ha espresso *«condivisione sull'individuazione dell'ambito da tutelare e dei contenuti della proposta medesima»*, prendendo *«favorevolmente atto che, per quanto attiene alla specifica disciplina dettata ai sensi dell'art. 140, co. 2, del Codice, sono state introdotte norme coerenti con l'articolato del Piano Territoriale Paesaggistico del Lazio»*, e in particolare concordando, *«per l'ambito individuato, sull'applicazione della disciplina di tutela e di uso del Paesaggio Naturale Agrario con le modifiche normative proposte»*;

- a fronte dell'autonomia del nuovo procedimento, non esisteva un obbligo motivazionale specifico in relazione alla procedura progressa, non definita per decorso dei termini, mentre

la proposta e il decreto di vincolo qui impugnati sono sorretti da puntuale e approfondita istruttoria e motivazione, idonee a sorreggerne la portata dispositiva (v. *infra sub 6.*);

- per le esposte ragioni e contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale amministrativo regionale, deve concludersi nel senso dell'inconsistenza dei vizi di cui sopra *sub 4. (i)* e *4. (ii)*, nonché dei vizi di eccesso di potere riproposti nella memoria di costituzione in appello (4.1), (4.2) (4.5) (sotto i profili di abuso dell'asserito potere sostitutivo e di omessa informazione in ordine al pregresso procedimento ed al relativo esito, nonché di contraddittorietà), presupponenti la - qui esclusa - qualificazione del potere ministeriale come potere sostitutivo e non autonomo;

6. RILEVATO che, in reiezione degli altri motivi assorbiti ed espressamente riproposti nel presente grado nella memoria di costituzione in appello (per gli effetti di cui all'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.), s'impongono le seguenti considerazioni:

- in reiezione dei motivi di eccesso di potere per travisamento, irragionevolezza e sviamento - di cui *sub punti 4.3) «Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed irragionevolezza della scelta discrezionale della p.a.»*, 4.4) *«Eccesso di potere consistente nello sviamento della causa tipica dell'atto impugnato»*, 4.6) *«Eccesso di potere della pubblica amministrazione in particolare disparità di trattamento e contraddittorietà dell'attività del Ministero»*, 4.8) *«Eccesso di potere consistente nella falsità dei presupposti, travisamento, erronea valutazione dei fatti, illogicità e contraddittorietà della motivazione nonché del comportamento della pubblica amministrazione»* e 4.9) *«Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà del comportamento del Ministero»* della memoria di costituzione in appello -, è sufficiente rilevare, per un verso, che l'adombrato sviamento in funzione del perseguimento di asseriti interessi privati è rimasto privo di riscontri oggettivi precisi, gravi e concordanti, e, per altro verso, che la delimitazione dei confini di una zona da sottoporre a vincolo paesaggistico quale 'bellezza d'insieme' ex art. 136, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 42 (che non richiede necessariamente l'omogeneità dei singoli elementi, nel senso che non ogni singolo elemento compreso nell'area assoggettata al vincolo deve presentare i caratteri della bellezza naturale) costituisce tipica espressione di una valutazione di discrezionalità tecnica, non sindacabile se non sotto i profili della manifesta illogicità, incongruità, irragionevolezza o arbitrarietà, nella specie non ravvisabili alla luce del tenore puntuale e circostanziato delle relazioni e della documentazione planimetrica e fotografica richiamate ed allegate quali parti integranti (d)ai provvedimenti qui impugnati (v., in particolare, l'art. 2 del decreto di vincolo del 12 maggio 2011, in G.U. n. 112 del 16 maggio 2011);

- quanto ai dedotti vizi procedurali, dalla documentazione versata in giudizio si evince la conformità dell'azione amministrativa (compresa l'attività consultiva del comitato scientifico ex art. 141, comma 2) alla disciplina speciale dettata dagli artt. 136 ss. d.lgs. n. 42 del 2004, da ritenersi prevalente sulla disciplina generale ex l. n. 241 del 1990;

7. RITENUTO conclusivamente che, per le esposte ragioni, in riforma dell'appellata sentenza, il ricorso di primo grado debba essere respinto, a spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra le parti;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (ricorso n. 8815 del 2015), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado; dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 1° dicembre 2015.

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Diniego della concessione della cittadinanza *iure matrimoni*: il giudice competente

PARERE 14/04/2015-178316, AL 48965/14, AVV. ILIA MASSARELLI

Con la nota che si riscontra, codesto Ufficio ha richiesto alla Scrivente parere in merito alla possibilità di esperire ricorso straordinario al Capo dello Stato avverso i provvedimenti di diniego di concessione della cittadinanza per matrimonio di cui all'art. 5 l. 91/92.

Più in particolare, si è chiesto di chiarire se la proponibilità del suddetto ricorso debba essere limitata ai soli casi di diniego della cittadinanza disposti ai sensi dell'art. 6 lett. c) (*motivi inerenti la sicurezza della Repubblica*) della l. 91/92 o possa essere estesa anche ai casi in cui il rigetto sia altrimenti motivato.

In un'ottica di rimeditazione e superamento della posizione espressa dalla Scrivente nei precedenti pareri citati nella nota che si riscontra, la soluzione del citato quesito si ritiene debba individuarsi alla luce della non meno problematica questione relativa al riparto di giurisdizione in materia di controversie concernenti l'acquisto della cittadinanza *iure matrimoni*.

Con riferimento a tale questione, invero, già la Corte di Cassazione, sin dal lontano 1993 con la sentenza n. 7441, era intervenuta a qualificare l'acquisto della cittadinanza *iuris communicatione* come "*un diritto soggettivo dello straniero che possessa i requisiti legali e nei cui confronti non sussistano le cause preclusive indicate dalla legge*", precisando a tal fine che lo stesso "*affievolisce ad interesse legittimo solo in presenza dell'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, del potere discrezionale di valutare l'esistenza di motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica che ostino a detto acquisto, con la conseguenza che, una volta precluso l'esercizio di tale potere - a seguito dell'inutile decorso del termine previsto (un anno dalla presentazione dell'istanza, in base all'art. 4 comma 2, legge n. 123 del 1983, elevato a due anni, per il primo triennio di applicazione di detta legge, in forza dell'art. 6 legge*

citata, e definitivamente, in forza dell'art. 8, comma 2, legge n. 91 del 1992 -, in caso di mancata emissione del decreto di acquisto della cittadinanza, come di rigetto della relativa istanza, ove si contesti la ricorrenza degli altri presupposti tassativamente indicati dalla legge, sussiste il diritto soggettivo, all'emanazione dello stesso, per il richiedente che può adire il giudice ordinario per far dichiarare, previa verifica dei requisiti di legge, che egli è cittadino".

Salvo, dunque, che nel caso di rigetto dell'istanza per motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica per il quale era competente il giudice amministrativo, negli altri casi di diniego - a detta della Corte - la giurisdizione apparteneva al giudice ordinario in virtù dell'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo in capo allo straniero richiedente.

Il medesimo orientamento si è poi andato consolidando anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato laddove si è affermato che *"delle cause che precludono l'acquisto della cittadinanza italiana "iuris communicatione" da parte del coniuge - straniero o apolide - di un cittadino italiano, è demandata alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, solo quella prevista dall'art. 6 comma 1 lett. c) l. 5 febbraio 1992 n. 91 relativa all'esistenza di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica, nei cui confronti il diritto del richiedente si affievolisce ad interesse legittimo, mentre tale valutazione non ha ragion d'essere per quanto attiene alle altre cause preclusive dell'acquisto della cittadinanza; ne consegue, che in caso di diniego basato sull'esistenza di una condanna della richiedente sussiste la giurisdizione del giudice ordinario* (Cons. Stato Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6707).

A tale proposito, infatti, il Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 6, comma 1, lettera c) della L. n. 91/1992, nel precludere l'acquisto della cittadinanza allo straniero nell'ipotesi di sussistenza di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica, circoscrive fattispecie ampiamente discrezionali di cause preclusive, che, implicando una valutazione dell'Amministrazione, circa la sussistenza dei motivi, risultano idonee a degradare ad interesse legittimo il diritto soggettivo ad acquistare lo status di cittadino italiano, con conseguente sussistenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo (V. *ex multis*: Consiglio di Stato Sez. VI, Sent. n. 5680 del 2 novembre 2007; Sez. VI, sent. n. 1355 del 22 marzo 2007; Sez. VI, Sent. n. 1173 del 2 marzo 2009; Sez. VI, Sent., 31 marzo 2009, n. 1891; Cons. Stato Sez. VI, 24 marzo 2014, n. 1404).

Alla luce di tali pronunce, è stato dunque tracciato un chiaro ed univoco riparto di giurisdizione in materia di controversie concernenti l'acquisto della cittadinanza *iure matrimonii*, in forza del quale la giurisdizione del giudice amministrativo è circoscritta alle sole ipotesi in cui il diniego dell'istanza sia motivato ai sensi della lett. c) dell'art. 6, l. 91/92, spettando invece al giudice ordinario la giurisdizione in tutti gli altri casi in cui il rigetto sia diversamente motivato.

E proprio tale riparto deve necessariamente essere tenuto in considera-

zione al fine di delimitare i casi di esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso i citati provvedimenti di rigetto.

Considerato, infatti, che l'art. 7, co. 8 del codice del processo amministrativo statuisce espressamente che *"il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa"*, in materia di acquisto della cittadinanza *iure matrimonii*, di conseguenza, solo i provvedimenti di rigetto adottati per il motivo di cui alla lett. c) dell'art. 6, l. 91/92 saranno suscettibili di impugnazione con ricorso straordinario al Capo dello Stato, essendo le relative controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Diversamente, il suddetto rimedio non sarà in alcun modo esperibile a fronte di provvedimenti che, rigettando la richiesta di cittadinanza per motivi diversi, potranno, invece, essere azionati esclusivamente dinanzi al giudice ordinario.

E tali conclusioni appaiono perfettamente conformi:

- tanto al dettato della norma che circoscrive le ipotesi di proponibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato;

- quanto alle considerazioni espresse dalla giurisprudenza in merito al riparto di giurisdizione in materia di acquisto della cittadinanza per matrimonio.

Contra, non appaiono parimenti conformi alla normativa esaminata né in alcun modo coerenti con il contenuto delle richiamate pronunce quei pareri che il Consiglio di Stato, contraddicendo le proprie pronunce in sede giurisdizionale, ha reso invece in sede consultiva in occasione della proposizione di ricorsi straordinari al Capo dello Stato avverso provvedimenti di diniego della cittadinanza pronunciati per motivi diversi da quelli di cui alla citata lett. c).

In tali casi, infatti, a fronte della legittima censura mossa dal Ministero convenuto circa l'inammissibilità dei predetti ricorsi in quanto aventi ad oggetto provvedimenti impugnabili dinanzi al giudice ordinario, il Consiglio di Stato, nel dichiarare l'ammissibilità di tali ricorsi, ha affermato che *"quando c'è un provvedimento amministrativo che rigetti una domanda di concessione della cittadinanza non c'è ragione perché l'interessato non possa impugnarlo con qualsiasi provvedimento con il quale la pubblica autorità decide, valendosi di pubblici poteri, su posizioni giuridiche dei privati; tanto più che nella valutazione delle condizioni per la concessione della cittadinanza vi è sempre, da parte dell'Amministrazione, una valutazione relativa a motivi di sicurezza dello Stato, per cui in ogni caso essa esercita anche un potere discrezionale"* (Parere del C.d.S. n. 3122\14; nello stesso senso, pareri del C.d.S. n. 2181\14 e n. 4090\14).

È evidente che un siffatto ragionamento del Consiglio di Stato appare quantomeno privo di fondamento logico-normativo:

- da un lato, infatti, nel momento in cui afferma che a fronte di un provvedimento amministrativo non possa precludersi all'interessato di impugnarlo *"come qualsiasi provvedimento con il quale la pubblica autorità decide, va-*

lendosi di pubblici poteri su posizioni giuridiche dei privati", si pone in contrasto con la stessa norma di legge che limita la possibilità di impugnare i provvedimenti amministrativi con il rimedio del ricorso straordinario al Capo dello Stato alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa;

- dall'altro lato, ritenendo che sussista sempre un potere discrezionale in capo all'Amministrazione in sede di valutazione delle condizioni legittimanti l'acquisto della cittadinanza italiana, si pone in netta contraddizione con quanto dallo stesso asserito nelle pronunce giurisdizionali in cui correttamente e logicamente ha individuato nelle sole ipotesi di rigetto di cui alla lett. c), dell'art. 6 lo spazio per una valutazione discrezionale da parte della P.A.

Non ritenendo dunque condivisibile il nuovo orientamento affermato dal Consiglio di Stato in sede consultiva ed in conformità a quanto previsto dalla vigente disciplina, ad avviso della Scrivente il rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si ritiene esperibile esclusivamente avverso i provvedimenti di rigetto della richiesta di cittadinanza per matrimonio per il motivo di cui alla lett. c), art. 6, 1. 91/92.

Sebbene l'avvenuta "*giurisdizionalizzazione*" dell'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato - affermata dalle Sezioni Unite della Cassazione nella famosa sentenza n. 23464/2012 - consentirebbe l'impugnazione del decreto presidenziale per motivi di giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c. 1 c.p.c., si ritiene preferibile, sotto il profilo anche dell'opportunità, che il Ministero, convenuto in sede di ricorso straordinario proposto avverso decreti di rigetto adottati per motivi diversi da quelli previsti alla lett. C) dell'art. 6 L. 91/92, chieda la trasposizione del ricorso straordinario nella sede giurisdizionale del Tar così come previsto dal D.Lgs. n. 1199/1071 e dal codice del processo amministrativo (il cui articolo 48 consente *ad ogni parte*, anche all'Amministrazione statale, di chiedere la trasposizione - sul punto sent. C.d.S. n. 4650/2013).

Sarà poi onere del ricorrente, qualora persista il suo interesse ad una pronuncia, riproporre la domanda all'Autorità Giudiziaria nel termine perentorio stabilito dalla legge: scelta difensiva che, considerato l'orientamento dell'A.G.A. in materia, consentirà all'Amministrazione di ottenere la pronuncia di inammissibilità per difetto di giurisdizione ovvero di proporre regolamento preventivo di giurisdizione per avere dalla Suprema Corte una pronuncia definitiva sul punto.

Tutto ciò premesso, si resta a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti.

Il presente parere è passato all'esame del Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità nella seduta del 27 marzo 2015.

Spettanza dei contributi per l'eliminazione di barriere architettoniche in caso di decesso del portatore di handicap

PARERE 09/09/2015-398092, AL 21468/15, AVV. ETTORE FIGLIOLIA

Con la nota che si riscontra, cui ha fatto seguito l'ulteriore nota del 16 giugno 2015 corredata della documentazione richiesta, codesto Ministero ha sottoposto alla valutazione in linea legale di questa Avvocatura Generale la problematica inerente alla eventuale spettanza, al tutore o al curatore, del contributo economico per la realizzazione di opere "*direttamente finalizzate al superamento e all'eliminazione di barriere architettoniche*", nel caso in cui si verifichi il decesso del portatore di handicap e la domanda del contributo sia stata presentata da chi esercita la potestà, la tutela, la curatela, o dall'onerato alla spesa così come previsto al punto 4 della circolare di codesto Dicastero n. 1669 del 22 giugno 1989.

Orbene, ritiene questa Avvocatura Generale di dover anzitutto affrontare la questione relativa all'esatta portata della l. n. 13/1989, onde trarne le necessarie conclusioni relativamente al pagamento di detto contributo nelle suesposte particolari circostanze.

In particolare, la finalità della legge *de qua* è, come è noto, quella di assicurare l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici, con ciò prescindendo dall'esistenza di un diritto reale o personale di godimento da parte di un soggetto diversamente abile, essendo unicamente rilevante l'obiettivo attitudine dell'edificio, anche privato, ad essere fruito da parte di qualsiasi soggetto.

Conformemente alla finalità così individuata, non è necessaria la presenza di persona con handicap nel condominio ai fini dell'applicazione dei cosiddetti incentivi reali al superamento delle barriere architettoniche (artt. 2-7 della L. n. 13/89), in quanto ciò che rileva è garantire l'effettivo svolgimento della vita di relazione da parte del soggetto diversamente abile anche al di fuori della sua abitazione. È in questo senso che la legge medesima e la giurisprudenza amministrativa hanno elevato il livello di tutela di tali soggetti, non più relegandolo ad un ristretto ambito soggettivo ed individuale, ma viceversa considerandolo come un interesse primario dell'intera collettività, da soddisfare con interventi mirati a rimuovere situazioni preclusive dello sviluppo della persona e dello svolgimento di una normale vita di relazione (*ex multis*; Cons. Stato VI, 29 gennaio 2013, n. 543; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, n. 5343/2011).

Per converso, a diverse conclusioni deve giungersi con riguardo all'aspetto relativo agli incentivi economici (artt. 8-12), oggetto del quesito *de quo*, che invece richiedono l'effettiva residenza del soggetto diversamente abile nell'edificio di interesse: ed infatti per tale profilo valgono le disposizioni di cui ai citati artt. 8 e 12, nonché quelle recate dalla Circolare del Ministero dei Lavori Pubblici (n. 1669 del 22 giugno 1989 punto 4) che recita che "*l'ammi-*

nistrazione comunale effettua un immediato accertamento sull'ammissibilità della domanda, subordinata alla presenza di tutte le indicazioni e documentazioni, alla sussistenza in capo al richiedente di tutti i requisiti necessari per la concessione del contributo...", con la possibilità di opporre diniego alla realizzazione di interventi destinati ad eliminare o superare le barriere architettoniche anche su beni soggetti a tutela *"solo nei casi in cui non sia possibile realizzare le opere senza un serio pregiudizio per il bene tutelato"*, con conseguente obbligo per l'Amministrazione, in caso di pronuncia negativa, di esternare la natura e la gravità del pregiudizio rilevato *"... in rapporto al complesso in cui l'opera si colloca e con riferimento a tutte le alternative eventualmente prospettate all'interessato"*.

Ove quindi la domanda sia stata correttamente corredata della documentazione attestante la ricorrenza dei requisiti necessari, e le attività di demolizione o abbattimento delle barriere non pregiudichino il bene a cui l'opera fa riferimento, nella vigenza delle obbligazioni assunte per la realizzazione dei lavori occorrenti, appare dovuta, ad avviso della Scrivente, la erogazione del contributo per il pagamento degli oneri relativi ai lavori commissionati, anche nel particolare caso in cui si verifichi il decesso del portatore di handicap e la richiesta sia stata presentata dall'esercente la potestà, tenuto conto che la *ratio* della normativa *de qua* è proprio quella di elargire il contributo al soggetto che ha effettivamente sostenuto la spesa, per la causale di che trattasi.

È opinione infatti di questo G.U. che, alla stregua del pertinente contrasto normativo, la *"ratio legis"* sia nel senso che con la esecuzione oggettiva delle opere occorrenti all'abbattimento delle barriere architettoniche, ed ovviamente nella ricorrenza di tutte le condizioni normativamente previste, sorga la pretesa tutelata al pagamento del contributo in questione.

Ciò premesso, in tali circostanze, colui che, nel rispetto di tutti i presupposti normativamente previsti, si sia legittimamente fatto carico della spesa relativa alla realizzazione dei lavori previsti, ha diritto al relativo contributo e vanta, pertanto, un legittimo affidamento all'erogazione della prestazione da parte dell'Amministrazione, non potendo la circostanza della sopravvenuta e imprevedibile morte del soggetto portatore di handicap costituire motivo ostativo alla erogazione del contributo medesimo.

Nei sensi suesposti è la richiesta consultazione, restando a disposizione per quant'altro dovesse occorrere.

Sulle questioni di cui al presente parere si è espresso in conformità il Comitato Consultivo di questa Avvocatura nella seduta dell'8 settembre 2015.

Problematiche interpretative relative alla equiparazione delle vittime del terrorismo ai grandi invalidi di guerra

PARERE 28/10/2015-482067, AL 28802/15, AVV. ROBERTA TORTORA

Con la nota in riferimento codesta Amministrazione propone alla Scrivente alcune problematiche interpretative concernenti i commi 1 e 2 dell'art. 4 della legge n. 206/2004, che così dispongono: “1. *Coloro che hanno subito un'invalidità permanente pari o superiore all'80 per cento della capacità lavorativa, causata da atti di terrorismo e dalle stragi di tale matrice, sono equiparati, ad ogni effetto di legge, ai grandi invalidi di guerra di cui all'articolo 14 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915. A tale fine è autorizzata la spesa di 126.432 euro per l'anno 2004, di 128.960 euro per l'anno 2005 e di 131.539 euro a decorrere dall'anno 2006.*

2. *A tutti coloro che hanno subito un'invalidità permanente pari o superiore all'80 per cento della capacità lavorativa, causata da atti di terrorismo e dalle stragi di tale matrice, è riconosciuto il diritto immediato alla pensione diretta, in misura pari all'ultima retribuzione percepita integralmente dall'avente diritto e rideterminata secondo le previsioni di cui all'articolo 2, comma 2. Per tale finalità è autorizzata la spesa di 156.000 euro a decorrere dall'anno 2004. Agli effetti di quanto disposto dal presente comma, è indifferente che la posizione assicurativa obbligatoria inerente al rapporto di lavoro dell'invalido sia aperta al momento dell'evento terroristico o successivamente. In nessun caso sono opponibili termini o altre limitazioni temporali alla titolarità della posizione e del diritto al beneficio che ne consegue”.*

Il primo quesito proposto riguarda il significato da attribuire all'espressione “*sono equiparati*”, contenuta nel primo comma: ci si chiede, cioè, se tale equiparazione debba comportare il riconoscimento, in aggiunta i trattamenti già in godimento a titolo di vittime del terrorismo, anche del trattamento pensionistico di guerra, ovvero se l'equiparazione riguardi i trattamenti fruiti in base ai rispettivi titoli.

A tale proposito si ritiene che l'intenzione del legislatore fosse quella di equiparare il regime giuridico delle due categorie (le vittime del terrorismo ed i grandi invalidi di guerra), ma non quella di cumulare le due provvidenze né quella di attribuire alle vittime del terrorismo una provvidenza ulteriore ed aggiuntiva rispetto a quelle già loro spettanti.

A tale conclusione può pervenirsi, innanzitutto, avendo riguardo alla lettera della norma, che stabilisce un'equiparazione ma non attribuisce espressamente le provvidenze spettanti ai grandi invalidi di guerra.

Peraltro anche dai lavori preparatori della legge (Resoconto della I Commissione permanente - Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, relazione dell'On. le Giovanni Mongiello) emerge che l'equiparazione

con i grandi invalidi di guerra è riconosciuta *“ai fini delle speciali provvidenze a questi attribuite dagli articoli 14 e seguenti del testo unico sulle pensioni di guerra approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 915 del 1978”*. Ciò significa che non si è inteso attribuire un ulteriore trattamento pensionistico, ma solo attribuire anche alle vittime del terrorismo le “speciali provvidenze” in godimento ai grandi invalidi di guerra.

Del resto la suesposta interpretazione è l'unica che determina un'effettiva equiparazione delle vittime del terrorismo ai grandi invalidi di guerra: infatti, qualora venisse riconosciuta una duplicazione del trattamento pensionistico alle sole vittime del terrorismo si verificherebbe un evidente vantaggio, con conseguente disparità di trattamento, per le vittime del terrorismo rispetto ai grandi invalidi di guerra, i quali continuano a percepire un solo trattamento pensionistico. Dunque non si verificherebbe un'equiparazione, bensì si attribuirebbe un ingiustificato vantaggio ad una sola categoria.

Un ulteriore elemento a suffragio di tale interpretazione può essere desunto dall'esiguità dello stanziamento previsto, che sarebbe stato assai più consistente qualora il legislatore avesse inteso riconoscere ai beneficiari una doppia pensione.

Pertanto è da ritenersi che l'equiparazione riguardi solo i trattamenti fruiti dalle due categorie, ma che alle vittime del terrorismo non spetti il riconoscimento di un trattamento pensionistico ulteriore (quello spettante ai grandi invalidi di guerra).

Non si pone, pertanto, un problema di cumulo tra trattamenti pensionistici diversi.

L'equiparazione, quindi, deve essere intesa nel senso che è necessario estendere alle vittime del terrorismo il complesso delle indennità accessorie ed assistenziali previste per i grandi invalidi di guerra, in presenza delle medesime condizioni previste per la loro erogazione.

Così alle vittime di atti di terrorismo o di stragi di tale matrice con invalidità permanente superiore all'80% spetta l'assegno di superinvalidità o assegno integrativo di cui all'art. 15 D.P.R. 915/1978, a norma del quale ai gradi invalidi di guerra, oltre alla pensione, compete, qualora siano affetti da lesioni o infermità elencate nella tabella E, annessa al medesimo D.P.R. n. 915/1978, un assegno per superinvalidità, non reversibile, mentre, qualora le lesioni o infermità non rientrino tra quelle previste dalla tabella E, ma comunque l'invalido abbia i requisiti per godere di una pensione di 1^a categoria, spetta un assegno integrativo, non reversibile, in misura pari alla metà dell'assegno di superinvalidità previsto nella lettera H della tabella E.

Allo stesso modo alle vittime di atti di terrorismo o di stragi di tale matrice con invalidità permanente superiore all'80% spettano gli assegni di cumulo previsti per i grandi invalidi di guerra per il caso in cui con una invalidità ascrivibile alla 1^a categoria della tabella A coesistano altre infermità.

Anche l'assegno sostitutivo dell'accompagnatore di cui all'art. 21 del D.P.R. n. 915/1978 dovrà essere corrisposto, ricorrendone i requisiti, anche alle vittime di atti di terrorismo o di stragi di tale matrice con invalidità permanente superiore all'80%.

Del resto le problematiche evidenziate da codesta Amministrazione in ordine alla specificità delle infermità che danno titolo all'erogazione dell'assegno sostitutivo dell'accompagnatore appaiono del tutto superabili, considerato che dette infermità specifiche possono essere causate anche da atti terroristici. Infatti, l'art. 1 L. n. 288/2002 riconosce il diritto all'assegno sostitutivo dell'accompagnatore *"ai grandi invalidi affetti dalle infermità di cui alle lettere A), numeri 1), 2), 3) e 4), secondo comma, e A-bis) della tabella E allegata al medesimo testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 915 del 1978"*, individuando, così le seguenti specifiche patologie, la cui presenza determina il diritto all'assegno *de quo*:

"1) Alterazioni organiche e irreparabili di ambo gli occhi che abbiano prodotto cecità bilaterale assoluta e permanente.

2) Perdita anatomica o funzionale di quattro arti fino al limite della perdita totale delle due mani e dei due piedi insieme.

3) Lesioni del sistema nervoso centrale (encefalo e midollo spinale) che abbiano prodotto paralisi totale dei due arti inferiori e paralisi della vescica e del retto (paraplegici rettovescicali).

4) Alterazioni delle facoltà mentali tali da richiedere trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate [anche successivamente alla dimissione "quando la malattia mentale determini gravi e profondi perturbamenti della vita organica e sociale e richieda il trattamento sanitario obbligatorio presso i centri di sanità mentale e finché dura tale trattamento"].

1) La perdita di ambo gli arti superiori fino al limite della perdita delle due mani.

2) La disarticolazione di ambo le cosce o l'amputazione di esse con la impossibilità assoluta e permanente dell'applicazione di apparecchio di protesi".

Si tratta, dunque, di patologie tassativamente individuate, che ben possono verificarsi anche a seguito di atti terroristici. Ove ciò avvenga, alla vittima spetterà l'assegno in questione.

Proprio dalla circostanza che la corresponsione del predetto assegno non è connessa ad una determinata percentuale di invalidità, bensì alla presenza di specifiche patologie discende l'irrelevanza dei diversi criteri di calcolo della percentuale di invalidità previsti per le pensioni di guerra rispetto alle pensioni riconosciute alle vittime del terrorismo.

Per le provvidenze per le quali, invece, rilevi la percentuale di invalidità riconosciuta, troverà applicazione l'art. 3 del D.P.R. n. 181/2009, recante il *"Regolamento recante i criteri medico-legali per l'accertamento e la deter-*

minazione dell'invalidità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'articolo 6 della legge 3 agosto 2004, n. 206", il quale così dispone: "Per l'accertamento dell'invalidità si procede tenendo conto che la percentuale d'invalidità permanente (IP), riferita alla capacità lavorativa, è attribuita scegliendo il valore più favorevole tra quello determinato in base alle tabelle per i gradi di invalidità e relative modalità d'uso approvate, in conformità all'articolo 3, comma 3, della legge 29 dicembre 1990, n. 407, con il decreto del Ministro della sanità in data 5 febbraio 1992, e successive modificazioni, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 47 del 26 febbraio 1992, e quello determinato in base alle tabelle A, B, E ed F1 annesse al decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915, e successive modificazioni, e relativi criteri applicativi. Alla classifica di cui alle categorie della tabella A e alla tabella B sono equiparate le fasce percentuali d'invalidità permanente, riferite alla capacità lavorativa, secondo le corrispondenze indicate nella tabella in allegato 1. Alle invalidità o mutilazioni di prima categoria della tabella A che risultino contemplate anche nella tabella E corrisponde una invalidità permanente non inferiore al 100%".

Quanto alle problematiche concernenti la misura (ingente) degli oneri destinati a gravare sulla finanza pubblica, valuterà codesta Amministrazione la necessità di apportare modifiche normative al fine di assicurare la copertura finanziaria.

Sul presente parere si è pronunciato il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, che si è espresso in conformità.

Sul principio di onnicomprensività del trattamento economico dirigenziale di cui all'art. 24, D.lgs 165/2001

PARERE 18/11/2015-521594, AL 34140/15, AVV. MARCO STIGLIANO MESSUTI

Con la nota che si riscontra, codesto Dipartimento chiede di conoscere l'avviso dello scrivente in ordine al seguente quesito: *"Se il compenso liquidato dal Tar/Consiglio di Stato ad un funzionario ovvero dirigente dell'amministrazione nella qualità di Commissario ad acta, nominato ai sensi dell'art. 114 CPA, nel giudizio di ottemperanza, sia o meno soggetto al principio di onnicomprensività del trattamento economico di cui all'art. 24, D.lgs 165/2001".*

Al riguardo codesto Dipartimento ha evidenziato due diversi orientamenti espressi rispettivamente dal Dipartimento della Funzione pubblica e dalla Ragioneria generale dello Stato.

Il primo con nota prot. n. 13262/2013 del 19 marzo 2013 ha escluso che

l'incarico del Commissario *ad acta* ricada nella disciplina dell'onnicomprendività del trattamento economico.

Il secondo con nota MEF - RGS, prot. n. 62978 del 22 luglio 2013, investito della questione dallo stesso Dipartimento per la Funzione Pubblica, ritiene per contro, che la fattispecie sia da ricondurre al regime dell'onnicomprendività.

Ad avviso dello scrivente si reputa opportuno, preliminarmente, chiarire quale ruolo e quale funzione assolva il Commissario *ad acta* nominato in sede di giudizio di ottemperanza e quale sia la natura degli atti dallo stesso adottati.

Sul punto dopo un originario contrasto in giurisprudenza, dove si contrapponevano due tesi, di cui la prima qualificava il Commissario *ad acta* quale "*organo straordinario dell'amministrazione*" e, la seconda quale "*ausiliario del giudice*", è maturato un definitivo arresto giurisprudenziale su tale seconda opzione ermeneutica.

Si è pervenuti pertanto alla enunciazione del principio per cui il commissario *ad acta* è organo del Giudice dell'ottemperanza e le sue determinazioni vanno adottate esclusivamente in funzione dell'esecuzione del giudicato, e non in funzione degli interessi pubblici il cui perseguimento costituisce il normale canone di comportamento dell'Amministrazione sostituita. Da ciò consegue che i suoi provvedimenti sono immediatamente esecutivi e non sono assoggettati all'ordinario regime dei controlli (interni ed esterni) degli atti dell'Amministrazione presso la quale lo stesso si insedia, ma vanno sottoposti unicamente all'immanente controllo dello stesso Giudice.

Il principio da ultimo enunciato è confermato espressamente nella nuova formulazione del comma VI dell'art. 114, del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. dd, n. 2 del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195): "*il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni*".

Le parti interessate possono e devono quindi rivolgersi al giudice, affinché venga verificata rispondenza dei provvedimenti adottati dal Commissario *ad acta* alle disposizioni impartite in sede di ottemperanza, nonché ai principi vigenti in materia: ***l'attività del commissario ad acta quindi, non ha natura prettamente amministrativa***, perché si fonda sull'ordine del giudice, ed è la stessa che avrebbe potuto realizzare direttamente il giudice.

Va altresì sottolineato che l'incarico di Commissario *ad acta*, ha la valenza di un "munus pubblico", da cui ne consegue la doverosità dell'espletamento dello stesso non potendo il soggetto nominato sottrarsi per libera scelta, pena la rilevanza penale della fattispecie ai sensi degli artt. 328 e 366 c.p.

Della correttezza di tale approdo costituisce conferma, sul piano del diritto positivo, l'art. 57, del DPR 30 maggio 2002 n. 115 (Testo unico delle dispo-

sizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) dedicato proprio alla “*equiparazione del commissario ad acta agli ausiliari del magistrato*”, in quanto ivi si è previsto che “*al commissario ad acta si applica la disciplina degli ausiliari del magistrato, per l'onorario, le indennità e spese di viaggio e per le spese sostenute per l'adempimento dell'incarico*”.

Peraltro, l'art. 21 del cpa nel disporre che “*nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta*” implica un deciso mutamento di prospettiva nello specifico settore della disciplina degli organi chiamati a svolgere funzioni di tipo collaborativo rispetto all'esercizio proprio della funzione giurisdicente.

La norma permette senz'altro di ritenere che il Commissario *ad acta* si atteggi quale “*ausiliario*” del giudice, ossia organo che, per quanto si desume dalla stessa disposizione normativa, agisce quale *longa manus* del giudice, la cui volontà di attuazione della norma nel caso concreto è chiamato a esternare.

In questa prospettiva, del resto, assume particolare rilevanza anche lo specifico ambito di giurisdizione entro il quale si svolge la funzione ascrivita al commissario *ad acta*.

Si tratta, infatti, di giurisdizione di merito, ambito entro il quale si colloca il giudizio di ottemperanza coltivato al fine di dare esecuzione integrale al comando recato in sentenza.

Ma proprio il fatto che si verte in ambito di giurisdizione di merito implica la concreta possibilità, per il giudice, di sostituirsi all'amministrazione.

Ne deriva che la statuizione del giudice si inverte nella determinazione del commissario *ad acta*, la quale integra senz'altro, attraverso la nomina compiuta nel corso del giudizio di ottemperanza, la volontà di attuazione della norma nel caso concreto.

Questo comporta che la P.A. è tenuta a conformarsi in tutto e per tutto alle determinazioni del commissario *ad acta*, attraverso le quali si manifesta la volontà di esercizio della funzione giurisdizionale nella fattispecie concreta (Cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 13 gennaio 2015, n. 52; Tar Calabria, Reggio Calabria, 1 febbraio 2013, n. 85; Tar Puglia, Lecce, 24 febbraio 2011, n. 367).

Sulla base delle suesposte necessarie premesse, si ritiene possano trarsi le necessarie conclusioni in ordine al quesito posto con la nota in riferimento.

Il Commissario ad acta, ha quindi chiarito la giurisprudenza, agisce quale longa manus del giudice; è organo del Giudice dell'ottemperanza e le sue determinazioni vanno adottate esclusivamente in funzione dell'esecuzione del giudicato, e non in funzione degli interessi pubblici il cui perseguimento costituisce il normale canone di comportamento della Amministrazione sostituita.

Il principio di onnicomprensività del trattamento economico dirigenziale di cui all'art. 24, D.lgs 165/2001, concerne tutti gli incarichi conferiti ai dirigenti in ragione del loro ufficio e/o su designazione dell'amministrazione di

appartenenza, trattandosi di attività connesse in misura più o meno diretta al rapporto organico tra pubblico dipendente ed amministrazione datrice di lavoro e pertanto deve trattarsi di compiti o mansioni cui il dirigente non può sottrarsi perché rientranti nei normali compiti di servizio (Cass. sez. lavoro, 24 febbraio 2011, n. 4531; Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5163; Tar Basilicata 14 febbraio 2014, n. 127; Consiglio di Stato, Commissione speciale per il pubblico impiego parere n. 173/2005; e da ultimo, Consiglio di Stato, sezione IV, 23 febbraio 2015, n. 859 secondo cui sfugge al principio di onnicomprensività il compenso percepito dal dirigente per la partecipazione quale componente di una commissione di accordo bonario ex art. 240, D.lgs 163/2006).

L'interpretazione del principio di onnicomprensività dato dalla giurisprudenza, sia civile che amministrativa, trova conferma nella Direttiva del Ministro della Funzione Pubblica del 1 marzo 2000 con la quale è stato precisato: *"si intendono conferiti in ragione dell'ufficio, anche gli incarichi conferiti da terzi consequenziali a quello conferito presso di essi dall'amministrazione o su designazione di essa e comunque gli incarichi il cui svolgimento è collegato alla rappresentanza di interessi dell'amministrazione. Sono invece esclusi gli incarichi semplicemente autorizzati, non rientranti nelle ipotesi di cui sopra"*.

Peraltro, la Direttiva del Ministero dei Lavori Pubblici del 21 giugno 1999 (in GU 3 febbraio 2000, n. 27), recante *"regolamento dei conferimenti e delle autorizzazioni di incarichi nei confronti dei dipendenti del Ministero dei lavori Pubblici"*, all'art. 5, dispone che per gli incarichi conferiti da organi della giurisdizione l'autorizzazione "non trova luogo".

Appare pertanto chiaro che il discrimine al fine di valutare se il compenso previsto per un incarico sia soggetto o meno al regime di onnicomprensività è dato dalla rappresentanza o meno di interessi dell'amministrazione.

L'incarico di commissario *ad acta* conferito dall'autorità giudiziaria, per le ragioni suesposte, proprio perché è finalizzato all'esecuzione del giudicato e non alla cura degli interessi pubblici dell'amministrazione interessata deve ritenersi escluso dal principio di onnicomprensività del trattamento retributivo.

Tale conclusione consente di superare l'obiezione della Ragioneria Generale dello Stato che sembra invece ritenere che l'incarico *"è collegato alla rappresentanza di interessi dell'amministrazione e quindi riconducibile ai doveri di ufficio"*, considerazione quest'ultima disattesa dalla recente giurisprudenza.

Peraltro si osserva che in linea con quanto affermato dal Dipartimento della Funzione Pubblica, si colloca il parere reso dalla stessa in ordine agli incarichi di Commissario *ad acta* ovvero commissario straordinario negli enti locali di cui agli artt. 136 e seg. TU 267/2000.

Il Dipartimento (parere del 30 gennaio 2002 reso alla Prefettura di Avellino) ha correttamente osservato che tale tipo di incarico, proprio perché conferito *"ratione officii"* e quindi nei compiti istituzionali previsti dal TU degli enti locali, rientra nel regime di onnicomprensività del trattamento retributivo.

Da ultimo deve ritenersi che la circostanza che la nomina a Commissario *ad acta* sia stata effettuata dal Presidente del Consiglio dei lavori Pubblici, non sposta i termini della questione.

Infatti quest'ultimo ha agito in esecuzione dell'ordinanza del Consiglio di Stato, sezione IV, 17 maggio 2011, n. 2992 la quale così recita: "*è opportuno procedere alla nomina di un nuovo commissario ad acta, nella persona del Presidente del Consiglio dei Lavori Pubblici, con facoltà di delega ad un componente del medesimo organo in possesso delle competenze professionali idonee per l'esecuzione della sentenza*".

Appare evidente che la delega esercitata nel caso di specie non riconduce le funzioni svolte dal Commissario *ad acta* nell'ambito dei propri doveri di ufficio, in quanto è comunque imposta dall'organo giurisdizionale ed è finalizzata esclusivamente all'esecuzione del giudicato.

Da ultimo va osservato che la mancata esecuzione sia da parte dell'amministrazione che del dirigente responsabile, di una sentenza passata in giudicato, che legittima il soggetto destinatario della favorevole sentenza di ricorrere al giudizio di ottemperanza ed all'eventuale nomina del Commissario *ad acta*, può essere fonte di responsabilità di carattere risarcitorio per l'amministrazione ai sensi dell'art. 112, III comma cpa e di responsabilità amministrativa/patrimoniale per il dirigente che era tenuto a dare esecuzione alla decisione oggetto di ottemperanza.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 13 novembre 2015, si è espresso in conformità.

Acquisto e trasferimento tramite permuta di beni immobili tra Stato e Provincia Autonoma di Bolzano. Il quadro normativo attualmente vigente

PARERE 20/11/2015-525489-525490, AL 29734/15, AVV. MASSIMO SAVATORELLI

I. Con la nota indicata in epigrafe l'Avvocatura Distrettuale di Trento, destinataria di una richiesta di parere formulata dalla Direzione Regionale del Trentino-Alto Adige della Agenzia del Demanio relativamente all'atto di permuta di beni immobili tra Stato e Provincia Autonoma di Bolzano, ha ipotizzato per lo stesso una soluzione sulla quale, in considerazione della complessità, delicatezza e rilevanza di massima del quesito, chiede di conoscere l'avviso di questa Avvocatura Generale.

1.1. Espone, in proposito, l'Avvocatura Distrettuale che, già nel 2011, venne sottoscritto tra il Ministero dell'Interno, l'Agenzia del Demanio e la Provincia autonoma di Bolzano un Protocollo d'intesa per la razionalizzazione e la riallocazione delle sedi della Polizia di Stato e dei Carabinieri nel Comune di Bressanone e in altri Comuni della provincia di Bolzano.

L'intesa raggiunta - integrante, nella sostanza, un accordo *ex art. 15 L. n. 241/90* - tendeva a far conseguire allo Stato la proprietà di immobili di soggetti terzi, pubblici e privati, attualmente condotti in locazione passiva dal Ministero dell'Interno ed adibiti a caserme dell'Arma dei Carabinieri o della Polizia di Stato; gli stessi dovevano essere acquistati dalla Provincia autonoma di Bolzano dai proprietari; quindi, previa eventuale ristrutturazione e messa a norma, ceduti allo Stato a fronte della cessione alla Provincia stessa di immobili statali non più utilizzati per attività istituzionali. Sul piano negoziale, pertanto, l'operazione concordata si realizzava attraverso la conclusione, in successione, di contratti tra loro funzionalmente collegati (acquisto della proprietà da parte della Provincia autonoma di Bolzano degli immobili attualmente condotti in locazione dall'Amministrazione dell'Interno e successive permutate con gli immobili statali).

Dal punto di vista economico, l'accordo di programma risultava (e risulta) pertanto estremamente vantaggioso per lo Stato nella misura in cui:

a) esonera lo Stato dai costi e dagli esborsi - nell'attuale contingenza economica non sostenibili - connessi all'acquisizione diretta degli immobili in parola dai rispettivi proprietari - con i quali sarebbe impossibile realizzare permuta alcuna, non avendo gli stessi, a differenza della Provincia, alcun interesse alla permuta con immobili statali;

b) garantisce comunque, attraverso la permuta con la Provincia, l'acquisto, da parte dello Stato, della proprietà degli immobili in discorso nonché l'esecuzione, a spese e cura dell'Ente provinciale, delle opere e dei lavori eventualmente necessari per renderli pienamente idonei e funzionali alla loro destinazione d'uso;

c) elimina ogni onere connesso alla locazione degli edifici consentendo, per il futuro, un risparmio di spesa;

d) assicura e rende stabile, nei termini e nella consistenza attuali, la presenza e la diffusione sul territorio provinciale delle Forze dell'Ordine.

Per altro verso, l'intervento, nel quadro di tale programma negoziale, appariva (e appare) di interesse per la Provincia, che - in un'ottica di collaborazione tra soggetti pubblici - non solo consegue la proprietà di immobili che possono essere destinati alla soddisfazione di già individuati interessi pubblici istituzionali, ma soddisfa anche un proprio autonomo interesse, concorrente e coincidente con quello dello Stato, di garantire la presenza delle Forze di polizia sul proprio territorio.

1.2. Coerentemente con il disegno perseguito con il menzionato Protocollo d'intesa, nel 2013 l'Agenzia del demanio sottoponeva al parere di legalità dell'Avvocatura distrettuale di Trento un atto destinato a dare attuazione alla

prima fase del Protocollo stesso, con acquisto di quattro edifici all'epoca condotti in locazione dal Ministero degli Interni (nei quali risultano ubicati le caserme dei Carabinieri di Badia, Chiusa e Valle Aurina/Cadi Pietra e il Commissariato della Polizia di Stato di Bressanone ed il locale Distaccamento della Polizia stradale) e cessione di tre compendi statali (Carceri mandamentali di Bressanone, immobile "ex ANAS" di Bolzano ed immobile "ex Villa Italia" di Merano) alla Provincia a fronte del trasferimento dei primi.

L'Avvocatura distrettuale di Trento, pur introducendo alla bozza d'atto trasmessa talune integrazioni anche alla luce della normativa all'epoca vigente, lo approvava in linea legale con ampia e articolata motivazione.

Detta ipotesi di accordo, tuttavia, non veniva mai perfezionata.

1.3. Con nota 29 aprile 2015 n. 2015/1313 l'Agenzia del demanio ha ora nuovamente interessato l'Avvocatura distrettuale di Trento sottoponendo ad esame di legalità una nuova bozza di atto la quale, ricollegandosi anch'essa al Protocollo d'intesa concluso nel 2011, riproduce, nella sostanza, lo (già approvato) schema negoziale del 2013 circoscrivendo peraltro l'operazione a due soli immobili: l'edificio, attualmente di proprietà della K.B. & C. s.a.s., sito in Bressanone e condotto in locazione dal Ministero dell'Interno quale sede dei locali Commissariato della Polizia di Stato e Distaccamento della Polizia stradale, da un lato; e l'immobile di proprietà statale ubicato a Bolzano e denominato "Ex ANAS, via Cassa di Risparmio 21", dall'altro.

Il nuovo atto si compone di due parti, la prima delle quali disciplinante l'acquisizione da parte della Provincia autonoma di Bolzano della proprietà dell'immobile privato sito in Bressanone; la seconda regolante la permuta tra detto immobile, divenuto di proprietà provinciale, e quello di proprietà statale ubicato a Bolzano.

A cagione del diverso valore degli immobili permutandi, lo scambio di beni tra lo Stato e la Provincia prevede un conguaglio a favore dello Stato di € 5.880,00= destinato ad essere versato dalla Provincia contestualmente alla stipula dell'atto.

2. Al fine di rendere il parere richiesto si rende pregiudizialmente necessaria una puntuale disamina del quadro normativo attualmente vigente - in parte difforme da quello in vigore all'epoca in cui fu reso il precedente parere.

Occorre in particolare darsi carico, per un verso, della normativa regolante l'acquisto di immobili da parte dello Stato e degli enti pubblici; per altro verso, di quella - anche di rango costituzionale - che disciplina il regime delle proprietà immobiliari dello Stato nel territorio della Regione Trentino-Alto Adige e della Provincia di Bolzano. È evidente che eventuali incertezze sulla realizzabilità in linea legale dell'operazione come oggi concepita potrebbero essere ostative al rilascio del richiesto visto in linea legale.

3.1. Sotto un primo profilo, va considerato che è oggi venuto meno, al 31 dicembre 2013, il divieto di acquisto di immobili a titolo oneroso per tutte le Amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della p.A.

stabilito dall'art. 12, comma 1-*quater*, del D.L. n. 98/2011 (norma che era stata oggetto di esame nel precedente parere reso dall'Avvocatura distrettuale).

La validità dell'atto ora all'esame va invece esaminata alla stregua dei limiti stabiliti, rispettivamente con decorrenza 1 gennaio 2012 e 1 gennaio 2014, dai commi 1, 1-*bis* e 1-*ter* del medesimo art. 12.

La prima di tali disposizioni dispone, per quanto qui interessa, che *"a decorrere dal 10 gennaio 2012 le operazioni di acquisto e vendita di immobili, effettuate sia in forma diretta sia indiretta, da parte delle amministrazioni in-serite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con l'esclusione degli enti territoriali, degli enti previdenziali e degli enti del servizio sanitario nazionale, nonché del Ministero degli affari esteri con riferimento ai beni ubicati all'estero, sono subordinate alla verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica da attuarsi con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze"*.

Il successivo comma 1-*bis* stabilisce invece, sempre per quanto qui interessa, che *"a decorrere dal 10 gennaio 2014 nel caso di operazioni di acquisto di immobili, ferma restando la verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica, l'emanazione del decreto previsto dal comma 1 è effettuata anche sulla base della documentata indispensabilità e indilazionabilità attestata dal responsabile del procedimento. La congruità del prezzo è attestata dall'Agenzia del demanio, previo rimborso delle spese fatto salvo quanto previsto dal contratto di servizi stipulato ai sensi dell'articolo 59 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni"*.

Il comma 1-*ter* dispone infine che *"a decorrere dal 10 gennaio 2014 al fine di pervenire a risparmi di spesa ulteriori rispetto a quelli previsti dal patto di stabilità interno, gli enti territoriali e gli enti del Servizio sanitario nazionale effettuano operazioni di acquisto di immobili solo ove ne siano comprovate documentalmente l'indispensabilità e l'indilazionabilità attestate dal responsabile del procedimento. La congruità del prezzo è attestata dall'Agenzia del demanio, previo rimborso delle spese. Delle predette operazioni è data preventiva notizia, con l'indicazione del soggetto alienante e del prezzo pattuito, nel sito internet istituzionale dell'ente"*.

In definitiva, e riassumendo, alla stregua della riportata disciplina:

i) a decorrere dal 1 gennaio 2012 le operazioni di acquisto e di vendita di immobili da parte delle Amministrazioni pubbliche diverse dagli enti territoriali, dagli enti previdenziali, dagli enti del Servizio Sanitario Nazionale e dal Ministero degli Affari Esteri - limitatamente, per quest'ultimo, ai beni immobili ubicati all'estero - sono subordinate:

a) alla verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica (comma 1) e, a decorrere dal 1 gennaio 2014 e relativamente alle sole operazioni di acquisto, altresì

b) alla documentata indispensabilità e indilazionabilità dell'operazione attestata dal responsabile del procedimento e

c) alla attestazione, da parte dell'Agenzia del demanio, della congruità del prezzo (comma 1-*bis*);

ii) a decorrere dal 1 gennaio 2014 le operazioni di acquisto di immobili da parte degli enti territoriali e degli enti del Servizio Sanitario Nazionale sono condizionate:

a) alla documentata indispensabilità e indilazionabilità dell'operazione attestata dal responsabile del procedimento e

b) alla attestazione, da parte dell'Agenzia del demanio, della congruità del prezzo (comma 1-*ter*).

3.2. Una prima indagine riguarda la validità dell'atto di compravendita che la Provincia autonoma di Bolzano andrà a concludere con il privato proprietario dell'immobile attualmente condotto in locazione dall'Amministrazione degli Interni, e destinato alla successiva permuta.

Benché, infatti, quest'ultima, sia estranea a detto negozio, è incontestabile che un eventuale vizio che affliggesse lo stesso - rientrando nel complesso schema negoziale costituito dai contratti funzionalmente collegati di cui si è sopra riferito - non potrebbe che ricadere sulla validità ed efficacia del connesso atto di acquisto da parte dello Stato (e, per esso, dell'Agenzia del demanio).

Orbene, sembra che la validità della compravendita non possa essere contestata.

Infatti, l'acquisto disciplinato nella Parte I dell'atto in esame è anche adesso consentito, quanto alla Provincia, dall'art. 8 della Legge provinciale 17 settembre 2013, n. 12, il quale esplicitamente esclude le "*acquisizioni di immobili finanziati in tutto o in parte dalla Provincia autonoma*" - che pure figura anche oggi tra le Amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica Amministrazione (v., da ultimo, il comunicato ISTAT del 30 settembre 2015) - dall'applicazione dell'intero art. 12 del D.L. n. 98/2011 e, quindi, anche dei limiti alle operazioni di acquisto degli enti territoriali ora stabiliti, con decorrenza 1 gennaio 2014, dal comma 1-*ter* del citato decreto-legge.

Tutto ciò consente dunque di ritenere legittima la compravendita in questione escludendo di conseguenza riflessi negativi sulla validità della permuta destinata ad essere conclusa sul presupposto di quella.

Come già evidenziato nella precedente consultazione, appare comunque opportuno menzionare nelle premesse dell'atto anche la L.P. n. 12/2013 la quale, come s'è detto, legittima, sul piano normativo, l'acquisizione immobiliare finanziata dalla Provincia.

3.3. Più complessa è invece la disamina riferita alla (successiva) permuta progettata tra lo Stato e la Provincia autonoma di Bolzano, posto che la legittimità della stessa va valutata non soltanto alla luce delle norme limitative

di cui ai commi 1 e 1-bis del già citato art. 12 del d.l. n. 98/2011, ma, ancor prima, alla stregua delle previsioni, contenute nello Statuto, nelle relative Disposizioni di attuazione e nelle norme statali, che regolano il trasferimento alle Province autonome di Trento e di Bolzano dei beni immobili demaniali e patrimoniali dello Stato e della Regione.

3.3.1.1. Sotto questo profilo vengono dunque in primo luogo in considerazione gli **artt. 67 e 68 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670** - recante approvazione del Testo Unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige - i quali, per quanto qui interessa, rispettivamente stabiliscono che:

a) *"i beni immobili patrimoniali dello Stato situati nella regione sono trasferiti al patrimonio della regione"* (art. 67, comma 2);

b) *"nelle norme di attuazione della presente legge saranno determinate le modalità per la consegna da parte dello Stato dei beni suindicati"* (art. 67, comma 3);

c) *"le province, in corrispondenza delle nuove materie attribuite alla loro competenza, succedono, nell'ambito del proprio territorio, nei beni e nei diritti demaniali e patrimoniali di natura immobiliare dello Stato e nei beni e diritti demaniali e patrimoniali della regione, esclusi in ogni caso quelli relativi al demanio militare, a servizi di carattere nazionale e a materie di competenza regionale"* (art. 68).

L'**art. 108, comma 3, del d.P.R. n. 670/1972** rimette poi a specifiche norme di attuazione la determinazione dei beni di cui all'art. 68 che passano alle province, nonché le modalità per la consegna dei beni stessi.

In attuazione delle norme statutarie testé citate è stato perciò emanato il **d.P.R. 20 gennaio 1973, n. 115** il quale, come poi novellato, integrato e modificato dal **D.Lgs. 21 dicembre 1998, n. 495**, ha appunto disciplinato il trasferimento alle province autonome di Trento e di Bolzano dei beni demaniali e patrimoniali dello Stato e della Regione.

Le norme di attuazione identificano i beni e i diritti demaniali e patrimoniali di natura immobiliare dello Stato (v. **artt. 1, 2, 8 e 9**) nonché i beni e i diritti demaniali e patrimoniali della Regione (v. **art. 4**) da trasferire alle due Province autonome nonché il procedimento amministrativo da seguire per l'individuazione - mediante elenchi da formarsi d'intesa tra le parti - e il successivo trasferimento - mediante redazione di un semplice verbale di consegna - di detti beni e diritti (v. **artt. 3, 5, 6 e 8**).

In particolare, l'**art. 9 del d.P.R. n. 115/1973** - nel testo così sostituito dall'**art. 1 del d.lgs. n. 495/1998** - dispone che *"ai sensi dell'articolo 67, secondo comma, e 68 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670, i beni e i diritti di natura immobiliare costituenti il patrimonio disponibile dello Stato, che non siano trasferibili alla regione in corrispondenza alle funzioni ad essa attribuite dallo statuto di autonomia, sono trasferiti alle province di Trento e di Bolzano secondo le modalità previste nell'articolo 8"*.

L'**art. 11, comma 3, del d.P.R. n. 115/1973** (come novellato) prevede infine una ricognizione periodica, a cadenza quinquennale, ai sensi e per gli effetti dei citati artt. 67 e 68 dello Statuto speciale di autonomia, dei *"beni non più necessari per la difesa dello Stato o per servizi di carattere nazionale"*, da trasferire alla regione o alle province territorialmente interessate secondo i criteri di cui all'art. 9 considerando comunque non più necessari *"i beni non utilizzati in tutto o in parte prevalente da almeno dieci anni, salvo che sia stata decisa nelle forme di legge la ripresa della loro utilizzazione per la difesa o per servizi di carattere nazionale"*.

Il quadro normativo di derivazione statutaria si completa poi con la previsione di cui all'**art. 2 del D.Lgs. n. 495/1998** a mente del quale, oltre ai beni immobili e ai diritti reali immobiliari dello Stato indicati negli elenchi allegati allo stesso decreto legislativo (**comma 1**), sono altresì trasferiti alle province autonome *"i beni appartenenti alle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, che alla data del 1 luglio 1998 risultino non utilizzati per attività istituzionali da almeno venti anni"*.

3.3.1.2. Dal complesso delle riportate disposizioni risulta dunque che l'individuazione dei beni e dei diritti dello Stato suscettibili di trasferimento alle Province autonome di Trento e di Bolzano avviene secondo due distinte modalità.

3.3.1.3. Nel primo caso, l'individuazione è operata **direttamente** dalle norme statutarie o da quelle di attuazione, le quali identificano non soltanto le categorie (astratte) di beni statali da trasferire, ma anche i beni stessi che vengono a tal fine indicati in appositi elenchi allegati allo stesso decreto presidenziale o legislativo di attuazione (art. 1 del d.P.R. n. 115/1973 e art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 495/1998).

In questa ipotesi può ritenersi che, trattandosi di beni già specificamente e puntualmente individuati dalla legge, **il diritto delle Province al trasferimento sorge immediatamente**, per effetto della sola e semplice inclusione dei beni negli elenchi allegati ai decreti di attuazione delle previsioni statutarie. In questo contesto, i verbali di consegna assolvono pertanto alla mera funzione di trasferire alle Province il possesso di beni la cui proprietà, in conformità ai principi e alle regole del sistema tabolare vigente nei territori dell'ex Impero austro-ungarico (v. r.d. 28 marzo 1929, n. 499), passerà peraltro agli Enti territoriali solo al momento dell'iscrizione del verbale - il quale, per espressa previsione di legge, costituisce titolo per l'intavolazione (v. artt. 6, comma 1, 8, comma 3, 11, comma 3, d.P.R. n. 115/1973 e 2, comma 2, d.P.R. n. 495/1998) - nel libro fondiario.

3.3.1.4. Nel secondo caso, lo Statuto o le norme di attuazione si limitano invece ad indicare soltanto la categoria o la natura dei beni statali da trasferire. Qui, la concreta individuazione è poi **rimessa ad intese** tra le Amministrazioni dello Stato e le Province di volta in volta interessate ed agli elenchi di beni in esito a dette intese a tal fine formati (artt. 8 e 9 del d.P.R. n. 115/1973 e art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 495/1998).

In questa ipotesi, trattandosi di beni determinati solo nel genere (per categorie o secondo la natura), è ragionevole ritenere che **il diritto delle Province al trasferimento sorgerà solo all'esito del procedimento di individuazione** e con riferimento ai (soli) beni effettivamente inclusi negli elenchi a tal fine formati d'intesa tra le parti, conformemente, del resto, alla regola generale di diritto comune (v. art. 1378 cod. civ.).

Regola generale che, nella fattispecie, va peraltro coordinata con l'altra, di diritto speciale, testé ricordata, di cui all'art. 2 del R.D. n. 499/1929 in base alla quale nel regime tavolare l'acquisto del diritto di proprietà presuppone comunque la previa intavolazione del relativo titolo (nella specie costituito, come s'è detto, dal verbale di consegna).

Ma non solo, poiché la stessa individuazione può essere per così dire statica o dinamica, a seconda che essa si riferisca ai beni appartenenti alle indicate tipologie o aventi comunque le prescritte caratteristiche alla data di entrata in vigore delle norme statutarie o di attuazione, ovvero ad una diversa data specificamente determinata (v., ancora una volta, l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 495/1998 che fa riferimento ai beni statali che alla data del 1 luglio 1998 non risultino utilizzati per attività istituzionali da almeno un ventennio), ovvero ancora a beni da identificarsi, alla stregua dei requisiti di legge, in esito a periodiche ricognizioni (così l'art. 11, comma 3, del d.P.R. n. 115/1973).

3.3.2. Il complesso normativo appena illustrato - e la "riserva di acquisizione" dei beni statali a favore delle Province autonome sancita dallo Statuto e dalle disposizioni di derivazione statutaria - trova conferma nella legislazione nazionale la quale ribadisce che *"i beni immobili ed i diritti reali sugli immobili appartenenti allo Stato, situati nei territori delle regioni a statuto speciale, nonché delle province autonome di Trento e di Bolzano, sono trasferiti al patrimonio dei predetti enti territoriali nei limiti e secondo quanto previsto dai rispettivi statuti. Detti beni non possono essere conferiti nei fondi di cui al comma 86, né alienati o permutati"* (così l'**art. 3, comma 114, della l. 23 dicembre 1996, n. 662**).

4. Questo essendo il quadro normativo, occorre dunque ora stabilire se l'atto all'esame e, ancor prima, il Protocollo d'intesa del quale esso costituisce attuazione, siano o meno compatibili con le norme di rango paracostituzionale - lo Statuto di autonomia e le Disposizioni di attuazione - od ordinario - la legge statale - in precedenza richiamate.

Ove, infatti, si ritenesse che il contratto di permuta si pone in contrasto con le norme di cui sopra o perché direttamente confliggente con esse o perché strumento per eluderne l'applicazione, potrebbe ravvisarsene la nullità *ex art.* 1418, comma 1, cod. civ. o *ex artt.* 1344 e 1418, comma 2, cod. civ. perché contrastante con norme imperative ovvero perché in frode alla legge.

In tal caso, il contratto di permuta eventualmente concluso rimarrebbe esposto ad azione di nullità, poiché potrebbe sostenersi che la Provincia ha

acquistato a titolo oneroso un bene patrimoniale disponibile dello Stato in ipotesi non più necessario a fini pubblici statali - come appunto quello, già sede degli uffici dell'ANAS di Bolzano, oggetto della permuta progettata - che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 9 e 11, comma 3, del D.P.R. n. 115/1973, la stessa aveva diritto di acquisire *ex lege* e a titolo gratuito: e pretendere quindi, *ex artt.* 2037 e 2033 cod. civ., e salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione dell'azione di ripetizione eventualmente *medio tempore* maturate (v. art. 1422 cod. civ.), la restituzione dell'immobile indebitamente trasferito in permuta allo Stato (e del conguaglio pagato).

Tale tesi appare tuttavia superabile alla luce delle considerazioni che seguono.

La vicenda traslativa all'esame può infatti ragionevolmente ritenersi esulare dall'ambito di applicazione della normativa richiamata.

5. E, invero, malgrado il richiamo al d.P.R. n. 115/1973 contenuto nel preambolo del Protocollo d'intesa di cui essa costituisce sviluppo ed attuazione, l'atto di cui si tratta sfugge, proprio per le connotazioni contrattuali ed onerose che lo caratterizzano, all'ambito di applicazione del complesso normativo di cui al D.P.R. n. 115/1973 e al d.lgs. n. 495/1998 il quale disciplina al contrario il trasferimento, *ex lege* e a titolo gratuito, dallo Stato alle Province autonome di Trento e di Bolzano, di beni immobili statali individuati, d'intesa tra le parti, all'esito del procedimento amministrativo di ricognizione previsto e regolato dalla richiamata normativa di attuazione dello Statuto speciale di autonomia.

5.1. Per un verso, va preso atto che siffatto modulo procedimentale - destinato a concludersi con l'individuazione concordata dei beni e dei diritti immobiliari statali da trasferire alle Province autonome e la cui attivazione resta pur sempre rimessa all'autonoma e concorde iniziativa delle parti - non si è allo stato realizzato, e in ogni caso non ha riguardato i beni di cui si tratta.

I beni e i diritti in questione debbono pertanto ritenersi pienamente e liberamente disponibili e negoziabili *inter partes* nelle forme proprie e tipiche del diritto comune.

Va infatti rammentato che, secondo quanto chiarito in precedenza, nel caso di beni, come nel caso, diversi da quelli specificamente indicati negli elenchi allegati ai decreti di attuazione dello Statuto di autonomia, il diritto al trasferimento delle Province sorge solo e soltanto al momento in cui, all'esito del procedimento amministrativo all'uopo previsto, le parti provvedono, d'intesa tra loro, all'individuazione e all'inclusione negli elenchi a tal fine formati dei beni in concreto da trasferire.

Ragion per cui prima di quel momento - prima, cioè, del perfezionamento della fattispecie costitutiva del diritto al trasferimento - non esiste alcuna posizione giuridica soggettiva delle Province meritevole di tutela e i beni statali rientrano pertanto pienamente nella disponibilità dello Stato.

Ciò, anche alla luce del principio generale (in linea con il già rammenta-

to disposto dell'art. 11, comma 3, del d.P.R. n. 115/1973) secondo il quale, fino all'avvenuta identificazione in contraddittorio dei beni da trasferirsi, è **pur sempre consentito allo Stato di individuare tra i beni di proprietà temporaneamente non utilizzati quelli che si rivelino suscettibili di (nuova) utilizzazione per fini di utilità statale.**

Non ha poi certamente secondario rilievo la circostanza che la Provincia, nella valutazione dell'interesse pubblico di propria competenza, ha sempre ritenuto pacificamente non applicabili nella fattispecie le disposizioni su cui si è fin qui discusso, ritenendo il bene non solo di proprietà dello Stato, ma anche liberamente dallo stesso disponibile, e ravvisando altresì un forte interesse alla conclusione dell'operazione.

5.2. Né, per la medesima ragione, pare assumere valenza ostativa al diviso negozio la norma di cui al comma 114 dell'art. 3 della L. n. 662/1996 la quale, dopo aver ribadito in termini generali e riferiti a tutte le Regioni a statuto speciale quanto già stabilito dallo Statuto del Trentino Alto Adige e dalle relative norme di attuazione in tema di trasferimento alle Province autonome di Trento e di Bolzano dei beni demaniali e patrimoniali dello Stato ubicati nel territorio della Regione, pone un divieto di alienazione o di permuta.

Esso infatti, avuto riguardo alla *ratio* della disposizione e al contesto normativo-statutario cui la stessa fa esplicito riferimento, sembra logicamente riguardare unicamente l'alienazione o la permuta a favore di soggetti terzi diversi da quelli che sono, per volontà del Legislatore statutario e nazionale, gli unici, legittimi destinatari dei trasferimenti aventi ad oggetto le realtà in esame - vale a dire, a seconda dei casi, le Regioni a Statuto speciale o le Province autonome di Trento e di Bolzano. Un tale divieto, dunque, non preclude che al medesimo risultato le parti (e, segnatamente, la Provincia autonoma, che se ne accolla il relativo costo) decidano nella loro autonomia di pervenire - eventualmente anche a titolo oneroso, qualora l'interesse pubblico, come nel caso, consigli - secondo schemi negoziali di diritto privato, raggiungendo pertanto le comuni finalità in termini temporali assai più contenuti.

Le argomentazioni che precedono inducono dunque a superare i dubbi di validità del negozio sotto i profili ora esaminati.

6. Né appaiono in alcun modo ostativi alla apposizione del visto di legalità i problemi derivanti dai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 12 del D.L. n. 98/2011 con riguardo alla circostanza che, in ragione del diverso valore degli immobili permutati, lo scambio di beni tra lo Stato e la Provincia si concluderebbe con un saldo attivo a favore dello Stato di € 5.880,00= destinato ad essere ripianato dalla Provincia in numerario contestualmente alla stipula dell'atto.

Effettivamente, la rilevata disparità di valori, peraltro assolutamente marginale nel quadro economico complessivo dell'operazione, esclude che la permuta in parola possa definirsi "pura", essendo comunque previsto un sia pur modesto conguaglio a favore dello Stato.

Cionondimeno questa Avvocatura ritiene che tale circostanza non sia di impedimento alla conclusione del contratto, atteso che i limiti alle operazioni di acquisto e di vendita di immobili - e la permuta è, a tutti gli effetti, un atto che comporta, contestualmente e reciprocamente, la cessione e l'acquisizione di beni - ora stabiliti dai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 12 cit. ben possono ritenersi non operanti né relativamente alle permuta a parità di prezzo, né relativamente alle permuta con conguaglio di prezzo a favore dell'Amministrazione pubblica.

L'esclusione delle permuta senza conguaglio dall'ambito di applicazione delle citate disposizioni pare invero difficilmente revocabile in dubbio per due ordini di ragioni tra loro intimamente correlate e connesse.

In primo luogo, perché le permuta c.d. *pure*, essendo finanziariamente neutre, sono prive, per definizione, di qualsiasi incidenza sui saldi strutturali di finanza pubblica; in secondo luogo, perché, se le permuta a parità di prezzo sfuggivano - per l'anzidetta ragione - al divieto - assoluto - di acquisto stabilito dal comma 1-*quater* dell'art. 12 del d.l. n. 98/2011 come autenticamente interpretato dall'art. 10-*bis* del d.l. n. 35/2013, *a fortiori* deve ritenersi che, una volta venuto meno quel divieto, esse non soggiacciono neppure ai limiti alle operazioni di acquisto e vendita ora stabiliti dai commi 1 e 1-*bis* del citato decreto legge.

Ma, ad avviso di questa Avvocatura, anche le permuta nelle quali, e come nella fattispecie, sia previsto un conguaglio a favore dell'Amministrazione statale esulano dall'ambito di applicazione di quei limiti nella misura in cui, a ben vedere, risultano anch'esse finanziariamente neutre non comportando alcun esborso di denaro pubblico da parte dell'amministrazione permutante e, quindi, ancora una volta, alcun negativo riflesso sui saldi strutturali di finanza pubblica.

E se è vero che il minor valore del bene acquisito in permuta comporta una diminuzione del valore complessivo del patrimonio immobiliare pubblico, è però altrettanto vero che tale diminuzione patrimoniale è integralmente compensata dal conguaglio previsto.

Del resto, i limiti stabiliti dalle norme in commento paiono - esclusivamente - riferiti ad operazioni immobiliari - di vendita o di acquisto - che comportano non soltanto un'immediata ed effettiva incidenza negativa sui saldi strutturali di finanza pubblica, ma anche un concreto esborso di denaro pubblico, com'è reso evidente dal ripetuto riferimento in quelle norme contenuto ad un elemento quale il prezzo - la cui congruità deve formare oggetto di attestazione da parte dell'Agenzia del demanio ed il cui ammontare deve essere reso noto mediante pubblicazione sul sito *internet* istituzionale dell'ente acquirente - tipico della compravendita ed estraneo allo schema negoziale della permuta.

Per queste ragioni appare perciò sostanzialmente rispettata la *ratio* del divieto di acquisto e vendita di immobili a titolo oneroso - e della correlata deroga relativamente alle permuta a parità di prezzo nonche delle permuta senza oneri a carico del bilancio dello Stato - individuabile nell'esigenza di garantire e presidiare l'invarianza dei saldi di bilancio evitando ogni operazione

negoziale che comporti o possa comportare - come le compravendite e le permutate con un conguaglio a carico dell'amministrazione pubblica - esborsi di danaro pubblico: e per questo aspetto la permuta in parola, prevedendo un conguaglio a favore dello Stato, rappresenta perciò un'operazione priva, in definitiva, di impatti sui saldi strutturali di finanza pubblica del tipo di quelle contemplate dall'Allegato A del D.M. 16 marzo 2012 di attuazione del comma 1 dell'art. 12 del citato d.l. n. 98/2011.

Il D.M. in questione prevede, tra l'altro - art. 2, comma 7 -, che *"le disposizioni di cui all'art. 12, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, non si applicano alle procedure di vendita e di acquisto in corso, avviate ... per effetto di delibere assunte, entro il 31 dicembre 2011, dai competenti organi dei predetti enti e che individuino con esattezza i compendi immobiliari oggetto delle operazioni"*.

Nulla esclude peraltro che l'operazione in parola - assimilabile, come s'è detto, a quelle prive di impatto sui saldi strutturali di finanza pubblica previste dall'Allegato A al D.M. 16 marzo 2012 - formi oggetto, al pari di quelle, e come previsto dall'art. 2, comma 5, del D.M. citato, di preventiva comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento del tesoro e Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato - e di successiva attuazione in assenza di osservazioni nel termine di trenta giorni dalla relativa comunicazione.

7.1. Con riferimento, poi, alla bozza d'atto trasmessa, giova osservare che non vi si rinviene una clausola contenente una condizione sospensiva analoga a quella contenuta nella bozza predisposta nel 2013.

Tale pattuizione risulta invece, ad avviso di questa Avvocatura, **necessaria**, nella misura in cui essa rafforza e garantisce la posizione dello Stato subordinando l'efficacia del trasferimento alla Provincia del bene di proprietà statale alla **previa** intavolazione, a favore dello Stato, dell'immobile di proprietà provinciale oggetto di permuta nonché all'accertamento, in via formale, dell'avveramento di tutte le altre condizioni allora indicate (accatastamento nella categoria B 1, verifica di idoneità alla destinazione sotto il profilo urbanistico ed edilizio, regolare esecuzione di lavori eventualmente pattuiti).

7.2. Alla luce delle osservazioni tutte svolte nella trattazione che precede appare inoltre vivamente raccomandabile che, nelle premesse dell'atto, si indichi espressamente:

- che la Provincia ravvisa nella realizzazione dell'operazione in discorso uno specifico interesse anche ad essa proprio con riferimento (oltre che all'acquisizione di immobili da destinarsi a fini pubblici) alla **tutela dell'ordine pubblico**, che viene meglio perseguita attraverso una ottimale presenza sul territorio delle Forze dell'ordine (presenza, appunto, favorita dall'acquisto dell'immobile da destinarsi poi ad uso statale mediante il previsto trasferimento in permuta);

- che le parti si danno reciprocamente atto che i beni statali oggetto della

successiva permuta esulano dal campo di applicazione delle norme statali e regionali, e in particolare dello Statuto di autonomia, del DPR n. 115/73 e delle norme collegate e derivate che regolano il trasferimento alla Regione e alle Province autonome di Trento e Bolzano dei beni e dei diritti immobiliari dello Stato, rinunciando espressamente ad avanzare e formulare, anche in futuro, qualsiasi pretesa, domanda ed eccezione al riguardo.

Sul presente parere, considerati i profili di massima, è stato sentito il Comitato consultivo dell'Avvocatura dello Stato, il quale, alle sedute del 21 settembre 2015 e del 26 ottobre 2015, si è espresso in conformità.

Soggetti tenuti al rilascio della documentazione antimafia in caso di partecipazioni societarie indirette

PARERE 26/11/2015-536024, AL 35225/15, AVV. MARIO ANTONIO SCINO

1. Quesito

Si fa riferimento alla nota in oggetto, con cui codesta Amministrazione ha chiesto un parere della Scrivente in merito all'ambito di operatività, sul piano della sfera soggettiva, della prescrizione contenuta nell'art. 85, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 159/2011 la quale, in materia di soggetti tenuti al rilascio della documentazione antimafia, fa riferimento al «*socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro*».

In ordine a tale disposizione, in particolare, si chiede di sapere se la norma trovi applicazione anche nel caso delle partecipazioni societarie indirette, ossia nel caso in cui il controllo societario è esercitato a sua volta da altre società di capitali: più esattamente «*[...] nel caso in cui la partecipazione maggioritaria risulti detenuta da un organismo societario, a sua volta con un capitale suddiviso tra non oltre quattro soci, di cui uno di maggioranza*».

2. Normativa

In primo luogo, occorre fare puntuale rimando alla normativa di riferimento in materia, al fine di individuare la ratio della norma a partire dalla quale delineare la portata applicativa della stessa sotto il profilo soggettivo.

Si fa riferimento, in particolare, al D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159 recante «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136».

L'art. 85 cit. individua infatti i «Soggetti sottoposti alla verifica antimafia»

e dispone, al comma 2, che «la documentazione antimafia, se si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto: [...] c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico; [...]».

Prima di entrare nel merito del quesito prospettato, occorre fare puntuale riferimento ad un'altra disposizione, seppur de relato, che concorre a delineare un quadro normativo più ampio, all'interno del quale muovere le argomentazioni necessarie a risolvere il quesito interpretativo in oggetto.

In tal senso si segnala che l'art. 85 cit., al comma 2-quater (inserito dall'art. 2, comma 1, lett. b), n. 2), D.Lgs. 15 novembre 2012, n. 218), dispone che «Per le società di capitali di cui alle lettere b) e c) del comma 2, concessionarie nel settore dei giochi pubblici, oltre a quanto previsto nelle medesime lettere, la documentazione antimafia deve riferirsi anche a soci persone fisiche che detengano, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. Nell'ipotesi in cui i soci persone fisiche detengano la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell'organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. La documentazione di cui al periodo precedente deve riferirsi anche al coniuge non separato».

3. Considerazioni

Con riferimento al merito del quesito in esame ed alla soluzione interpretativa ivi prospettata, secondo la quale le questioni interpretative legate all'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 159/2011 (c.d. «codice Antimafia») troverebbero un fondamento alla possibile interpretazione estensiva delle disposizioni antimafia con una combinata lettura alle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 163/2006 (c.d. «codice dei contratti pubblici»), si prende atto che tale indicazione ermeneutica si muove secondo una logica di eadem ratio tra le due normative in questione: sottoporre a controlli più capillari le società con un numero di soci non superiore a quattro. In tal senso, si richiama l'orientamento del Consiglio di Stato secondo cui è rinvenibile nella disciplina del codice dei contratti pubblici una finalità volta ad «assicurare che non partecipino alle gare né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società» (Cons. di Stato, Ad. Plen., 6 no-

vembre 2013, n. 24) intendonsi per maggioranza di partecipazione azionaria anche solo quella relativa (Ad. Plen. cit.).

Nella prospettiva di una sostanziale equiparazione dell'ambito soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici con il codice Antimafia, tale approdo interpretativo comporta che, nel caso di verifiche antimafia nei confronti di società capitali, laddove il socio di maggioranza sia un'altra società, si risalga, analogamente a quanto previsto dal codice dei contratti pubblici, alla persona fisica che concretamente detiene la maggioranza (ANAC, parere precontenzioso n. 73 del 28 ottobre 2014, che ha confermato l'indirizzo della assorbita AVCP, tra cui determina n. 1 del 16 maggio 2012).

Accedendo a tale orientamento si dovrebbe pervenire ad analoghe conclusioni per i controlli antimafia nel caso delle partecipazioni azionarie a catena e quindi aderire ad un'interpretazione estensiva dell'art. 85, comma 2 lett. c) del d.lgs. 159/2011 nel senso di ritenere plausibile la possibilità di effettuare controlli sino al socio persona fisica della quota di maggioranza anche relativa.

L'orientamento in questione presenta alcuni profili di criticità, a partire dalla premessa da cui prende le mosse, cioè che vi possa essere una sovrapposizione dei corpi normativi, quanto all'ambito di applicazione sotto il profilo soggettivo, tra la disciplina della comunicazione antimafia e quella riguardante i requisiti generali di cui all'articolo 38, comma 1, lettera b) del codice dei contratti pubblici. Infatti, i due accertamenti presentano un contenuto simile, riguardando sostanzialmente la sussistenza delle cause ostative o interdittive a contrarre con la Pubblica Amministrazione, di cui all'articolo 67 del codice antimafia.

Va evidenziato che si tratta di due tipologie di verifica che intervengono in momenti diversi del procedimento di affidamento dell'appalto. Più in particolare, la verifica ai sensi dell'articolo 38, viene attuata in fase di gara ed è funzionale a comprovare i requisiti generali dichiarati dai concorrenti, mentre l'acquisizione della comunicazione antimafia riguarda il momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto e, quindi, è sempre limitata al solo aggiudicatario.

Nello specifico, mentre nel codice dei contratti pubblici la lettera della norma fa puntuale riferimento al «socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società», il codice antimafia, invece, prevede che tra i soggetti da verificare ci siano anche il socio di maggioranza o il socio unico, senza alcuna precisazione in relazione alla qualità di persona fisica o giuridica. L'assenza di tale indicazione porterebbe alcuni a ritenere che la verifica antimafia debba riguardare anche la persona giuridica ovvero, secondo la teoria interpretativa in esame, il solo socio persona fisica che detiene la maggioranza del capitale della società in linea con quanto già precisato per l'articolo 38, comma 1, lettera c), cit.

Si rappresenta che la norma, l'art. 85, co. 2, lett. c), del d.lgs. n. 159/2011

presenta infatti un difetto di coordinamento rispetto all'art. 38, co. 1, lett. b), del Codice dei contratti, il quale dispone parallelamente che sono esclusi dalla gara i concorrenti «c) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1424, o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575», e che «l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società».

Nel codice dei contratti pubblici, è stato dunque opportunamente specificato che, per le società di capitali, la dichiarazione sulla inesistenza di procedimenti pendenti per l'applicazione di una misura di prevenzione deve essere resa dal socio unico persona fisica: locuzione che, come ulteriormente chiarito dall'Autorità per la Vigilanza nella determinazione n. 1 del 16 maggio 2012, deve riferirsi anche al socio di maggioranza, nella diversa ipotesi di società con meno di quattro soci.

Non a caso, la modifica apportata - dal d.l. 13 maggio 2011 n. 70 conv. con mod. dalla L. 12 luglio 2011 n. 106 - all'art. 38, co. 1, lett. b), del codice dei contratti ha avuto origine proprio dalla necessità di evitare la formazione di una interminabile filiera di soggetti da sottoporre a verifica e quindi l'avvio di controlli superflui e, soprattutto, irragionevoli: uno scenario che, invece, il codice Antimafia si presta nuovamente a riaprire, non avendo inserito il riferimento al socio persona fisica all'interno dell'art. 85, co. 1, lett. c).

In tal senso, nell'ipotesi che sussista una struttura di partecipazioni societarie a catena, tale circostanza potrebbe dar luogo ad un sistema di controlli particolarmente ampio, non essendo chiaro se sia possibile fermare gli accertamenti al primo livello della compagine societaria. Si tratta di ipotesi che possono comportare un elevato numero di controlli che, in realtà, si traducono in meri atti formalistici, ben lontani dall'intento originario del legislatore.

Trattandosi di atti dovuti a contenuto vincolato appare opportuno dare uniformità di applicazione pratica sul territorio nazionale.

In sintesi, occorre ricercare nelle pieghe del Codice Antimafia, d.lgs. n. 159/2011, la soluzione tecnica con riguardo alla specifica volontà del Legislatore, quale risulta declinata nelle differenti disposizioni rilevanti.

A sostegno delle considerazioni in esame, nella diversa ottica di un'interpretazione logico-sistematica del codice Antimafia, occorre richiamare la formulazione di un'altra disposizione ivi contenuta.

Il riferimento è al sopraccitato comma 2-quater dell'art. 85, cit., in tema di società di capitali concessionarie nel settore dei giochi pubblici, in ordine al quale si

rappresenta che tale disposizione, in virtù di una formulazione precisa e puntuale, costituisce elemento imprescindibile per ricostruire, secondo canoni di legalità e tipicità dell'azione amministrativa in materia, la specifica volontà del Legislatore, sia sul piano dell'interpretazione letterale, sia sul piano logico sistematico.

Ed infatti, l'art. 85, comma 2, lett. c), cit., non menziona espressamente le c.d. «partecipazioni indirette»: la norma utilizza l'espressione «socio di maggioranza». Tale ultima qualificazione soggettiva evidentemente deve essere intesa non già nel suo ristretto significato secondo la disciplina propria delle società di capitale, ai sensi del codice civile, bensì nella sua portata reale della lotta alla criminalità organizzata, intendendo evidentemente il Legislatore perseguire le persone fisiche che, esercitando il controllo societario, condizionano, mediante il sistema delle partecipazioni di maggioranza, le determinazioni degli organi di amministrazione delle società.

Nello specifico settore dei concessionari di giochi pubblici, evidentemente ritenuto meritevole di una peculiare attenzione estendendo l'operatività delle relative misure, il Legislatore ha però espressamente individuato l'obbligo di acquisire la documentazione antimafia anche nel caso di *“soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento”*.

L'elemento di novità va qui riferito alla soglia del 2%, e non anche alla circostanza che essa possa essere detenuta indirettamente, trattandosi di una precisazione formale ultronea rispetto al sistema dei controlli societari reali rilevanti ai fini della materia, ed espressamente indicata solo in ragione dell'esiguità della misura per la quale trova applicazione la specifica disciplina indicata dall'art. 85 cit.

Ed infatti, la funzione della documentazione antimafia, costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia (art. 84, comma 1, decreto cit.), è sempre più preordinata, anche dopo le recenti novelle, ad anticipare la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico nella lotta alla criminalità organizzata; si rammenta, poi, che il D.Lgs. 159/2011, introducendo il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, ha modificato, aggiornato ed integrato la disciplina della documentazione antimafia, frutto di una stratificazione normativa intervenuta negli anni, rafforzandone la ratio consistente nella lotta alla criminalità mafiosa, interesse quest'ultimo preminente e prevalente nei confronti di qualsiasi altro interesse, sia esso pubblico o privato (cfr. sentenza Cons. di Stato, Sez. III, n. 240 del 23 aprile 2014). La riforma, come noto, peraltro ha inciso anche sulla individuazione del giudice territorialmente competente a decidere sulla documentazione antimafia e ciò in quanto ora l'informativa prefettizia spiega i propri effetti su tutto il territorio nazionale (cfr. C.d.S., Ad. Plen., n. 17/2014: «[...] Deve inoltre considerarsi che già questa Adunanza Plenaria aveva evidenziato come l'interpretazione degli effetti territorialmente limitati e non di portata generale dell'interdittiva

fosse da riferirsi al previgente assetto normativo e avrebbe potuto mutare a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs n. 159/2011, che introduce "molteplici profili di novità, con riguardo, tra l'altro, agli effetti soggettivi, alla durata e alla pubblicità delle informative" (Ad. Plen. n. 3/2013 e n. 4/2013). Infatti, l'art. 91 del d.lgs n. 159/2011 prevede che l'informazione interdittiva sia provvedimento da cui possono sorgere una serie di provvedimenti ulteriori, adottati da altri enti, e non tutti predeterminabili a priori nel loro contenuto».

Ne consegue che, proprio in quanto il sistema ha optato per una anticipazione delle misure di prevenzione, il principio di legalità, e con esso di tipicità delle scelte effettuate in sede legislativa, risulta preminente nella corretta individuazione ed applicazione dei canoni ermeneutici volti a tracciare la concreta sfera di operatività soggettiva delle disposizioni sopra richiamate.

Pertanto, l'attuale tenore letterale dell'art. 85, comma 2, c), del Codice antimafia già consente in via interpretativa di poter estendere i controlli anche alle partecipazioni indirette nel caso di controlli societari a catena; ad ogni modo, una siffatta interpretazione della citata disposizione di legge rischia di trovare limite in una interpretazione meramente letterale, anch'essa possibile, improntata a principi di semplificazione, mancando un intervento del Legislatore di portata analoga a quella di cui all'art. 85, comma 2-quater, cit., inserito dall'art. 2, comma 1, lett. b), n. 2), D.Lgs. 15 novembre 2012, n. 218 per il solo settore dei concessionari di giochi pubblici.

Conseguentemente, ove si ritenga preminente applicare le misure di tutela individuate nel Codice Antimafia sarebbe del tutto opportuno che, analogamente al comma 2-quater, cit., il Legislatore intervenga individuando espressamente anche le partecipazioni indirette tra quelle per cui è richiesta la documentazione antimafia, e ciò al fine di precludere l'uso delle partecipazioni indirette quale espediente pratico utilizzato dal reale socio di controllo per eludere di fatto le necessarie e dovute verifiche che l'ordinamento giuridico nazionale intende approntare per la lotta alla criminalità.

4. Conclusioni

Sulla base delle precedenti considerazioni, si può postulare un'interpretazione estensiva dell'art. 85, comma 2, lett. c), del Codice Antimafia, anche alle partecipazioni indirette per *ratio legis* propria del d.lgs. n. 159/2011, sulla falsariga dell'applicazione anch'essa estensiva dell'art. 38, comma 1, lettera c) del Codice dei contratti pubblici, ricorrendo nell'ordinamento giuridico le medesime esigenze sociali di tutela e prevenzione della sicurezza e ripercorrendo gli stessi percorsi ermeneutici fatti propri dal Consiglio di Stato (Ad. Plen., 6 novembre 2013, n. 24) e dall'ANAC (parere precontenzioso n. 73 del 28 ottobre 2014), pur nella pacifica autonomia e differenza di sfera di operatività del Codice antimafia e del Codice dei contratti pubblici.

Nondimeno si sottolinea l'opportunità di un intervento normativo *ad hoc*

per garantire l'applicazione dell'art. 85, comma 2, lett. c), D.lgs. 159/2011, in riferimento alla locuzione «socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro», in modo estensivo, in modo da rendere palese l'intenzione del Legislatore, anche in considerazione di quanto enunciato nel comma 2-quater dell'art. 85, cit., in tema di società concessionarie nel settore dei giochi pubblici che estende le misure “(...) ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento (...)”.

In attesa di un siffatto intervento del legislatore, anche al fine di dare uniformità di applicazione pratica sul territorio nazionale e coordinare le attività amministrative, nonché in chiave di deflazione del contenzioso innanzi al Giudice amministrativo, secondo la prospettiva evidenziata nella richiesta di parere si ritiene plausibile che, a regime vigente, laddove il socio di maggioranza sia una persona giuridica, le verifiche antimafia ex art. 83, cit., debbano svolgersi tanto nei confronti degli organi ordinariamente scrutinabili facenti parte la società che detiene la maggioranza del capitale sociale dell'impresa nei cui confronti si deve acquisire la documentazione antimafia che nei confronti del socio persona fisica detentore della maggioranza delle quote.

Si suggerisce infine di condividere le soluzioni suindicate con le altre Istituzioni preposte alla cura di interessi similari, e con cui ordinariamente codesta Amministrazione è usualmente in raccordo per uniformare la propria azione (ANAC, DIA, DNA).

In tal senso si è espresso il Comitato consultivo nella seduta del 13 novembre 2015.

Disciplina dell'edilizia residenziale a favore di dipendenti pubblici

PARERE 09/12/2015-554402, AL 33969/15, AVV. ETTORE FIGLIOLIA

Si riscontra la nota in epigrafe, e preso atto dei chiarimenti forniti con la successiva nota del 10 novembre u.s., e dei contenuti della documentazione alla stessa nota allegata, si rappresenta che, ad avviso di questa Avvocatura Generale, ove gli attuali fruitori degli alloggi di che trattasi dovessero chiedere l'applicazione del D.M. n. 185/2014 al fine di conseguire la ridefinizione in termini più favorevoli del canone locativo, nulla osterebbe, in assenza oltretutto di contrarie disposizioni dello stesso decreto, all'accoglimento della relativa istanza.

Invero, va rilevato che con il Decreto Ministeriale del 2014 testé citato si è proceduto alla sostituzione del precedente D.M. n. 215/2002 con il quale

erano stati stabiliti i limiti di reddito ed i criteri per l'assegnazione degli alloggi e la determinazione dei canoni locativi, in sostanziale attuazione dei principi statuiti dalla giurisprudenza amministrativa in punto di modalità di determinazione del canone di locazione di detti alloggi, tenuto conto dell'intervenuto annullamento giurisdizionale del D.M. n. 8346/2011, integrativo del precedente D.M. 215/2002, recante la specificazione dei parametri per addivenire alla determinazione dei canoni in questione, sicché, trattandosi di atti amministrativi di contenuto normativo, lo stesso annullamento giurisdizionale produce un effetto diffuso per tutti i soggetti interessati, stante la stessa esigenza, in termini di interesse pubblico, di omogeneità della disciplina relativa al contesto.

Ed infatti, è innegabile che la *ratio* della complessiva regolamentazione di questo settore corrisponde alle finalità pubblicistiche dei programmi di cui all'art. 18 D.L. 152/1991, correttamente individuate dal TAR Lazio con la sentenza n. 17/2013 confermata dal Consiglio di Stato con la decisione n. 1125/2014, e cioè quella di favorire la mobilità del personale con priorità per i dipendenti pubblici trasferiti per esigenze di servizio, *ratio* che verrebbe sostanzialmente frustrata laddove si realizzassero disparità di trattamento nell'ambito delle medesime categorie di beneficiari che potrebbero verificarsi rispetto alle sedi di servizio ubicate in Comuni con diversa densità abitativa, nella considerazione che detto canone è calcolato anche con riferimento al prezzo di cessione degli alloggi.

Per quanto precede, l'interpretazione sistematica del D.M. 185/2014 deve essere condotta alla luce delle finalità perseguite dall'Amministrazione in ottemperanza ai principi statuiti dalla giustizia amministrativa, nel senso di assicurare la vigenza di una disciplina comune a tutti i soggetti fruitori degli alloggi *de quibus*, tenendo nella debita considerazione la ineludibile esigenza, lumeggiata dallo stesso Consiglio di Stato con la sentenza n. 1125/2014, che l'entità del reddito quale requisito per l'accesso costituisca criterio anche per la fissazione del canone, sì da evitare che "*il dipendente che si è aggiudicato in ragione del basso reddito il diritto ad essere assegnatario*" non si trovi a disporre di un reddito inadeguato per corrispondere il canone.

In via generale, a conferma delle superiori argomentazioni, vanno richiamate le convincenti motivazioni espresse in fattispecie analoghe dalla giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio, Sez. II bis, 15 aprile 2014, n. 6800) alla stregua delle quali per definire il costo di locazione deve essere considerato quello effettivo sostenuto dal soggetto beneficiario del contributo pubblico, sicché è di tutta evidenza che il costruttore ove il canone di locazione dovesse invece essere parametrato al prezzo di cessione degli alloggi definito al lordo del finanziamento regionale, otterrebbe una inammissibile duplicazione del beneficio stesso, sia all'atto della corresponsione del prezzo della costruzione, sia al momento della riscossione dei canoni.

Nei sensi suesposti è la richiesta consultazione.

Sulle questioni oggetto del presente parere si è pronunciato in conformità il Comitato Consultivo di questa Avvocatura.

Prestazioni previdenziali erogate da Stazione appaltante a fronte di irregolare posizione contributiva dell'impresa fallita

PARERE 14/12/2015-562411, AL 22627/15, AVV. GIACOMO AIELLO

Con la nota che si riscontra codesta Avvocatura ha richiesto l'avviso della Scrivente in merito all'individuazione del soggetto legittimato a ricevere il pagamento dei corrispettivi contrattuali in relazione a prestazioni rese da una ditta incaricata dalla Direzione Generale per la gestione e la manutenzione degli edifici giudiziari di Napoli per la realizzazione di un sistema di consultazione al pubblico per l'accesso agli uffici ed ai servizi del nuovo palazzo di giustizia di Napoli.

In particolare, tenuto conto che in data 11 giugno 2013 il Tribunale di Roma dichiarava il fallimento del contraente privato e che il documento di regolarità contributiva (DURC), acquisito dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 6 d.P.R. n. 207/2010, evidenziava la posizione irregolare dell'impresa nei confronti dell'INAIL per il mancato pagamento di premi assicurativi, nonché nei confronti dell'INPS per un importo complessivo pari a 28.539,42 Euro, si richiede se possa trovare applicazione l'art. 4, comma 2 del d.P.R. sopra citato, il quale dispone che: *“in caso di ottenimento da parte del soggetto responsabile del procedimento del documento unico di regolarità contributiva che segnali un'inadempienza contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, il medesimo trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza. Il pagamento di quanto dovuto per le inadempienze accertate mediante il documento unico di regolarità contributiva è disposto dai soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), direttamente agli enti previdenziali e assicurativi”*.

L'applicabilità di tale intervento sostitutivo si rivela problematica nel caso di specie, nel quale l'impresa appaltatrice ha emesso fattura a fronte dei servizi resi il 31 maggio 2013 ed in seguito è stata dichiarata fallita dal Tribunale civile di Roma in data 11 giugno 2013: risulta infatti che il Curatore fallimentare ha più volte diffidato l'Amministrazione al pagamento del credito ritenuto di spettanza dell'impresa fallita e a non dare seguito all'intervento sostitutivo, sul presupposto che quest'ultimo avrebbe sottratto poste creditorie, in violazione del principio della *par condicio creditorum*.

Successivamente anche l'INAIL e l'INPS hanno manifestato l'intento di rifiutare il pagamento dei crediti previdenziali, aderendo alla nota di codesto Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (prot. n. 0052752 in data 1 aprile 2014) con cui si subordina l'ammissibilità dell'intervento sostitutivo a quelle ipotesi in cui la procedura concorsuale sia finalizzata alla prosecuzione dell'attività aziendale, come ad esempio nelle ipotesi di concordato preventivo, mentre sarebbe da escludere nel fallimento, in quanto, se applicata, determinerebbe la lesione della *par condicio creditorum*.

Codesta Avvocatura ritiene invece che la soluzione da seguire sia quella di privilegiare comunque il pagamento degli enti previdenziali rispetto all'interesse dei creditori insinuati nel passivo fallimentare.

Tale ultima soluzione appare, ad avviso della Scrivente, la più corretta alla stregua delle considerazioni che seguono.

L'articolo 4, comma 2, del d.P.R. 207/2010 introduce un particolare meccanismo attraverso il quale, in presenza di un documento unico di regolarità contributiva che evidenzia irregolarità nei versamenti dovuti agli Istituti e/o alle Casse Edili, le stazioni appaltanti possono sostituirsi al debitore principale versando - in tutto o in parte - le somme dovute in forza del contratto di appalto direttamente ai predetti Istituti e Casse.

L'articolo 4, che si riferisce appunto all'ipotesi dell'irregolarità del DURC dovuta ad un'inadempienza contributiva relativa ad uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto impone addirittura alla stazione appaltante di trattenere, dalle somme dovute all'appaltatore, gli importi da stornare in favore degli enti previdenziali.

Trattasi all'evidenza di una tutela perfino rafforzata rispetto alla diversa ipotesi contemplata nell'art. 5 del medesimo regolamento di esecuzione che, a proposito del ritardo nel pagamento delle retribuzioni ai lavoratori impiegati nell'esecuzione del contratto prevede una mera facoltà del committente, e non già un obbligo come la norma sopra richiamata, dell'Amministrazione di pagare le retribuzioni arretrate direttamente ai lavoratori.

Obiettivo della norma è, dunque, attraverso la soddisfazione della pretesa creditoria degli enti nei cui confronti l'operatore economico ha maturato un'esposizione debitoria, quello di assicurare il ripristino della regolarità contributiva del medesimo, in un'ottica di tutela del sistema previdenziale ed assicurativo generale la cui tenuta economica è considerata di preminente rilievo siccome posta a presidio dell'intera collettività dei lavoratori che vi risultano iscritti.

Più in particolare, le disposizioni citate assicurano la soddisfazione del preminente interesse pubblico alla garanzia della completa erogazione di quanto dovuto al lavoratore, conformemente all'art. 38 Cost. attraverso l'adempimento di un'obbligazione che, pur essendo diretto ad un soggetto terzo rispetto al contratto di appalto pubblico, ha piena efficacia liberatoria nei confronti del committente debitore.

Le richiamate disposizioni del Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti sembrano del resto costituire un'attuazione del generale principio contenuto nell'art. 1676 c.c. che, come noto, attribuisce ai lavoratori il potere di proporre un'azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto dall'appaltatore fino a concorrenza del credito da quest'ultimo vantato verso il committente.

In proposito è stato rilevato che *“nell’ottica di ampliare le garanzie dei lavoratori, l’art. 5 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle Direttive UE (Regolamento e capitolati -L. n. 109/94, art. 3; L. 537/93, art. 6, comma 9), nel testo risultante dalle modifiche introdotte - appunto nel suddetto senso garantista - dal D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (vigenti a decorrere dal 1 agosto 2007), stabilisce che il regolamento di attuazione ed esecuzione del codice stesso debba dettare disposizioni, fra l’altro, per: a) la inclusione, tra i requisiti soggettivi rilevanti per la scelta dell’appaltatore, anche della regolarità contributiva; b) l’intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell’appaltatore; c) la tutela dei diritti dei lavoratori, secondo quanto già previsto ai sensi del regolamento recante capitolato generale di appalto dei lavori pubblici, approvato con D.M. lavori pubblici 19 aprile 2000, n.145. Pertanto, il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (recante il Regolamento di esecuzione ed attuazione del suddetto codice) nel titolo II, relativo alla “Tutela dei lavoratori e regolarità contributiva” prevede: - all’art. 4 la disciplina in materia di “Intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza contributiva dell’esecutore e del subappaltatore (D.M. LL.PP. n. 145 del 2000, art. 7)”; - all’art. 6 la disciplina del “Documento unico di regolarità contributiva”, che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché cassa edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento; - all’art. 5 la disciplina in materia di “Intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva dell’esecutore e del subappaltatore. (...). Dall’insieme di tali disposizioni si desume che a garanzia dei crediti retributivi e contributivi dei lavoratori impegnati negli appalti - o nei subappalti - pubblici sono previsti specifici strumenti che, se attivati nei tempi e nei modi prescritti, consentono agli interessati di avere direttamente dall’amministrazione committente il pagamento delle retribuzioni dovute dal loro datore di lavoro anche in corso d’opera. Al contempo, con l’attivazione di tale tutela speciale, il lavoratore può consentire al committente di applicare le opportune sanzioni (se crede) al datore di lavoro inadempiente ed ottenere un ristoro pieno del proprio credito per le retribuzioni corrisposte ai lavoratori (...). Negli appalti pubblici il disvalore dello scorretto comportamento tenuto dal datore di lavoro - in violazione del principio di cui all’art. 36 Cost. - non ha rilievo soltanto nel rapporto interno tra privati, ma comporta anche la lesione degli interessi*

pubblici al cui migliore perseguimento è preordinata la complessiva disciplina regolatrice degli appalti pubblici” (Cfr. Cass. Civ. Sez. Lav. n. 15432/2014).

Dunque, benché la disposizione di cui all’art. 4, cit. si esprima sinteticamente nei termini di “*destinatario del pagamento dell’importo trattenuto*”, deve ritenersi, in virtù della *ratio* sottesa all’istituto in questione, che lo stesso contempra un’ipotesi di novazione soggettiva dal punto di vista del creditore.

Si tratta ora di verificare se l’intervenuto fallimento dell’appaltatore, in questo caso successivo al momento della liquidazione del credito nei confronti della committente, impedisca l’intervento sostitutivo dell’amministrazione, come sopra descritto, dovendo, nel bilanciamento degli interessi in gioco, ricevere maggiore tutela i creditori della massa fallimentare rispetto ai pagamenti dovuti dal committente debitore. Più in particolare si deve quindi stabilire se le disposizioni della legge fallimentare debbano derogare a quelle contenute nel codice degli appalti in virtù della specialità delle prime rispetto a queste ultime.

Pur non essendosi rinvenuti precedenti negli esatti termini, si ritiene che la giurisprudenza di legittimità abbia già individuato dei criteri ermeneutici utili alla soluzione della questione esaminata.

Con riguardo al rapporto tra l’azione di cui all’art. 1676 c.c. e la procedura fallimentare, la Corte di Cassazione ha messo in luce il fatto che detta azione non incide sul patrimonio dell’appaltatore fallito, ma di quello di un terzo (il committente). Ciò equivale a dire che i crediti dei lavoratori derivanti dalle irregolarità contributive, addebitate al datore di lavoro, divengono immediatamente esigibili nei confronti del committente, con la conseguenza che il loro pagamento non passa attraverso il patrimonio del datore di lavoro. Da ciò deriva l’ulteriore conseguenza dell’irrelevanza dell’eventuale fallimento del datore di lavoro, in quanto il curatore fallimentare non potrebbe ottenere quanto lo stesso fallito non poteva a sua volta esigere.

Il medesimo Giudice di legittimità ha peraltro ritenuto l’assetto giuridico derivante dall’applicazione dell’art. 1676 c.c. coerente con il dettato costituzionale, in quanto lo specifico beneficio correlato alla preferenza dei crediti dei lavoratori rispetto a quelli della massa fallimentare, appare giustificato dal superiore interesse all’attuazione di principi contenuti negli artt. 4 e 36 Cost. (Cfr. Cass. Lav. 24 ottobre 2007, n. 22304/2007).

Questi principi hanno trovato recente applicazione in una sentenza del Tribunale di Roma resa proprio rispetto alla vicenda del fallimento (..), che ha portato alla condanna del committente pubblico che aveva ritenuto di dover privilegiare l’estinzione del debito nei confronti della curatela fallimentare (Cfr. Trib. Roma 15 novembre 2014, n. 8189/2014).

Diversamente opinando, si perverrebbe del resto all’assurda situazione nella quale l’Amministrazione pagherebbe il proprio debito nei confronti della curatela fallimentare, senza alcun effetto liberatorio rispetto alle possibili pre-

tese azionate dai dipendenti dell'appaltatore fallito, i quali, pur essendo assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-*bis* c.c. ben potrebbero vedere mortificate le ragioni creditorie nell'ipotesi di insufficienza dell'attivo fallimentare.

A diverse conclusioni dovrebbe pervenirsi nel caso in cui il credito nei confronti dell'appaltatore sorga successivamente al fallimento dell'appaltatore, in quanto è evidente che in questa ipotesi detto credito potrebbe trovare soddisfazione solo attraverso l'insinuazione nel passivo fallimentare con il privilegio previsto dagli artt. 2753 e 2754 cc.

La rilevanza di massima della questione esaminata ha suggerito l'opportunità di estendere questa consultazione anche a codesto Ministero.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato consultivo che, nella seduta del 3 dicembre 2015, si è espresso in conformità.

Autorizzazioni per gli ambulatori e regime sanzionatorio delle violazioni

PARERE 14/12/2015-562614, AL 41948/15, AVV. FRANCESCO SCLAFANI

Con la nota che si riscontra, è stato chiesto il parere di questa Avvocatura in merito al rapporto tra l'art. 193 T.U. Leggi Sanitarie e l'art. 12 della Legge regionale del Lazio n. 4/2003 per quanto concerne la disciplina autorizzativa degli ambulatori e il regime sanzionatorio delle relative violazioni.

In particolare codesta Amministrazione chiede di conoscere l'avviso della scrivente sui seguenti quesiti:

1) *“se le leggi regionali e le relative normative di attuazione riempiano ed in parte sostituiscano oggi l'art. 193 T.U. Sanità pubblica;*

2) *se l'utilizzo di spazi ulteriori rispetto a quelli della planimetria autorizzata o l'esercizio di prestazioni e attività mediche diverse e/o ulteriori rispetto a quelle autorizzate rappresentino fattispecie cui comminare la sanzione amministrativa di cui all'art. 193 4° comma primo periodo T.U. sanità pubblica e all'art. 12 2° comma L.R. n. 4/2003, oppure la sanzione amministrativa di cui all'art. 193 4° comma secondo e terzo periodo e all'art. 12, 1° comma L.R. n. 4/2003”.*

Con l'istituzione del servizio sanitario nazionale, la legge n. 833/1978 ha devoluto alle singole regioni il compito di disciplinare il regime autorizzatorio e di vigilanza sulle istituzioni sanitarie di carattere privato.

Ciò emerge dall'art. 43, primo comma, l. n. 833/1978 in cui si legge che *“la legge regionale disciplina l'autorizzazione e la vigilanza sulle istituzioni*

sanitarie di carattere privato” tra le quali rientrano gli ambulatori ai sensi dell’art. 4, comma 2, l. n. 412/1991 (secondo il quale “*dette istituzioni sanitarie (gli ambulatori) sono sottoposte al regime di autorizzazione e vigilanza sanitaria di cui all’art. 43 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*”).

Con tale disposizione la l. n. 833/1978 ha voluto sostituire il regime autorizzatorio e sanzionatorio di cui al T.U. delle Leggi Sanitarie del 1934 con un nuovo regime di competenza regionale.

Peraltro, l’art. 8-ter d.lgs. 502/1992, dopo aver ribadito che la realizzazione di strutture e l’esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie sono subordinate ad autorizzazione, dispone che spetta alle regioni determinare modalità e termini per la richiesta e il rilascio dell’autorizzazione alla realizzazione di strutture e all’esercizio di attività sanitaria e sociosanitaria.

Che si tratti della sostituzione di un regime statale con un regime regionale - peraltro in linea con la riforma del Titolo V della Costituzione - risulta anche dal fatto che il citato art. 43 l. 833/1978 contiene una disciplina transitoria secondo la quale fino all’emanazione della legge regionale restano in vigore alcune disposizioni, anche del T.U. delle leggi sanitarie (artt. 194, 195, 196, 197 e 198), “*intendendosi sostituiti al Ministero della Sanità la regione e al medico provinciale e al prefetto il presidente della giunta regionale*”.

Tra le suddette norme del T.U. delle leggi sanitarie non viene richiamato l’art. 193 il quale pertanto è rimasto in vigore anche dopo l’emanazione delle varie leggi regionali; ciò in quanto tale norma disciplina un reato e le regioni non possono legiferare in materia penale. Sul punto Cass. Pen. Sez. III, 12 gennaio 1998, n. 2688 ha sottolineato che, a seguito della istituzione del servizio sanitario nazionale, ex l. 833/1978, che con l’art. 43 ha devoluto alle regioni il compito di disciplinare le autorizzazioni relative alle istituzioni sanitarie di carattere privato, si è venuto a limitare l’ambito di applicazione dell’art. 193 T.U. leggi sanitarie soltanto a quelle attività per le quali le diverse leggi regionali continuano a richiedere un provvedimento permissivo.

Tuttavia, ai fini del parere richiesto, rileva in particolare il quarto comma dell’art. 193 T.U. leggi sanitarie che presenta problemi di compatibilità o coordinamento con l’art. 12, primo e secondo comma L.R. Lazio n. 4/2003. Tale disposizione del T.U. cit. non contiene una norma penale in quanto opera “*indipendentemente dal procedimento penale*” e disciplina l’esercizio delle funzioni amministrative concernenti la vigilanza sul rispetto del regime autorizzatorio prevedendo la chiusura delle strutture sanitarie aperte senza autorizzazione o in violazione delle prescrizioni contenute nell’atto di autorizzazione.

Ebbene, per quanto concerne il primo quesito, si osserva che l’art. 43 l. 833/1978 ha devoluto alla competenza regionale la disciplina sia dell’autorizzazione che della vigilanza sulle istituzioni sanitarie di carattere privato. Pertanto, deve ritenersi che con l’entrata in vigore della L.R. Lazio n. 4/2003 le sanzioni amministrative per l’esercizio dell’attività sanitaria e socio-sanitaria

in assenza o in violazione dell'autorizzazione siano quelle previste dall'art. 12, primo e secondo comma, L.R. cit. e non dall'art. 193, quarto comma T.U. leggi sanitarie. Ciò in quanto l'esercizio della potestà sanzionatoria rientra nell'ambito dell'attività di vigilanza.

Sul secondo quesito si osserva quanto segue.

L'esercizio di prestazioni diverse rispetto a quelle autorizzate rientra nella previsione del primo comma dell'art. 12 L.R. cit. che riguarda espressamente le attività diverse.

L'esercizio di prestazioni ulteriori rispetto a quelle autorizzate, pur non essendo letteralmente contemplato dall'art. 12, deve ritenersi assimilabile all'esercizio di una attività diversa da quella autorizzata in quanto anche qui l'autorizzazione c'è ma l'attività svolta non è conforme a quella autorizzata.

Infine, l'esercizio dell'attività autorizzata ma su spazi ulteriori rispetto alla planimetria indicata nell'autorizzazione, deve ritenersi anch'esso assimilabile all'esercizio di un'attività diversa da quella autorizzata e quindi soggetto alla disciplina di cui al primo comma dell'art. 12 L.R. cit. Ciò perché, analogamente a quanto osservato per le attività ulteriori, anche in tal caso l'autorizzazione c'è ma l'attività svolta non è conforme a quella autorizzata. Deve ritenersi infatti che il concetto di diversità non riguardi solo il tipo di attività, bensì ogni difformità rilevante rispetto alle prescrizioni contenute nell'atto autorizzativo.

Tale interpretazione, non solo è compatibile con la lettera della norma dove non viene specificato il tipo di diversità, ma è conforme anche alla *ratio* dell'art. 12 L.R. cit. che prevede due illeciti amministrativi di differente gravità a cui corrisponde un diverso regime sanzionatorio: a) il primo comma riguarda la fattispecie meno grave di colui che ottiene l'autorizzazione ma non la rispetta perché non svolge l'attività autorizzata, bensì un'attività diversa (per tipo, modalità di esercizio, estensione degli spazi utilizzati, ecc.); b) il secondo comma riguarda la fattispecie più grave di colui che invece non si sottopone nemmeno al regime autorizzatorio ed esercita l'attività sanitaria o socio-sanitaria in totale carenza della prescritta autorizzazione.

Infine, il diverso grado di offensività delle suddette tre fattispecie non impedisce che siano ricondotte ad un'unica tipologia di illecito in quanto il legislatore regionale ha previsto un range sanzionatorio abbastanza ampio (euro 5.000 - 50.000) nel quale può essere individuata la giusta sanzione.

Il presente parere è stato sottoposto al Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 26 legge n. 103/1979, il quale si è espresso in conformità.

“Estensione soggettiva” della chiamata diretta nelle assunzioni protette

PARERE 11/01/2016-7883, AL 35772/15, AVV. MARCO CORSINI

Con nota n. 43470 del 25 settembre 2015 viene chiesto il parere di questa Avvocatura in merito all'istanza di assunzione (ex articolo 132, comma 1, lettera b), d.lgs. 217/2005) presentata dalla figlia di un Vigile del Fuoco, riconosciuto dal 1992 permanentemente non idoneo al servizio d'istituto.

Il quesito sostanzialmente investe l'estensione soggettiva della disciplina dell'assunzione per chiamata diretta nominativa, ossia la possibilità di riconoscere il suddetto beneficio non solo ai fig. Né si rinviengono in giurisprudenza, pure in presenza della stessa previsione contenuta nelle norme previgenti, precedenti utili a chiarire il dubbio.

Poiché peraltro trattasi di situazione presente anche nella legislazione generale in materia di pubblico impiego, cui la presente disciplina settoriale può essere ricondotta, potrebbe non essere inutile attingere ai principi affermati nell'interpretazione di quelle norme.

Anche esse, infatti, nel regolare le assunzioni obbligatorie nella pubblica amministrazione, parlano semplicemente di figli di invalidi di guerra, di servizio e di lavoro, nonché di figli delle vittime del terrorismo, della criminalità organizzata o del dovere; nulla chiarendo in merito alla possibilità di estendere anche ai figli nati successivamente all'evento invalidante i benefici derivanti dalle assunzioni protette.

Il solo precedente giurisprudenziale rinvenuto in materia - unico, a quanto consta, e risalente al lontano 1979 - sembrerebbe aver riconosciuto il diritto al collocamento obbligatorio anche a coloro che siano stati concepiti posteriormente al fatto che ha prodotto l'invalidità del genitore. E la ragione risiederebbe nell'assunto che la mancata riproduzione nella legge abrogatrice (la n. 482/1968) dell'inciso “purché concepiti prima del fatto che ha prodotto l'invalidità del genitore”, contenuto nella legge n. 365/1958 abrogata (legge per l'Opera nazionale per gli orfani di guerra), ne avrebbe comportato l'incompatibilità con la normativa sopravvenuta (Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 1979 n. 365).

Tuttavia, il citato precedente giurisprudenziale - come detto risalente nel tempo - non sembra del tutto convincente.

La normativa sull'assunzione diretta costituisce rilevante deroga alle norme anche di matrice costituzionale che vogliono il pubblico concorso come modalità di accesso ordinaria agli uffici della pubblica amministrazione; modalità posta a presidio di quei principi - come l'imparzialità e il buon andamento - che da sempre guidano l'agire amministrativo. Di qui l'esigenza che le eventuali deroghe, peraltro consentite dallo stesso art. 97 della Costituzione (IV comma), oltre ad avere necessariamente fonte legislativa, siano intese ed interpretate in

modo rigoroso onde limitare l'eccezione ad ipotesi strettamente individuate.

Così come non assume apprezzabile rilievo in chiave interpretativa la normativa - anche recente (art. 5, commi 3-bis e 3-ter della legge 206/2004 come introdotti dalla legge n. 147/2013 in materia di assegno vitalizio, e art. 3, comma 1-ter della stessa legge 206/2004 come introdotto dalla legge 190/2014 in materia contributiva) - che, con riferimento alle vittime del dovere in forza dell'equiparazione legislativa alle vittime del terrorismo, e quindi in un ambito interferente con il pubblico impiego, consente con determinati temperamenti che i benefici previdenziali accordati al coniuge ed ai figli spettino anche se il matrimonio è stato contratto o i figli sono nati successivamente all'evento. Anzi, il fatto che laddove il legislatore lo ha voluto lo ha espressamente previsto induce ulteriormente a ritenere che in difetto di esplicita formulazione in tal senso la norma in questione non possa che applicarsi ai figli esistenti al momento dell'evento invalidante.

Il beneficio previdenziale, peraltro, non ha la stessa natura di quello occupazionale e non è attribuito - come questo - in deroga al principio dell'accesso concorsuale al pubblico impiego.

Ora, se è vero che la *ratio* della disciplina dell'assunzione diretta nel Corpo dei Vigili del Fuoco prevista dall'art. 132, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 217/2005 risiede nel perseguimento di una finalità solidaristica, essendo volta a "compensare" il venir meno dell'apporto di chi non sia più in grado di essere impiegato nell'Amministrazione di appartenenza (TAR Lazio - Roma, sez. I bis, 28 agosto 2015 n. 10953, anche se non mancano pronunce che ravvisano una natura premiale tuttavia scarsamente comprensibile), una corretta interpretazione di tale norma dovrebbe essere nel senso di riferire il beneficio alla situazione familiare così come "fotografata" al momento dell'evento invalidante.

È in quel momento, infatti, che viene a mancare il sostegno assicurato dal dipendente divenuto permanentemente invalido, ed è allora che scatta il dovere solidaristico del datore di lavoro, essendo i famigliari viventi a quell'epoca - esattamente come i fratelli ed il coniuge, ugualmente considerati dalla norma beneficiante - coloro i quali risentono nell'immediato le conseguenze più negative dell'evento sul duplice piano morale ed economico.

Un possibile sostegno interpretativo in tal senso potrebbe ravvisarsi anche nell'elemento testuale, laddove la norma in esame - nel prevedere il beneficio dell'assunzione diretta in favore dei famigliari del dipendente "divenuto" permanente inabile al servizio - sembra riferirsi alla situazione in atto al momento del verificarsi dell'evento, cioè ai famigliari esistenti quando il dipendente diviene invalido.

E d'altra parte, se non si propendesse per un'interpretazione restrittiva della norma beneficiante, l'esposizione dello Stato sarebbe teoricamente non limitata nel tempo e nella quantità, e non vi sarebbe possibilità di contenerne

i riflessi. Ad esempio, il beneficio dell'assunzione diretta potrebbe in astratto essere invocata anche dal coniuge di seconde nozze contratte dopo, o da figli adottati successivamente, dilatando senza limite neppure temporale una situazione che è e deve restare eccezionale.

Il che senza contare che la stessa espressione "figli", a prescindere dalle considerazioni che precedono, è suscettibile di un'estensione che nemmeno il legislatore del 2005 aveva considerato, attesa l'equiparazione ormai totale che la legge n. 219/2012 ha sancito tra i figli nati nel matrimonio e fuori da esso.

A parere di questo Ufficio, quindi, pur in un quadro che potrebbe evolvere in senso contrario, sembra opportuno insistere per un'interpretazione restrittiva della norma in discorso, dato anche il riflesso di carattere generale e di principio che la questione può assumere, con riserva di nuovo esame qualora la giurisprudenza dovesse indurre a migliore riflessione sulla posizione attualmente assunta.

Sulla questione ora trattata, attesa la sua rilevanza di massima, è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato che nella seduta del 17 dicembre 2015 si è espresso in conformità.

“Presupposti e requisiti” ai fini del rimborso delle spese legali ex art. 18 D.L. n. 67/1997

PARERE 09/02/2016-59779, AL 34232/15, AVV. MARIO ANTONIO SCINO

1. Quesito

Si fa riferimento alla nota in oggetto, con cui codesta Amministrazione ha chiesto alla Scrivente il riesame del parere di congruità reso dall'Avvocatura Distrettuale di Napoli in data 9 aprile 2014 (Cs 13054/2011, Avv. Paladino) con il quale veniva rigettata l'istanza di rimborso delle spese legali sostenute dagli Ispettori Capo della Polizia (...) in conseguenza del loro coinvolgimento nel procedimento penale n. 30294/07 dinanzi al Tribunale di Napoli.

Gli ispettori Capo in oggetto erano stati destinatari dell'accusa di fare parte di un'associazione per delinquere insediatasi nel territorio vesuviano, che si avvaleva dell'opera di funzionari comunali, membri della Polizia di Stato, dipendenti Enel e privati cittadini per favorire l'ingresso e l'illegale permanenza sul territorio nazionale di clandestini da adottare come manodopera all'interno del c.d. mercato nero, attraverso la sottoscrizione di false certificazioni da presentare all'Ufficio Immigrazione.

Entrambi i dipendenti del Ministero dell'Interno hanno quindi chiesto, ai sensi dell'art. 18 D.L. n. 67/1997, il rimborso delle spese legali sostenute per la difesa nell'ambito del procedimento penale, in considerazione dell'esito assolutorio dello stesso con sentenza del Tribunale di Napoli dell'8 febbraio 2011 che ha definito la posizione dei due imputati con formula ex art. 530, comma 2, c.p.p.

Codesta Amministrazione chiede, inoltre, una determinazione della Scrivente in merito all'eventualità che, come nel caso di specie, sia la stessa Amministrazione a escludere la sussistenza di un conflitto con il suo dipendente, laddove venga altresì scongiurato che residuino in capo a quest'ultimo profili di responsabilità a titolo disciplinare ovvero a titolo amministrativo.

Deve preliminarmente escludersi, sulla base della vigente normativa, che i pareri in materia della Avvocatura distrettuale dello Stato siano suscettibile di una revisione in senso tecnico da parte dell'Avvocatura generale, le cui funzioni di coordinamento a livello nazionale non contemplano tale compito di riesame in sede consultiva.

Con riferimento ai quesiti posti nel merito si osserva quanto segue.

2. Normativa

In primo luogo occorre fare puntuale rimando alla normativa di riferimento in materia per meglio delineare l'ambito precettivo della stessa oltre che individuarne l'esatta portata interpretativa, anche alla luce di una lettura critica dei recenti orientamenti sul tema, al fine di trovare un'adeguata soluzione al peculiare quesito in esame.

Si fa riferimento, in particolare, alle due disposizioni fondamentali che regolano la materia e in ordine all'interpretazione delle quali si è delineata nel tempo una significativa giurisprudenza.

Da un lato, l'art. 44 del Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 prevede che *«l'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e la difesa degli impiegati e agenti delle Amministrazioni dello Stato o delle amministrazioni o degli enti di cui all'art. 43 nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio, qualora le amministrazioni o gli enti ne facciano richiesta, e l'Avvocato generale dello Stato ne riconosca la opportunità»*.

Dall'altro, l'art. 18 del D.L. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con L. 23 maggio 1997, n. 135, in vigore per il personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni il cui rapporto non sia stato privatizzato alla stregua dell'art. 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce che *«le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti*

riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato. Le amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato, possono concedere anticipazioni del rimborso, salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità».

3. Precedenti pareri del Comitato Consultivo

Si richiamano le massime dei principali pareri resi in materia dal **Comitato Consultivo**. Con parere **prot. 173747 del 18 aprile 2012**, in riferimento alla ratio sottesa all'art. 18, cit., è stato precisato che «[...] all'Avvocatura dello Stato non è preclusa la verifica della ricorrenza dei necessari presupposti di legge per la concessione del rimborso. La legittimazione della Scrivente a pronunciarsi sull'an debeatur si fonda, infatti, sulla sua istituzionale funzione di organo di consulenza legale delle Amministrazioni dello Stato e degli altri Enti ad esse equiparati, ai sensi della più generale norma contenuta nell'art. 13 del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611. Appare, quindi, opportuno verificare previamente la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge in quanto la loro mancanza precluderebbe qualsiasi valutazione circa la congruità delle somme da rimborsare».

Successivamente, con **parere del 20 febbraio 2014**, si è ritenuto dal **Comitato Consultivo** che «l'Avvocatura è comunque tenuta - a prescindere dalle determinazioni assunte dall'amministrazione in sede disciplinare - all'autonoma verifica della sussistenza o meno della connessione con il servizio, in quanto quest'ultima costituisce uno degli elementi essenziali della fattispecie prevista dall'art. 18, sulla quale l'Avvocatura dello Stato è chiamata a rendere il proprio parere».

Infine, con ulteriore **parere n. 24075 del 4 giugno 2014**, il **Comitato Consultivo** ha ribadito che «la norma di cui al citato art. 18, per consolidato indirizzo della giurisprudenza, è norma di stretta interpretazione, e deve essere applicata nel senso di rigettare ogni richiesta risarcitoria che non sia suffragata da un provvedimento che escluda qualsiasi profilo di responsabilità, risultando applicabile ai soli casi espressamente disciplinati ex lege».

Invero, la ricostruzione ermeneutica dell'istituto in discorso da parte dell'Avvocatura, la quale ha trovato conferma in sede giurisprudenziale sia civile che amministrativa, converge su un'interpretazione restrittiva dei presupposti in presenza dei quali sussiste il diritto al rimborso delle spese legali in capo al dipendente coinvolto in un procedimento all'esito del quale è risultato assolto nel merito.

La stretta interpretazione della normativa in parola trova valida giustificazione nella qualificazione dell'istituto del rimborso quale speciale prerogativa riconosciuta ai pubblici funzionari, alla quale è inevitabilmente correlato un onere erariale. Secondo tale prospettiva l'accollo pubblico delle spese legali *de quibus* da parte dell'Amministrazione non costituisce un obbligo, cui cor-

risponde un diritto automatico del dipendente interessato, dovendosi viceversa desumere da uno specifico e motivato apprezzamento che l'Amministrazione deve effettuare nel suo esclusivo interesse, in quanto trattasi di valutazione finalizzata ad assicurare un corretto e ragionevole impiego delle risorse erariali. In tal senso si precisa che il legislatore, nel porre a carico dell'erario una spesa ulteriore, ha dovuto ponderare le esigenze economiche dei dipendenti coinvolti in un procedimento per ragioni di servizio con quelle di limitazione degli oneri posti a carico dell'Amministrazione, tenendo in debito conto le esigenze di finanza pubblica che impediscono di gravare l'erario di oneri eccedenti quanto necessario e sufficiente per soddisfare gli interessi che sottostanno all'istituto del rimborso delle spese.

4. Giurisprudenza

Si richiamano le principali massime poste a fondamento dell'indirizzo restrittivo adottato dall'Avvocatura dello Stato.

In particolare, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha di recente precisato che *«il pubblico funzionario ingiustamente accusato per fatti inerenti a compiti e responsabilità dell'ufficio ha diritto, ai sensi dell'art. 18 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. con modif. dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, al rimborso delle spese sostenute per la sua difesa, la cui entità va riconosciuta nei limiti dello "strettamente necessario" secondo il parere di congruità, di natura consultiva, dell'Avvocatura erariale, che - nella prospettiva di un contemperamento tra le esigenze di salvaguardia della spesa pubblica e di protezione del dipendente - non può limitarsi ad una applicazione pedissequa delle tariffe forensi, ancorata ai minimi tariffari, né mirare a tenere indenne da ogni costo l'interessato, ma, nel valutare le necessità difensive del funzionario in relazione alle accuse mosse ed ai rischi del processo penale, nonché la conformità della parcella del difensore alla tariffa professionale o ai parametri vigenti, deve considerare ogni elemento nel rispetto di principi di affidamento, ragionevolezza e tutela effettiva dei diritti riconosciuti dalla Costituzione»* (Cass., S.U., n. 13861 del 6 luglio 2015, Rv. 635924; v. anche Cass., Sez. Lavoro, Sent. n. 1418 del 23 gennaio 2007, Rv. 594309; anche Cass., n. 9173/13).

In considerazione dell'asserita non automaticità del diritto al rimborso in capo al dipendente, si evidenzia che questo consegue all'esito di un'attenta valutazione da parte dell'Amministrazione circa la sussistenza dei predetti requisiti *ex lege*. In particolare, in linea con quanto recentemente statuito dal T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 25 febbraio 2015, n. 187, si evidenzia che la tutela approntata dal citato art. 18 subordina il diritto al rimborso alla ricorrenza di un presupposto giuridico (la sentenza o provvedimento che esclude la responsabilità), nonché a due requisiti, uno soggettivo (la qualità di dipendente di un'Amministrazione statale) ed uno oggettivo (il nesso tra i fatti e/o atti, da cui è originato il giudizio, e l'espletamento del servizio o l'assolvimento

di obblighi istituzionali), al fine di riconoscere le spese legali sopportate solo ai soggetti che abbiano agito in nome e per conto, oltre che nell'interesse, dell'Amministrazione, con la conseguenza che il requisito in questione può reputarsi sussistente solo quando sia possibile imputare gli effetti dell'agire del pubblico dipendente direttamente all'Amministrazione di appartenenza **(T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 febbraio 2014, n. 1487)**.

Si è altresì specificato che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 18, cit., è richiesto un nesso di strumentalità diretto tra l'adempimento del dovere e il compimento dell'atto o condotta, nel senso che il dipendente pubblico non avrebbe assolto ai suoi compiti se non ponendo in essere quel determinato atto o condotta. Non può, invece, darsi rilevanza ad una connessione con il fatto di reato di tipo soggettivo ed indiretto in quanto lo spazio di applicazione della tutela legale si dilaterrebbe eccessivamente, ben oltre i confini segnati dal predetto art. 18 **(cfr. C.d.S., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 5919)**.

Il giudizio di connessione tra la condotta attribuita al dipendente e l'assolvimento, da parte sua, dei compiti istituzionali, andrà effettuato in concreto, facendo riferimento al giudizio di fatto formulato dall'organo giudicante che ha emanato il provvedimento conclusivo del giudizio **(cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 12 marzo 2014, n. 195)**.

Altro requisito indispensabile ai fini della concessione del beneficio del rimborso è l'assenza, in riferimento alla fattispecie concreta, di un conflitto di interessi tra dipendente e Amministrazione. Il rapporto di immedesimazione organica che lega l'Amministrazione al titolare di un proprio organo comporta, infatti, l'imputazione alla prima degli atti compiuti dal secondo nell'espletamento delle competenze demandategli. In materia di rimborso delle spese legali sostenute dal dipendente di un'Amministrazione per la propria difesa in un procedimento penale, il conflitto d'interessi è rilevante indipendentemente dall'esito del giudizio penale e dalla relativa formula di assoluzione. Ne consegue che non compete il rimborso delle spese legali qualora il giudice penale abbia evidenziato che i fatti ascrittigli esulavano dalla funzione svolta e costituivano grave violazione dei doveri d'ufficio **(Cass., Sez. Lavoro, Sent. n. 2297 del 3 febbraio 2014, Rv. 630383)**.

In considerazione di quanto illustrato, secondo l'opinione maggioritaria non deve ritenersi che tale meccanismo giuridico sia onnicomprensivo e illimitato; il rapporto di immedesimazione organica si interrompe, infatti, allorché la persona fisica titolare dell'organo abbia agito per fini estranei ai compiti affidati e quindi alla funzione attribuita *ex lege* alla P.A. In tal senso, anche la giurisprudenza amministrativa secondo la quale *«al dipendente pubblico assolto in sede penale per non aver commesso il fatto, non spetta la refezione delle spese di lite da parte dell'amministrazione di appartenenza [...] qualora i fatti contestati in sede penale (esempio truffa aggravata a danno della p.a.) evidenzino un conflitto di interessi con l'ente»* **(T.A.R. Toscana,**

sez. II, n. 656/1999); e ciò poiché *«la circostanza che siano adottati atti d'ufficio nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, rappresenta il presupposto per l'amministrazione per farsi carico delle spese di difesa del dipendente nel processo penale»* (**T.A.R. Lombardia, sez. III, n. 14/1993**).

Tale rimborso è altresì *«previsto anche nell'interesse dell'Amministrazione di evitare che il timore dei dipendenti, adibiti a servizi pericolosi, di dover sopportare gli oneri derivanti dai correlati rischi giudiziari, provochi una minore efficacia dei servizi stessi»* (**Corte d'Appello Palermo, 8 aprile 2015, n. 417**).

In aggiunta, si rileva che le ragioni di una simile tutela vanno individuate nel fatto che il dipendente e/o l'Amministratore pubblico, convenuto in giudizio in tale sua veste, non è portatore di un interesse suo proprio, ma dell'ente per il quale ha agito. Il fatto che il dipendente e/o l'Amministratore pubblico sia portatore di un interesse altruistico, che si riversa a beneficio della collettività di cui l'Ente è espressione, pone l'esigenza che l'Ente medesimo tenga indenne il dipendente stesso per le spese legali sostenute ogni qualvolta sia chiamato a rispondere del suo operato pubblico in sede penale, civile ed amministrativa.

La stretta connessione fra i fatti che hanno dato origine al provvedimento e l'espletamento del servizio e/o l'assolvimento degli obblighi istituzionali, va pertanto ritenuta sussistente qualora sia possibile ricondurre l'attività del pubblico dipendente direttamente all'Amministrazione di appartenenza. La Suprema Corte parla al riguardo di "comunanza di interessi" perseguiti attraverso il reato ipotizzato con quello dell'ente pubblico di appartenenza, che si verifica laddove il fine ultimo perseguito da quest'ultimo avrebbe potuto essere realizzato solo con quella condotta (**Cass., Sez. I, Sent. n. 24480 del 30 ottobre 2013, Rv. 628191**).

Con riferimento al quantum, poi, la giurisprudenza è univoca nel ritenere che il riconoscimento del quantum da liquidare a titolo di rimborso sia limitato a quanto strettamente necessario in considerazione della sua incidenza sulla finanza pubblica, oltre che subordinato al discrezionale vaglio di congruità dell'Avvocatura dello Stato, organo tecnico qualificato per effettuare il sindacato sulla parcella in relazione alle necessità difensive del dipendente rispetto alle accuse ed ai rischi del giudizio, il che esclude la coincidenza tra il diritto al rimborso delle spese legali con quanto effettivamente pagato dal dipendente, trattandosi di un diritto da soddisfare e liquidare nei termini riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato in base all'utilizzo di precisi criteri di congruità, che garantiscono contestualmente il rispetto dei valori costituzionali dell'affidamento, della ragionevolezza e della tutela effettiva dei diritti, adeguatamente bilanciandolo con l'esigenza di contenimento della spesa.

5. Considerazioni e conclusioni

Si profila, al riguardo, la seguente soluzione rispetto al quesito posto da codesta Amministrazione, che, ritenendo esclusa *ex post* ogni ipotesi di conflitto tra l'Amministrazione e i dipendenti assolti, dissente dal parere reso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli che, sulla base dei principi sopraesposti, ha negato il rimborso delle spese legali.

Aderendo alla ricostruzione prevalente, diffusamente esposta nei precedenti paragrafi, deve confermarsi il parere dell'Avvocatura Distrettuale di Napoli e negarsi valore vincolante, per il prescritto parere dell'Avvocatura, alla presa di posizione dell'Amministrazione in ordine all'assenza di conflitti d'interesse con i propri dipendenti oltre che al riconoscimento dell'assenza in capo a questi di profili di responsabilità a titolo disciplinare (così, il **parere Co.Co., prot. 173747 del 18 aprile 2012**, secondo il quale «[...] all'Avvocatura dello Stato non è preclusa la verifica della ricorrenza dei necessari presupposti di legge per la concessione del rimborso»). Tale soluzione, in linea con l'orientamento riconosciuto valido dalla giurisprudenza obbligherebbe le Amministrazioni dissenzienti, come nel caso di specie, ad adottare un atto di riconoscimento delle spese legali con autonoma motivazione idonea a superare il dissenso espresso sull'*an* dall'Avvocatura.

Secondo la ricostruzione ermeneutica illustrata, anche considerando la funzione consultiva generale dell'Avvocatura dello Stato (art. 13 RD 1611/1933) indipendentemente cioè dal parere previsto da disposizioni quali l'art. 18 citato, si deve confermare il parere reso dall'Avvocatura Distrettuale di Napoli in quanto aderente al dettato e alla ratio dell'art. 18 D.L. n. 67/1997 così come interpretato dall'Avvocatura dello Stato sulla base dei precedenti pareri del Comitato Consultivo e della consolidata giurisprudenza civile e amministrativa.

Conseguentemente, l'Amministrazione per discostarsi da tale parere dovrà dare adeguata motivazione, non essendo tuttavia possibile un mero rinvio *per relationem* ad altri atti ma essendo necessaria una motivazione idonea a superare il dissenso dell'Avvocatura dello Stato.

In tal senso si è espresso il Comitato consultivo nella seduta del giorno 11 gennaio 2016.

Verso una nuova concezione dell'alloggio di servizio: l'“housing sociale”

PARERE 15/02/2016-70512, AL 31865/15, AVV. MARCO CORSINI

Con nota 18 agosto 2015 n. 40/169-11-2-1976 codesto Comando chiede il parere della Scrivente in merito ad un'operazione immobiliare, con risvolti urbanistici, diretta a realizzare una caserma ed annessi appartamenti destinati a militari dell'Arma in Roma, località Infernetto.

L'operazione è dichiaratamente finalizzata a risolvere il gravoso e costante problema del reperimento di abitazioni a condizioni sostenibili per il proprio personale nelle grandi città, in presenza delle attuali gravose condizioni di mercato. E come tale, chiaramente, esso incontra il forte interesse di codesta Amministrazione.

L'intervento, sulla scorta degli elementi desumibili dalla bozza di convenzione qui trasmessa e dal successivo documento fatto pervenire per le vie brevi, dovrebbe articolarsi secondo le seguenti fasi:

a) un soggetto privato, proprietario di un'area sita in Roma, si impegna:

- a progettare, e costruire su quell'area e con risorse esclusivamente proprie, secondo le prescrizioni e le esigenze dell'Amministrazione, un edificio da adibire a caserma ed uno o più edifici contenenti un certo numero di alloggi ad uso abitativo;

- a cedere solo ad appartenenti all'Arma dei Carabinieri individuati dall'Arma stessa, per un prezzo concordato con l'Amministrazione, il diritto di superficie - di durata limitata - dei costruendi alloggi;

- a cedere gratuitamente allo Stato la proprietà piena della caserma;
- a cedere gratuitamente allo Stato la nuda proprietà dell'area su cui insisteranno le residenze.

b) l'Amministrazione dal canto suo, sulla base del riconosciuto carattere di pubblica utilità dell'operazione, si impegna ad attivare le procedure di cui al DPR 383/1994 relativamente alla conformità urbanistica dell'intervento.

Viene delineato in sostanza un procedimento negoziale complesso, che presenta elementi propri di distinte fattispecie negoziali, e che nel suo complesso mira a realizzare gli interessi eterogenei di tutti coloro che partecipano al procedimento, beneficiando dei suoi effetti sia immediati che differiti nel tempo.

Si tratta di un tema di interesse generale che può riguardare diverse pubbliche amministrazioni (oltre alla Difesa ed ai Vigili del Fuoco, anche le Forze di Polizia e gli Agenti di Custodia) e che come tale va trattato con il dovuto approfondimento.

Per analizzarne i contenuti e la portata, sembra indispensabile partire dal dato normativo.

Con riferimento all'Amministrazione della Difesa, l'art. 398 del DPR

90/2010 (Testo Unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare), al fine di assicurare la mobilità del personale militare e civile e di provvedere alle connesse esigenze alloggiative in funzione del nuovo modello organizzativo delle Forze Armate, prevede un programma infrastrutturale in cui la costruzione di alloggi di servizio, oltre che secondo lo schema realizzativo proprio dei lavori pubblici (anche in finanza di progetto), e quindi in alternativa ad esso, può essere attuata "... attraverso altre forme negoziali previste dal diritto privato".

Il successivo art. 401 include espressamente tra le forme del diritto privato "la stipula di atti negoziali con soggetti ... privati che si impegnano a realizzare, a proprie spese e senza oneri per l'Amministrazione, su aree ad essi appartenenti e contestualmente cedute in proprietà all'Amministrazione, alloggi da alienare, unitamente al diritto di superficie al personale dipendente dal Ministero della Difesa e da questi individuato, con vincolo di destinazione ad alloggio di servizio... per la durata massima di novanta anni, al termine dei quali gli alloggi confluiscono nella piena proprietà e disponibilità dell'Amministrazione".

Si tratta di tutta evidenza di uno sforzo che il legislatore ha compiuto, facendo ricorso a risorse e iniziative private e a schemi inusuali rispetto a quelli tradizionalmente conosciuti, per superare l'attuale congiuntura in cui massima è l'esigenza abitativa del proprio personale (peraltro, in linea con la generale crisi di disponibilità di alloggi a prezzo o canone sostenibili) e nel contempo minima, per non dire inesistente, è l'esistenza di risorse pubbliche. Si potrebbe definire insomma come una forma negoziale alternativa di realizzazione di alloggi di servizio.

Viene così ad essere (emergenzialmente?) ampliata la tradizionale concezione dell'alloggio di servizio come definita dalla giurisprudenza, connotata essenzialmente dall'essere il bene di proprietà pubblica, destinato funzionalmente e temporaneamente ad esigenze di servizio e come tale oggetto normalmente di concessione o locazione (Cons. Stato, VI, 16 settembre 2004 n. 5999; Cons. Stato, VI, 14 ottobre 2004 n. 6669; TAR Puglia, Bari, 27 giugno 2011 n. 990).

Di tal che, deve ritenersi che alloggi costruiti ai sensi delle norme ora ricordate, anche se realizzati da privati e con risorse private, su aree inizialmente private ma contestualmente cedute in proprietà all'Amministrazione, e vendute in diritto di superficie a personale dipendente di quella Amministrazione sulla base di titolo convenzionale con l'Amministrazione stessa per soddisfare esigenze abitative del suo personale, possono a buon titolo essere considerati - in quanto espressamente definiti alloggi di servizio - opere rispondenti a fini di interesse pubblico.

Occorre tuttavia valutare se tale normativa specificamente dettata per le Forze Armate - che però non si applicherebbe ex se all'Arma dei Carabinieri in forza del limite contenuto nel comma 3 dell'art. 398 del DPR 90/2010 - possa costituire paradigma generale utilizzabile anche a favore di altri enti.

Come s'è detto in precedenza, lo schema delineato dalle norme sull'ordinamento militare realizza una fattispecie negoziale atipica, da valutare alla stregua delle regole di autonomia di cui all'art. 1322 del codice civile, e da ritenere coerente con esse purché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere l'interesse perseguito indubbiamente lecito, e quindi meritevole di riconoscimento e di tutela.

Quanto all'Amministrazione, la costruzione degli alloggi senza oneri e spese risponde al canone organizzativo del "buon andamento" consacrato nell'art. 97 della Costituzione, tenuto conto che l'attuale congiuntura economica non consente con certezza la loro realizzazione con l'utilizzo di risorse pubbliche. E d'altra parte, il soddisfacimento delle esigenze abitative del personale dipendente rientrando in fasce di reddito medio basse, per migliorarne le condizioni di vita ma soprattutto di lavoro in funzione dell'espletamento del servizio nelle grandi città, dove notoriamente l'offerta di abitazioni a basso costo è estremamente scarsa, costituisce una finalità di interesse pubblico storicamente già perseguita dallo Stato. Trattasi nella fattispecie di un interesse specificamente intestato all'Amministrazione stessa nella cura del benessere (non già generale e sociale, ma) del proprio personale in servizio presso una determinata località, consentendogli l'accesso (altrimenti non conseguibile anche per la conclamata insufficienza degli alloggi di servizio in concreto disponibili o comunque non realizzabili per la carenza di risorse) ad una casa dignitosa, anche se non qualificabile come alloggio di servizio in senso proprio.

Quanto al soggetto proponente, l'intrapresa costituisce legittima esplicazione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41, comma 1, della Costituzione, che nella fattispecie si realizza attraverso un'operazione immobiliare in sinergia con l'Amministrazione ed in collaborazione con essa per il raggiungimento di un interesse pubblico.

Quanto infine ai dipendenti assegnatari, individuati attraverso una selezione guidata dall'Amministrazione secondo propri criteri, il beneficio derivante dall'operazione coincide con la possibilità di accesso ad una abitazione dignitosa acquistabile con il proprio risparmio (secondo il dettato dell'art. 47 della Costituzione).

In questa prospettiva, la costruzione degli alloggi in questione con le modalità esaminate realizza finalità riconducibili al c.d. "housing sociale", istituto che - nell'evoluzione della disciplina urbanistica - si concreta nell'offerta di nuovi alloggi (in affitto ma anche in vendita) destinati a soggetti che per ragioni di reddito sono esclusi dall'accesso all'edilizia residenziale pubblica ma non sono tuttavia in grado di sostenere i costi del libero mercato. E come è noto, nell'attuale concezione giuridica, politica e sociale è ritenuto di interesse pubblico l'accesso ad una casa dignitosa per coloro che non riescono a sostenere i prezzi di mercato, in una situazione in cui la sostanziale assenza di sov-

venzioni pubbliche impedisce allo Stato di intervenire direttamente per assicurare quell'interesse.

La normativa vigente espressamente riconduce l'alloggio sociale ai servizi di interesse economico generale (art. 1 DM 22 aprile 2008) e di conseguenza assumono valore tutte le disposizioni urbanistiche che assimilano l'housing sociale agli standard pubblici.

La giurisprudenza ha espressamente affermato la connotazione di interesse pubblico negli interventi di housing sociale (Cons. Stato, AP 30 gennaio 2014 n. 7), riconoscendo che essi possono essere ben realizzati con forme di partenariato pubblico-privato e/o con programmi a struttura trilaterale realizzati da operatore economico, utenti e pubblica amministrazione.

Di tal che non sembra improprio definire gli alloggi in questione, attesa la loro inscindibile connessione funzionale con il pubblico impiego, come alloggi sociali di servizio; beni che - se realizzati con le modalità ora in esame - sono inizialmente privati di interesse pubblico, ma sono destinati a divenire nel tempo pubblici a tutti gli effetti, anche sotto l'aspetto dominicale.

E ciò sia che essi siano realizzati a vantaggio del personale delle Forze Armate in virtù della norma che espressamente lo consente, sia in via generale se realizzati da altre amministrazioni utilizzando l'esaminato schema procedimentale e convenzionale.

La natura esclusivamente privata dell'iniziativa immobiliare, la considerazione dell'assenza in capo all'Amministrazione di oneri finanziari (non viene infatti impegnato in nessun caso denaro pubblico, né a titolo di corrispettivo né ad altri fini, la chiara estraneità dello schema in questione rispetto alle figure dell'appalto e della concessione anche in finanza di progetto - rispetto alle quali, anzi, esso si pone in aperta alternativa - sembrano escludere la necessità del previo esperimento di procedure di natura concorsuale.

Tuttavia, evidenti ragioni di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, suggeriscono l'opportunità - tutte le volte che l'area prescelta non presenti motivati caratteri di infungibilità quanto a localizzazione - di osservare cautele procedurali volte a garantire la preventiva pubblicità ed una possibilità di comparazione, i cui criteri devono essere oggettivamente determinati, fra più proposte onde consentire la scelta della soluzione complessivamente migliore.

Ciò premesso, il tema che torna all'attenzione della Scrivente attiene all'utile esperibilità, nel caso di realizzazione dell'intervento da parte di un soggetto privato con le caratteristiche sopra descritte, dello strumento previsto dall'art. 3 del DPR 383/1994 qualora non vi sia conformità tra l'intervento stesso e le vigenti previsioni urbanistiche.

Un intervento di analoghe caratteristiche è stato attivato anche dai Vigili del Fuoco - su conforme parere di questa Avvocatura reso con nota 25 luglio 2009 n. 229385 - ed ha avuto esito positivo in sede di conferenza dei servizi,

dove il Comune di Roma ha espresso parere favorevole in virtù di deliberazione dell'Assemblea Capitolina n. 10/2010.

Il DPR n. 383/1994, è bene ricordarlo, disciplina le opere da eseguirsi da amministrazioni statali o comunque esistenti su aree del demanio statale e delle opere pubbliche di interesse statale, da realizzarsi dagli enti istituzionalmente competenti. L'art. 3 del decreto prevede (così come prevedeva con contenuto e formulazione sostanzialmente analoghi l'art. 81 del DPR 616/1977) che, nel caso in cui l'opera non sia conforme agli strumenti urbanistici ed edilizi vigenti nel territorio ove essa deve essere realizzata, l'approvazione del relativo progetto è demandata ad una conferenza dei servizi cui partecipano la regione ed il comune interessati, e l'approvazione così intervenuta sostituisce ad ogni effetto di legge - e quindi anche in variante o in deroga allo strumento urbanistico stesso (Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011 n. 114) - ogni intesa, parere, autorizzazione, approvazione e nulla osta previsti dalle leggi statali e regionali.

Nel corso degli anni sono intervenute diverse pronunce giurisprudenziali che hanno interpretato l'art. 3 del DPR n. 383/1994, ma nessuna con affermazioni specificamente dedicate al suo presupposto oggettivo. Fa eccezione il precedente di cui a Cons. Stato, V, 19 marzo 1991 n. 298 che è intervenuto tuttavia in fattispecie notevolmente diversa, in cui l'interesse statale dell'opera realizzata dal privato per fini immediatamente propri non era stato neppure implicitamente affermato dalla Pubblica Amministrazione.

Acquista dunque decisivo rilievo quanto ritenuto dal Consiglio di Stato in sede consultiva laddove, su specifico quesito formulato dal Ministero dei lavori pubblici in merito all'analogia disposizione di cui all'art. 81 del DPR 616/1977, si è affermato che la corretta interpretazione della norma deve privilegiare la sua *ratio*, dando preferenza all'aspetto funzionale piuttosto che a quello soggettivo. *"Pertanto, quando l'opera sia destinata a soddisfare in modo duraturo ed esclusivo le esigenze dell'amministrazione statale può apparire secondario il fatto che essa venga eseguita sopra un immobile attualmente non di proprietà dello Stato e ad iniziativa di altro soggetto"* (Cons. Stato, II, 20 novembre 1991 n. 240).

Ne deriva - sempre secondo l'Organo consultivo - l'applicabilità della norma anche nei casi in cui il fabbricato sia costruito o sia in corso di costruzione da privato su terreno privato e sia poi ceduto in proprietà o semplicemente promesso in vendita all'amministrazione, purché sia garantito comunque, nelle more dell'acquisto della proprietà pubblica, la destinazione permanente del fabbricato alla realizzazione dei fini istituzionali dell'Amministrazione.

Occorre dunque valutare se l'intervento proposto, del quale si sono tratteggiate le caratteristiche di interesse pubblico, soddisfi i requisiti affermati, quali: l'acquisizione finale del bene alla proprietà pubblica, e nelle more la sua destinazione permanente ai fini istituzionali dell'Amministrazione.

Sotto il primo profilo, la cessione immediata alla proprietà pubblica dell'area su cui insisterà il fabbricato e la durata definita del diritto di superficie (che appare pertanto necessaria, dovendosi evitare diritti di estensione temporale illimitata) sembrano in grado di garantire l'acquisto finale in capo al soggetto pubblico per consolidazione ex art. 954 del codice civile.

Sotto il secondo profilo, a prescindere dal dato formale (qui non trascurabile) che è la stessa Pubblica Amministrazione ad attestare il proprio interesse datoriale e a qualificarlo come conforme ai suoi fini istituzionali, le considerazioni che precedono paiono perfettamente in grado di attestare la funzionalità immediata dell'intervento ai fini dell'Amministrazione, ovviamente se - come si dirà appresso - siano garantite precise condizioni di vincolo.

Onde, sembra corretto ritenere che l'interesse statale qualificante l'intervento, sia perfettamente in linea con i presupposti di applicabilità dell'art. 3 del DPR 383/1994 enunciati dal Consiglio di Stato.

E ciò a prescindere dall'essere (o dal dover essere) gli alloggi collegati con rapporto di accessorietà - nella pratica non sempre evidente nella sua effettività - ad opere tipicamente pubbliche, quali caserme, asili, mense; opere che, se realizzate unitamente alle residenze, possono semmai accentuare la presenza dell'interesse statale, ma non costituirne l'oggetto principale.

È appena il caso di precisare, per fugare ogni ombra di dubbio, che anche queste ultime opere, in quanto realizzate e trasferite a titolo gratuito, sono estranee alla disciplina dell'appalto di lavori pubblici e non soggiacciono alle relative regole dell'evidenza pubblica.

*** **

L'orientamento positivo qui espresso non può prescindere dalla rassicurante considerazione che l'applicazione dell'art. 3 del DPR 383/1994, ancorché estensivamente inteso come nell'indicazione del Consiglio di Stato, mentre risponde a soddisfare l'interesse dell'Amministrazione statale non comprime o pregiudica in modo irreparabile il vero interesse urbanistico alla corretta gestione del proprio territorio che appartiene agli enti locali e territoriali e che continua ad essere dai medesimi liberamente apprezzabile e tutelabile.

In ogni caso infatti, la loro partecipazione al procedimento mediante l'intervento alla conferenza dei servizi consente la valutazione finale, anche politica, della compatibilità dell'interesse statale perseguito con il singolo intervento con le esigenze del territorio, in coerenza con la naturale plasmabilità dello strumento urbanistico ai mutevoli bisogni della collettività locale.

*** **

Conseguenza non eludibile di quanto sin qui detto, per tutti gli interventi e per tutte le Amministrazioni che li propongono, l'esigenza, che emerge anche da ulteriori contributi consultivi nel frattempo emersi (v. Cons. Stato, Comm. Speciale 11 maggio 2009 n. 1096, tuttavia nella diversa ipotesi di alloggi situati all'interno di infrastrutture militari) che il tenore delle clausole conven-

zionali tra il privato e l'Amministrazione, nonché tra lo stesso privato e i dipendenti acquirenti del diritto di superficie sulle abitazioni, sia tale da garantire - pur nella discrezionalità e nell'autonomia negoziale spettante al contraente pubblico - modalità che assicurino effettivamente il mantenimento della destinazione del bene al servizio, ed il rispetto dell'interesse statale così come definito dalle norme.

In questa prospettiva vanno rivalutati, nei limiti sopra precisati, i profili di criticità espressi con i pareri precedentemente resi dalla Scrivente a codesta Amministrazione con le note del 9 maggio 2012 n. 182855, e del 5 marzo 2013 n. 99968.

Particolare rilievo, se non addirittura decisiva rilevanza, per la sussistenza effettiva dell'interesse statale che legittima l'applicabilità delle norme di cui sopra, e soprattutto dell'art. 3 del DPR 383/1994, assume l'aspetto convenzionale.

E così, unitamente alla definizione del prezzo di acquisto dell'alloggio (che ovviamente deve essere "concordato" in modo da collocarsi in una fascia inferiore ai valori di mercato tale da essere sostenibile dai livelli reddituali del personale dipendente), dovrà porsi attenzione alla presenza di un contenuto minimo di clausole che:

a) fissino una durata del diritto di superficie coerente con l'indicazione normativa laddove essa vi sia, con esclusione quindi di diritti illimitati nel tempo, non idonei a garantire la confluenza finale del bene nella pubblica proprietà;

b) demandino all'Amministrazione la determinazione in capo al personale dei requisiti soggettivi per l'acquisto;

c) disciplinino i divieti o comunque i vincoli di modo e di tempo per le successive alienazioni che garantiscano la permanenza della destinazione dell'alloggio alle esigenze di servizio;

d) prevedano la trascrizione ex art. 2645 ter del codice civile del vincolo di destinazione dell'alloggio alle esigenze di servizio, al fine della sua opponibilità a terzi indipendentemente dalla durata del diritto di superficie;

e) prevedano il ripristino dell'originaria destinazione urbanistica qualora l'iniziativa - per qualunque ragione - non dovesse arrivare a compimento.

Sul punto, si riservano migliori approfondimenti ed eventualmente ulteriori indicazioni in presenza degli schemi degli atti negoziali.

*** **

Sulle questioni trattate, attesa la loro rilevanza di massima, è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato che nelle sedute dell'11 gennaio 2016 e del 10 febbraio 2016 si è espresso in conformità.

Effetti del giudicato penale sui dipendenti delle p.a.: distinguo tra reato consumato o tentato

PARERE RESO IN VIA ORDINARIA DEL 28/12/2015-582635, AL 43914/15, AVV. DIANA RANUCCI

1) Con la nota in riscontro codesta Direzione chiede di conoscere il parere della Scrivente in merito ai criteri applicativi dell'istituto della sospensione del pubblico dipendente a seguito di condanna non definitiva previsto dall'art. 4, comma 1, L. n. 97/2001 - recante "*Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*" - che dispone la sospensione (obbligatoria) dal servizio nel caso in cui un dipendente pubblico riporti una condanna, anche non definitiva, per taluno dei reati elencati tassativamente all'articolo 3, comma 1, della stessa legge (come modificata da ultimo dalla L. n. 190/2012), ancorché sia stata concessa la sospensione condizionale della pena.

In dettaglio, codesta Direzione chiede di sapere se la disposizione sia applicabile anche quando la condanna sia comminata in relazione al delitto tentato: nella specie infatti il dipendente è stato condannato per il reato di tentata concussione.

A parere della Scrivente la disposizione di cui all'art. 3 deve ritenersi applicabile ai reati ivi previsti, sia nella forma consumata che tentata.

Vero è che secondo la giurisprudenza il tentativo costituisce una figura autonoma rispetto alla fattispecie consumata (cfr. Cass. pen., Sez. II, n. 22628/2001 e, più in generale, sull'autonomia del tentativo, Cass. pen., Sez. II, n. 7741/1998).

Devesi tuttavia rilevare che la concezione autonomistica si è sviluppata in ambito penalistico e trova la sua *ratio* nella esigenza di giustificare la punibilità di un fatto che, sia negli elementi oggettivi che soggettivi, in nulla è identico al delitto consumato.

In altri termini se il delitto tentato non fosse costruito come figura autonoma di reato esso non sarebbe mai punibile, in quanto gli elementi costitutivi del reato tentato sono del tutto differenti da quelli del reato consumato.

È chiaro dunque come non sia possibile utilizzare sul piano amministrativo la concezione penale del tentativo, trattandosi di ambiti completamente diversi sia per *ratio* che per funzione.

A parere della Scrivente infatti, sotto il profilo che qui interessa dell'illecito disciplinare, il delitto tentato ed il delitto consumato non possono che ricevere lo stesso trattamento.

Tanto perché la *ratio* delle disposizioni recate dagli artt. 3 e 4, L. 97/2001 è evidentemente la tutela del buon andamento della P.A. e la necessità di sanzionare disciplinarmente fatti di rilievo penale idonei ad esporre la pubblica amministrazione al cd. *streptus fori*, interessi che possono essere lesi in ugual modo sia dal reato consumato che tentato.

In questo senso si è di recente espresso il Consiglio di Stato, secondo cui *“non si può distinguere, con riguardo ad ipotesi di reato particolarmente gravi, come la concussione, la fattispecie del delitto tentato da quella del delitto consumato, ai fini dell’applicazione del provvedimento di sospensione dal servizio ex art. 4, comma 1, legge n. 97/2001”*, (Cons. St., ord. n. 1522/2014).

Conformi T.A.R. Lombardia (TAR Brescia, ordinanza 23 luglio 2004, n. 1306) e TAR Puglia (n. 1139/1994) che esattamente valorizzano la pericolosità sociale del comportamento attuato, insita anche nel reato tentato, e l’interruzione del rapporto fiduciario intercorrente tra amministrazione e dipendente pubblico a seguito del tentato reato.

La Scrivente condivide tale orientamento giurisprudenziale, perfettamente in linea con la *ratio legis*, per cui esprime il parere che deve ritenersi applicabile l’istituto della sospensione cautelare di cui all’articolo 4, comma 1, L. n. 97/2001 anche al reato tentato.

2) Codesta Direzione rappresenta ancora che, in relazione alla medesima vicenda soggettiva in esame, il dipendente è stato a suo tempo già sottoposto ad un procedimento disciplinare conclusosi con la sanzione della “censura”. Chiede quindi di conoscere l’avviso di questa Avvocatura circa il potere/dovere di attivare un secondo procedimento disciplinare.

Sul punto si osserva che il fatto che vi sia già stato un procedimento disciplinare è, ai fini dell’art. 4 in esame, completamente ininfluenza, atteso che, come chiarito dalla giurisprudenza: *“La sospensione obbligatoria dal servizio disposta in conseguenza di una condanna penale non si identifica con una sanzione di natura disciplinare, assolvendo invece ad una funzione cautelare o preventiva, in quanto sia l’interesse al buon andamento della pubblica amministrazione che il rapporto di fiducia dei cittadini verso quest’ultima sarebbero compromessi dalla permanenza in servizio di un dipendente condannato, sia pure in via non definitiva, per taluno dei delitti richiamati dall’art. 4 Legge n. 97/2001”* (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VI, 22 settembre 2015, n. 4578).

Ciò esclude quindi che possa ipotizzarsi una duplicazione di procedimenti disciplinari per uno stesso fatto.

Ed infatti, in caso di condanna anche non definitiva di un pubblico dipendente per alcuno dei delitti previsti dall’art. 3, comma 1 (peculato, concussione, corruzione per un atto d’ufficio, etc.), ancorché sia concessa la sospensione condizionale della pena, il dipendente **deve essere** comunque sospeso dal servizio, atteso che da un lato la norma in esame non prevede alcuna discrezionalità per l’Amministrazione di applicare o meno la sanzione della sospensione cautelare, e dall’altro che, essendo tipizzate le ipotesi di reato in presenza delle quali si applica la sospensione, la locuzione “sono sospesi” dal servizio non può che essere interpretata come una ipotesi di “sospensione obbligatoria”.

Ne consegue che, in presenza di una condanna penale non definitiva emessa in ragione di uno o più reati enumerati dall'art. 3 della legge richiamata, la pubblica amministrazione non ha né la facoltà di valutare la gravità o meno del fatto-reato, perché la valutazione è stata operata a priori dal legislatore, né ha la facoltà, in presenza di tale fatto, di valutare se sospendere o meno dovendo esclusivamente sospendere.

Tale soluzione si impone qualora si considerino le ricordate finalità pubblicistiche cui risponde l'istituto della sospensione obbligatoria che, come detto, è posto nell'interesse pubblico, a tutela del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione sancito all'articolo 97 della Costituzione, e tende ad evitare il pregiudizio alla regolarità del servizio ed al prestigio dell'Amministrazione che deriverebbe dalla permanenza in servizio di soggetti condannati, anche in via non definitiva, per reati contro la P.A.; è evidente infatti che tali interessi sarebbero frustrati dalla permanenza in servizio di un dipendente condannato, sia pure in via non definitiva, per taluno dei particolari delitti elencati all'articolo 3 della L. n. 97 del 2001, cui evidentemente il legislatore riconnette a priori un giudizio di peculiare disvalore.

Ricorrendo le condizioni di legge, alla P.A. è quindi inibita alcuna valutazione discrezionale, poichè tale valutazione è effettuata direttamente dal legislatore, rendendosi necessaria la *“sospensione ope legis dal servizio, in riferimento a quei delitti per i quali la semplice sussistenza di un'accusa in capo ai pubblici impiegati fa sorgere nell'opinione pubblica il sospetto di inquinamento dell'intero apparato”* (così Corte Cost. sentenza 3 maggio 2002, n. 145, in riferimento all'articolo 4, comma 1, della L. n. 97/2001, nella parte in cui esclude una valutazione discrezionale dell'amministrazione; nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2012, n. 5774).

In conclusione, anche qualora l'amministrazione abbia già valutato la responsabilità del dipendente sotto il profilo disciplinare, la sola condanna per uno dei reati elencati all'articolo 3, L. n. 97/2001, ancorché non definitiva, rende necessaria la sospensione cautelare obbligatoria dal servizio a tutela degli interessi sopra indicati.

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Tributi locali comunali e modelli di *local tax* a confronto

*Guglielmo Bernabei**

La legge di Stabilità 2016 non apporta le novità sperate in tema di imposizione immobiliare locale. La definizione di una autentica forma di service tax sembra abbandonata e il tutto si conclude con l'abolizione del prelievo sull'abitazione principale e con l'abolizione dell'Imu agricola. Ne consegue che la necessità di risorse stabili da parte degli enti locali richiede un ripensamento generale delle modalità di finanziamento. In questo lavoro si argomenta sul concetto di Local Tax e si presentano alcune ipotesi di possibile articolazione.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Tassazione locale e teoria del beneficio - 3. Iuc e Local Tax - 4. Modelli di detrazione per Local Tax - 5. Local Tax e spazi di manovra dei Comuni - 5.1 Imposte sul patrimonio immobiliare e possibili nuove entrate per i Comuni - 5.2 Local Tax minimale - 5.3 Local Tax: verso l'aggregazione Imu e Tasi - 6. Obiettivo Local Tax.

1. Premessa.

La legge di Stabilità 2016 non apporta le novità sperate in tema di imposizione immobiliare locale. La definizione di una autentica forma di service tax sembra abbandonata e il tutto si conclude con l'abolizione del prelievo sull'abitazione principale e con l'abolizione dell'Imu agricola.

Questo dato conferma che, negli ultimi anni, gli stringenti vincoli di bilancio hanno imposto un costante aumento della pressione fiscale mediante manovre sulle imposte comunali. Gli enti locali sono stati sempre più chiamati a fornire un contributo determinante alle politiche di aggiustamento fiscale imposte dal rispetto di rigidi parametri europei.

Pertanto, la riflessione proposta è partita dai principi di semplificazione locale, ovvero la riduzione del numero delle imposte sulla stessa base im-

(*) Dottore di ricerca in diritto costituzionale - guglielmo.bernabei@unife.it

nibile, dall'equità fiscale orizzontale, ovvero un trattamento fiscale omogeneo a parità di base imponibile, dall'armonizzazione fiscale verticale, ovvero la riduzione la stratificazione di strategie fiscali diverse sulla stessa base imponibile, dalla competizione fiscale orizzontale, ovvero il contenimento della mobilità della base imponibile (1).

Attraverso l'analisi di questi principi (2) ora si possono meglio delineare le possibili soluzioni argomentando sulla istituzione di un modello di Local Tax come principale tributo locale, tendenzialmente unico, conferendo centralità all'imposta sul patrimonio immobiliare. Non può sfuggire che, procedendo in questo modo, va posta particolare attenzione sui possibili strumenti di equità nella articolazione dell'imposta, confrontando poi le implicazioni in termini di gettito per ente e di pressione fiscale locale. Si può affermare, infatti, che una imposta locale deve rispettare i caratteri specifici legati alla tipologia di spesa pubblica che va a finanziare, una spesa destinata a coprire i costi di produzione e fornitura di servizi pubblici locali (3).

Il Comune è l'ente pubblico sulla frontiera dell'attività economico-sociale e svolge un ruolo insostituibile per la crescita del territorio in cui opera. Quindi, il costo sociale della tassazione locale deve sempre essere rapportato ai benefici che la collettività locale può conseguire con la spesa pubblica municipale. L'imposizione locale è, poi, chiamata a riflettere i caratteri dell'economia del territorio sul quale opera; la struttura del fisco locale finisce per assumere caratteri diversi a seconda che si sia in presenza di un sistema economico locale agricolo e/o montano, industriale, terziario, amministrativistico o turistico (4). Questo inevitabilmente comporta un ventaglio di strumenti di imposizione locale, entrate tributarie e extratributarie, adeguatamente ampio da ricomprendere tutte le esigenze municipali (5).

(1) C. AGNOLETTI, C. BOCCI, C. FERRETTI e P. LATTARULLO "Quanto ci costa la Tasi", in *www.lavoce.info*, 19.12.2013. (2) C. COSCIANI, *L'imposta ordinaria sul patrimonio nella teoria finanziaria*, 1940, pp. 154-155.

(3) E. CORALI, *Federalismo fiscale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2010, 127.

(4) L. DE STEFANI, *Mini-Imu, gli ultimi chiarimenti dell'Economia*, in *Il Sole 24 Ore*, 14.01.2014.

(5) C. DOSI - G. MURARO, *Finanza municipale e fiscalità immobiliare: ipotesi di riforma*, in *Rivista italiana di diritto finanziario e scienza della finanze*, 1996, 01, 3, dove si rileva che "è noto che la spesa locale pro-capite è tipicamente correlata positivamente al reddito medio individuale, mentre, per quanto riguarda la dimensione demografica, la spesa, in generale, esibisce un andamento parabolico: in una prima fase si osserva infatti una diminuzione fino ad un certo livello di popolazione spiegata dalle economie di scala; ad essa segue una aumento continuo, dovuto non tanto al generarsi di diseconomie di scala nella fornitura dei singoli servizi, che generalmente continuano ad esibire costi medi decrescenti, quanto al crescere, nelle comunità più ampie, della gamma dei bisogni da soddisfare mediante l'offerta di servizi collettivi. L'espansione della spesa nelle comunità più ampie è peraltro da ricollegarsi anche alle cosiddette funzioni urbane centrali: i centri maggiori forniscono infatti numerosi beni e servizi collettivi di cui beneficiano anche le aree circostanti, sollevando così i Comuni più piccoli dalla necessità di effettuare spese in questi settori".

2. Tassazione locale e teoria del beneficio.

Al fine di realizzare una logica di collegamento tra tipologie di entrate e spesa pubblica locale, l'imposizione locale dovrebbe prevalentemente basarsi sul criterio del beneficio o della controprestazione (6).

In tal senso, già l'art. 2, comma 2, della legge delega 42/2009 indicava, alla lettera "p", tra i principi fondamentali della tassazione locale la "tendenziale correlazione tra prelievo fiscale e beneficio connesso alle funzioni esercitate sul territorio in modo da favorire la corrispondenza tra responsabilità finanziaria e amministrativa". Ne consegue che questo principio lega il tributo ai vantaggi direttamente attribuiti agli individui dalla spesa pubblica locale che finanzia i servizi pubblici locali in un'ottica di efficienza nella allocazione delle risorse (7).

Pertanto, rientrano in questa categoria i tributi commutativi, ossia le forme di tassazione selettiva come le tasse dei servizi a domanda individuale, le tariffe e le rette, e gli oneri di urbanizzazione. Si tratta di risorse destinate al finanziamento di servizi divisibili. Allo stesso modo, il principio della controprestazione può valere anche per il finanziamento dei servizi indivisibili. Sotto questo aspetto, tuttavia, il rilievo critico emerge dalla non compatibilità del principio con il sistema degli incentivi individuali. Una idea alternativa può essere quella di individuare una imposta la cui base imponibile sia capace di approssimare individualmente il beneficio dei servizi pubblici (8).

Anche l'imposizione immobiliare, pur non essendo un tributo commutativo, dovrebbe essere correlata al valore dei servizi erogati dal Comune, dato che la base imponibile, compreso il valore immobiliare, dipende sicuramente dalle infrastrutture pubbliche in cui è collocato l'immobile soggetto a imposta e alla gestione dei relativi servizi, come, ad esempio, la viabilità, le fognature, i servizi sociali. Ne deriva che il valore dell'immobile capitalizza il valore dei servizi pubblici indivisibili forniti dal territorio (9).

Va, inoltre, ricordato che uno strumento di tassazione collegato al beneficio della spesa è l'imposizione di scopo per finanziare investimenti pubblici che adeguano il capitale sociale di una municipalità. Per tassazione di scopo si intende, dunque, il ricorso a forme di imposizione per lo specifico finanziamento di opere pubbliche. In ambito comunale si pensi al sistema viario locale, ai restauri, ai parchi, ai progetti di salvaguardia ambientale, alle infrastrutture per le dotazioni di servizi di pubblica utilità, come reti, acquedotti, impianti

(6) P. LIBERATI - M. PARADISO, *Teoria positiva del beneficio e finanza locale responsabile. La lezione di Sergio Steve*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2013, n. 3, I, p. 257.

(7) S. PELLEGRINO, A. ZANARDI, *Legge di stabilità: il conto delle imposte sugli immobili*, in www.lavoce.info.it.

(8) D. COLOMBO, M. MOBILI, *Manovra anti-tasse da 27 miliardi via la tasi, sgravi sugli investimenti*, in *il Sole 24 Ore*.

(9) G. MURARO, *Il riordino dell'imposizione sugli immobili*, in *La finanza pubblica, Rapporto 2009*, Bologna 2009, p. 325.

di smaltimento, tranvie, e infrastrutture sociali, come residenze assistenziali per anziani e portatori di handicap, o persone non auto-sufficienti.

Queste forme di imposizione esulano dal ricorso ordinario alla imposizione fiscale, intesa come tributi propri ed entrate patrimoniali, costituendo, invece, forme di tassazione con caratteristiche di straordinarietà (10).

Un modello di imposta locale ispirata al principio del beneficio dovrebbe, inoltre, contenere i caratteri di concorrenza fiscale orizzontale, che si traduce in riduzione di tassazione su basi imponibili molto mobili rispetto ad enti limitrofi, per attirare insediamenti ed attività economiche. In questo aspetto risiede l'idea che una imposta locale di siffatta natura dovrebbe presentare il requisito della esportazione fiscale, mediante la quale si pone su agenti economici "di passaggio", ossia non direttamente beneficiari dei servizi pubblici locali, il peso della tassazione locale.

Va, tuttavia, rilevato che l'esportazione fiscale viola il principio di responsabilità politica nei confronti dei cittadini-elettori-contribuenti, separando i beneficiari della spesa da coloro che pagano le imposte.

L'eventuale divieto di esportazione fiscale non dovrebbe impedire di gravare sui non-residenti, quando questi impongono costi di cogestione e ambientali ai residenti. È il caso, ad esempio, della tassazione che grava sui turisti delle città d'arte, i quali non sono diretti beneficiari della spesa pubblica locale, ma, in qualità di utilizzatori finali dei servizi locali della città in cui sono ospiti, innalzano la componente della spesa locale stessa che va a coprire i costi di manutenzione (11).

Una buona imposta locale dovrebbe, poi, avere una base imponibile distribuita in modo non troppo difforme sul territorio nazionale, per non dover essere corretta da meccanismi di perequazione, basati sui differenziali di capacità fiscale, troppo ampi. Sul punto, il reddito pro capite, ossia il reddito da lavoro e profitti, è tendenzialmente più sperequato del consumo procapite, mentre il valore procapite delle proprietà immobiliari è abbastanza uniforme sul territorio (12).

Ne consegue che questo requisito va a vantaggio delle imposte sui patrimoni immobiliari se il meccanismo di accertamento avvicina i valori imponibili a quelli effettivi di mercato. Inoltre, al fine di raggiungere obiettivi di

(10) M. BASILAVECCHIA, *La difficile evoluzione della fiscalità locale*, in *Corriere Tributario* n. 36/2013 pag. 2819; L. LOVECCHIO, *Le modifiche all'impianto dell'Imu in attesa delle innovazioni di sistema alla tassazione locale immobiliare*, in *Corriere Tributario* n. 36/2013 p. 2821.

(11) L. SALVINI, *Federalismo fiscale e tassazione sugli immobili*, in *Rassegna Tributaria*, n. 6, 2010, 1607.

(12) J. SAWICKI, *Imu, "patrimoniale", Costituzione e autonomie territoriali: qualche osservazione comparativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 2013; inoltre cfr. G.F. FERRARI, *Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Torino, 2010, p. 1332 il quale sottolinea che "il prelievo sulla proprietà immobiliare è tradizionalmente tipico del governo locale o al più di quello regionale intermedio".

efficienza, l'imposta locale non dovrebbe eccedere in articolazioni di aliquote e di detrazioni per scopi di redistribuzione verticale. Infatti, le politiche redistributive, con finalità di equità verticale, come la progressività delle imposte sul reddito, i sussidi e gli istituti di contrasto alla povertà, vanno ricompresi negli ambiti di intervento del governo centrale (13).

Infine, va salvaguardato il principio della separazione delle basi imponibili per livelli di governo e la conseguente autonomia tributaria. Questo principio va posto alla base del concetto di tributo proprio comunale, ossia di un tributo la cui base imponibile è esclusiva del livello di governo locale (14). Non necessariamente tutti i tributi comunali devono essere propri, ma certamente un criterio di razionalità consiglia che una quota importante di entrate comunali abbia questo requisito. L'esistenza di tributi propri si giustifica sia sulla base della prevalenza del principio del beneficio sia sulla base del principio della trasparenza. Si ricorda che non sono entrate proprie le addizionali su basi imponibili condivise da più livelli di governo, come il reddito.

La condivisione di basi imponibili su diversi livelli di governo genera una competizione di tipo verticale, per esempio tra lo Stato e gli enti locali, per ottenere il gettito su basi imponibili comuni.

In linea con una ragionevole applicazione del principio della separazione, sarebbe opportuno concentrare la tassazione sul reddito nei primi due livelli, Stato e Regioni, e l'imposizione immobiliare nel terzo, ossia i Comuni.

Infatti, l'imposizione del patrimonio immobiliare con un tributo municipale proprio permette di sviluppare una gamma ampia di aliquote autonome dello stesso.

3. *Iuc e Local Tax.*

I requisiti dell'imposta locale muovono nella direzione di caratterizzare il fisco municipale con l'imposizione immobiliare. A livello teorico, tale imposta dovrebbe costituire una quota rilevante delle entrate tributarie municipali. Tra i Paesi dell'Unione europea molti hanno un tributo municipale sugli immobili.

Tuttavia, il modello al quale ispirarsi dovrebbe essere la Council Tax britannica, un'imposta che utilizza la base imponibile immobiliare in relazione alla capitalizzazione dei servizi pubblici dell'ente locale comunale (15).

(13) L. LOVECCHIO, *Verso l'unitarietà della disciplina IMU, ma la semplificazione è ancora lontana*, in *Corriere Tributario*, n. 5/2014, pp. 383 e ss., Ipsoa Editore.

(14) F. CERISANO, B. MIGLIORINI, *Legge di stabilità, dal Trise alla Iuc*, in *Italia Oggi*, 26.11.2013.

(15) E. MARCHETTI, R. LUPI, *L'abitazione principale nell'Imu: cosa cambia davvero rispetto all'Ici?*, in *Dialoghi Tributarî*, n. 4/2012, pp. 405 e ss., Ipsoa Editore: "... dopo una breve parentesi di quattro anni la "prima casa" è stata assoggettata di nuovo a una imposta immobiliare ordinaria. Dall'Ici all'Imu, tuttavia, il "ritorno" al passato per gli italiani non è stato indolore; sono infatti aumentate le aliquote, diminuite le fattispecie agevolabili e incrementati in modo esponenziale i dubbi su alcuni profili "border line" risolti nella precedente disciplina e lasciati all'inventiva degli interpreti in quella attuale. Un caso particolare riguarda la questione normativa della definizione stessa di prima casa con riflessi a dir poco paradossali ...".

Sulla base della legislazione attualmente vigente in Italia, si è rilevato che all'interno dell'imposta unica comunale (Iuc) si collocano la Tari, un'imposta di scopo destinata alla copertura dei costi del servizio rifiuti, l'Imu, un'imposta patrimoniale applicabile su tutte le tipologie di immobili tranne le abitazioni principali inserite nelle categorie A/2-A/7, e la Tasi, una potenziale service tax destinabile al finanziamento dei servizi comunali indivisibili. La legge di Stabilità 2014 (16) prevedeva l'imposizione Tasi anche delle abitazioni principali, carattere che è stato abolito dalla legge di Stabilità 2016 (17).

(16) S. CINIERI, *Stabilità 2014: dal 1° gennaio arriva la nuova Iuc*, in *Ipsos Quotidiano*, 27.12.2013.

(17) Con l'approvazione della legge di Stabilità 2016, le novità principali riguardano le modifiche introdotte per l'Imu e la Tasi ma in un contesto che non prevede, nemmeno a livello embrionale, la configurazione di una Local Tax.

Di particolare importanza è la cancellazione per 19 milioni di italiani della Tasi, la tassa sulla prima casa, eccetto ville, castelli e immobili di pregio artistico o storico.

Si tratta di uno sconto che vale 3,7 miliardi, e comprende anche i terreni agricoli. Sarà possibile cancellare il 50% dell'Imu anche per la seconda casa data in comodato a figli o genitori, con due "paletti": il comodato dovrà essere registrato e si dovrà possedere al massimo una prima casa oltre quella data al parente. Sconto Tasi anche per i coniugi separati. Inoltre i macchinari fissi non saranno più conteggiati per il calcolo delle imposte immobiliari.

Si introduce una riduzione del 50% della base imponibile Imu (in luogo dell'esenzione introdotta dal Senato in prima lettura) per gli immobili dati in comodato d'uso a figli o genitori.

Il beneficio si applica purché il contratto sia registrato e il comodante possieda un solo immobile in Italia e risieda anagraficamente, nonché dimori abitualmente, nello stesso Comune in cui è sito l'immobile concesso in comodato. Al contempo, si estende detto beneficio anche al caso in cui il comodante, oltre all'immobile concesso in comodato, possieda nello stesso Comune un altro immobile adibito a propria abitazione principale (non di lusso).

Si sospende, per l'anno 2016, l'efficacia delle leggi regionali e delle deliberazioni comunali per la parte in cui aumentano i tributi e le addizionali attribuite ai medesimi enti territoriali, in luogo di vietare la deliberazione di tali aumenti.

Quest'ultimi sono rapportati ai livelli di aliquote applicabili per l'esercizio 2015 (anziché essere comparati ai livelli di aliquote deliberate, entro la data del 30 luglio 2015, per l'esercizio 2015). In tal modo, la sospensione degli aumenti di aliquote riguarda anche gli enti che hanno già deliberato in tal senso all'entrata in vigore della legge di Stabilità.

Si mantiene, inoltre, ferma la possibilità per i Comuni, per il 2016, di maggiorare dello 0,8 per mille l'aliquota Tasi per gli immobili non esentati. Si elimina così la condizione, originariamente prevista, secondo cui tale aumento doveva essere stato deliberato, per l'anno 2015, entro il 30 settembre 2015 e nel rispetto dei vincoli posti dalla legge di Stabilità 2014.

Viene richiesta tuttavia una espressa delibera del Consiglio comunale. Per effetto delle modifiche in commento, inoltre, viene espunta la disposizione che, con riferimento al 2015, manteneva come valide le deliberazioni relative a regolamenti, aliquote e tariffe di tributi adottate dai comuni entro il 30 settembre 2015, ove fossero state espletate le procedure di pubblicazione previste dalla legge.

La legge di Stabilità in oggetto ha definitivamente confermato l'esenzione per i terreni agricoli ubicati in comuni montani e parzialmente montani (questi ultimi solo se posseduti da coltivatori diretti e Iap) ed è introdotta l'esenzione per tutti i terreni agricoli posseduti e condotti da coltivatori diretti e Iap.

Infine, è risolto il problema degli "imbullonati" cioè quei macchinari e impianti ancorati al suolo e che fino al 2015 partecipavano alla stima della rendita catastale del fabbricato aziendale (cat. D ed E) di cui erano parte.

Infatti, dal 1 gennaio 2016, ai fini della determinazione della rendita catastale degli immobili strumentali censiti alle categorie D ed E occorre tener conto solo del suolo e delle costruzioni, nonché degli elementi

Nello specifico, la Tari ha una propria autonomia per quanto riguarda le aliquote e i regolamenti comunali che la disciplinano, mentre il combinato Imu-Tasi per le tipologie di immobili diverse dalle prime abitazioni prevede una aliquota massima dell'1,06%. La normativa in vigore per l'anno 2015 (18), prevedeva anche una maggiorazione sull'aliquota Tasi concessa ai Comuni dello 0,08% da spalmare, a discrezione, su tutte le tipologie di immobili, con possibilità di alzare l'aliquota massima sulle "seconde case" e gli immobili commerciali oltre l'1,06%. Si è evidenziato che il gettito della maggiorazione doveva confluire a finanziare detrazioni sulle abitazioni principali con effetti equivalenti a quelli previsti dalla normativa Imu per l'anno 2012. Ad esempio, per i Comuni che hanno applicato la Tasi solo sulle prime case, per l'anno 2015, l'aliquota massima applicabile è stata dello 0,33%.

Un modello di Local Tax, nelle vesti di service tax (19), dovrebbe gravare in parte sul proprietario e in parte sull'utilizzatore dell'immobile, al fine di finanziare interamente il costo dei servizi comunali divisibili. Una ipotesi minimale di Local Tax andrebbe a comprendere, da un lato, tutto il gettito della tassazione patrimoniale sugli immobili e escludere, dall'altro, l'applicazione, da parte dei Comuni, dell'addizionale Irpef. La Local Tax minimale si potrebbe, dunque, attestare su una dimensione che va dal 42 al 52% del totale delle entrate correnti di natura tributaria ed extratributaria. Occorre poi riflettere sulla natura dei tributi locali; le entrate da Tari e quelle extratributarie provengono da tributi puramente commutativi, ossia strettamente legati al principio del beneficio. Ad esempio, l'imposta di soggiorno è un tributo di scopo e, quindi, anch'esso fa riferimento al Tax-Benefit. La legge istitutiva ne impone la destinazione a finalità di sviluppo turistiche e di manutenzione della città soggetta ai costi indiretti del turismo. Legate ai costi sociali di cogestione e sfruttamento della città sono anche i contrassegni ZTL e le sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada.

Poiché l'imposizione immobiliare dovrebbe essere correlata ai servizi prestati dal Comune, solo l'addizionale Irpef è un tributo specificatamente basato sul principio della capacità contributiva. Ne consegue che, dato che la stessa addizionale non sarebbe più applicata con la Local Tax, la tassazione municipale diventerebbe interamente basata sul principio del beneficio.

ad essi strutturalmente connessi che ne accrescono la qualità e l'utilità, nei limiti dell'ordinario apprezzamento. Restano, invece, espressamente fuori dalla stima i macchinari, congegni, attrezzature ed altri impianti, funzionali allo specifico processo produttivo.

(18) P. MIRTO, *Mini Imu, sanzioni fino al 30 per cento per i contribuenti "ritardatari"*, in *Il Sole 24 Ore*, 27.01.2014: "... il mancato pagamento della mini-Imu entro il 24 gennaio comporta l'applicazione delle sanzioni. L'omesso versamento è soggetto a sanzione del 30 per cento oltre ad altri accessori. Difatti, il Comune potrà notificare un atto di accertamento, chiedendo l'imposta non versata, gli interessi, la sanzione e le spese di notifica: il conto rischia di essere salato ...".

(19) V. MELIS, *Iuc e "service tax" aprono l'agenda 2014*, in *Il Sole 24 Ore*, 6.1.2014.

Tuttavia, nella definizione di Local Tax emergono una serie di problematiche. La prima concerne la possibile applicazione della Local Tax anche agli inquilini, oltre che ai proprietari. In linea di principio questo dato sarebbe auspicabile, trattandosi di service tax costruita sul principio del beneficio ma, di fatto, l'esperienza della Tasi non depone a favore di questa soluzione. Il mercato degli affitti, infatti, distorto e conflittuale, non permette di attribuire in modo lineare ai locatari la quota di contribuzione al finanziamento dei servizi indivisibili. La seconda problematica riguarda la discriminazione di aliquota e l'applicazione di detrazioni sulla base della categoria degli immobili. Particolare attenzione va, quindi, posta ai proprietari di abitazione principale, confrontandosi due posizioni: da una parte, l'esenzione totale della tassazione sull'abitazione principale; dall'altra, una rimodulazione dell'imposta secondo lo schema della *no tax area* o del modello di detrazione fissa, in modo da escludere da Local Tax le case di valore medio basso. Inoltre, deduzione e detrazione potrebbe essere costruite anche in relazione alle ipotesi di mutuo ipotecario che ha consentito l'acquisizione dell'immobile; ad esempio, una coppia di giovani sposi con figli minori e casa di proprietà di medio valore, gravata da mutuo ipotecario, potrebbero beneficiare dell'esenzione da Local Tax.

La maggiore incertezza che incombe sulla struttura di aliquota per un modello di Local Tax concerne l'avvio di una significativa riforma del catasto, con l'applicazione di un metodo diverso di valutazione del valore patrimoniale a partire dal valore di mercato al metro quadro. L'introduzione di nuovi criteri per la determinazione della rendita comporterebbe un aumento importante e generalizzato della base imponibile delle imposte immobiliari, a conferma della distanza attuale tra tariffe d'estimo e valori di mercato. Con riferimento alle seconde case, quelle che, con ogni probabilità, andrebbero a subire una rivalutazione più alta sarebbero quelle situate in località a prevalente vocazione turistica.

Tuttavia, se è più consono muoversi in un contesto caratterizzato dall'invarianza di gettito, la revisione della base imponibile non tanto dovrebbe portare ad una riduzione dell'aliquota quanto ad una diversa distribuzione del carico fiscale sui singoli proprietari in misura proporzionale rispetto ai coefficienti di rivalutazione. Anche per verificare gli effetti distributivi della rivalutazione sarà decisivo il criterio mediante il quale sarà applicato il vincolo dell'invarianza di gettito a livello comunale o a livello nazionale. Nel primo caso, la nuova base imponibile dovrebbe ristabilire una maggiore equità tra i contribuenti, senza però consentire una piena risoluzione delle diseguaglianze tra i territori; nel secondo caso, i Comuni avrebbero una variazione di gettito, positiva o negativa, rispetto alla situazione attuale, con conseguenti problemi di compensazione attraverso trasferimenti orizzontali.

4. Modelli di detrazioni per Local Tax.

Il tema relativo alle detrazioni su Local Tax, in riferimento all'abitazione principale, merita un particolare approfondimento sia perché rappresenta un nodo centrale per gli enti locali e i cittadini, in termini di entrate per i primi, di pressione fiscale per i secondi, sia perché può essere utilizzato come strumento ai fini di una maggiore equità del prelievo fiscale. Come è stato disciplinato in sede di legge di Stabilità 2014 per la Tasi, così lo schema può essere riproposto in vista dell'introduzione di una Local Tax. I possibili margini di manovra da concedere ai Comuni attraverso l'allentamento dei vincoli sulle aliquote massime devono essere destinati alla predisposizione di modelli di detrazioni a favore di famiglie e dei ceti più deboli, senza comportare un aumento complessivo della pressione fiscale. In questo senso ai Comuni andrebbe concessa ampia autonomia sia per l'individuazione dei destinatari delle potenziali agevolazioni sia per l'individuazione dei criteri con cui assegnarle.

I modelli di detrazioni adottabili per la Local Tax possono prevedere:

- detrazioni in somma fissa, quando a tutti gli immobili viene concesso un identico sconto d'imposta;
- detrazioni legate alla rendita catastale, quando si applicano agevolazioni variabili sulla base della quantificazione della rendita catastale dell'immobile affinché a rendite basse possano corrispondere detrazioni più consistenti;
- detrazioni legate al reddito del nucleo familiare, quando si prevedono sconti solo se il reddito del nucleo familiare sia inferiore ad una determinata soglia predeterminata;
- aliquote a scaglioni, quando a livelli diversi di rendita catastale può corrispondere, anziché una detrazione, una diversa aliquota;
- detrazioni legate alle caratteristiche del nucleo familiare, quando si condizionano le detrazioni a requisiti quali, ad esempio, l'età anagrafica, la percentuale di handicap, il valore Isee;
- agevolazioni per i figli, quando si applica un extra sulla detrazione di base in corrispondenza del numero di figli conviventi e al di sotto di un soglia di età;
- agevolazioni legate a più requisiti, quando si collegano detrazioni o aliquote differenziate a un insieme di condizioni diverse.

Un modello di Local tax costruito in questi termini potrebbe gravare sulla stessa base imponibile della Iuc e prevedere una aliquota standard per l'abitazione principale del 3,3 per mille. I modelli di detrazioni prospettati vanno ora messi a confronto come criteri alternativi. L'ipotesi più plausibile presuppone il ripristino della detrazione standard già prevista originariamente per l'Imu, 200 euro più 50 euro per ciascun figlio convivente fino a 26 anni di età, che potrebbe essere accompagnata da altre forme di sgravio affidate ai Comuni e basate comunque sull'indicatore Isee. La definizione, invece, di detrazioni dif-

ferenziate in relazione alla base imponibile rappresenta un criterio più equo da un punto di vista territoriale ma più iniquo nella prospettiva di una forma di tassazione commisurata al principio della controprestazione. Infatti, questa seconda ipotesi, pur garantendo una platea di esenzioni equamente distribuita sul territorio nazionale, avvantaggia, con detrazioni più elevate, i proprietari di abitazioni di maggior valore e quindi, presumibilmente, localizzate in contesti con una migliore offerta di servizi.

5. Local Tax e spazi di manovra dei Comuni.

In tema di riordino della fiscalità locale, le questioni principali in vista della configurazione di un modello credibile di Local Tax riguardano il trasferimento ai Comuni di alcuni prelievi minori sul patrimonio attualmente percepiti dallo Stato, la delimitazione di una struttura semplice e minimale di Local Tax e l'esenzione, totale o parziale, del prelievo sulla abitazione principale.

5.1 Imposte sul patrimonio immobiliare e possibili nuove entrate per i Comuni.

Il patrimonio immobiliare è oggetto di imposta in diverse forme: lo scambio, la produzione di reddito, il valore immobiliare e il gettito ricavato è destinato allo Stato o ai Comuni. All'interno di questa articolazione è possibile operare una ulteriore semplificazione al fine di ottenere una ricomposizione dei gettiti tra amministrazione centrale e locale.

Sono distinguibili sei categorie di imposte gravanti sugli immobili:

- imposte di natura "reddituale", il cui presupposto è il reddito prodotto dal proprietario del bene, Irpef e Ires;
- imposte di natura "patrimoniale", il cui presupposto è la proprietà o il possesso del bene, Imu;
- imposte sui servizi pubblici resi ai proprietari degli immobili, Tasi;
- imposte sul trasferimento degli immobili a titolo oneroso, Iva, ipotecaria, catastale;
- imposte sul trasferimento degli immobili a titolo gratuito, successioni e donazioni;
- imposte sulle locazioni, cedolare secca.

Il gettito complessivo è pressoché invariato tra il 2012 e il 2014, evidenziando una contenuta elasticità del ciclo economico. I dati sottolineano gli effetti delle modifiche dell'Imu, l'eliminazione del prelievo sull'abitazione principale nel 2013, l'introduzione della Tasi nel 2014.

Un eventuale intervento su questi cespiti comporterebbe una ricomposizione del gettito per livello di governo a favore degli enti locali, ipotesi che, per essere sostenibile, deve essere accompagnata dal trasferimento di altre imposte allo Stato. Gli importi interessati non sembrano in grado di giustificare una operazione così complessa e, inoltre, sarebbe del tutto impropria una aggregazione nella Local Tax, per la diversa natura dell'imposta.

5.2 Local Tax minimale.

Una delle ipotesi più rilevanti si basa sull'obiettivo di separazione delle strategie fiscali sulla stessa base imponibile. La ricerca di spazi di manovra tributaria consistenti per gli enti locali, il passaggio da un sistema di finanza derivata ad un più concreto federalismo fiscale hanno indotto un assetto della fiscalità condiviso tra livelli di governo, in contraddizione con i principi classici della finanza locale in materia (20).

In particolare, la prospettiva di ricondurre nella Local Tax l'imposta sul patrimonio ad uso produttivo risponderebbe al principio di assegnare l'intero patrimonio immobiliare alle politiche locali. Contemporaneamente, il trasferimento dell'addizionale Irpef nella potestà statale avrebbe come conseguenza la riconduzione delle politiche redistributive in capo allo Stato e alle Regioni.

Il gettito dell'Imposta sul patrimonio ad uso produttivo è stata nel 2014 di 3,7 miliardi di euro, mentre il gettito dell'addizionale Irpef è stata pari a 4,4 miliardi. Il trasferimento dei gettiti tra Stato e Comuni comporterebbe una compensazione dello Stato a favore dei Comuni per circa 0,7 miliardi mediante un Fondo di riequilibrio. Questa impostazione permetterebbe di mantenere nell'ordine: parità di pressione fiscale totale, parità di pressione fiscale per base imponibile e parità di gettito per ente percettore.

Molto più delicata, tuttavia, appare la questione per i singoli enti locali. Infatti, l'effetto lordo della manovra sugli enti è riconducibile a due fattori che possono agevolare o penalizzare le singole amministrazioni locali a parità di gettito aggregato:

- la diversa base imponibile dei Comuni tra patrimonio ad uso produttivo e reddito imponibile ai fini Irpef;
- la trasformazione dell'addizionale Irpef, ad aliquote variabili, in un'unica sovrainposta Irpef determinata come aliquota implicita o media.

Nella prima ipotesi, la disponibilità del gettito derivante dal patrimonio ad uso produttivo, in luogo del gettito Irpef, comporta maggiori risorse ai Comuni; nella seconda, i bilanci dei Comuni con prelievi al di sotto (al di sopra) della media saranno avvantaggiati (svantaggiati) dalla manovra, sempre a parità di gettito aggregato. Le differenze positive o negative di pressione fiscale sono da attribuirsi alle politiche pregresse degli enti locali e alle strategie verso i propri cittadini, e potranno essere compensate dai Comuni stessi trasladando la politica da una base imponibile all'altra, oppure agendo sulla Local Tax invece che sull'addizionale.

(20) L. SALVINI, *L'Imu nel quadro del sistema fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2012, pagg. 689-700; E. PRISCINO, *L'Imu alla luce della circolare ministeriale*, in *La Finanza locale*, n. 3/2012, pagg. 22-38; F. MICONI, *L'Imu nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali: riflessioni a margine dei triuti sul possesso (rectius sul patrimonio)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, I, pag. 135.

In sintesi, i Comuni che applicano un basso prelievo Irpef potranno continuare la propria strategia fiscale riducendo le aliquote della Local Tax, mentre i Comuni che applicano elevate aliquote Irpef saranno costretti, per motivi di bilancio, ad aumentare il prelievo sulla Local Tax.

Al fine di salvaguardare i bilanci dei singoli enti comunali, si potrà ritenere opportuno, almeno in una fase transitoria, compensare le differenze tra le capacità di gettito delle diverse basi imponibili, attraverso la costituzione di un Fondo di solidarietà comunale. In esso confluiranno le risorse aggiuntive percepite da alcune amministrazioni. A questo si affiancherà il Fondo di riequilibrio Stato-Comuni, per la parte di maggior gettito Irpef aggregato. La natura del fondo di solidarietà è analoga a quella dell'analogo fondo introdotto in occasione della fiscalizzazione dei trasferimenti statali a vantaggio dell'Imu (21).

5.3 Local Tax: verso l'aggregazione Imu e Tasi.

Il modello oggi più accreditato è quello che configura la Local Tax come una aggregazione tra Imu e Tasi, con un esteso ed omogeneo sistema di detrazioni capace di alleggerirne il peso sull'abitazione principale.

Al fine di offrire un quadro di sintesi, è opportuno riassumere i punti di questo nuovo modello di imposta.

- Detrazione di 200 euro sull'abitazione principale: questa detrazione era già presente nella disciplina Imu del 2012 e andrebbe a sostituire le detrazioni previste dalle manovre comunali sulla Tasi 2014.
- Detassazione delle abitazioni gravate da mutuo: l'effetto del mancato gettito sarebbe in larga parte ridotto dalla sovrapposizione della detrazione di cui al punto precedente.
- Rivalutazione del catasto: questa operazione potrebbe avere un effetto molto forte sui gettiti degli enti locali e sui prelievi delle famiglie. La rivalutazione media sarebbe di circa 5,6 volte il valore attuale; ne consegue che potrebbe assumere questa dimensione anche l'aumento del prelievo, con rivalutazioni massime consistenti. Questa misura andrebbe vista in un'ottica di correzione di precedenti iniquità, tuttavia gli importi che ne deriverebbero non sarebbero sostenibili in un contesto di congiuntura economica negativa e di un livello di pressione fiscale già elevato. Valida sarebbe, pertanto, l'ipotesi di imporre il vincolo a parità di gettito e, in questo modo, l'intervento avrebbe solo una rilevanza perequativa, senza aumentare la pressione fiscale complessiva. In questo caso, l'elemento critico della manovra sarebbe costituito dalla variazione del gettito per Comune, più che dalla variazione della pressione fiscale. Molti Co-

(21) A. PETRETTO, P. LATTARULLO, *Verso l'istituzione della Local Tax in Italia*, presentazione della IV Conferenza sulla Finanza e l'Economia locale, *Stabilità, equità, sviluppo. Il contributo dei Comuni*, Roma 2015.

muni vedrebbero, infatti, diminuire il loro gettito a vantaggio delle aree turistiche e urbane. L'attuale difficoltà di gestione dei bilanci degli enti locali, a seguito delle restrizioni dovute ai vincoli di finanza pubblica, rendono difficile affrontare altre ipotesi di decurtazione. Contemporaneamente, i profondi cambiamenti in ribasso dei valori immobiliari costringono ad un rinvio dell'operazione di rivalutazione catastale ad una fase di maggiore stabilità economica.

- **Esenzione dell'abitazione principale:** questa ipotesi ritorna periodicamente nel dibattito socio-economico-politico. Oltre al fatto che, come si è avuto modo di argomentare nel corso di questo lavoro, alla luce delle innovazioni portate dalla legge di Stabilità 2016, è il concetto stesso di Local Tax che necessariamente si lega all'abitazione principale, resta il nodo di evidenziare le possibili alternative e le modalità di finanziamento di uno sgravio fiscale così importante. A titolo di esempio, si ricorda che il gettito Tasi sull'abitazione principale è stato di 3,4 miliardi di euro nel 2014 e il gettito Imu nel 2012 è stato di 4 miliardi di euro. Risulta, pertanto, evidente che l'imposta sulla abitazione principale ha rappresentato un prelievo significativo per i bilanci familiari. A conferma di questo aspetto, si sottolinea che nel 2014 il versamento medio per contribuente della Tasi sull'abitazione principale è stato pari a 194 euro. Per i Comuni l'imposta sulla abitazione principale ha costituito una fonte considerevole di entrate fiscali e, spesso, sono stati ampiamente utilizzati i margini di prelievo resi disponibili a vantaggio degli enti locali. Inoltre, dal punto di vista della sostenibilità dei bilanci dei Comuni, il mancato gettito proveniente dall'abitazione principale penalizzerà soprattutto quei Comuni caratterizzati da una maggiore densità abitativa, come le aree urbane, mentre l'aumento del prelievo sulle abitazioni diverse dalla principale andrà a favore delle aree turistiche.

6. *Obiettivo Local Tax.*

In conclusione, la prospettiva di un modello di Local Tax parte dal presupposto che si tratti, a tutti gli effetti, di un'imposta comunale. Il suo gettito, cioè, deve finire tutto nelle casse delle amministrazioni locali, comprendendo anche quella parte di Imu pagata da capannoni, alberghi e centri commerciali, che attualmente confluisce nelle casse statali. Il punto di arrivo è, dunque, quello di una esclusiva competenza dei sindaci sul gettito delle tasse locali.

Altro elemento portante della nuova configurazione della tassazione locale, riguarda il grado di autonomia che i sindaci avrebbero nello stabilire il livello di pressione fiscale. Da una parte infatti vi è l'esigenza di evitare il florilegio di aliquote e di detrazioni che ha portato, nell'ultimo anno, tra Tasi e Imu alla emanazione di più di 200mila livelli diversi di imposizione locale.

Una vera e propria babele tributaria un cui freno potrebbe essere rappresentato dalla definizione di una serie limitata di macrocategorie entro le quali i singoli Comuni potranno stabilire aliquote diversificate. Si andrebbe ad esempio dalle prime case alle seconde abitazioni, dagli immobili in affitto a quelli disabitati.

Ultimo tassello di cui tenere conto nella definizione del modello di Local Tax consiste nel considerare il numero di imposte attualmente esistenti che dovrebbero essere aggregate.

Una ipotesi di riordino strutturale implicherebbe che, nella Local Tax confluirebbero, oltre a Imu e Tasi, che fino al 2015 hanno tendenzialmente prodotto un gettito di circa 18,8 miliardi di euro, anche la tassa sui rifiuti, ossia la Tari, il cui valore è pari a 7,3 miliardi, l'imposta sulla pubblicità del valore di 426 milioni, la tassa sull'occupazione di spazi e aree pubbliche con altri 218 milioni, l'imposta di soggiorno pari a 105 milioni e quella di scopo con altri 14 milioni.

Il tutto per una sorta di mega imposta dal gettito complessivo di circa 31 miliardi di euro. Il sistema di finanza locale, pertanto, necessita di riforme incisive e profonde.

Ne consegue che, nell'ottica delle analisi svolte nel corso di questo studio, è auspicabile che la Local Tax venga definita attorno ai seguenti principi di base:

- una aliquota ragionevole;
- una sicura incidenza delle risorse ricavate sullo sviluppo locale;
- una appropriata indicazione del livello di amministrazione cui attribuire la gestione del tributo, fatte salve specifiche forme di collaborazione tra livelli nell'utilizzo dei proventi;
- precisa definizione di soglie di riduzione e/o esenzione.

Questo schema permette di definire il ruolo delle amministrazioni comunali secondo tre linee di sviluppo: erogazione di servizi, veicolo per l'investimento in infrastrutture, luogo di partecipazione democratica.

Il governo locale, pertanto, deve assumere sempre più un ruolo strategico. Questo aspetto, infatti, può aiutare a rafforzare la relazione tra il singolo cittadino e lo Stato attraverso misure atte a garantire al cittadino stesso la possibilità di influenzare l'ente locale e le relative scelte pubbliche. Ne deriva che la problematica che maggiormente limita il governo locale è l'elevato grado di controllo centrale. Questo fattore comporta elementi di confusione circa la responsabilità, centrale o locale, della erogazione dei servizi.

Pertanto, la costruzione di un modello di Local Tax richiede una più chiara identificazione dei livelli di responsabilità, di una maggiore flessibilità sia in tema di entrate che di gestione dei servizi, di migliori incentivi al potenziamento della crescita locale.

L'inserimento, in un siffatto contesto, di una Local Tax permetterebbe un migliore uso del potere regolamentare degli enti locali e una trasparenza attorno alle modalità mediante le quali sono finanziati i servizi locali.

Il sistema di finanza locale va riorganizzato secondo una "efficienza allocativa", ovvero una efficienza capace di indirizzare l'azione verso le priorità locali, il che, però, esige che si abbia una precisa conoscenza preventiva delle esigenze locali.

Enti locali: il responsabile del servizio finanziario, titolare del fondamentale interesse pubblico di tutela della gestione finanziaria, anche ... attraverso lo strumento ricorsuale

*Salvatore La Fauci**

Per finalità di tutela della gestione finanziaria, le deliberazioni che incidano su di essa possono essere impugnate o da singoli consiglieri o anche, in base all'art. 153 del d.lgs. n. 267/2000, dal Responsabile del servizio finanziario, in rappresentanza dell'ente locale. Si tratta di un'importante norma che costituisce una naturale, logica e necessitata eccezione rispetto alla generale regola della titolarità della legittimazione a ricorrere.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La portata applicativa dell'art. 153 del d.lgs. 267/2000 - 3. Coordinamento tra artt. 153 e 107 del d.lgs. 267/2000 - 4. Ambiti di riferimento di eventuali azioni ricorsuali - 5. Autonomia degli ambiti di rappresentanza - 6. Correlazioni con la legge 20/1994.

1. Premessa.

Potendo la potestà autorizzatoria del Consiglio Comunale nei confronti della gestione (potestà naturalmente esistente pure in ipotesi di atti di Giunta, visto l'art. 125 del d.lgs. 267/2000) anche esprimersi con modalità lesive della gestione stessa (e con possibili ripercussioni pure sugli equilibri generali del comparto pubblico, specie in ipotesi di inosservanza di principi di coordinamento della finanza pubblica), il legislatore, con l'art. 153 del d.lgs. 267/2000, ha previsto gli strumenti attraverso i quali il Responsabile del servizio finanziario pone in essere le azioni di tutela eventualmente necessarie.

2. La portata applicativa dell'art. 153 del d.lgs. 267/2000.

Gli strumenti previsti dall'art. 153 del d.lgs. 267/2000 comprendono anche il ricorso amministrativo o giurisdizionale, come si legge chiaramente nella specificazione *in autonomia* che è contenuta nel comma 4, dopo le integrazioni inserite dal d.l. 174/2012: è, infatti, una specificazione che ha reso più esplicito il preesistente comma 1, il quale afferma che al servizio finanziario competono il coordinamento e la gestione dell'attività finanziaria (sono compiti che, in quanto tali, rientrano in una sfera di autonomia automaticamente correlata alla titolarità di ogni conseguente azione di tutela della gestione).

Nel tener presente che il comma 4 dell'art. 49 è una preesistente e basilare regola procedimentale (poi anch'essa opportunamente inserita, nel d.lgs.

(*) Avvocato del Foro di Messina.

267/2000, dal d.l. 174/2012) di garanzia della potestà autorizzatoria del Consiglio comunale nei confronti della gestione, ci rendiamo conto della consequenzialità dell'art. 153, che individua, nel Responsabile del servizio finanziario, il portatore del fondamentale interesse pubblico di tutela della gestione finanziaria.

3. Coordinamento tra artt. 153 e 107 del d.lgs. 267/2000.

L'art. 153 del TUEL è da leggersi in automatico coordinamento col precedente art. 107 (valido, nei comuni privi di dirigenza, ai sensi del successivo 109, c. 2), il quale, contenendo la normativa che, nel 1997 (riforma Bassanini), ha separato nettamente il ruolo dirigenziale da quello politico, determina, in capo al primo, un'autonomia che fa sì che la rappresentanza in giudizio del Comune possa, negli ambiti non meramente politici, indifferentemente essere dell'organo tecnico o di quello politico.

Se è dell'organo politico, infatti, non viene negato il principio di separazione delle competenze tra ambito tecnico ed ambito politico, venendo tale principio affermato dal comma 1 dell'art. 49 del TUEL, che rende obbligatorio il parere di regolarità tecnica sulle proposte di deliberazione non di mero indirizzo (comprese, quindi, quelle di costituzione in giudizio), dopo le quali l'eventuale applicazione del successivo comma 4 è espressione della logica stessa dell'assetto di competenze e di responsabilità che riguarda gli enti locali.

Va, al tempo stesso, osservato che non possono esserci dubbi circa l'impossibilità, da parte di responsabili di settori diversi da quello finanziario, di attivare azioni ricorsuali contro atti ritenuti lesivi di interessi dell'ente, che investano gli ambiti di riferimento.

L'art. 153 fa, infatti, riferimento al responsabile del servizio finanziario per la tutela della gestione finanziaria e ciò non è un limite dell'ordinamento, considerato che gli atti irregolari lesivi sono quelli che incidono illegittimamente sui conti pubblici, quale che sia l'ambito di provenienza.

4. Ambiti di riferimento di eventuali azioni ricorsuali.

È chiaro che, anche al di fuori della gestione finanziaria, eventuali deliberazioni ritenute invalide possono non essere attuate dall'organo tecnico, opponendosi al razionale esercizio delle attività di valutazione, di giudizio, di conoscenza, di cui all'art. 107 del d.lgs. 267/2000, fermi ovviamente restando gli esiti dei controlli interni e/o esterni che ne potranno conseguire.

Ed è altrettanto chiaro che, ove invece vengano attuate, potranno, in applicazione dell'art. 147 bis, c. 1, del d. lgs. 267/2000, non essere rese esecutive, non essendoci irregolarità tecnica che, in ambito di atti aventi riflessi finanziari, non sia anche contabile.

Nel concreto, però, tutto ciò può incontrare un limite nella possibilità che

i beneficiari individuati da deliberazioni non attuate dall'organo tecnico ricorrono validamente contro il comune.

Ad esempio, il contrasto di deliberazioni col parere di regolarità contabile previsto dall'art. 49, c. 1, non intacca le posizioni giuridiche soggettive degli interessati, se le deliberazioni stesse non siano state ritirate d'ufficio: si tratta di una delle dinamiche che, sulla base di tutte le valutazioni di ciascun caso specifico, può far ritenere necessaria, al Responsabile del servizio finanziario, l'impugnazione degli atti, in via, come già detto, amministrativa o giurisdizionale.

Altra possibile dinamica: deliberate modifiche (ovviamente rispetto alle proposte effettuate ai sensi dell'art. 49, c. 1, del d.lgs. 267/2000) di relazioni di bilancio, dalle quali sia, a scapito di importanti vincoli finanziari, materialmente impossibile, da parte del responsabile del servizio finanziario, il discostamento operativo (un possibile caso concreto: negazione, mediante deliberazione, di specifici indici di criticità finanziaria, con formale improcedibilità di successivi atti correttivi).

È, pertanto, coerente e completo l'assetto normativo che determina la generale portata applicativa dell'art. 153 del d.lgs. 267/2000.

5. Autonomia degli ambiti di rappresentanza.

È, così, chiaro che, in ipotesi di discordanza tra organo politico e Responsabile del servizio finanziario (per ritenuta illegittimità di deliberazioni non conformi alle relative proposte), la rappresentanza tecnica costituisce necessariamente una scelta autonoma di quest'ultimo, se l'azione in giudizio sia ritenuta necessaria per salvaguardare l'ente da conseguenze lesive della gestione finanziaria, indipendentemente dalla circostanza che i relativi atti siano stati approvati nella sfera di legittimazione derivante dall'art. 49, c. 4, o siano, invece, formalmente illegittimi o nulli (ovviamente, la problematica può sorgere anche in ipotesi di decreto ingiuntivo, se ci sia volontà dell'organo politico di non proporre opposizione).

Al di fuori di questa ipotesi di discordanza (ipotesi in cui, sul piano giuridico, il Comune, identificandosi, per finalità di sua tutela, solo nella propria rappresentanza tecnica, rende sottostante quella politica), vale ovviamente l'individuazione, nello Statuto, degli ambiti di rappresentanza politica e di quelli di rappresentanza tecnica, essendo solo ereditato dalla precedente normativa l'andamento generalizzato che vede affidata la rappresentanza legale dell'ente al Sindaco, indipendentemente dagli ambiti di riferimento.

Infatti, dopo la modifica apportata dalla legge 127/1997 all'art. 51 della legge 142/1990 (articolo corrispondente all'attuale 107 del TUEL), la figura dirigenziale si è, come già detto, autonomamente aggiunta, sul piano della rappresentanza interna ed esterna dell'ente, a quella politica.

Va osservato, a questo proposito, che, se venisse accolto il diverso con-

cetto di divisione della rappresentanza tecnica da quella politica che, di fatto, anche in questo specificissimo ambito trova spesso affermazione, il contrasto con l'art. 107 non sarebbe limitato a se stesso, perché, sul versante finanziario, si tradurrebbe in materiale inapplicabilità dell'art. 153, in ordine al potere di autonoma tutela di cui si è detto, con automatica limitazione dello stesso, incompatibile con la *ratio* della norma.

Diviene, infatti, impossibile affermare il concetto stesso di tutela della gestione finanziaria, se si sostiene l'esclusività della rappresentanza in giudizio dell'ente in capo all'organo politico: argomentare in questi termini significa respingere l'impianto normativo che è contenuto nell'art. 153.

Pertanto, negli ambiti di rappresentanza tecnica eventualmente individuati dallo Statuto, la costituzione in giudizio dell'ente potrà, per finalità di semplificazione dell'attività amministrativa, essere disposta non con deliberazione, ma con determinazione, stante comunque la possibilità dell'organo politico di applicare l'art. 49, c. 4, per sostanziale analogia, nel caso specifico, tra determinazione e proposta di deliberazione.

6. *Correlazioni con la legge 20/1994.*

Ci si chiede quali possano essere le conseguenze, sul piano della responsabilità amministrativa, di eventuali atti annullati per illegittimità, a seguito di azione ricorsuale autonomamente intrapresa dal Responsabile del servizio finanziario, sulla base della legittimazione che gli è riconosciuta dall'art. 153 del TUEL.

Al di fuori, ovviamente, dell'eventuale riscontro del dolo o della colpa grave, potrebbero anche esserci i presupposti concreti per la positiva valutazione, da parte della magistratura contabile, del momento dell'attività amministrativa, del fine perseguito e dei vantaggi comunque conseguiti dalla collettività.

Va sottolineata, al riguardo, la componente legata alla validità o meno della motivazione che può essere riscontrata in atti che, di fatto, affermino la prevalenza dell'interesse pubblico specifico sull'interesse pubblico generico dettato dalla norma che è stata disattesa.

La mancata acquisizione di entrate potrebbe essere un esempio in ordine ad ipotesi di aiuti finalizzati al sostegno di interessi privati che, producendo benefici concreti in via generale, siano sottostanti all'interesse pubblico territoriale.

Il trasporto pubblico locale: la qualificazione dell'attività in termini di servizio pubblico e il contratto di servizio

Ivan Michele Triolo*

SOMMARIO: 1. Premessa: dalla nozione di servizio pubblico a quella di servizio pubblico locale - 1.1. L'indefettibilità dell'intervento pubblico e il concetto di adeguatezza del mercato di riferimento - 2. Il concetto di trasporto pubblico locale - 3. Il decentramento amministrativo: il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 e l'avvento del contratto di servizio - 3.1. Le origini dell'istituto del contratto di servizio e l'attuale disciplina nell'ordinamento comunitario - 3.2. Il contratto di servizio nell'ordinamento italiano - 3.3. La natura giuridica del contratto di servizio e le tipologie applicabili al settore del trasporto pubblico locale.

1. Premessa: dalla nozione di servizio pubblico a quella di servizio pubblico locale.

Ciò che maggiormente caratterizza il trasporto pubblico locale non è tanto la modalità (1) di svolgimento dello stesso, quanto la qualificazione dell'attività di trasporto in termini di servizio pubblico. È tale qualificazione che comporta l'assoggettamento di una determinata attività di trasporto ad un regime del tutto peculiare, ed è quindi opportuno cercare di capire cosa si intenda - oggi - per servizio pubblico locale.

L'operazione non è delle più semplici. Non esiste, infatti, nel nostro ordinamento, una compiuta definizione legislativa di servizio pubblico e di servizio pubblico locale (2).

Per quanto riguarda i *servizi pubblici*, si può affermare che essi consistano in una serie di prestazioni di vario tipo, nella gran parte dei casi volte a garantire diritti costituzionalmente tutelati (si pensi all'istruzione, alle prestazioni

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura distrettuale di Bologna.

(1) Le modalità di svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale possono essere molteplici, come specificato dall'art. 1 del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, il quale al comma 2 richiama «[...] l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei [...]».

(2) In questi termini, G. PALLIGIANO, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, relazione al convegno *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Vallo della Lucania, 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it. A livello normativo, l'art. 1, comma 1 della l. 12 giugno 1990, n. 146, relativa all'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, si limita a definire questi ultimi come «[...] quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione». Per quanto riguarda i servizi pubblici locali, l'art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», individua tali servizi in quelli che «abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Infine, celebre è l'affermazione di chi colloca la nozione di servizio pubblico «tra quelle più tormentate»: così M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bologna, 1986, 69 ss.

sanitarie, all'assistenza sociale e così via), o a soddisfare esigenze che la pubblica autorità ritiene indispensabili. Si tratta, dunque, di attività a carattere necessario che devono essere svolte in concreto e in modo continuativo, che hanno una dimensione universale con riferimento ad un determinato contesto socio-territoriale, e che sono accessibili in principio a tutti i consociati (3).

È compito dei pubblici poteri garantire il corretto svolgimento di tali attività, provvedendovi direttamente ovvero affidando l'espletamento del servizio a soggetti di natura privatistica o pubblicistica, formalmente o sostanzialmente esterni all'apparato pubblico. Nel caso di affidamento esterno, l'attività dei pubblici poteri si limita alla regolazione delle modalità di svolgimento del servizio ed al relativo controllo. L'attività di regolazione, in particolare, consiste nell'imporre ai soggetti esercenti alcuni *obblighi di servizio pubblico*. Sono da intendere come tali quegli obblighi che - al fine di salvaguardare i propri interessi commerciali - non verrebbero assunti affatto dal soggetto esercente, o non verrebbero assunti nella stessa misura (4). Tra essi rientra il c.d. obbligo di servizio universale, di derivazione comunitaria, volto a garantire «*un insieme minimo di servizi di una qualità determinata [...] a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, ad un prezzo ragionevole*» (5).

Sin dal XIX secolo, con riguardo alla nozione di servizio pubblico, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato diverse teorie, nel tentativo di trovare una compiuta definizione e, allo stesso tempo, di adeguarla alle diverse realtà sociali e politiche. Si è così passati da una concezione soggettiva del servizio pubblico, che definiva tale qualsiasi attività svolta dall'Amministrazione che non fosse pubblica funzione e - quindi - non avesse carattere autoritativo, ad una concezione soggettiva temperata, che identificava la pubblicità del servizio nella imputabilità dello stesso all'Amministrazione, escludendo la necessità di una gestione diretta ed ammettendo la partecipazione di soggetti privati. Fino all'affermazione ultima di una concezione oggettiva del servizio pubblico, in cui non rileva la natura del soggetto esercente, bensì l'idoneità dell'attività svolta a soddisfare alcuni bisogni essenziali dei cittadini (6). La

(3) In questi termini, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011, 238.

(4) Così, ancora, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 238. Inoltre, il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, all'art. 2, lett. e), definisce l'obbligo di servizio pubblico come «*l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso*».

(5) Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), art. 2, lett. j).

concezione oggettiva del servizio pubblico, inoltre, risulta essere avvalorata dal disposto dell'art. 43 della Costituzione (7).

È a tale concezione oggettiva che ci si è riferiti nella definizione tracciata in precedenza, ed è la stessa a cui fanno riferimento il legislatore nazionale, quello comunitario, nonché la giurisprudenza (8).

Parzialmente diverso è il discorso per i *servizi pubblici locali*. Come sostenuto da autorevole dottrina, «sembra un paradosso, e forse in parte lo è, ma [...] oggi la parentela (non tanto di disciplina quanto concettuale) del concetto del servizio pubblico nazionale e del servizio pubblico locale è una parentela molto lontana» (9).

I servizi pubblici locali sono attività di natura imprenditoriale che si caratterizzano per essere immediatamente e direttamente finalizzate alla soddisfazione di un bisogno primario (10) della collettività (locale) di riferimento (11). Si tratta di una categoria aperta - priva di elencazione normativa - che comprende un'insieme di attività fra loro molto diverse, ed il cui comune denominatore è la diretta soddisfazione di interessi e bisogni della collettività, «che si presenta quindi quale contraente dell'erogatore del servizio» (12).

Inoltre, sulla base di quella che, nelle originarie intenzioni del legislatore, sarebbe dovuta essere la disciplina generale dei servizi pubblici locali, ossia gli art. 112 e ss. del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (recante il «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali») e successive modificazioni, occorre distinguere tra servizi pubblici locali aventi rilevanza economica (art. 113, d.lgs. n. 267/2000) e servizi pubblici locali *non* aventi rilevanza economica (art. 113 *bis*, d.lgs. n. 267/2000).

(6) Sulle diverse concezioni di servizio pubblico, si veda la sintetica ma chiara ricostruzione elaborata in L. GIZZI, *Trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?*, 2013, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

(7) In questi termini, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2012, 14. Inoltre, sul ruolo dell'art. 43 Cost. nell'individuazione di una nozione oggettiva di servizio pubblico, si veda U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, 48 ss.

(8) Tra le pronunce più recenti sulla identificazione giuridica di un servizio pubblico, si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2021, in www.dirittodeiservizipubblici.it, in cui si afferma che «[...] per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile a livello soggettivo la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione».

(9) M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 15/2004, 75.

(10) Il più delle volte, o addirittura potremmo dire sempre, si tratta di un bisogno costituzionalmente tutelato. Basti pensare al trasporto pubblico locale, il quale è diretto a soddisfare (o meglio, a garantire) la libertà di circolazione degli individui, tutelata dall'art. 16 della Costituzione.

(11) In questi termini, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2003, 2582.

(12) M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit., 76.

Dei secondi il presente contributo non si occupa specificamente. Basti qui dire, citando una recente sentenza del Consiglio di Stato, che si tratta di quei «servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo» (13) (l'esempio, divenuto ormai classico, è quello dei servizi socio-assistenziali). Tali servizi, in seguito all'annullamento dell'art. 113 *bis* del d.lgs. n. 267/2000, ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004, sono oggetto delle singole discipline regionali, seppur sotto un più o meno penetrante controllo statale relativo ai livelli essenziali delle prestazioni (14).

Ciò che qui interessa, invece, sono i servizi pubblici aventi rilevanza economica, tra cui va senza dubbio annoverato il trasporto pubblico locale (15).

Il concetto di rilevanza economica, anch'esso privo di definizione legislativa (16), è stato oggetto di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sin dall'originaria qualificazione in termini di rilevanza industriale (17). A tal proposito, sono state avanzate diverse ipotesi classificatorie (18).

Una prima ipotesi ha portato ad identificare la rilevanza economica con la remuneratività dell'attività, cioè con la capacità di produrre lucro (19). La seconda ipotesi, invece, ha posto a fondamento della distinzione tra rilevanza economica e non un criterio soggettivo, in base al quale farebbero parte dei servizi della prima categoria quelli che l'Ente locale - nella propria discrezionalità - intende organizzare e gestire in regime di profitto (20).

(13) Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 23 ottobre 2012, n. 5409, in www.giustizia-amministrativa.it.

(14) In base all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, rientra tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

(15) In questi termini, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 18.

(16) TAR Sardegna, Sez. I, sentenza 2 agosto 2005, n. 1729, in federalismi.it, ha precisato che «la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica e, per converso, quella di servizio privo di siffatta rilevanza, dev'essere ricostruita in via interpretativa, mancando una disposizione normativa che ne fornisca la definizione».

(17) Gli artt. 113 e 113 *bis*, prima di essere modificati ad opera dell'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, facevano riferimento, rispettivamente, ai servizi pubblici con rilevanza industriale ed ai servizi pubblici privi di detta rilevanza.

(18) Per una chiara sintesi si veda la ricostruzione (qui richiamata) elaborata in M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, cit., 2590.

(19) Il ricorso al criterio della remuneratività è stato contestato dalla giurisprudenza amministrativa. Si veda Cons. di Stato, Sez. V, sent. 10 settembre 2010, n. 6529, in www.giustizia-amministrativa.it, che richiama i principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza 27 luglio 2004, n. 272. Il Consiglio di Stato afferma che, per qualificare le due categorie di servizi pubblici locali in esame, «[...] occorre far ricorso ad un criterio [...] che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio».

(20) Così, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, cit., 2590.

Una terza ipotesi - che, come sostenuto da eminente dottrina, sembra essere la più accreditata (21) - ha individuato la rilevanza economica facendo leva sul dato obiettivo della riforma operata dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Con tale norma il legislatore aveva inciso profondamente sulla disciplina originaria dei servizi pubblici locali di cui al d.lgs. n. 267/2000, riscrivendo il testo dell'art. 113 e introducendo *ex novo* l'art. 113 *bis*. Il risultato della riforma, in definitiva, era stato l'introduzione nel nostro ordinamento della distinzione tra servizi a rilevanza industriale (oggi rilevanza economica) e servizi privi di detta rilevanza. La nuova disciplina così introdotta, individuava l'elemento di maggior distinzione tra servizi industriali e non industriali nella necessaria separazione - per i primi - tra la gestione del servizio e la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali. Proprio sulla base del dettato normativo della riforma citata, questa terza ipotesi classificatoria ha riconosciuto rilevanza economica a quei servizi che per essere esercitati necessitano di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali.

Infine, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, amministrativa, nonché della Corte di giustizia dell'Unione europea, è possibile avanzare una quarta ipotesi che individua quale fondamento della rilevanza economica di un'attività lo «[...] scopo precipuamente lucrativo, la [...] assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione» (22), nonché l'idoneità ad essere svolta in un regime di libera concorrenza (23). In base a tale quarta ipotesi, il servizio pubblico locale di rilevanza economica è stato definito come un «*servizio destinato a*

(21) In questi termini, ancora, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Speciale*, cit., 2590, che attribuisce maggior fondamento proprio a tale ipotesi classificatoria.

(22) Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, richiamata da Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272, in www.cortecostituzionale.it. In questi termini anche TAR Sardegna, Sez. I, sentenza 2 agosto 2005, n. 1729, già citato, secondo cui la distinzione tra servizi a rilevanza economica e non è «[...] legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione [...]». Così anche Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it, che comparando la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica con quella comunitaria di servizio di interesse economico generale (SIEG), sottolinea come entrambe le nozioni facciano «riferimento [...] ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato" [...]; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni [...]».

(23) La sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004, per avallare la legittimità costituzionale dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, ha fatto leva proprio sulla competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia trasversale della tutela della concorrenza, la quale attrae sicuramente i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica.

fornire prestazioni considerate necessarie e, dunque, dirette a realizzare anche "fini sociali", nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, reso attraverso un'attività economica intesa in senso ampio, ossia volta ad offrire beni o servizi su un determinato mercato, e la cui gestione deve, di regola, avvenire mediante affidamento, tramite procedure competitive ad evidenza pubblica, a soggetti terzi in un'ottica di tutela della concorrenza» (24).

L'inquadramento di un'attività nell'ambito dei servizi pubblici locali comporta la sua sottoposizione ad un peculiare regime giuridico che, negli ultimi anni, è stato sottoposto ad un intenso processo di riforma volto ad aprire al libero mercato il settore di cui trattasi. Tentativi di liberalizzazione che, tuttavia, sono stati frenati dai noti esiti referendari e giurisprudenziali del biennio 2011-2012 (25).

Per quanto riguarda lo specifico settore del trasporto pubblico locale, occorre sottolineare come esso sia stato interessato da un processo riformatore in qualche modo precursore di quello che - negli ultimi anni - ha interessato la materia dei servizi pubblici locali nel suo complesso. Fin dal 1997, infatti, si è affermata per il trasporto pubblico locale una chiara politica legislativa che ha scelto «*come modello applicabile alla gestione del servizio quello della concorrenza "per il mercato" realizzata attraverso lo strumento della gara*» (26). Il rapporto tra la disciplina generale e quella settoriale è stato così interessato da una continua alternanza tra inclusione ed esclusione del trasporto pubblico locale dall'ambito dei modelli organizzativi dei servizi pubblici locali (27).

1.1. L'indefettibilità dell'intervento pubblico e il concetto di adeguatezza del mercato di riferimento.

Sono stati individuati tre caratteri fondamentali che definiscono la qualificazione in chiave di servizio pubblico (a rilevanza economica) di una determinata attività. Deve trattarsi di un'attività suscettibile di essere organizzata in forma d'impresa, diretta alla immediata soddisfazione di un bisogno primario della collettività, ed esercitata direttamente nei confronti della collettività stessa.

Tuttavia, questi elementi da soli non sono sufficienti per la complessa qualificazione di un'attività in termini di servizio pubblico locale (28). È ne-

(24) A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 25.

(25) Ci si riferisce all'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, in seguito al referendum del 12-13 giugno 2011, ed all'annullamento dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012.

(26) A. CABIANCA, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, in *Ist. federalismo*, n. 5-6/2010, 589.

(27) In questi termini, ancora, A. CABIANCA, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, cit., 589.

(28) In questi termini, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit., 77.

cessario, infatti, un ulteriore carattere che può essere compreso più a fondo grazie ad un semplice esempio.

Si prenda in considerazione l'esempio - al limite della semplificazione - di due linee di trasporto. La prima molto trafficata, servita da diverse imprese di trasporto, tra cui quella riconducibile direttamente o indirettamente all'Ente locale. La seconda marginale, che magari collega un piccolo Comune montano con una città di più grandi dimensioni, in cui il servizio viene esercitato unicamente dall'Ente locale, risultando la linea poco attrattiva dal punto di vista commerciale a causa del basso tasso di utenza. Se nel primo caso si eliminasse l'intervento dell'Ente locale, il bisogno primario di mobilità dei cittadini non rimarrebbe di certo insoddisfatto, essendo la tratta servita da più imprese (si potrebbero avanzare alcune considerazioni sulle tariffe di accesso al servizio di trasporto, ma non è ciò che qui interessa). La medesima sottrazione dell'intervento pubblico nel secondo caso, invece, darebbe luogo a risultati del tutto differenti. In questo caso, infatti, a causa della bassa attrattività commerciale della linea, sarebbe impossibile per i consociati soddisfare il proprio bisogno di mobilità, o comunque sarebbe impossibile soddisfarlo a tariffe accessibili.

Il quarto elemento necessario affinché un'attività economica esercitata dall'Ente locale possa qualificarsi in termini di servizio pubblico attiene, dunque, alla «*indefettibilità dell'intervento pubblico ai fini della soddisfazione del bisogno primario. In altri termini, [...] è necessario che l'intervento dell'ente locale sia indispensabile per l'adeguata soddisfazione del bisogno*» (29).

È quindi servizio pubblico locale solamente quell'attività economica diretta alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività che, in mancanza dell'intervento pubblico, rimarrebbe assolutamente o relativamente insoddisfatto.

Ciò che entra in gioco è quel concetto che è stato definito, da autorevole dottrina, della «*adeguatezza del mercato*» (30). Se il mercato è adeguato per garantire la compiuta soddisfazione del bisogno, l'intervento dell'Ente locale non può essere giustificato in termini di servizio pubblico. L'Ente potrà comunque svolgere quella determinata attività economica, ma questa non sarà sottoposta al regime giuridico peculiare che riguarda i servizi pubblici locali. Se, al contrario, il mercato è assente - o comunque è inadeguato - e di conseguenza non garantisce la soddisfazione del bisogno, l'attività economica svolta dall'Ente si qualificherà certamente quale servizio pubblico locale.

Come si può facilmente intuire, il concetto di adeguatezza del mercato è assolutamente *dinamico* (31), sia nel tempo che nello spazio, esattamente come

(29) M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit., 77.

(30) M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit., 78.

(31) In questi termini, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, cit., 2582.

la qualificazione di un bisogno della collettività quale primario o secondario. Ciò che si qualifica come servizio pubblico in un determinato contesto territoriale, potrà non esserlo con riferimento ad un altro contesto, e viceversa.

Inoltre, il concetto di adeguatezza del mercato non può che porsi in stretto collegamento con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2 della Costituzione (32). Infatti, quand'anche il mercato fosse adeguato come offerta per la soddisfazione del bisogno, occorre chiedersi a che prezzo ciò avverrebbe per la collettività. Le tariffe di accesso al servizio potrebbero essere troppo elevate per le fasce più deboli della popolazione, che sarebbero così escluse dal servizio. Un mercato adeguato, dunque, non è quello che garantisce la mera soddisfazione del bisogno in termini di offerta, ma è quel mercato che garantisce la soddisfazione del bisogno nonché l'accessibilità diffusa al servizio, indipendentemente dalla condizione economica degli utenti (33).

Infine, la qualificazione, nei termini esposti, di un'attività economica in chiave di servizio pubblico locale ne determina la titolarità esclusiva in capo all'Ente di riferimento, il quale dovrà garantirne l'erogazione a prescindere dal modello di gestione adottato (34).

2. Il concetto di trasporto pubblico locale.

Dopo questa dovuta premessa, è finalmente possibile chiarire cosa si intenda, alla luce delle considerazioni svolte, per trasporto pubblico locale.

In questo caso, la definizione viene fornita direttamente dal legislatore, il quale definisce i *servizi pubblici di trasporto regionale e locale* al secondo comma dell'art. 1 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 (35), recante il conferimento alle Regioni ed agli Enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale. Secondo la norma citata, sono servizi

(32) Secondo cui «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

(33) In questi termini, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit., 79.

(34) In questi termini, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, cit., 2592.

(35) Sulla riforma operata dal d.lgs. n. 422/1997 si veda, tra gli altri, A. CLARONI, *Le regole di accesso al mercato dei servizi di trasporto pubblico locale*, in S. ZUNARELLI, A. ROMAGNOLI, A. CLARONI, *Diritto pubblico dei trasporti*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2013, 180 ss.; A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 67 ss.; S. BUSTI, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in A. CLARONI (a cura di), *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento*, 96/2011, 11 ss.; A. CABIANCA, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, cit., 589 ss.; N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2003, 2309 ss.; C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, n. 88/2002, 33 ss.

pubblici di trasporto regionale e locale «[...] i servizi di trasporto di persone e merci, che non rientrano tra quelli di interesse nazionale tassativamente individuati dall'articolo 3; essi comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale».

Come si può notare dal testo della norma, il legislatore compie un'individuazione in un certo senso residuale dei servizi pubblici di trasporto regionale e locale, escludendo da tale novero quelli «di interesse nazionale» individuati tassativamente dall'art. 3 del d.lgs. n. 422/1997, a tenore del quale costituiscono servizi pubblici di trasporto di interesse nazionale «[...] a) i servizi di trasporto aereo, ad eccezione dei collegamenti che si svolgono esclusivamente nell'ambito di una regione e dei servizi elicotteristici; b) i servizi di trasporto marittimo, ad eccezione dei servizi di cabotaggio che si svolgono prevalentemente nell'ambito di una regione; c) i servizi di trasporto automobilistico a carattere internazionale, con esclusione di quelli transfrontalieri, e le linee interregionali che collegano più di due regioni; d) i servizi di trasporto ferroviario internazionali e quelli nazionali di percorrenza medio-lunga caratterizzati da elevati standards qualitativi [...]; e) i servizi di collegamento via mare fra terminali ferroviari; f) i servizi di trasporto di merci pericolose, nocive ed inquinanti».

Inoltre, dal testo dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 422/1997, emerge che le attività di trasporto pubblico di interesse regionale e locale vanno inquadrare nella categoria dei cc.dd. *servizi di linea*, ossia di quei servizi di trasporto che si caratterizzano per la «[...] predeterminazione del tragitto, degli orari e, più in generale, delle caratteristiche delle prestazioni [...]» (36). La predeterminazione delle caratteristiche del servizio è direttamente collegata alla qualificazione dell'attività di trasporto in termini di servizio pubblico, ed è quindi funzionale ad assicurare, con regolarità e continuità, la soddisfazione del bisogno di mobilità (37) dei consociati.

Dunque, riprendendo le considerazioni svolte in merito alla nozione di servizio pubblico locale, affinché l'attività di trasporto possa soddisfare pienamente il bisogno primario di mobilità dei cittadini, sia in termini di garanzia del servizio che in termini di accessibilità allo stesso, è necessario che i pubblici poteri provvedano alla predeterminazione di tutte le caratteristiche del servizio stesso.

(36) N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, cit., 2265.

(37) Sul diritto alla mobilità quale funzione sociale del servizio di trasporto pubblico locale, si veda A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 26-35.

3. *Il decentramento amministrativo: il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 e l'avvento del contratto di servizio.*

A metà degli anni '90, la crisi finanziaria in cui versava il trasporto pubblico locale rese manifesta l'esigenza di una profonda riforma del settore, che si caratterizzava ormai per scarsa produttività, cronica perdita di efficacia e di efficienza, elevato costo del lavoro derivante dall'eccessivo numero di addetti (basti pensare che il costo del personale rappresentava circa il 70% dei costi totali). Dal punto di vista dei ricavi, invece, pesavano la scarsa qualità del trasporto pubblico e l'aumento della motorizzazione privata (38). A ciò si aggiungeva altresì l'elevato volume di risorse pubbliche assorbite dal settore (39). Si pensi che, nel solo 1997, anno della riforma, i costi delle imprese operanti nel trasporto pubblico locale ammontavano ad una cifra superiore ai 9000 miliardi di lire (40).

Per quanto concerne l'aumento della motorizzazione privata, si ritiene interessante richiamare l'osservazione di quella dottrina secondo cui tale fenomeno deriverebbe anche «[...] dall'inefficienza dei mezzi di trasporto collettivo, i quali, tuttavia, sono inefficaci per almeno due cause riconducibili all'aumento del trasporto individuale: [da un lato] la congestione generata dai mezzi privati ricade maggiormente sui mezzi di trasporto pubblico [...] e determina a sua volta aumenti nell'uso dei mezzi individuali [...]; [dall'altro lato] la riduzione dei ricavi delle aziende di TPL e le conseguenti minori disponibilità finanziarie generano minori investimenti [...]. Quindi, se è vero che l'aumento nella circolazione privata deriva dall'inefficienza del trasporto collettivo, è vero anche che tale aumento genera inefficienza nel trasporto collettivo» (41).

Alla luce della situazione sin qui descritta, è evidente come il legislatore del 1997 sia intervenuto con l'obiettivo di incrementare l'efficacia e l'efficienza dell'intero settore, superando gli assetti monopolistici presenti nella gestione dei servizi (42), e cercando di riportare ad un livello accettabile il rapporto ricavi/costi delle imprese operanti nel trasporto pubblico locale, in modo da aumentare, in definitiva, la qualità dei servizi offerti agli utenti (43).

(38) Così, C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, n. 88/2002, 34-36.

(39) In questi termini, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 71.

(40) C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, cit., 37, tab. 1.1, che elabora i dati economico finanziari delle imprese di TPL associate a Federtrasporti (oggi Asstra).

(41) C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, cit., 33-34.

(42) Obiettivo espressamente posto dall'art. 4, comma 4, lett. b), della legge n. 59/1997.

(43) In questi termini, ancora, C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, cit., 34-35, secondo cui «L'esigenza di una ristrutturazione del comparto del TPL in Italia nasce fundamentalmente da un triplice obiettivo: incremento dell'efficacia (attraverso un miglioramento nella qualità dei servizi e un recupero di quote di mercato); incremento di efficienza (attraverso un risanamento finanziario); mobilità sostenibile (attraverso un riequilibrio modale e la riduzione delle emissioni)».

La delega contenuta nella legge n. 59/1997 (c.d. *Bassanini*) è stata attuata - con riferimento al settore in esame - mediante l'emanazione del già citato decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, recante il titolo «*Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*», modificato successivamente dal decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 400.

Il d.lgs. n. 422/1997 rappresenta, tutt'oggi, la disciplina statale fondamentale per il settore del trasporto pubblico locale, unitamente alle varie leggi regionali di attuazione ed alle disposizioni generali in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, a cui si affiancano - prevalendo su alcuni aspetti - le disposizioni dettate dal diritto europeo in materia di trasporto pubblico di passeggeri.

Il decreto in esame, oltre a ridefinire l'assetto organizzativo del trasporto pubblico locale, è stato per certi aspetti anticipatorio rispetto alle scelte di politica legislativa che hanno interessato il più ampio settore dei servizi pubblici locali nel nuovo millennio (44). I punti su cui ha inciso il d.lgs. n. 422/1997 possono essere così schematizzati:

a) introduzione della già citata distinzione tra servizi pubblici di trasporto di *interesse regionale e locale* (art. 1) e servizi pubblici di trasporto di *interesse nazionale* (art. 3);

b) introduzione della «*[...] separazione funzionale tra le attività di indirizzo, programmazione e controllo del trasporto pubblico locale, che rimangono di competenza delle regioni e degli enti locali [art. 5], e l'attività di gestione del suddetto servizio pubblico [...]*» (45);

c) previsione della scelta concorrenziale del gestore del servizio di trasporto pubblico locale mediante *gara ad evidenza pubblica* (art. 18).

d) definizione contrattuale del «*[...] rapporto tra il soggetto programmatore (ente locale) e il soggetto produttore del servizio [...]*» (46), mediante lo strumento del *contratto di servizio pubblico* (art. 19).

Quest'ultimo non è che un istituto di derivazione comunitaria sapientemente definito dalla giurisprudenza amministrativa - con la nota sentenza del TAR Piemonte del 10 giugno 2010, n. 2750 - come «*[...] il rapporto mediante il quale un ente pubblico affida ad un erogatore (il gestore) lo svolgimento di determinati servizi pubblici, con contestuale ed eventuale trasferimento di pubbliche funzioni, nonché di beni pubblici strumentali allo svolgimento del servizio affidato e con l'individuazione di specifici obblighi standard di servizio*

(44) Per il rapporto tra TPL e disciplina dei servizi pubblici locali si veda, tra gli altri, A. CABIANCA, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, cit., 593-601.

(45) A. CLARONI, *Le regole di accesso al mercato dei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 183.

(46) C. BURLANDO, *Sviluppi della riforma del TPL in Italia*, cit., 49.

pubblico: le parti sono individuate da un lato nell'amministrazione pubblica affidante e, dall'altro, nel soggetto gestore del servizio affidato, affidatario».

3.1. Le origini dell'istituto del contratto di servizio e l'attuale disciplina nell'ordinamento comunitario.

Come già detto, l'istituto del contratto di servizio pubblico trae origine dall'ordinamento comunitario, e in particolare dal regolamento (CEE) n. 1893/1991 del Consiglio, del 20 giugno 1991, di modifica al regolamento (CEE) n. 1191/1969 del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile (47), oggi entrambi abrogati e sostituiti dal regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

Occorre ricordare, brevemente, che con la nozione di *obblighi di servizio pubblico* (48), si intendono quegli obblighi che, al fine di salvaguardare i propri interessi commerciali, non verrebbero assunti affatto dal soggetto esercente, o non verrebbero assunti nella stessa misura (49). Per tale motivo, dunque, si rende necessaria la loro imposizione ad opera della pubblica Autorità, al fine di salvaguardare interessi generali considerati preminenti rispetto all'interesse commerciale del soggetto esercente. Inoltre, con specifico riferimento al settore del trasporto pubblico di passeggeri, il regolamento (CE) n. 1370/2007, all'art. 2, lett. e), definisce l'obbligo di servizio pubblico come *«l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso».*

Ciò premesso, il reg. (CEE) n. 1191/1969 imponeva agli Stati membri di sopprimere gli obblighi di servizio pubblico nei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, salvo il caso in cui il loro mantenimento risultasse ne-

(47) In questi termini, A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, cit., 731.

(48) Per un approfondimento sul tema, si veda, tra gli altri, S. ZUNARELLI, *Il sostegno finanziario pubblico ai servizi di trasporto*, in S. ZUNARELLI, A. ROMAGNOLI, A. CLARONI, *Diritto pubblico dei trasporti*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2013, 229 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2001.

(49) Così, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, II ed., Giappichelli, Torino 2011, 238. Inoltre, il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, all'art. 2, lett. e), definisce l'obbligo di servizio pubblico come *«l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso».*

cessario per fornire alla collettività servizi di trasporto «sufficienti» (50), e prevedendo in tal caso una compensazione economica a favore delle imprese erogatrici (51). Tuttavia, mancava nel regolamento in parola una disciplina chiara degli strumenti mediante i quali le amministrazioni potessero imporre tali obblighi di servizio pubblico e - conseguentemente - riconoscere alle imprese le compensazioni economiche (52).

Per ovviare a tale mancanza, il regolamento in esame veniva emendato dal reg. (CEE) n. 1893/1991, a tenore del quale si prevedeva la possibilità - per le amministrazioni pubbliche - di concludere contratti di servizio pubblico con le imprese di trasporto, al fine di «[...] *garantire servizi di trasporto sufficienti tenendo conto segnatamente dei fattori sociali, ambientali e di assetto del territorio o per offrire particolari condizioni tariffarie a favore di determinate categorie di passeggeri [...]*» (53). Il predetto regolamento, inoltre, conteneva una prima disciplina sul contenuto del contratto di servizio, la quale - tuttavia - appariva nel complesso alquanto scarna (54).

Una compiuta sistemazione della materia si è avuta con l'emanazione del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, che ha abrogato il precedente reg. (CEE) n. 1191/1969. Ai sensi dell'art. 3 del reg. (CE) n. 1370/2007, l'Amministrazione che intende concedere al gestore del servizio di trasporto, scelto mediante procedura concorrenziale, «[...] *un diritto di esclusiva e/o una compensazione di qualsivoglia natura a fronte dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico deve farlo nell'ambito di un contratto di servizio pubblico*». Come emerge dal testo citato, nelle situazioni previste dalla norma il regolamento in esame rende obbligatoria l'adozione del contratto di servizio.

Il regolamento in parola, inoltre, fornisce una precisa definizione del contratto di servizio pubblico, definito dall'art. 2, lett. i) come «[...] *uno o più atti giuridicamente vincolanti che formalizzano l'accordo tra una autorità competente e un operatore di servizio pubblico mediante il quale all'operatore stesso è affidata la gestione e la fornitura dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri soggetti agli obblighi di servizio pubblico [...]*».

L'art. 4 del regolamento in esame detta la disciplina del contenuto obbli-

(50) In questi termini, C. INGRATOCI, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio pubblico nel settore dei trasporti*, cit., 962.

(51) Regolamento (CEE) n. 1191/1969, art. 14, comma 2.

(52) In questi termini, A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, cit., 733.

(53) In questi termini, ancora, A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, cit., 733.

(54) Così, M.P. GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3086.

gatorio dei contratti di servizio pubblico e della durata degli stessi. A tenore del par. 1, dell'art. 4, i «[...] contratti di servizio pubblico [...]:

a) *definiscono con chiarezza gli obblighi di servizio pubblico che l'operatore del servizio pubblico deve assolvere e le zone geografiche interessate;*

b) *stabiliscono in anticipo, in modo obiettivo e trasparente: i) i parametri in base ai quali deve essere calcolata l'eventuale compensazione; e ii) la natura e la portata degli eventuali diritti di esclusiva concessi; in modo da impedire una compensazione eccessiva [...];*

c) *definiscono le modalità di ripartizione dei costi connessi alla fornitura di servizi. Tali costi possono comprendere, in particolare, le spese per il personale, per l'energia, gli oneri per le infrastrutture, la manutenzione e la riparazione dei veicoli adibiti al trasporto pubblico, del materiale rotabile e delle installazioni necessarie per l'esercizio dei servizi di trasporto di passeggeri, i costi fissi e un rendimento adeguato del capitale.*

Infine, i contratti di servizio «[...] definiscono le modalità di ripartizione dei ricavi derivanti dalla vendita dei titoli di viaggio che possono essere trattati dall'operatore del servizio pubblico, riversati all'autorità competente o ripartiti fra di loro».

I successivi paragrafi 3 e 4 della norma in commento riguardano invece la durata dei contratti di servizio pubblico, i quali «[...] sono conclusi per una durata determinata non superiore a dieci anni per i servizi di trasporto con autobus e a 15 anni per i servizi di trasporto di passeggeri per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia. La durata dei contratti di servizio pubblico relativi a più modi di trasporto è, al massimo, di 15 anni se i trasporti per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia rappresentano oltre il 50% del valore dei servizi di cui trattasi». Tuttavia, la durata del contratto può essere prorogata sino al massimo del 50% qualora ciò sia giustificato dai costi di erogazione del servizio nelle Regioni ultra-periferiche, ovvero dalle modalità di ammortamento dei beni; in quest'ultimo caso, inoltre, se gli investimenti si presentano come eccezionali e se il contratto è stato aggiudicato mediante gara ad evidenza pubblica, la durata può essere anche superiore a quella risultante dalla proroga, purché l'Autorità competente trasmetta alla Commissione - entro un anno dalla stipula - il contratto di servizio unitamente agli elementi che ne giustificano la durata superiore (55). Come osservato da autorevole dottrina, «[...] la trasmissione del contratto alla Commissione consente di sorvolare sui dubbi interpretativi che potrebbero sorgere in merito alla indeterminatezza del concetto di eccezionalità previsto, dalla norma, in relazione all'investimento sostenuto dall'operatore di servizio pubblico, nonché in relazione alla indefinita quantificazione della "durata superiore" ascrivibile al contratto medesimo» (56).

(55) In questi termini, A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, cit., 57.

Il regolamento (CE) n. 1370/2007 pone una disciplina della durata del contratto di servizio pubblico in evidente contrasto rispetto a quanto disposto dall'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 422/1997, il quale fissa un termine massimo generale di nove anni, e un termine minimo di sei anni (rinnovabili di altri sei) per i servizi di trasporto pubblico ferroviario. Come rilevato in dottrina, e conformemente alla giurisprudenza comunitaria e costituzionale in materia (57), in questi casi deve farsi applicazione del criterio generale di risoluzione delle antinomie tra norme comunitarie immediatamente applicabili e norme interne: in altri termini, si deve procedere alla non applicazione delle seconde in favore delle prime (58). Dunque, nel caso di specie, le Autorità competenti all'affidamento dei contratti di servizio pubblico dovranno applicare l'art. 4 del regolamento (CE) n. 1370/2007, il quale, come detto, prevede una durata massima di *dieci anni* per i servizi prestati mediante autobus, e di *quindici anni* per i servizi su rotaia.

3.2. *Il contratto di servizio nell'ordinamento italiano.*

Nell'ordinamento interno, il contratto di servizio è stato introdotto per la prima volta, con riferimento ai servizi pubblici locali - e, segnatamente, ai servizi di trasporto - proprio dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 (59). Successivamente, tale istituto è stato esteso al settore della distribuzione del gas naturale, ai sensi del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, fino alla generale estensione all'intero universo dei servizi pubblici locali avvenuta ad opera dell'art. 35 della legge n. 448/2001 (60).

Ai sensi dell'art. 18, comma 1 del d.lgs. n. 422/1997, «*L'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, è regolato, a norma dell'articolo 19, mediante contratti di servizio [...]*». Il decreto in esame ha dunque previsto il contratto di servizio quale strumento di generale applicazione - nonché obbligatorio - per regolare l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale (61). Sull'obbligatorietà del contratto di servizio si è espressa in passato la giurisprudenza am-

(56) A. CLARONI, *Le regole di accesso al mercato dei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 222.

(57) Si vedano, in particolare, Corte di giustizia CE, sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77 (c.d. *Simmenthal*) in www.giurcost.org, e Corte costituzionale, sentenza 5 giugno 1984, n. 170 (c.d. *Granital*) in www.cortecostituzionale.it.

(58) Così, ancora, A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità"*, tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria, cit., 62-63.

(59) In questi termini, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 97, che richiama G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005, 321-322.

(60) Così, M.P. GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3088.

(61) Così, ancora, M.P. GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3088.

ministrativa, e in particolare il TAR Molise, con la sentenza 11 aprile 2002, n. 303, secondo cui deve ritenersi illegittima «[...] l'autorizzazione di un servizio di autolinea il cui esercizio non è stato regolato da un contratto di servizio».

Di notevole importanza è la previsione del secondo comma dell'art. 19, a tenore del quale viene sancita la nullità dei contratti di servizio pubblico per i quali non è assicurata, al momento della loro stipula, la corrispondenza tra gli importi dovuti dall'Ente pubblico all'impresa di trasporto per le prestazioni oggetto del contratto e le risorse effettivamente disponibili. Tali importi, inoltre, ai sensi del quarto comma della norma citata, «[...] possono essere soggetti a revisione annuale con modalità determinate nel contratto stesso allo scopo di incentivare miglioramenti di efficienza [...] in misura non maggiore al tasso programmato di inflazione, salvo l'eventuale recupero delle differenze in caso di rilevante scostamento dal tasso effettivo di inflazione, a parità di offerta di trasporto».

Sul piano dell'incremento dell'efficienza nel settore dei trasporti, il quinto comma dell'art. 19 stabilisce che i contratti di servizio devono avere «[...] caratteristiche di certezza finanziaria e copertura di bilancio [e devono] prevedere un progressivo incremento del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi, rapporto che, al netto dei costi di infrastruttura, dovrà essere pari almeno allo 0,35 a partire dal 1 gennaio 2000».

Infine, per quanto riguarda la durata dei contratti di servizio pubblico, l'art. 18, comma 1 del d.lgs. n. 422/1997 fissa una termine massimo generale di *nove anni*. La medesima norma prevede tuttavia un'eccezione per i contratti relativi ai servizi di trasporto pubblico ferroviario, che al fine di garantire l'efficace pianificazione del servizio, degli investimenti e del personale, devono avere una durata minima non inferiore a *sei anni* rinnovabili di altri sei. Tuttavia, come si è già argomentato, le disposizioni sulla durata - e non solo - sono ormai oggetto di disapplicazione in favore delle norme contenute nel regolamento (CE) n. 1370/2007.

3.3. La natura giuridica del contratto di servizio e le tipologie applicabili al settore del trasporto pubblico locale.

Per quanto riguarda la natura giuridica del contratto di servizio pubblico, sull'argomento si è autorevolmente espressa la giurisprudenza amministrativa con la già citata sentenza del TAR Piemonte del 10 giugno 2010, n. 2750 (62), che ha esaminato la questione facendo un confronto tra le tesi elaborate in proposito dalla dottrina, ossia la tesi privatistica e quella pubblicistica.

Dopo aver ricondotto il contratto di servizio nell'ambito del diritto pub-

(62) Sulla sentenza TAR Piemonte, Sez. I, 10 giugno 2010, n. 2750, si vedano le già citate note di M.P. GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3081 ss.; e di C. INGRATOCCI, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio pubblico nel settore dei trasporti*, cit., 960 ss.

blico, qualificandolo quale *contratto ad oggetto pubblico* - cioè funzionale all'esercizio di un'attività pubblica (63) - la sentenza citata ha individuato nell'*accordo amministrativo* di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, la figura di riferimento che consente tale qualificazione pubblicistica (64). In particolare, il contratto di servizio va ricondotto alla categoria degli *accordi sostitutivi necessari*, rappresentando l'unica modalità tipizzata di esercizio del potere amministrativo, per la costituzione-regolazione del rapporto tra gestore e Amministrazione, e non un'alternativa al provvedimento finale (65).

Si ritiene utile riportare qui le parole del Collegio, secondo cui i contratti di servizio pubblico «[...] non sono, in realtà, negozi di diritto privato, ma cc.dd. contratti ad oggetto pubblico; in particolare, essi ricadrebbero nella categoria degli accordi sostitutivi di provvedimento, in quanto sostitutivi del provvedimento concessorio, precedentemente sussistente e regolante i rapporti gestore-Amministrazione; tali accordi, quindi, ricadono nella giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi dell'art. 11 della l. 241 del 1990. La particolarità degli accordi in esame è quella di appartenere alla species dei cc.dd. "accordi necessari", species tipica del settore dei servizi pubblici locali, nella quale è il legislatore stesso ad imporre la conclusione di un accordo in luogo del provvedimento».

In conclusione, non resta che soffermarsi sulle tipologie di contratto di servizio che trovano applicazione nel settore dei servizi pubblici di trasporto.

La dottrina individua generalmente due tipologie contrattuali, il contratto di servizio *gross cost* e il contratto di servizio *net cost*, che si differenziano in relazione a due parametri fondamentali: il rischio industriale ed il rischio commerciale (66). Il rischio industriale attiene all'eventualità che i costi di esercizio eccedano quelli previsti, mentre il rischio commerciale è connesso alla possibilità che i ricavi tariffari effettivi siano inferiori a quelli preventivati (67).

La tipologia di contratto *gross cost* addossa al soggetto gestore-affidatario il solo rischio industriale, permanendo quello commerciale in capo all'Amministrazione affidante, la quale dovrà erogare direttamente al gestore un corrispettivo - pattuito *ex ante* e indicato nel contratto - a copertura integrale degli oneri di servizio (68). Come è stato attentamente osservato, la tipologia in questione corrisponderebbe alla nozione comunitaria di appalto (69).

Il contratto *net cost*, invece, addossa al soggetto gestore-affidatario, che

(63) Così, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 99.

(64) In questi termini, M.P. GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3100.

(65) Così, ancora, M.P. GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3101.

(66) In questi termini, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di ri-forma del settore*, cit., 103.

(67) Così, ancora, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 103-104.

percepisce i proventi tariffari, sia il rischio industriale che quello commerciale, prevedendo che l'Amministrazione affidante eroghi al gestore un corrispettivo - pattuito *ex ante* e indicato nel contratto - a copertura della differenza tra i costi di esercizio e i ricavi di traffico previsti (70). Eminente dottrina ha tuttavia osservato come la tipologia di contratto *net cost* corrisponda all'istituto della «concessione di servizi», in base al quale la controprestazione a favore del concessionario-gestore consiste unicamente nel diritto di gestire e sfruttare economicamente il servizio - in questo caso di trasporto pubblico regionale e locale - percependo i relativi proventi tariffari, con l'aggiunta eventuale di un prezzo pattuito con l'Amministrazione qualora al concessionario venga imposto di praticare prezzi inferiori a quelli ordinari di mercato, ovvero qualora si tratti di assicurare determinati *standard* di qualità del servizio stesso (71).

È evidente come un contratto *gross cost* comporti il rischio intrinseco che il soggetto gestore-affidatario ponga in essere una politica gestionale mirata al mero contenimento dei costi, senza stimolarlo ad un incremento della qualità e dell'efficienza del servizio, e di conseguenza delle entrate tariffarie (72). Per queste ragioni sono state elaborate nella prassi una serie di fattispecie contrattuali intermedie alle due principali, tra cui il c.d. contratto *gross cost incentivante*. Si tratta di una tipologia di contratto di servizio che «[...] al normale regime contrattuale del *gross cost* [...] associa una serie di clausole (c.d. di *bonus/malus*) strettamente connesse ai ricavi da traffico. In tale contesto, attraverso l'individuazione di parametri incentivanti, al raggiungimento (o meno) dei quali può corrispondere il percepimento di un premio (che, generalmente, si traduce nel percepimento di parte dei ricavi da traffico) ovvero, in caso contrario, l'applicazione di penali, l'affidatario è stimolato ad offrire all'utenza un servizio più efficiente ed efficace e, conseguentemente, ad incrementare i ricavi» (73). Mediante tale «correttivo» apportato al contratto *gross cost*, le Amministrazioni affidanti cercano di annullare le potenziali conseguenze negative collegate a tale tipologia contrattuale, in modo da garantire alla collettività un servizio efficace ed efficiente.

(68) Così, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 104.

(69) Così, A. NICOTERA, *L'affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale*, in A. CLARONI, *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento*, 96/2011, 101.

(70) In questi termini, A. CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in S. ZUNARELLI (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 49, Cedam, Padova, 2008, 171.

(71) Così, S. BUSTI, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, cit., 46.

(72) Così, A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, cit., 104.

(73) A. CLARONI, *Le regole di accesso al mercato dei servizi di trasporto pubblico locale*, cit., 213.

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Profili problematici della tutela processuale in tema di pensioni ordinarie dinanzi alla Corte dei Conti

*Adolfo Mutarelli**

SOMMARIO: 1. Cenni minimi intorno alla giurisdizione pensionistica della Corte dei Conti dei pubblici dipendenti (privatizzati e non) - 2. Evoluzione del processo pensionistico - 3. Prescrizione ed incompetenza territoriale - 4. Termini di proposizione dell'appello - 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Cenni minimi intorno alla giurisdizione pensionistica della Corte dei Conti dei pubblici dipendenti (privatizzati e non).

In materia di previdenza del lavoro pubblico (1) non si riscontra l'identità tra giudice del rapporto e giudice della sicurezza sociale che contraddistingue il rapporto di lavoro privato. A sua volta nello stesso ambito del lavoro pubblico la giurisdizione sul rapporto è ripartita tra giudice ordinario per i rapporti di lavoro pubblico privatizzati e giurisdizione amministrativa esclusiva per i rapporti relativi alle c.d. categorie escluse come individuate nell'art. 1, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (2).

Tale diversificato regime si ricomponde in unità per le controversie di previdenza obbligatorie che, per i lavoratori privatizzati e non, rientrano nella giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti *in abito* di giudice del rapporto

(*) Già Avvocato dello Stato.

(1) L'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti *in subiecta materia* abbraccia sia la materia delle pensioni ordinarie (civili e militari) che le pensioni di guerra. In proposito è agevole il rinvio a F. GARRI - G. DAMMICO - A. LUPI - P. DELLA VENTURA - L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Giuffrè, Milano, 2007 *passim*.

(2) Per un'accurata analisi delle categorie escluse è agevole il rinvio a M. GERARDO, *Controversie escluse dalla cognizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro*, in *Il Processo nelle controversie di lavoro pubblico*, in M. GERARDO - A. MUTARELLI, Giuffrè, Milano, 2012, p. 69 ss.

pensionistico, ricomprendendosi in tali controversie, a norma degli artt. 13 e 62 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, tutte quelle concernenti la sussistenza del diritto, la misura e la decorrenza della pensione dei pubblici dipendenti, comprese quelle nelle quali si allegghi, a fondamento della pretesa, l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione pensionistica da parte dell'ente obbligato, ancorché non sia in contestazione il diritto al trattamento di quiescenza nelle sue varie componenti e la legittimità dei provvedimenti che tale diritto attribuiscono e ne determinano l'importo, e comprese quelle di risarcimento danni per l'inadempimento delle suddette obbligazioni (3) nonché le azioni volte al recupero di ratei di pensione già erogati (4) e le azioni di rivalsa intraprese dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore fruitore di un trattamento pensionistico superiore al dovuto determinato da errate comunicazioni effettuate dal datore di lavoro all'ente erogatore del trattamento previdenziale (5).

Appare necessario avvertire che, per le pensioni ordinarie, l'ambito della giurisdizione pensionistica della Corte dei Conti non abbraccia solo le controversie concernenti pensioni a carico totale o parziale dello Stato (art. 62, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214), e delle Regioni, ma anche quelle relative agli iscritti alle diverse Casse e Istituti di previdenza confluiti nell'INPDAP, a sua volta confluita nell'INPS (art. 21, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, c.d. riforma Monti-Fornero) e infine tutti i rapporti pensionistici in cui lo Stato concorra con altri enti (pubblici o privati) posti in relazione di strumentalità. La competenza della Corte è stata confermata anche per le controversie pensionistiche di *ex* dipendenti pubblici sottoposti al regime di contrattualizzazione a seguito della privatizzazione (6) e anche nei confronti di lavoratori di enti trasformati in società private allorché il trattamento pensionistico sia alimentato dallo Stato (7). Sicché, è evidente

(3) In tal senso da ultimo Cass., Sez. Un., ord. 27 febbraio 2013, n. 4853. Il Consiglio di Stato, in più occasioni, ha affermato che rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti ogni contestazione in ordine alla legittimità o meno del discusso recupero di ratei di pensione e che la giurisdizione esclusiva in materia di pensioni dei pubblici dipendenti si estende in via orizzontale anche alle controversie relative ad atti di recupero di ratei di pensione erogati e non dovuti, venendo in discussione l'*an* o il *quantum* del trattamento pensionistico (cfr. Cons. St., Sez. IV 25, giugno 2010, n. 4108; Sez. V, 23 novembre 2010, n. 8156; in tema di demarcazione tra la giurisdizione amministrativa e quella contabile cfr. in particolare, Cons. St., Sez. VI, 21 dicembre 2012, n. 6641 e Sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 923).

(4) Cass., 10 giugno 2004, n. 11025.

(5) Cass., Sez. Un., 10 marzo 2015, n. 11769.

(6) Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 185; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9285.

(7) Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2007, n. 221 secondo cui <<la controversia proposta da dipendenti in servizio e da lavoratori già pensionati della spa Ferrovie dello Stato, in tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto ex art. 13 della legge n. 257 del 1992, è devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti, in quanto la devoluzione alla giurisdizione contabile della materia relativa al trattamento di quiescenza dei dipendenti della azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, stabilita dagli artt. 13 e 62 del r.d. n. 1214 del 1934, è rimasta immutata nonostante l'entrata in vigore della legge

che il c.d. “blocco di materia” non è stato perseguito con riguardo al soggetto (attivo o passivo) del rapporto ovvero alla natura giuridica del rapporto (8) stesso, ma con esclusivo riferimento al dato fattuale che il trattamento erogato sia a totale o parziale carico del bilancio pubblico.

2. *Evoluzione del processo pensionistico.*

Alla delineata continuità della giurisdizione nella materia pensionistica ha corrisposto viceversa la progressiva evoluzione del relativo processo che, originariamente modellato sul tipo del ricorso ad impulso di ufficio, ha finito con l’assumere nel tempo la fisionomia propria del processo di parte (9) a carattere dispositivo, con conseguente ineludibile applicabilità dei principi inseriti nell’art. 111 Cost. dalla l. cost. 23 dicembre 1999, n. 2. L’originario impianto del disegno normativo alla base del processo pensionistico ha via via perduto il carattere di *corpus* compiuto ed unitario, attraverso interventi normativi che hanno realizzato tale evoluzione e che di fatto hanno scandito il passaggio verso un rito composito posto a presidio della sicurezza sociale piuttosto che a presidio della sicurezza della spesa previdenziale.

Un primo intervento di riforma dell’assetto originario del processo in esame - storicamente disciplinato dal regolamento di procedura per i giudizi dinanzi alla Corte dei Conti (r.d. 13 agosto 1933, n. 1038 (10)) e dal Testo Unico delle leggi sulla Corte dei Conti (r.d. 12 luglio 1934, n. 1214) - è stato realizzato con il d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito dalla l. 14 gennaio 1994, n. 19. Quale risposta all’enorme arretrato (e all’inefficienza della giustizia pensionistica al tempo accentrata solo presso le Sezioni Centrali della Corte dei Conti) la riforma istituì le sezioni regionali fissando in tre i componenti del collegio giudicante, disponendo altresì l’abrogazione delle norme

n. 210 del 1985 istitutiva dell’Ente Ferrovie dello Stato ed anche dopo la trasformazione dell’ente in società per azioni. Ciò in quanto il trattamento pensionistico dei ferrovieri continua ad essere alimentato parzialmente dallo Stato, che, ai sensi dell’art. 210, ultimo comma, del d.P.R. n. 1092 del 1973, partecipa alla copertura del fabbisogno con contributo pari, annualmente, alla differenza tra le spese e le entrate del fondo stesso, senza che il sistema pensionistico dei ferrovieri sia stato inciso dal trasferimento delle posizioni assicurative del personale delle Ferrovie dello Stato dal soppresso Fondo pensioni al Fondo speciale costituito presso l’INPS ai sensi dell’art. 43 della legge n. 488 del 1999>>. Da ultimo in tal senso Cass., Sez. Un., Ord. 27 febbraio 2013, n. 4853. Per il personale delle Poste Italiane s.p.a. C. conti, Sez. App. Sicilia, 1 marzo 2002, n. 27/A in *Riv. Corte conti*, fasc. 2, 2002, p. 244.

(8) In giurisprudenza si è affermato che il principio secondo cui l’attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione in tema di rapporto di lavoro, non seguita dal mutamento della disciplina pubblicistica previdenziale e pensionistica, non incide sulla preesistente giurisdizione della Corte dei conti che resta ferma. In tal senso Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 185, Cass., Sez. Un. 25 giugno 2002, n. 9285; C. conti, Sez. Riun., 9 agosto 2001, n. 10973.

(9) P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 278.

(10) C. Cost., 12 aprile 1973, n. 41 ha implicitamente riconosciuto valore di legge al r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, emanato in attuazione della delega contenuta nell’art. 32 della legge 3 aprile 1933, n. 255.

che prevedevano le conclusioni e l'intervento del procuratore generale (11) e la conseguente abolizione delle funzioni istruttorie del pubblico ministero (12), imprimendo per tal via la svolta in senso dispositivo del processo pensionistico quale giudizio di parti in contraddittorio ancora prima che tali principi trovassero custodia costituzionale nell'art. 111 Cost. L'art. 6, comma 7, l. n. 19/1994 modellava inoltre il contenuto del ricorso introduttivo in linea con quanto previsto per il processo del lavoro dall'art. 414 c.p.c., (forse) inavvertitamente ponendo le premesse della manovra di avvicinamento a tale processo che troverà compimento con la l. 21 luglio 2000, n. 205.

Tale ultimo intervento normativo ha infatti poi introdotto (art. 5, comma 1) la monocraticità dell'organo giudicante (confermata poi anche per la fase cautelare dalla lett. a) dell'art. 42, comma 1, l. 19 giugno 2009, n. 69) prevedendo altresì espressamente che <<innanzi al giudice unico delle pensioni si applicano gli artt. 420, 421, 429, 430 e 431 del codice di procedura civile>> (art. 5, comma 2). Tale ultima innovazione ha evidentemente comportato una più forte accentuazione del carattere dispositivo del processo pensionistico, quale processo di parti, secondo il modello tipico del processo del lavoro.

L'evoluzione così delineata non deve però far ritenere che tale rinvio automatico alle norme sul processo del lavoro (non filtrato, cioè, da un esame di compatibilità e non imposto dall'esistenza di eventuali lacune) consenta *ex se* il travaso di altre norme di tale processo non espressamente richiamate. A una tale conclusione osta non solo la considerazione di carattere logico secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* quanto piuttosto l'esistenza dell'art. 26, r.d. 13 agosto 1933, n. 1038 per il quale <<nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei Conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento>>.

Tale rinvio, come quello contenuto nell'art. 208 del coevo Testo Unico sulle acque pubbliche (r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775), è oramai ritenuto pacificamente di carattere dinamico, riferito cioè al codice di procedura civile vigente e non all'abrogato codice del 1865 (13). Forse più correttamente può ritenersi che

(11) È corretta l'osservazione che la partecipazione del Procuratore Generale non rispondeva alle esigenze privatistiche di una parte processuale bensì ad esigenze pubblicistiche di controllo della spesa previdenziale per garantirne la coerenza con le esigenze della finanza statale, in tal senso M. ANDREIS, *Il giudice unico delle pensioni, in Il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2005, n. 205*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 382.

(12) F. ROSELLI, *Le controversie in materia di previdenza e assistenza sociale*, Utet, Torino, 1995, p. 302 e ss.

(13) Appare corretto rammentare che sino a metà degli anni 60 ai rinvii della specie era stato riconosciuto carattere statico (Cass., 25 maggio 1965, n. 1029, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1921) con orientamento decisamente poi mutato negli anni, in particolare per quanto concerne il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (Cass., Sez. Un., 29 ottobre 1981, n. 5693, in *Foro it.*, 1982, I, c. 75 con nota di F. PIETROSANTI; Trib. Sup. acque pubb., 14 luglio 1979, n. 21, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1791) ed ancora di re-

la ricordata previsione dell'art. 26, più che un rinvio in senso tecnico, contiene l'enunciazione del principio di applicabilità delle norme del codice di procedura civile come *corpus* normativo speciale rispetto alle norme che presiedono al processo dinanzi alla Corte dei Conti. Legge generale che, ovviamente, non può che essere quella in vigore al momento in cui il singolo procedimento si svolge (14).

In questo senso deve pertanto condividersi che il rinvio di cui all'art. 26 citato va inteso come affermazione positiva della collocazione del giudizio contabile nell'ambito dei principi e delle regole dell'ordinario giudizio civile, salve le particolari disposizioni dettate in funzione della particolare specificità della materia oggetto del processo pensionistico (15).

Entrambi i richiamati rinvii (art. 26, r.d. n. 1038/1933 e art. 208, r.d. n. 1775/1933) subordinano l'applicabilità delle norme del processo civile all'identico presupposto dell'inesistenza di una specifica disposizione all'interno del relativo complesso normativo con il comune limite della c.d. compatibilità applicativa. Trattasi pertanto non di applicazione diretta dei principi propri del processo civile quale diritto processuale comune e trasversale, quanto piuttosto d'integrazione analogica da compiere con avvertita cautela e che può ritenersi consentita solo laddove le norme oggetto dell'integrazione non abbiano struttura e funzione tali da farle apparire dettate con esclusivo riferimento all'ordinario processo civile ed applicabili sempre che non contrastino con i principi propri del processo celebrato dinanzi alla Corte dei Conti. Solo nella riferita prospettiva può ritenersi feconda l'osmosi tra processo civile e processo dinanzi alla Corte dei Conti che a sua volta, come il processo civile, conosce al proprio interno una pluralità di riti retti da principi propri e da principi tra loro comuni.

cente per la Corte dei Conti (C. conti, Sez. Giur. Piemonte, 24 settembre 2014, n. 113). Con la richiamata sentenza 5693/1981, le Sezioni Unite evidenziarono come a rinvii della specie deve riconoscersi carattere dinamico in quanto in caso contrario *"il sistema rischierebbe altrimenti di rimanere frantumato in una pluralità di schemi già in sé deprecabile, e inoltre suscettibile di creare difficoltà applicative"*.

(14) Proprio per la natura dinamica del rinvio di cui all'art. 26, r.d. 1038/1933 la Corte dei Conti è giunta ad applicare alla misura del sequestro cautelare contabile il reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c.: C. conti, Sez. Riun., 28 giugno 1994, n. 6/QM, in *Riv. Corte conti*, 1994, fasc. 4, p. 51, con soluzione poi ratificata con l'intervento della l. 205/2000 che al punto 1 dell'art. 5 ha previsto espressamente la reclamabilità dinanzi al collegio dei provvedimenti cautelari emessi dal giudice unico. In prosieguo di tempo, in senso conforme ad una sollecitazione in tal senso avanzata (mi sia consentito il rinvio in proposito a A. MUTARELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 669-terdecies c.p.c. al processo cautelare davanti al T.S.A.P.*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 40 e ss), il carattere dinamico del rinvio al reclamo cautelare ha consentito che il reclamo cautelare conquistasse anche il processo amministrativo dinanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, quale giudice degli interessi legittimi in unico grado: Trib. Sup. acque pubb., 28 maggio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, c. 462, con nota di A. MUTARELLI, *L'art. 669 terdecies c.p.c. conquista il processo amministrativo dinanzi al Tribunale Superiore delle acque pubbliche*. Per analisi storica dell'evoluzione della tutela cautelare dinanzi al TSPA: G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, Ipsoa, Milano, 2009, p. 240 e ss.

(15) M. RISTUCCIA, *Applicabilità dei principi del giusto processo al giudizio contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2000, fasc. 3, p. 200 e, in particolare, p. 202.

La chiarezza degli obiettivi, come spesso avviene, non si traduce sol per questo in semplicità del percorso integrativo, che nel caso di specie deve tener conto da un lato dei principi comuni dei riti celebrati dinanzi alla Corte dei Conti (16), dell'affinità storica con la giurisdizione esclusiva dinanzi alla giustizia amministrativa (essendo entrambe nate a struttura impugnatoria) dall'altro del carattere non monolitico del processo civile e, particolarmente per quanto concerne il giudizio pensionistico, dell'esigenza di scegliere la fonte integrativa nel processo ordinario ovvero in quello del lavoro. Scelta, quest'ultima, apparentemente di elezione teorica ma che presenta significative quanto intuitive ricadute sul piano della concreta disciplina del processo.

Il nodo da sciogliere dunque è costituito dall'interrogativo se il (più recente) rinvio *ope legis* a talune norme del processo del lavoro non abbia elevato proprio tale processo a fonte di integrazione analogica ai sensi dell'art. 26, r.d. 1038/1933. Per evidenti motivi di economia del presente contributo si esamineranno nei successivi paragrafi solo i profili più controversi e le posizioni assunte al riguardo *hinc et inde* con riferimento a taluni specifici temi di maggior interesse e rilievo pratico per "l'utenza previdenziale".

3. Prescrizione e incompetenza territoriale.

Un tema di particolare rilievo, su cui può dirsi che non si è raggiunta una soluzione pacificante, è l'individuazione del termine ultimo in cui deve (o meno) essere sollevata l'eccezione di prescrizione. Tale problematica, anche per il suo significativo rilievo economico, è divenuto un terreno di verifica (se non di scontro) alla luce del quale stabilire se esista o meno nel processo pensionistico un termine di decadenza per tale eccezione e, in tal caso, quale sia il termine concretamente applicabile.

Secondo un primo orientamento sposato in un primo tempo dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, l'eccezione di prescrizione doveva ritenersi soggetta al regime preclusivo dell'art. 416 c.p.c. in quanto al processo dinanzi alla Corte dei Conti andavano estese le norme del c.d. rito lavoro anche non richiamate nell'art. 5, l. 205/2000, a condizione che fosse configurabile un rapporto di strumentalità necessaria tra le stesse (17). In chiave dichiaratamente sintonica venne in una successiva decisione, sempre a Sezioni Riunite, espressamente precisato che in virtù del rinvio dinamico dell'art. 26, r.d. 1038/1933 doveva trovare applicazione l'art. 416, comma 2, c.p.c., anche se non richiamato dall'art. 5, l. 205/2000, in virtù del rapporto di complementarietà e strumentalità con l'art. 420 c.p.c. (18).

(16) Per una accurata disamina degli istituti del processo contabile tuttora applicabili al processo pensionistico si rinvia a M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 892-894.

(17) C. conti, Sez. Riun., 24 gennaio 2002, n. 2/QM, in *Foro Amm. - Cons.Stato*, 2002, p. 219, con nota di M. ARRIGUCCI.

Passaggio obbligato di tale orientamento è lo spostamento del baricentro del processo pensionistico verso il processo speciale del lavoro che, all'indomani del rinvio alle norme di tale processo da parte dell'art. 5, l. n. 205/2000, viene ritenuto presentare maggiori profili di affinità con tale rito piuttosto che con quello ordinario (19). È peraltro evidente come in tale contesto al rinvio dinamico dell'art. 26, r.d. n. 1038/1933, viene inevitabilmente assegnato un ruolo integrativo attraverso un processo, quello del lavoro, inesistente nel 1933, con cui tuttavia può dirsi che il processo pensionistico rivelasse delle similitudini strutturali ben prima del rinvio del ricordato art. 5, l. n. 205/2000 (20).

In prosieguo di tempo le Sezioni Riunite hanno rivisitato il proprio precedente (oramai) consolidato orientamento ed hanno affermato l'inapplicabilità del termine preclusivo di cui all'art. 416 c.p.c. in quanto non richiamato dall'art. 5, l. 205/2000 (art. 12 delle preleggi c.c.), nonché l'inapplicabilità dell'art. 167 c.p.c. in quanto tale disposizione non sarebbe compatibile con la struttura del procedimento pensionistico e, quindi, non sussumibile in virtù del rinvio dinamico di cui all'art. 26, r.d. n. 1038/1933 (21). Sicché il convenuto (*rectius*: la parte tenuta all'obbligazione previdenziale) sarebbe abilitato a proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio anche con memoria depositata oltre i termini stabiliti nel decreto di fissazione di udienza ed anche all'udienza di discussione della causa (22), con facoltà altresì di modificare le eccezioni già proposte a prescindere dall'esistenza dei gravi motivi di cui all'art. 420 c.p.c. (23). Ciò evidentemente in quanto il rapporto di complementarietà necessaria che lega nel processo del lavoro l'art. 420 c.p.c. all'art. 416 c.p.c. non impone di ritenere che tale complementarietà debba sussistere in modo indissolubile anche in un processo segnatamente diverso come quello pensionistico.

Il predetto orientamento costituisce di fatto una trincea posta a difesa della spesa previdenziale consentendo una tutela della parte convenuta fortemente differenziata rispetto alla tutela offerta nel processo ordinario, del lavoro (e previdenziale).

In proposito non convince l'*iter* argomentativo proposto nei delineati percorsi giurisprudenziali né, tantomeno, la ritenuta applicabilità dell'art. 416 c.p.c.

(18) C. conti, Sez. Riun., 3 marzo 2004, n. 4/QM, in *D. & G.*, 2004, 46, p. 77, con nota di A. BRIGUORI.

(19) V. TENORE, *La nuova Corte dei Conti (responsabilità, pensione e controlli)*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 964.

(20) Già prima della legge 205/2005 il rito dinanzi alla Corte dei Conti si caratterizzava per un potere sindacatorio attenuato nella ricerca delle prove, per la mancanza di un'articolazione del processo in fase istruttoria e fase decisoria; nell'impianto ordinario, già prima dell'introduzione del codice di rito del 1942, era altresì prevista la lettura del dispositivo.

(21) C. conti, Sez. Riun., 21 febbraio 2008, n. 2/QM, in *Riv. Corte conti*, 2008, fasc. 1, p. 35.

(22) C. conti, Sez. III App., 7 giugno 2007, n. 159/A; C. conti, Sez. II centr., 14 dicembre 2006, n. 472.

(23) C. conti, Sez. I App., 9 novembre 2007, n. 413/A.

quale espressione di un principio immanente all'ordinamento processualciviltico secondo cui le eccezioni non rilevabili d'ufficio devono soggiacere, per ragioni di economia processuale, alla sanzione della loro decadenza (24). Così come non convince che la ritenuta inapplicabilità dell'art. 416 c.p.c. passi per un ingiustificato depotenziamento del richiamo espresso all'art. 420 c.p.c. La problematica va, pertanto, analizzata portando l'indagine sul campo dell'esistenza delle norme concretamente applicabili e della loro compatibilità (25).

Deve in primo luogo osservarsi che in assenza dell'espresso richiamo dell'art. 416 c.p.c. da parte dell'art. 5, l. n. 205/2000, appare virtuosa ma non convincente forzatura ritenerne l'applicabilità derivata per complementarietà necessaria con l'art. 420 c.p.c. In realtà tale ultima disposizione, tesa evidentemente a mitigare il rigore dei termini preclusivi sanciti dall'art. 416 c.p.c., più che posta in rapporto di strumentalità necessaria con l'art. 416 c.p.c. appare coerente con il principio di completezza degli atti introduttivi ed è assunta a presidio di esigenze di ordine pubblico attinenti al processo (quali i principi di concentrazione e di immediatezza in funzione di garanzia dello svolgimento del processo in tempi ragionevoli). In funzione cioè dell'attuazione di principi costituzionali oramai propri di ogni processo (art. 111 Cost.) e di tutela del cittadino nel processo.

Del resto, da un lato, la modifica delle domande e delle eccezioni è subordinata all'esistenza di "gravi motivi" e alla "previa autorizzazione del giudice" (art. 420, comma 1 c.p.c.) e, dall'altro, l'eventuale violazione di proporre domande nuove è sanzionata con l'inammissibilità rilevabile *ex officio* e deducibile per la prima volta anche in sede di legittimità (26). Il rapporto di strumentalità va pertanto più opportunamente colto tra i principi di tali norme piuttosto che tra le norme stesse. Deve d'altro canto valorizzarsi il rilievo che le norme del processo del lavoro richiamate dall'art. 5, l. n. 295/2000, attengono tutte alla fase di trattazione del giudizio lasciando inalterata la fase introduttiva e di costituzione delle parti in giudizio.

Se il mancato richiamo dell'art. 416 c.p.c. ne esclude pertanto la applicabilità automatica, non inibisce all'interprete di individuare, questa volta in virtù del rinvio dinamico dell'art. 26, r.d. n. 1038/1938, altre disposizioni coe-

(24) In tal senso in giurisprudenza da ultimo, C. conti, Sez. Giur. Lazio, 18 luglio 2014, n. 596. Invero anche la dottrina che propone l'applicabilità dell'art. 167 c.p.c. parte più dal presupposto della irretrattabile evoluzione dell'ordinamento processuale che dall'esame di compatibilità di tale norma con il processo pensionistico (M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 915-916; V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 960).

(25) Per un'acuta analisi della nozione di "compatibilità" sotto il profilo processuale: TOMMASEO, *Variazione sulla clausola di compatibilità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 695 e ss. Quanto all'esame della problematica circa l'ammissibilità della c.d. compatibilità parziale consentita dall'art. 669-*quartedecies* c.p.c.: A. MUTARELLI, *Processo cautelare e misure fiscali ex art. 26 l. 4/1929*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1372.

(26) Cass., Sez. lav., 5 luglio 2007, n. 15147.

renti con la ricordata funzione assegnata dall'ordinamento all'art. 420 c.p.c., da applicarsi previa verifica di compatibilità con il processo pensionistico e che possano ritenersi in rapporto di strumentalità con l'art. 420 c.p.c. (espressamente richiamato dall'art. 5, l. n. 205/2000).

Il riferimento naturale è all'art. 167 c.p.c. che contempla la decadenza del convenuto dalle domande ed eccezioni non rilevabili d'ufficio ove non proposte nella comparsa di costituzione tempestivamente depositata (27). In tale indagine deve innanzitutto evidenziarsi, come è pacifico, che il bacino elettivo di integrazione del processo pensionistico sia costituito dal processo ordinario, unico procedimento disciplinato dal codice di procedura civile del 1865, e del resto è altrettanto pacifico in dottrina che la costituzione dell'amministrazione debba avvenire con comparsa "negli stessi modi e forme" dell'art. 166 c.p.c. (28). D'altra parte l'art. 167 c.p.c. è in rapporto di strumentalità con l'art. 183 c.p.c. che consente di "*precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate*" senza il filtro dei gravi motivi e dell'autorizzazione del giudice richiesti dall'art. 420 c.p.c.

Né in senso contrario può ritenersi che l'applicabilità dell'art. 167 c.p.c. sia incompatibile con l'art. 8, r.d. n. 1038/1933 secondo cui <<*I termini stabiliti per la proposizione dei gravami sono perentori. Le decadenze hanno luogo di diritto e devono pronunciarsi anche d'ufficio. Gli altri termini sono regolativi del procedimento e l'inosservanza di essi importa le conseguenze che sono indicate nei vari casi. Quando non siano indicate, provvederà il giudice*>>. Appare infatti del tutto erronea l'interpretazione secondo cui tale disposizione dimostrerebbe che il processo pensionistico non tollera decadenze diverse da quelle afferenti a gravami.

In primo luogo, sotto il profilo letterale, è evidente che la formula "*termini regolativi del procedimento*" non involge eventuali termini stabiliti per le eccezioni di parte, tant'è che in mancanza di previsione di "*conseguenze [.....] provvederà il giudice*". In secondo luogo non può riconoscersi rilievo ostativo alla circostanza che l'art. 4, r.d. n. 1038/1933 si limita a precisare che "*lo scambio delle comparse, memorie e risposte tra le parti si effettua mediante deposito in segreteria*" senza prevedere decadenze processuali. È infatti sin troppo evidente che il predetto complesso normativo costituito dal r.d. 1038/1933 con il rinvio dell'art. 26 intendesse per l'appunto permeare il processo pensionistico con i principi propri del processo ordinario quale legge processuale generale (29).

(27) P. SANDULLI - A.M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 576.

(28) M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 915; V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 960.

(29) Seppur con riferimento all'evoluzione del processo amministrativo è consueto il rinvio a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Il Mulino, 1983, pp. 325-326 e a G. VERDE, *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 157.

Né peraltro deve sfuggire che il rinvio alle norme del codice di procedura civile del citato art. 26 è diverso dal coevo rinvio contenuto nell'art. 208, r.d. 1775/1933 in quanto il primo fa esplicito riferimento non solo alle norme del rito civile ma anche ai "termini" del processo civile sicché, rispetto a tale specifica formulazione del rinvio non è dato distinguere tra termini perentori e ordinatori. L'intento era infatti proprio quello di colmare il processo contabile con i termini del processo civile, quale disciplina processuale generale del processo. Appare pertanto evidente che, anche sotto tale profilo, deve ritenersi l'applicabilità al processo pensionistico dell'art. 167 c.p.c. e dei suoi termini.

Diversamente opinando dovrebbe ritornarsi a riconoscere carattere statico (e non dinamico) al rinvio di cui al ricordato art. 26, riportando il processo pensionistico al codice di procedura del 1865 con buona pace dei principi costituzionali oramai propri di ogni processo *socialmente* civile ad onta dell'evoluzione registrata dalla disciplina del processo pensionistico e dello stesso processo in generale.

Ovviamente il dibattito in ordine alla tempestività dell'eccezione di prescrizione parte dall'implicito presupposto dell'applicabilità al processo pensionistico dell'art. 2938 c.c., secondo cui il giudice non può rilevare la prescrizione non opposta (30). In proposito è agevole osservare che, ancora di recente, parte della giurisprudenza postula l'officiosità del rilievo valorizzando oltre ogni limite il potere sindacatorio che competerebbe al giudice delle pensioni in virtù del quale potrebbe conoscere del rapporto controverso indipendentemente dalla stessa allegazione delle parti (31).

Tale orientamento, peraltro superato in giurisprudenza (32), non tiene conto che per effetto del rinvio automatico dell'art. 5, l. n. 205/2000, la diretta applicabilità dell'art. 421 c.p.c. ha grandemente ridimensionato il potere sindacatorio avendo oramai il giudizio una forte connotazione dispositiva alla luce della quale al giudice non è consentito di ampliare il tema decisorio oltre i limiti dell'art. 112 c.p.c. (33).

Problematica del tutto analoga si registra in tema di competenza territoriale che, per i giudizi pensionistici dinanzi alla Corte dei Conti va determinata in base alla residenza del ricorrente all'atto della proposizione del ricorso (art. 5 c.p.c.). Trattasi, ad eccezione di qualche isolata pronuncia (34), di compe-

(30) Per uno specifico esame delle problematiche proprie del processo civile in ordine all'eccezione di prescrizione sia consentito il rinvio a A. MUTARELLI, *Modo di far valere la prescrizione*, in A. MUTARELLI - M. GERARDO, *Prescrizione e decadenza*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 97 e ss.

(31) C. conti, Sez. II centr., 29 novembre 2001, n. 367/A, in *Riv. Corte conti*, 2001, fasc. 6, p. 172.

(32) C. conti, Sez. Riun., 27 maggio 2004, n. 7/QM, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2004, p. 2966.

(33) Per l'ammissibilità dell'emissione di ordinanze di somme non contestate (art. 186-bis c.p.c.): A. MUTARELLI, *Profili critici della tutela processuale in tema di pensioni ordinarie garantita dalla Corte dei Conti*, in *L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggetti e tutela processuale*, (a cura di M. ESPOSITO e G. DELLA PIETRA), Giappichelli, 2015, Torino, p. 125.

(34) C. conti, Sez. giur. Campania, 7 dicembre 2002, n. 1820.

tenza derogabile e come tale non rilevabile d'ufficio ma dal solo resistente che dovrà eccepirarla, a pena di decadenza (art. 38 c.p.c.), nella comparsa di costituzione e risposta depositata nei termini di cui all'art. 167 c.p.c. (35) e dovrà contenere altresì l'espressa indicazione del giudice ritenuto competente (36).

4. *Termini di proposizione dell'appello.*

Occorre in primo luogo rilevare che sia la dottrina che la giurisprudenza, indipendentemente dalla ritenuta affinità con il processo del lavoro, sono unanimi nel ritenere che al processo pensionistico si applica la sospensione feriale di cui all'art. 1, l. 7 ottobre 1969, n. 742 (37) propria del rito ordinario e non del rito del lavoro che è ad essa sottratto (38). Tale condivisibile opzione appare evidentemente poco coerente con l'orientamento di chi postula la generalizzata applicabilità *per affinità* al processo pensionistico delle norme del processo del lavoro.

Viceversa vi è ampio e acceso contrasto sul termine applicabile per la proposizione dell'appello, che è divenuto solo di recente proponibile avverso le sentenze in primo grado della Corte dei Conti a seguito (art. 1, comma 5, del d.l. 15 novembre, n. 453, convertito dalla l. n. 19/1994) e che risulta peraltro consentito "*per i soli motivi di diritto*". Evidente, in quest'ultima previsione, l'intento di evitare la proliferazione di appelli con effetto devolutivo che avrebbe comportato la concentrazione nella sola sede centrale di tutto il contenzioso impugnatorio.

Quanto ai termini, il comma 5-bis del ricordato art. 1 stabilisce che l'appello è proponibile dalle parti "*entro sessanta giorni dalla notificazione o, comunque, entro un anno dalla pubblicazione*" della decisione. Atteso il tenore letterale della disposizione vi è dibattito intorno al termine applicabile ai giudizi instauranti a far tempo dalla data del 4 luglio 2009.

È dubbio infatti se debba ritenersi che tale previsione si limiti in sostanza a rinviare all'analogia norma dell'art. 327 c.p.c., con la conseguente dimidiazione dei termini disposta dall'art. 46, l. 18 giugno 2009, n. 69 o, viceversa, se il mancato espresso rinvio all'art. 327 c.p.c. ne inibisca l'applicazione al processo contabile.

(35) C. conti, Sez. Riun. 31 marzo 2004, n. 5/QM, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2004, p. 2956; C. conti, Sez. Riun., 28 novembre 2003, n. 19, in *Riv. Corte conti*, 2003, fasc. 6, p. 58.

(36) L'eccezione, per la sua formulazione, non necessita di formule sacramentali (essendo sufficiente che dalle ragioni addotte per dimostrare l'incompetenza del giudice adito risulti quale altro giudice sia dalla parte ritenuto competente) e pertanto richiede l'indicazione del giudice al quale debba essere attribuita la competenza: così GIONFRIDA, voce *Competenza civile*, in *ED*, VIII, Milano, 1961. In giurisprudenza in tal senso C. conti, Sez. Riun., 7 marzo 2002, n. 5, in *Riv. Corte conti*, 2002, fasc. 2, p. 95.

(37) D. CROCCO, *Il giudizio pensionistico di appello innanzi alla Corte dei conti*, Jovene, 2013, p. 22. V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 967. C. conti, Sez. II centr., 4 ottobre 2010, n. 370/QM, in *Riv. Corte conti*, 2010, fasc. 5, p. 140.

(38) C. conti, Sez. II centr., 10 novembre 2003, n. 306 e 4 ottobre 2010, n. 370/A.

La dottrina appare divisa sul punto, talora propendendo per la applicabilità *tout-court* dell'art. 327 c.p.c. sulla base della sola considerazione che l'abbreviazione è utile ai tempi del processo (39), ovvero dando per presunta la generalizzata applicazione dell'art. 327 c.p.c. in guisa di principio processuale comune (40). In altri casi l'esistenza della problematica non sembra del tutto avvertita dandosi per scontata l'applicabilità del termine annuale, quale termine lungo per l'impugnazione (41) ovvero valorizzandosi prevalentemente il tenore letterale della previsione di cui al comma 5-*bis* dell'art. 1 già sopra ricordato (42). In tale ultimo senso appare orientata la giurisprudenza che valorizza a tale fine il rilievo dell'esistenza della specifica previsione del termine di un anno per l'appello senza alcun rinvio all'art. 327 c.p.c. (vecchio o nuovo testo) (43).

Deve in proposito osservarsi che anche l'esame di tale *vexata quaestio* passa inevitabilmente per lo snodo normativo costituito dal rinvio al codice di procedura civile contenuto nell'art. 26, r.d. n. 1038/1033 che non sembra consentire alcun innesto automatico al processo pensionistico delle norme del codice di procedura civile, dovendo sempre preventivamente effettuarsi una valutazione di compatibilità con la struttura del processo al fine anche di verificare "che non esista già una specifica disciplina di settore" (44).

Nel caso di specie la *disciplina di settore* è costituita per l'appunto dal ricordato art. 1, l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito dalla l. n. 19/1994, che contiene una disciplina dell'appello e dei suoi effetti del tutto sagomata sul processo pensionistico. Così in tema di soggetti legittimati all'impugnazione, di motivi di impugnazione circoscritti ai "soli motivi di diritto", di previsione di rinvii espressi a specifiche disposizioni normative nonché di disposizioni di carattere organizzativo delle sezioni della Corte dei Conti.

Il predetto complesso normativo ha pertanto dettato una disciplina completa dell'appello tenuto conto che tale strumento di impugnazione costituiva una novità nell'ambito del giudizio dinanzi alla Corte dei Conti. Tale considerazione chiarisce il motivo per cui la nuova fase impugnatoria è stata introdotta senza alcun rinvio al codice di procedura civile essendo evidente l'intento di dettare una disciplina esaustiva continuando a consentire il ricorso supplementivo al codice di rito solo attraverso l'art. 26, r.d. n. 1038/1933. Nella delineata prospettiva ermeneutica è necessario verificare se la previsione di uno specifico *corpus* normativo per l'appello dinanzi alla Corte dei Conti, con la specifica espressa previsione del termine di un anno per impugnare costituisca o

(39) S. IMPERIALI, *I lineamenti essenziali dell'appello davanti alla Corte dei Conti*, in www.amcortedeiconti.it.

(40) M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 970.

(41) V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 1017.

(42) D. CROCCO, *Il giudizio pensionistico di appello davanti alla Corte dei Conti*, cit., pp. 21-25.

(43) C. conti, Sez. giur. app. Sicilia, 5 giugno 2013, n. 186.

(44) C. conti, Sez. Riun., 21 febbraio 2008, n. 2/QM.

meno un insormontabile dato ostativo all'applicazione, a mezzo dell'art. 26, r.d. n. 1038/1933, dell'art. 327 c.p.c. secondo cui il rinvio alle norme e termini del codice di rito è consentito "in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle norme del presente regolamento".

Ad una più attenta analisi può forse ritenersi che la soluzione del quesito non debba necessariamente passare per il filtro dell'art. 26 citato, in quanto le norme che hanno introdotto e regolato l'appello nel processo dinanzi alla Corte dei Conti costituiscono un *corpus* del tutto autonomo dal "presente regolamento" (art. 26, r.d. 1038/1933) che non è stato dalle stesse in alcun modo modificato.

Tuttavia all'inapplicabilità dell'art. 327 c.p.c. può giungersi più fondatamente considerando che tale norma non può ritenersi aver abrogato *in parte qua* la previsione del termine annuale previsto per l'appello nei processi dinanzi alla Corte dei Conti, non tanto per la specialità di tale processo, quanto per il significativo rilievo che l'art. 44 della ricordata l. 69/2009, nel modificare varie norme del libro secondo del codice di procedura civile (tra cui l'art. 327 c.p.c. riducendo il termine di impugnazione da un anno a sei mesi), ha espressamente previsto al punto 24 che il solo primo comma dell'art. 291 c.p.c. potesse applicarsi al giudizio amministrativo e a quello contabile con ciò escludendo che tali modifiche potessero integrare, agli effetti dell'art. 15 delle disposizioni della legge in generale, una nuova disciplina della materia. La previsione del termine annuale per l'appello dinanzi alla Corte dei Conti non può ritenersi pertanto scalfita dalla disciplina successiva dei termini dell'impugnazione del processo civile quand'anche *de iure condendo* deve convenirsi che non sia ragionevole la conservazione di un termine (oramai) così lungo per l'impugnazione delle sentenze (45).

5. Brevi considerazioni conclusive.

In tale prospettiva deve convenirsi che sul piano sistematico sono venute meno le stesse ragioni che militavano per una giurisdizione speciale per le pensioni dei pubblici dipendenti e che lo stesso controllo della spesa previdenziale pubblica è oramai obiettivo ragionevolmente e più efficacemente perseguibile con ben altri strumenti. Del resto, la previsione di una giurisdizione specifica per le pensioni dei pubblici dipendenti distinta rispetto a quella del rapporto costituisce un isolato primato dell'ordinamento italiano e non può ritenersi peraltro assistita da garanzia costituzionale, che copre in via diretta solo la materia di contabilità pubblica e non anche la materia pensionistica compresa <<nelle altre specificate dalla legge>> (ex art. 103, comma 2, Cost.) (46).

(45) Del resto è pacifico che il termine di 6 mesi di cui al novellato art. 327 c.p.c. si applica, sempre con decorrenza 4 luglio 2009, anche al processo tributario come disciplinato dal d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

(46) V. GUCCIONE, voce *Corte dei Conti*, in *EGT*, 1988, p. 11.

Gli evidenti profili di discrasia esistenti tra processo previdenziale dinanzi alla Corte dei Conti e davanti al giudice ordinario rende palese la necessità che si proceda in tempi serrati verso una omogeneizzazione della disciplina, nel dichiarato obiettivo di garantire ai lavoratori, con oneri previdenziali a carico pubblico o meno, una parità (se non identità) di tutela processuale. Peraltro la privatizzazione già attuata imporrebbe una concentrazione di giurisdizione in favore del giudice ordinario, con salvezza (al più) dei soli c.d. rapporti esclusi dalla privatizzazione che potrebbero rimanere sotto l'egida della Corte dei Conti. Tuttavia ciò, verosimilmente, non avverrà e proseguirà, pertanto, la bigamia processuale del dipendente privatizzato tra giudice del rapporto e giudice della previdenza con le conseguenti problematiche sui talora incerti confini di un tale distinguo.

Tuttavia l'analisi dei pur limitati profili di dibattito esaminati nel presente lavoro deve rendere consapevoli che è maturo il tempo per por mano ad un'opera di codificazione o, quanto meno, di consolidazione dei riti celebrati davanti alla Corte dei Conti e, in particolare, di quello c.d. pensionistico, la cui disciplina deve essere marcatamente ispirata all'attuazione all'interno di tale processo dei consolidati principi costituzionali, al fine di conformare un processo, seppur differenziato, non difforme da tali principi e da quelli realizzati nel processo previdenziale del giudice ordinario. Una tale esigenza non sembra però, allo stato, avvertita, in quanto la giurisdizione della Corte dei Conti continua ad essere concepita come sicurezza e controllo della spesa previdenziale piuttosto che come sicurezza previdenziale, secondo un'ottica ancora (forse) troppo vicina all'amministrazione che alla giurisdizione. È auspicabile che passi sempre più decisi vengano in via pretoria compiuti dalla stessa Corte dei Conti affinché, come già a suo tempo in tema di applicabilità del reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. (47), possa giocare di anticipo sul legislatore, imprimendo una svolta alla propria giurisprudenza in modo tale da renderla sempre di più interprete e autrice di una tale evoluzione costituzionalmente orientata. In tale prospettiva il rinvio dell'art. 26, r.d. n. 1038/1933, potrà essere usato in senso più *dinamico* e divenire nello stesso tempo grimaldello e saldatore dell'azione conformativa di un processo sempre meno *contabile* e sempre più *civile*.

(47) Per un'analisi dell'evoluzione della tutela cautelare dinanzi alla Corte dei Conti è agevole il rinvio a P. NOVELLI, *I provvedimenti cautelari nei giudizi contabili*, cit., *passim* nonché alla precedente nota n. 15.

La destinazione patrimoniale nel transito da moduli tipici a forme atipiche di esercizio dell'impresa: l'archetipo del contratto di rete

Francesco Maria Ciaralli*

Simone D'Orsi**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il contratto di rete nel novero delle figure di collaborazione imprenditoriale - 3. Il contratto di rete come modello transtipico - 4. Il contratto di rete nel novero di quelli plurilaterali con comunione di scopo - 5. La rinnovata centralità dell'autonomia privata alla luce del principio di sussidiarietà - 6. Il superamento della concezione personalistica del patrimonio e l'emersione di moduli atipici - 7. La rete-contratto quale fenomeno di autonomia patrimoniale priva di soggettività giuridica - 8. Rilievi conclusivi.

1. Introduzione.

Il presente studio, condotto nell'ambito della Scuola di Dottorato in "Diritto ed Impresa" dell'Università Luiss Guido Carli, persegue un duplice obiettivo. Da un lato, si propone di prendere in esame l'emersione di moduli atipici di esercizio dell'impresa, fortemente innovativi rispetto alla sistematica tradizionale recepita nel Codice civile vigente ed ereditata dal Codice di commercio del 1882, viceversa incentrata sulla tipicità.

Dall'altro lato, il presente lavoro ambisce a porre in luce un fenomeno di rilevanza generale nell'ordinamento civilistico: il superamento della concezione personalistica del patrimonio, con il conseguente riconoscimento legislativo della *piena* autonomia patrimoniale ad enti privi di personalità giuridica.

Tali linee di ricerca convergono nell'analisi di un istituto giuridico di recente introduzione, il contratto di rete, che costituisce il punto di emersione delle maggiori tensioni che innervano i rapporti tra la dogmatica tradizionale e le nuove esigenze di collaborazione imprenditoriale, poste dalla pratica degli affari e recepite dal legislatore (1).

2. Il contratto di rete nel novero delle figure di collaborazione imprenditoriale.

I contratti di collaborazione nell'attività d'impresa, il cui numero è andato progressivamente aumentando, sollevano numerose questioni. In particolare, ciò è vero per il contratto di rete.

(*) Dottorando di Ricerca in "Diritto ed Impresa" presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma, già praticante forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato e tirocinante presso il Consiglio di Stato.

(**) Dottorando di Ricerca in "Diritto ed Impresa" presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma.

Il dott. Ciaralli ha curato i paragrafi 1, 5, 6, 7 e 8; il dott. D'Orsi i paragrafi da 2 a 4.

(1) Il contratto di rete, introdotto dall'art. 3 del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con modificazioni dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, è stato oggetto di molteplici interventi di riforma. L'istituto *de quo* è esaminato, nel prosieguo dell'articolo, nei suoi tratti di più rilevante novità, con peculiare riguardo agli aspetti di rilievo sistematico e propedeutici all'esame del nuovo regime di responsabilità patrimoniale introdotto per il contratto di rete.

Quello della collaborazione imprenditoriale è un fenomeno sempre più diffuso, molto sviluppato già da lunga data soprattutto nel Nord Est Italia ed in particolare tra le P.M.I., che per tale via cercano di ridurre i costi al fine di poter competere con le imprese di maggiori dimensioni. Il fenomeno, sorto nella prassi, si è avvalso in primo luogo dei modelli contrattuali tradizionali, quindi in particolare di quello consortile e di quello societario, cui col tempo si sono affiancate figure negoziali inedite.

Del resto, l'interesse per nuove forme di collaborazione è andato crescendo anche nel settore pubblico, dove si è fatta sempre più impellente l'esigenza di individuare strumenti di coordinamento nell'attività di diverse amministrazioni, al fine di ridurre la spesa: si pensi al fenomeno, sempre più rilevante, delle centrali di acquisto, che acquistando beni in grandi quantità riescono a spuntare sul mercato prezzi inferiori rispetto a quelli che le singole amministrazioni sarebbero costrette a pagare.

Con il tempo, dunque, il legislatore è intervenuto con frequenza sempre maggiore a disciplinare la collaborazione tra imprese; in particolare, la disciplina che maggiormente ha stimolato l'interesse degli interpreti è stata quella del contratto di rete, regolato dal d.l. 5 del 2009 e modificata a più riprese, in particolare con la l. 122 del 2010.

Minore si è rivelato l'interesse degli operatori nei primi anni dall'introduzione dell'istituto: fino al 2011 risultavano essere non numerosissimi, soltanto 162, i contratti di rete stipulati.

Il contratto di rete è definito dall'art. 3, comma 4 *ter*, del d.l. del 2009 come quello attraverso il quale *“più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa”*.

Oltre che per questa indicazione, di cui si avverte la vaghezza, la disciplina del contratto di rete è piuttosto scarna; essa impone soltanto che il contratto sia redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e che venga iscritto nel registro delle imprese dai soggetti che partecipano alla rete (2).

(2) Peraltro, in dottrina (A. CAPRARA, *Il contratto di rete e gli adempimenti pubblicitari*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, p. 113 e ss.), si è osservato come gli adempimenti pubblicitari mutino a seconda della struttura che le parti intendano dare alla rete, nonché, in caso di costituzione di un fondo patrimoniale, dello specifico regime dei beni conferiti. Secondo C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 930, la forma *“è scritta (atto pubblico o scrittura privata autenticata), a contenuto prescrittivo vincolato - come solitamente si prevede per questa nuova 'generazione' di contratti tra imprenditori”*. L'affermazione richiama la rilevanza del tema del c.d. *“terzo contratto”*, sottolineata pure da M. ORLANDI, *Condizioni generali di contratto e reti atipiche*, P. IAMICELI (a cura di), in *Le imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, p. 92.

Dalle norme che regolano il contenuto obbligatorio del contratto, si deduce poi che sono necessarie: *i)* la predisposizione di un programma comune e *ii)* la designazione di un organo comune, incaricato di rappresentare la rete ed eseguire il programma, eventualmente anche attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale comune o, per le sole società per azioni, mediante la costituzione di patrimoni destinati ad un specifico affare.

3. *Il contratto di rete come modello transtipico.*

Muovendo da queste poche regole, in dottrina si è coniata per quello di rete l'espressione di "*contratto transtipico*" (3) e si è parlato di "*tipizzazione anomala*" (4). Entrambe le espressioni sono state utilizzate per indicare che il contratto di rete, in quanto tipizzato in maniera leggera (o debole), può sia appartenere ad un tipo già esistente (5) che rappresentare esso stesso un nuovo tipo contrattuale. Si tratta di una definizione senz'altro eccentrica per chi sia abituato a pensare che un contratto possa essere tipico o meno, senza possibilità di tinte "sfocate" e gradazioni della tipicità. È perciò opportuno vagliare innanzitutto la correttezza di quest'espressione.

L'esigenza nasce dalla considerazione secondo cui "*la giurisprudenza, posta di fronte ad un concreto contratto, ove appena diventi rilevante statuire sulla natura del contratto stesso, fa di tutto per ricondurre la fattispecie ad un tipo*" (6); è questa quella che si è soliti indicare come "*mentalità tipizzante*" (7) del giurista. In ciò non sembra di essersi allontanati molto dal principio romanistico della tipicità dei negozi.

La questione è rilevante in quanto se un contratto presenta gli elementi indicati dal legislatore, esso è suscettibile nel tipo, con la conseguenza che ad esso sono ricondotti gli effetti che la norma ricollega all'appartenenza al tipo stesso. Inoltre, e forse soprattutto, dalla riconduzione al tipo deriva l'esigenza di rispettare i requisiti, anzitutto quelli formali, imposti per i negozi riconducibili al tipo.

Anzitutto, bisogna intendersi su quale delle possibili accezioni della tipicità sia quella assunta da chi fa riferimento al contratto di rete come transtipico.

(3) F. CAFAGGI, *Introduzione*, in F. CAFAGGI (a cura di), in *Il contratto di rete*, Bologna, 2009, p. 24; E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2010, II, p. 191 ss., che parla di contratto transtipico proprio in quanto leggero.

(4) F. MACARIO, "*Il contratto*" e la "*rete*": *brevi note sul riduzionismo legislativo*, in F. MACARIO - C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Reti di imprese e contratto di rete*, in *I contratti*, 2009, 953.

(5) Sembrano riconoscere solo questa ipotesi M. MALTONI - P. SPADA, *Il "contratto di rete"*, in *Studio n. 1-2011/I del Consiglio Nazionale del Notariato*, p. 4.

Questa possibilità è espressamente riconosciuta anche da G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, VI, p. 944 ss.

(6) R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 790.

(7) M. GIORGIANNI, *Riflessioni sulla "tipizzazione" dei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.* 1969, I, 153.

È perciò necessaria una definizione della categoria, che non la confonda con la mera nominatività.

Secondo l'opinione in passato nettamente prevalente (8), l'elemento identificativo del tipo sarebbe rappresentato dalla causa del contratto: ciò implica che nel tipo del contratto di rete andrebbero ricondotti tutti i contratti aventi la funzione di perseguire la funzione economico-sociale espressa dall'art. 3, comma 4 *ter*, del d.l. 5 del 2009.

In questa prospettiva, non si vedrebbe perché negare al contratto di rete la natura di contratto tipico. Esso sarebbe il modello entro cui collocare tutti i contratti che rispondano a tale causa.

Questa tesi è stata sottoposta a critiche negli anni '70 del secolo scorso; in particolare, in un noto scritto intitolato proprio *Il tipo contrattuale* (9), si è proposto di individuare l'elemento determinante la tipicità nei tratti peculiari e caratterizzanti di ciascuna figura contrattuale e non più soltanto nella causa.

Muovendo da questa premessa, sarebbe più difficile riconoscere la tipicità del contratto di rete, dal momento che in effetti non è facile individuare specifici elementi in grado di distinguerlo dagli altri tipi contrattuali esistenti (10).

Tuttavia, le conclusioni non possono essere così nette, e proprio la cautela da osservare può spiegare il ricorso alla formula "*transtipico*". Ad esempio, si è sostenuto che gli elementi differenziali potrebbero appartenere non solo all'area della fattispecie, ma anche a quella degli effetti (11). Così ragionando, si potrebbe rinvenire nel contratto di rete un elemento differenziale idoneo a conferire tipicità al modello. Si allude a quello che sembrerebbe essere l'effetto principale del contratto di rete: la possibilità di beneficiare di taluni vantaggi di natura fiscale. Un'efficace critica a questo ragionamento potrebbe tuttavia essere quella che rileva come così argomentando si rischierebbe di offrire una risposta tautologica ed inutile al problema: apparterrebbero al tipo solamente i contratti che possano essere ammessi alle agevolazioni; se non che l'ammissione alle agevolazioni può essere semmai un punto d'arrivo, non di partenza.

Soprattutto, però, occorre rilevare come a seconda della nozione di tipicità che si assume, il contratto di rete possa essere considerato quale nuovo tipo contrattuale o meno.

In entrambi i casi non sembrerebbe infondata la premessa da cui muove la tesi della transtipicità: il contratto di rete, sia assumendo l'una che l'altra delle nozioni di tipicità riferite, potrebbe appartenere sia ad un diverso tipo

(8) Tra le opinioni più autorevoli, quelle di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, pp. 185-186, e F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 173.

(9) G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 70 ss.

(10) G. VETTORI, *Il contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Persona e mercato* (rivista on line), pp. 4-5, ricorre alla formula di "*contratto transtipico*" proprio richiamando l'opinione di G. De Nova sulla categoria della tipicità.

(11) G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 70 ss.

che essere un contratto non ancora tipizzato (12). Il contratto di rete rappresenta dunque un esempio emblematico della possibilità per il concetto di tipicità di operare su più livelli, suscettibili di sovrapporsi tra loro. Contraria a quest'ipotesi di lavoro è una parte della dottrina (13), che propone di considerare tipico il contratto di rete, ma non transtipico; si vorrebbero così delimitarne i confini in maniera netta ed in modo da evitare ogni sovrapposizione con altre discipline contrattuali, in modo da mantenere distinti i tipi.

Il tema è complicato dal fatto che la riflessione civilistica sulla nozione di tipicità pare essersi sviluppata con riferimento soprattutto ai contratti di scambio.

4. Il contratto di rete nel novero di quelli plurilaterali con comunione di scopo.

La questione porta ad emersione l'ulteriore problema della struttura del contratto di rete. Questo può essere modellato secondo tre schemi, alternativi o anche suscettibili di intrecciarsi tra loro (14).

Il primo è quello di una molteplicità di rapporti paralleli, una pluralità, dunque, di contratti tra loro solo formalmente distinti e separati - ad esempio la molteplicità di rapporti che può correre tra un unico produttore e la pluralità di soggetti cui sono concesse le licenze di sfruttamento del prodotto.

Il secondo schema è formato da una molteplicità di rapporti bilaterali - ad esempio più rapporti di subfornitura all'interno di una stessa filiera.

Il terzo richiama invece la struttura del contratto plurilaterale, e quindi di un accordo che vincola tutti i soggetti della rete - ad esempio un unico rapporto avente ad oggetto le diverse fasi di produzione di un unico bene affidate a diverse imprese.

Sicuramente il terzo modello è quello che suscita maggiore interesse ed i problemi più consistenti. Problematica è la stessa categoria civilistica del contratto plurilaterale. Si è sostenuto che dall'art. 1420 cod. civ. e da disposizioni analoghe (1446, 1459, 1466) si trae come al centro della nozione di contratto plurilaterale vi sia non un elemento strutturale, e cioè quanti sono i soggetti dell'accordo, ma uno funzionale, e cioè il perseguimento di uno scopo comune. Plurilaterale sembra essere, nel linguaggio del codice, il contratto con comunione di scopo (15).

(12) Del resto, lo stesso G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 78, affermava che "un elemento, per poter essere tratto distintivo di un tipo, non è necessario che sia presente solo in quel tipo: è sufficiente che sia tratto distintivo nei confronti di un altro tipo, e quindi può essere presente in più tipi (ovviamente, non può esserlo in tutti). [...] I tratti distintivi, per essere tali, dovranno rispondere ad un unico requisito, quello di essere essenziali del tipo: essenziali nel senso che la loro assenza non consenta di sussumere il contratto nel tipo legale, sì che il contratto dovrà essere ascritto ad altro tipo, o essere qualificato atipico".

(13) G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, p. 839 ss.

(14) G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, VI, p. 944 ss.

(15) G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, cit., p. 944 ss.

Questa impostazione è figlia del dibattito sviluppatosi negli anni Venti e Trenta sulla configurabilità stessa di contratti tra più di due parti. Da un lato, stava l'opinione secondo cui il contratto avrebbe dovuto essere necessariamente bilaterale (16) e dall'altra quella secondo cui invece anche i negozi tra più di due parti avrebbero potuto essere catalogati tra i contratti (17). Dietro queste differenti vedute stava a sua volta il dibattito tra chi riconduceva gli enti associativi entro la dimensione istituzionale e chi invece in quella contrattuale. Il legislatore, ponendo fine al dibattito, optò per ricondurre il fenomeno associativo entro lo schema contrattuale, disciplinando sotto il nome del contratto plurilaterale quello con comunione di scopo.

Di conseguenza, si potrebbe dire che nei contratti di rete, anche quando stipulati solamente tra due parti ed anche quando aventi funzione di scambio, sia possibile ravvisare un rapporto plurilaterale nell'accezione appena indicata, in quanto gli interessi delle parti convergono verso il medesimo fine. Del resto, in favore di contratti plurilaterali nel senso del codice intercorrenti anche solo tra due soggetti si era espressa pure una dottrina più risalente (18). La rilevanza del problema può tuttavia essere ridimensionata se si considera che le regole che il codice civile detta per i contratti plurilaterali non sembrano poter prescindere dalla pluralità delle parti. Si pensi, a modo d'esempio, proprio all'art. 1420; ebbene, esso dispone che nei contratti plurilaterali *“la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale”*: appare evidente come una regola di tale tenore presupponga necessariamente la presenza di almeno tre parti. Più significativa può essere un'altra conclusione, e cioè quella che pone in luce come le regole dei contratti plurilaterali sarebbero suscettibili di applicazione anche nei casi in cui la rete sia realizzata mediante un fascio di rapporti bilaterali di scambio, uniti dall'essere strumentali all'esistenza della rete, sicché, per fare ancora riferimento all'art. 1420 cod. civ., il venir meno di uno di tali rapporti non necessariamente dovrebbe minare l'esistenza della rete, se essa può comunque realizzare lo scopo per cui è costituita; quest'opinione è stata espressa in tempi molto recenti (19).

5. La rinnovata centralità dell'autonomia privata alla luce del principio di sussidiarietà.

Occorre inoltre tenere presente che gli strumenti organizzativi dell'attività di impresa, ontologicamente idonei a coinvolgere gli interessi di molteplici categorie di operatori (ceto creditorio, lavoratori, *stakeholders*, etc.),

(16) F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, in *Annalia Univ. Cattolica*, 1926-1927, 53 ss.

(17) T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro Lomb.*, 1932, 439 ss.

(18) T. ASCARELLI *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, cit., 1932, 439 ss.

(19) G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, cit., p. 944 ss.

sono il campo sul quale meglio può cogliersi la contrapposizione tra la *cittadella dell'autonomia privata* ed il primato della legge (20). Tale risalente contrapposizione è stata superata da un'evoluzione storica culminata nell'introduzione in Costituzione del principio di sussidiarietà orizzontale, alla cui stregua lo Stato e gli enti locali “*favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*” (art. 118, c. 4, Cost., come sostituito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) (21).

In virtù della menzionata disposizione, dunque, si è attribuita alla competenza primaria dell'autonomia negoziale la disciplina dei *beni privati* (come intesi dalle pronunce della Corte costituzionale nn. 300 e 301 del 2013), sicché in tale ambito l'etero-normazione dei pubblici poteri è legittima solo ove l'autoregolamentazione dei privati si riveli insufficiente (22).

Di tale principio pare possibile cogliere le ricadute proprio osservando la disciplina del contratto di rete. Come già sottolineato, questo, in quanto caratterizzato proprio dallo scopo comune, dà vita ad un fenomeno che nei suoi tratti essenziali può rievocare quello più risalente delle società e dei consorzi.

Tuttavia, da questi modelli esso si differenzia per la sua struttura estremamente elastica (23). Infatti, mentre la disciplina dei consorzi e delle società è articolata e segnata dalla presenza di forme organizzative rigide - per quanto sia nota la costante espansione degli spazi lasciati all'autonomia privata -, la struttura del contratto di rete è molto duttile, o meglio non tipizzata dal legislatore. Unico elemento davvero rilevante per l'ordinamento pare essere il perseguimento del fine indicato dalla legge (24); per il resto, le parti godono della più ampia libertà: possono, in via esemplificativa, decidere di dare vita o meno ad un nuovo soggetto giuridico, di costituire o meno un patrimonio autonomo, di dare vita o meno ad un'organizzazione di tipo corporativo.

(20) Per la nozione di cittadella dell'autonomia privata si veda, sia pure in diverso ambito, PROSER, *The Assault upon the Citadel*, 69 Yale L.J. 1099, (1960).

(21) Per la nozione di cittadella dell'autonomia privata si veda P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema contrattuale verso la European Private Law*, in P. FAVA (a cura di), *Il Contratto*, Milano, 2012. Di tale nozione ha fatto uso la giurisprudenza di legittimità, soprattutto nell'enucleare i limiti del sindacato giudiziale sullo scambio contrattuale (cfr. Cass. civ., Sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511). L'idea che ne è alla base adombra la concezione dell'autonomia privata come un *noyau dur* di facoltà riservate ai privati, residuando per il resto la competenza generale dell'ordinamento.

(22) In tal senso si veda M. NUZZO, *Contratto di rete: piano industriale e disciplina dei contratti di attuazione*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014. L'Autore ritiene che, alla stregua della disciplina costituzionale, l'intervento pubblico con riferimento a beni privati sia legittimo “*solo quando in concreto l'autonomia dei privati sia incapace di realizzare una sintesi dei diversi interessi in gioco che risulti conforme ai fini per cui quella competenza primaria è ad essi attribuita*” (M. NUZZO, cit., p. 26).

(23) Le differenze con le società, i consorzi ed altre figure affini sono poste in luce da F. GUERRERA, *La governance nei contratti di rete*, in *Studi della Fondazione Italiana del Notariato*, p. 1.

(24) M. MALTONI - P. SPADA, *Il “contratto di rete”*, cit., p. 4.

La questione si ricollega alla funzione che l'istituto ha nel nostro ordinamento, probabilmente più limitata di quanto si potrebbe in un primo momento pensare.

Infatti, è stato sostenuto in dottrina (25) che la disciplina non sembra preoccuparsi tanto di regolare un nuovo tipo contrattuale, quanto di ricollegare a molteplici modelli contrattuali, che presentino determinate caratteristiche, la concessione di determinati benefici, di natura anche fiscale.

Se davvero si dovesse concludere così, non sarebbe neppure più vera l'affermazione secondo cui il legislatore avrebbe introdotto uno strumento di collaborazione nell'attività d'impresa. Sarebbe vero, invece, che è stato introdotto uno strumento volto all'individuazione dei soggetti meritevoli di beneficiare di taluni vantaggi fiscali. Ciò può legarsi, forse, anche alla considerazione iniziale secondo cui sono state le imprese di dimensioni medie o ridotte *"le più colpite dalla crisi"* finanziaria del 2008 e dunque quelle che il legislatore ha presumibilmente voluto sostenere disciplinando il contratto di rete. A tal fine si sono introdotti prima i distretti produttivi e poi le reti d'impresa; entrambe le figure, apparse già ad inizio Novecento nel mondo dell'economia, sono state disciplinate dal legislatore solo molti anni dopo.

In conclusione, si potrebbero riprendere gli spunti offerti proprio da un recente testo (26), nel quale si indaga la rilevanza del principio di sussidiarietà nel diritto civile. Ad una simile indagine non può restare - ed in effetti non è restata - estranea la disciplina del contratto di rete: il forte arretramento dello Stato a tutto favore dell'autonomia privata rappresenta un caso paradigmatico di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in ragione del quale la legge lascia agli operatori la definizione, ad esempio, della struttura della rete.

Tale *rivoluzione copernicana* ha inciso anche sull'aspetto della destinazione patrimoniale, particolarmente sensibile atteso che involge - attraverso il connesso meccanismo della limitazione di responsabilità, derogativa della generale disposizione dell'art. 2740 cod. civ. - gli interessi del ceto creditorio (27).

(25) M. MALTONI - P. SPADA, *Il "contratto di rete"*, cit., p. 1. Così, gli Autori, anche in *Il «contratto di rete»: dialogo tra un notaio e un professore su una legge recente*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 499 ss.

(26) M. NUZZO, *Contratto di rete: piano industriale e disciplina dei contratti di attuazione*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014.

(27) La destinazione patrimoniale costituisce fenomeno di particolare rilevanza, atteso che postula un bilanciamento tra la libertà propria dell'autonomia negoziale e la tutela degli interessi dei terzi che sono coinvolti dall'atto di autonomia (cfr. M. BIANCA, *La destinazione patrimoniale nella disciplina dei contratti di rete*, Torino, 2014). L'Autrice rilegge la relazione tra i menzionati interessi proprio alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, sicché *"l'atto di autonomia negoziale che deriva dall'applicazione di questo principio è un atto che realizza ontologicamente non solo gli interessi delle parti che lo pongono in essere, ma anche gli interessi della collettività, in quanto è atto che svolge una funzione vicaria rispetto allo Stato"* (M. BIANCA, cit., p. 36). Proprio in virtù di tale funzione, è legittimo comprimere gli interessi dei terzi creditori a soddisfarsi su tutto il patrimonio del debitore, secondo lo schema residuale della garanzia patrimoniale generica.

6. *Il superamento della concezione personalistica del patrimonio e l'emersione di moduli atipici.*

Con riferimento alla responsabilità patrimoniale del debitore si è assistito al progressivo superamento della teoria personalistica del patrimonio, la cui scaturigine risale alle istanze liberali sottese alla codificazione napoleonica, secondo le quali il patrimonio era considerato un riflesso, necessariamente unico e indivisibile, della soggettività giuridica, in contrapposizione alla mancanza di una nozione unitaria di soggetto di diritto e patrimonio che caratterizzava l'*ancien régime* (28).

Il disancoramento della responsabilità patrimoniale dalla prospettiva personalistica ha conosciuto uno snodo importante nell'introduzione nel corpo del codice civile dell'art. 2645-ter, che consente la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (29).

Riveste tuttavia interesse ancora maggiore, in considerazione della sua inerenza all'esercizio dell'impresa, la disciplina del contratto di rete che, alla

D'altra parte, la necessità che la limitazione della responsabilità patrimoniale, corollario della destinazione, sia ancorata alla soddisfazione di interessi di peculiare rilievo è altresì posta dalla Relazione al codice civile, n. 1124, ove si afferma che i meccanismi di finanziamento si basano sulla valutazione della consistenza patrimoniale del debitore, e dunque l'interesse a favorire la concessione del credito è funzionalmente collegato alla garanzia per i creditori di soddisfare il proprio diritto su tutti i beni del debitore.

Tale ricostruzione appare, tuttavia, fortemente ridimensionata alla luce della recente evoluzione normativa. Si ha riguardo, in particolare, all'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter, che consente la trascrizione di atti di destinazione di beni immobili o mobili registrati, volti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ.

Il testo originario del progetto di legge faceva riferimento agli scopi: *a)* di favorire l'autosufficienza economica di soggetti portatori di gravi handicap, nonché *b)* di favorire il mantenimento, l'istruzione e il sostegno economico dei discendenti (art. 1, Progetto di legge n. 3972, *Disciplina della destinazione di beni in favore di soggetti portatori di gravi handicap per favorirne l'autosufficienza*). La versione definitiva della proposizione normativa, menzionando l'art. 1322, comma secondo, cod. civ., implica che la destinazione patrimoniale possa essere impiegata per perseguire qualsiasi scopo meritevole di tutela, con connessa limitazione della responsabilità patrimoniale.

(28) Il dogma "*un soggetto, un patrimonio, una responsabilità*" assurge, secondo la risalente dottrina francese, a vero e proprio principio costituzionale, atteso che "*l'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité*" (G. AUBRY - G. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, Paris, 1873, p. 229 ss.). Gli Autori ritengono che, attesa l'unitarietà del concetto di soggettività giuridica che connota tutti i consociati, la responsabilità patrimoniale debba necessariamente essere unitaria e indivisibile, in quanto proiezione della personalità.

Occorre nondimeno segnalare che la dottrina italiana, già sotto la vigenza del Codice Pisanelli del 1865, aveva posto in evidenza che un soggetto di diritto ben può essere titolare di più masse patrimoniali, ciascuna con proprio trattamento e sorte giuridica (F. FERRARA SR., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, p. 875, citato da M. NUZZO, cit., p. 108). Il principale esempio positivo veniva ravvisato nell'eredità accettata con beneficio d'inventario, che non si confonde con il residuo patrimonio dell'erede ed i cui creditori possono soddisfarsi solo *intra vires hereditatis*.

Per quanto concerne la teoria personalistica della destinazione patrimoniale, debesi menzionare per la dottrina tedesca K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1913; per la dottrina italiana può farsi riferimento a G. BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. sc. giur.*, vol. VI, fasc. II, 1889.

(29) Vedasi *supra*, nota 25.

stregua di quanto dispone l'art. 3, comma 4-ter, del d.l. 5 del 2009, come più volte modificato, prevede alternativamente l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, non dotato di soggettività giuridica per espressa previsione normativa, cui si applicano gli artt. 2614 e 2615 cod. civ. dettati in tema di consorzi con attività esterna (c.d. *rete-contratto*), ovvero l'acquisto di soggettività giuridica della rete a séguito dell'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione ha sede (c.d. *rete-soggetto*).

L'analisi della disciplina normativa del contratto di rete consente di apprezzare taluni elementi di sicura rilevanza sistematica.

7. La rete-contratto quale fenomeno di autonomia patrimoniale priva di soggettività giuridica.

In primo luogo, ferma restando la tassativa indicazione degli obiettivi strategici cui il contratto di rete *deve* essere preordinato, il legislatore rimette all'autonomia privata - proprio in considerazione della funzione cui assolve il contratto di rete (incremento della competitività e della capacità innovativa delle imprese aderenti) - l'intera definizione organizzativa della complessa operazione fondata su molteplici contratti tra loro collegati (30).

In tale ambito emerge il regime della responsabilità patrimoniale della rete-contratto, cui si applicano le norme stabilite per i consorzi con attività esterna, alla cui stregua per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti *esclusivamente* sul fondo comune. Simmetricamente, per la durata della rete le imprese partecipanti non possono chiedere la divisione del fondo ed i relativi creditori particolari non possono far valere i loro diritti sullo stesso (31).

(30) La consistente autonomia organizzativa rimessa ai privati trova nella predeterminazione legislativa degli obiettivi del contratto di rete un vero e proprio *contrattare sistematico*, con la conseguenza che il Giudice potrà riquilibrare, al di là del *nomen juris* utilizzato dalle parti, il contratto qualora non sia funzionalmente volto a perseguire gli obiettivi prefissati.

Sul piano delle finalità stabilite dal legislatore, con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa.

Autorevole dottrina ha rilevato come gli stessi obiettivi del contratto di rete richiedano di lasciare ampio spazio all'autonomia privata nella conformazione del contratto. Proprio in ragione di ciò, "*è tassativo che il contratto sia inteso a questo scopo determinante e comune che penetra nella sua causa*" (A. GEN- TILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *Contratti*, 2011, p. 620).

(31) Al fondo patrimoniale comune trovano applicazione gli artt. 2614 e 2615, comma 2, cod. civ., in materia di consorzi con attività esterna. Si stabilisce inoltre che per le obbligazioni assunte dall'organo comune per conto dei singoli imprenditori aderenti alla rete, rispondano questi ultimi solidalmente col fondo comune. Si versa, dunque, in un'ipotesi di *solidarietà ad interesse unisoggettivo*, con la conseguenza che, nei rapporti interni tra fondo patrimoniale e singolo aderente, il peso economico deve gravare esclusivamente su quest'ultimo.

Da ciò consegue che tramite il contratto di rete i partecipanti possono avvalersi della limitazione della responsabilità patrimoniale *come se* dessero luogo ad un consorzio con attività esterna, salvo poter combinare modelli organizzativi propri anche di altre figure tipiche (32).

Inoltre, atteso che i partecipanti possono scegliere di non attribuire soggettività giuridica al fondo comune, viene in rilievo una forma di stabile coordinamento di base negoziale tra imprese che rimangono distinti centri di imputazione soggettiva. Infatti, l'organo comune della rete agisce in rappresentanza degli imprenditori partecipanti, cui direttamente si riconduce la titolarità delle situazioni giuridiche; solo con l'acquisto della soggettività, al contrario, si stabilisce che l'organo comune agisca in rappresentanza della rete *per se* considerata.

La rete-contratto dà quindi luogo ad un patrimonio autonomo, destinato al perseguimento di un determinato programma di rete, privo di personalità giuridica. Per l'effetto, si delinea la rilevanza sistematica del collegamento negoziale posto alla base della rete, il quale si contrappone sia al modello tradizionale dei contratti di scambio sia a quello dei contratti associativi finalizzati alla creazione di un *ens tertium*.

Emerge altresì la differenza strutturale che intercorre tra il patrimonio autonomo che gemma dal contratto di rete ed il patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-*bis*. Nel caso della rete-contratto difetta, infatti, un soggetto rispetto al quale configurare una separazione endo-societaria e cui ricondurre la titolarità del patrimonio, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2447-*quinquies*, c. 3, che stabilisce la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

Risulta ancora più rilevante notare che, alla stregua dei concreti dati normativi, il legislatore sembra aver considerato l'acquisto della soggettività giuridica come uno svantaggio anziché un privilegio. Infatti, la rete-soggetto non può giovare, pena la violazione del diritto euro-unitario in materia di aiuti di Stato, della agevolazione fiscale consistente nella sospensione d'imposta della quota di utili destinati alla costituzione del fondo comune (33).

Proprio a tal proposito si riscontra, significativamente, un eloquente equivoco tra il legislatore nazionale e la Commissione europea che aveva posto come condizione di compatibilità dell'agevolazione con l'art. 107 del Trattato

(32) La teoria dell'*as if* trova autorevole riconoscimento nella dottrina anglosassone a proposito dei *clusters*; vedasi M.E. PORTER, *Clusters and the new economics of competition*, in *Harvard Business Review*, 1998, p. 77 ss.

(33) Depono in questo senso la circolare dell'Agenzia delle Entrate 20/E del 18 giugno 2013, alla cui stregua "l'acquisizione della soggettività giuridica delle reti in esame comporta l'esistenza di un soggetto dotato di capacità giuridica tributaria autonoma rispetto alla capacità giuridica delle singole imprese partecipanti: ai fini del prelievo fiscale, infatti, la rete-soggetto, in quanto entità distinta dalle imprese partecipanti, esprime una propria forza economica ed è in grado di realizzare, in modo unitario e autonomo, il presupposto di imposta".

proprio la mancanza di “un fondo con responsabilità separata”. Di conseguenza la Commissione, riscontrato il carattere solo eventuale dell’acquisto di soggettività giuridica da parte della rete, ha concluso nel senso che il diritto dell’Unione non osta alla misura agevolativa prevista, con ciò mostrando di non distinguere ancora tra soggettività ed autonomia patrimoniale (34).

Inoltre, la rete-contratto si rivela ontologicamente esclusa dall’assoggettabilità a procedure concorsuali, atteso che trattasi di un fenomeno negoziale dotato di un patrimonio che non risponde per un ammontare superiore a quello conferito; del pari, le imprese partecipanti sono correlativamente escluse proprio in forza del regime di limitazione della responsabilità patrimoniale di cui all’art. 2615 cod. civ. Maggiori profili problematici si schiudono, invece, con riferimento alla rete-soggetto, posto che in tal caso si configura un’entità soggettiva idonea a svolgere attività di impresa ad essa imputata.

8. Rilevi conclusivi.

È dunque evidente che, per ragioni fiscali, concorsuali, oltre che funzionalmente collegate agli obiettivi stessi della rete, il legislatore medesimo sembra indurre le imprese a dar vita a reti-contratto anziché a reti-soggetto, potendo nel primo caso beneficiare dei vantaggi della responsabilità limitata pur mantenendo la propria autonomia come distinti centri di imputazione soggettiva.

La conclusione deve ricongiungersi, quindi, alle osservazioni svolte all’inizio: è proprio la rinnovata funzione di interesse generale dell’autonomia privata, valorizzata dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118 Cost., a giustificare sul piano della meritevolezza degli interessi la limitazione della responsabilità patrimoniale, nonché il superamento della trattativa teoria personalistica del patrimonio, concretati nella disciplina della *rete-contratto* (35).

(34) La Commissione osserva che “*la particolarità del contratto di rete è che le imprese partecipanti mantengono la loro autonomia sotto il profilo giuridico e ottengono i vantaggi previsti beneficiando direttamente dell’agevolazione*” C(2010) 8939 del 26 gennaio 2011.

(35) È rilevante notare la portata *sistematica* della rete-soggetto; rispetto alla tradizionale bipartizione tra contratti di *scambio*, necessariamente bilaterali, e contratti plurilaterali *associativi* volti alla creazione di un nuovo soggetto, emerge il contratto di rete che dà luogo ad una organizzazione stabile, dotata di autonomia patrimoniale ma sprovvista di personalità.

Proprio l’autonomia organizzativa riconosciuta alle imprese aderenti fa sì che il programma di rete possa essere attuato attraverso un *collegamento negoziale*, volto a disciplinare la partecipazione alla rete delle varie imprese; ciò pone, in punto di qualificazione e meritevolezza dell’operazione complessiva, i problemi affrontati dalla giurisprudenza con riferimento al fenomeno del *nexus of contracts*. Si veda in proposito M. Nuzzo, *Contratto di rete*, cit., p. 27 ss.

Crisi della legge e decretazione d'urgenza

*Guglielmo Bernabei**

SOMMARIO: 1. La crisi della legge - 2. La legge generale ed astratta - 3. Legis latio, legis executio ed amministrazione diretta - 4. Distinzione della funzione legislativa ed amministrativa nella Costituzione - 5. Incidenza del ruolo del decreto-legge sulla forma di governo e riflessi sulla forma di Stato.

1. La crisi della legge.

Il sistema delle fonti si caratterizza per una complessità tale da rendere problematico l'uso stesso del termine "sistema" (1). La struttura dell'ordinamento giuridico (2), illuministicamente progettata attorno al ruolo essenziale della legge, tende oggi a regredire verso forme poco armoniche, perdendo la sua originaria razionalizzazione; da alcuni anni, infatti, si assiste, con una crescita preoccupante, ad una trasformazione della funzione legislativa, dove la produzione normativa governativa tende ad assumere un ruolo sempre più rilevante, sia per numero di provvedimenti adottati sia per la consistenza degli interventi realizzati. A questo si aggiunge un processo di cambiamento del sistema giuridico caratterizzato dalla moltiplicazione e dalla frammentazione delle fonti del diritto, dove diviene evanescente la coerente prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione umana; in tale contesto si evidenzia il fatto che la legge formale non riesce adeguatamente a svolgere un compito di effettiva regolazione della complessa fenomenologia delle fonti del diritto (3).

Il continuo ricorso alla decretazione d'urgenza (4), dunque, sta divenendo

(*) Dottore di ricerca in diritto costituzionale - guglielmo.bernabei@unife.it

(1) Cfr. G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.* 1987, p. 149, il quale afferma che "sembra seriamente scosso quel principio di tassatività e tipicità delle fonti che è stato considerato tradizionalmente una garanzia propria dello stato di diritto, riflettentesi nella elencazione "tabellare" degli atti e dei fatti riconosciuti come validi portatori di regole giuridiche dotate di diversa "forza" in termini relativi".

(2) Cfr. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988; cfr. G. PITRUZZELLA, *Quali poteri normativi per l'autonomia locale?*, in *Le Regioni*, 2008, p. 3, il quale afferma che "è difficilmente contestabile come coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico siano i risultati dell'attività dell'interprete e che quindi lo stesso atteggiarsi delle fonti del diritto a "sistema" sia il "prodotto" e non già il dato di partenza dell'attività interpretativa".

(3) Cfr. F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, p. 283, il quale sostiene che "se esiste un diritto obiettivo, un materiale giuridico avente una natura specifica (propria), può porsi, infatti, innanzitutto il problema della sua definizione, della individuazione delle caratteristiche essenziali di tale realtà, delle qualità materiali di questo fenomeno per isolare uno specifico oggetto di studio della scienza giuridica (e giuspubblicistica in particolare)".

(4) Cfr. S. RODOTÀ, *L'abuso dei decreti-legge, fenomenologia dei decreti*, in *Politica del diritto*, 1980, p. 380; cfr. F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3249; cfr. Q. CAMERLENGO, *Il decreto-legge e le disposizioni "eccentriche" introdotte in sede di conversione*, in *Rass. Parlam.*, 2011, p. 110 ss; V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia*

sempre più indice di una crisi profonda dell'autorità politica nel nostro ordinamento costituzionale; le forme moderne di indebolimento della centralità della legge statale possono essere identificate anche nella maggiore incisività delle fonti locali e nella prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale (5).

Così, più aumentano i soggetti dotati di potestà legislativa (6), più aumenta il numero delle norme prodotte e più difficile risulta conservare un certo grado di armonia nel sistema normativo; a questo si aggiunge, poi, la proliferazione delle leggi, la loro rapidità di mutamento (7), la frammentazione e la stratificazione delle norme, l'ambiguità di linguaggio, l'eccessivo ricorso all'abrogazione implicita (8). L'effetto di questi fattori produce un ordinamento poco governato e riconoscibile, influenzando negativamente sulla certezza del diritto, sull'equilibrio dei poteri costituzionali, sull'efficienza della giustizia e sul rapporto tra governati e governanti, contribuendo alla disaffezione alla legge ed alla sua inosservanza. In un contesto simile cresce la pressione dei gruppi organizzati e degli enti esponenziali degli interessi di categoria, i quali,

costituzionale, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 238; cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, 1962, ora in *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. NOCILLA, Milano, 1992, p. 235. In tema di decretazione d'urgenza poi si ricorda, *ex multis*, cfr. G. VIESTE, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreto-legge*, Milano, 1970; cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, vol. I, Padova, 1997; cfr. A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000; cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003; cfr. A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza e qualità della produzione normativa*, Milano, 2011; cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1988, (1990) p. 182; cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, 2003; cfr. G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza, profili costituzionali*, Bari, 2010.

(5) Cfr. F. MODUGNO - D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 424, i quali parlano di "accerchiamento della legge da ogni lato". Cfr. S. MANCINI, *I regolamenti degli enti locali tra riserva di competenza e "preferenza" in un multilevel system of government*, in *Le Regioni*, 2008, p. 120, il quale afferma che "la principale sfida che attende nel prossimo futuro il sistema delle fonti è pertanto quella dell'armonizzazione dei rapporti tra una pluralità di atti normativi prodotti dai diversi ordinamenti che compongono il più vasto "ordinamento repubblicano", all'interno di ciascuno dei quali è destinato a svilupparsi un "microsistema" di fonti del diritto. Armonizzazione che dovrà muovere non più dall'ottica gerarchico-piramidale, bensì da quella "integrativa" implicata dal modello multilevel".

(6) Cfr. F. MODUGNO, *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 873, il quale afferma che "la crisi della legge, intesa questa come la fonte suprema e per antonomasia dell'ordinamento giuridico, proprio nel momento in cui l'estensione del suffragio all'intero popolo avrebbe dovuto realizzarsi il suo massimo trionfo. Ma il moltiplicarsi degli interventi legislativi, e la correlativa necessità di trasferire una parte di essi al governo e persino ad altri soggetti, ha determinato invece quella pluralità di fonti e persino di "leggi" che caratterizza sempre di più gli ordinamenti giuridici a partire dal primo dopoguerra".

(7) Cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. Pubbl.*, 1930, p. 429, dove si rileva che "la legge è fatta non solo per comandare, ma per durare. Non può essere, naturalmente, eterna; ma deve essere longeva. Ogni mutamento della legge rappresenta un turbamento di equilibri, uno sconvolgimento di previsioni, un rallentamento di iniziative. Peggio ogni mutamento, il quale non segua nei limiti normali della mutabilità, fa perdere la fiducia nella stabilità della legge, che è lo stato d'animo indispensabile per la prosperità sociale".

(8) Cfr. M. PAGANO, *Introduzione alla legimatica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2001, p. 10.

grazie al loro peso politico, riescono ad essere rappresentati all'interno del percorso della legislazione (9).

La compresenza, nella determinazione degli obiettivi di politica legislativa, di interessi sempre più ampi ed articolati provoca il fenomeno che vede la legge come "anima del contratto" (10), lontana dall'essere misura tendenzialmente astratta dell'operare altrui, fino a divenire misura reale, che insegue i fatti nei quali si realizza un conflitto, anziché prevederli e previamente regolarli.

Spetta infatti all'Amministrazione, e non al legislatore parlamentare, l'intervento dinanzi al fatto materiale integrante un concreto conflitto di interessi e in questo fatto vi è il presupposto della sua legittimazione.

Occorre, quindi, un lavoro scientifico in grado di operare una ridefinizione delle competenze del potere legislativo e di quello esecutivo-amministrativo, in modo da recuperare, sul piano del diritto positivo, il valore pratico e il senso giuridico della distinzione dei livelli di mediazione degli interessi coinvolti. Il legislatore ha rimesso pressoché completamente all'amministrazione il compito della regolazione delle molteplici esigenze contrapposte, fino a diventare la sede reale del confronto e della sintesi degli interessi, ponendo inevitabilmente la questione dell'equilibrio tra i poteri dello Stato (11).

Un tentativo concreto di analisi della crisi del sistema, che ha portato a considerare il decreto-legge un mezzo ordinario di produzione normativa (12), può consistere nella constatazione della mancanza di effettività come causa della situazione attuale (13) e questo ha provocato un rapido processo di delegittimazione della norma giuridica, contribuendo, in questo modo, alla destrutturazione ed allo svuotamento della efficacia regolativa dell'ordinamento

(9) Cfr. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, pag. 273.

(10) Cfr. D. NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in *Quaderni dell'associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminari 1989-1990, Milano, 1991, p. 79.

(11) Si ricordi che già nel 1979 il Ministro per la Funzione Pubblica, Massimo Saverio Giannini, trasmetteva al Parlamento il "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato", noto oggi come "Rapporto Giannini", indicando tra le principali disfunzioni della Pubblica Amministrazione la cattiva qualità delle leggi che regolano l'organizzazione e l'attività amministrativa. La Commissione Barettoni Arleri, istituita in seguito alla presentazione del "Rapporto Giannini", si occupò soprattutto della fattibilità legislativa. Nella relazione finale vengono indicate tre cause che provocano una difficile attuazione delle leggi e della carente copertura finanziaria delle stesse: la copertura amministrativa della legge intesa quale idoneità degli apparati amministrativi all'applicabilità specifica di quanto dispone la norma; la progettazione legislativa, ossia la tecnica di redazione degli atti normativi-drafting; la fattibilità quale valutazione preventiva degli impatti della norma sui destinatari della stessa e del contesto normativo di riferimento.

(12) Cfr. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del diritto*, 1996, p. 421.

(13) Cfr. A. CATANIA, *Riconoscimento e potere: studi di filosofia del diritto*, Napoli, 1996, p. 50, il quale afferma che "l'ordinamento è giuridico nella misura in cui è effettivo, e può riconoscersi l'effettività solo quando la maggior parte delle norme dell'ordinamento sono efficaci, cioè quando la condotta umana disciplinata dalle norme coincide in una certa misura con il comportamento reale degli uomini".

giuridico globalmente inteso (14). Questa situazione è causata principalmente dalla crisi di legittimazione del sistema politico-istituzionale che ha contagiato il suo tipico prodotto normativo, ossia la legge. La perdita di valore del carattere formale, tipico degli atti normativi, in fase di produzione del diritto, ha come conseguenza l'attenuazione della certezza e della stabilità in fase di applicazione. Infatti, la procedura negoziata dei contenuti normativi prosegue anche in sede applicativo-interpretativa (15), ridimensionando l'effetto di stabilizzazione delle regole giuridiche, le quali, invece, andrebbero incentivate anche mediante un costante e credibile intervento di sistemazione giurisprudenziale. Ma se questa opera di sistemazione si incrina e non risulta più possibile trovare in essa un dato oggettivo di riferimento, un prodotto regolativo affrancato dal caso concreto, viene meno un'altra forma di tutela dell'ordinamento. La casistica sostituisce il sistema, ma non diviene sistema anch'essa.

Le norme giuridiche, quindi, risultano efficaci non solo perché ritenute valide in quanto poste con procedimento legislativo formalmente corretto, ma anche in quanto effettivamente vigenti nell'ordinamento; in questo senso, "la validità di un ordinamento giuridico, che regola il comportamento di determinati uomini, si trova in un sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale di questi uomini corrisponde all'ordinamento giuridico o anche alla sua efficacia" (16).

Altro aspetto che ha contribuito al proliferare del decreto-legge concerne il carente ordinamento dei rapporti tra i tipi di atti normativi e, più in generale, tra le fonti (17); infatti, accanto all'inflazione normativa si manifesta la moltiplicazione delle tipologie di atto normativo.

È la legge parlamentare che, come tipologia, ha perso la sua inconfondibile e originaria unitarietà, fino a parlare ormai di una "categorizzazione" della stessa legge formale (18). In questo senso, a titolo di esemplificazione, si sono individuate le seguenti tipologie: leggi-provvedimento, leggi meramente formali, leggi di interpretazione autentica, leggi di sanatoria, leggi rinforzate, leggi atipiche, leggi contratto, leggi incentivo, leggi di programmazione, leggi

(14) Cfr. F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., p. 301, dove si sostiene che "non è un caso, infatti, che a crollare sotto il fatto della disapplicazione/inefficacia non siano state soltanto le norme precettive verso i consociati, ma anche le norme relative ai rapporti con le istituzioni politiche e gli organi pubblici".

(15) Cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, p. 198, il quale afferma che "l'asse dello lotta politica si sposta fatalmente dall'approvazione all'applicazione della legge".

(16) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1956, p. 77.

(17) Cfr. F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 2001, p. 30.

(18) Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, p. 156.

di finanza, leggi speciali, leggi di principio o leggi quadro, leggi procedimentali, leggi periodiche specializzate (19).

Questo elenco conferma che siamo dinanzi non solo ad una crisi della legge come fonte principale del diritto, ma ad un cedimento del sistema delle fonti che non è più in grado di individuare nella legge lo strumento più idoneo a porre le regole di formazione e di trasformazione dell'ordinamento.

Si tratta, dunque, di una crisi politica della legge, di un cedimento dello Stato rappresentativo quale fondamento politico della legge stessa. Tale aspetto è amplificato dall'indebolimento del tradizionale schema gerarchico, ormai incapace di funzionare nell'ordinamento giuridico italiano nel quale la legge non è più una fonte nettamente differenziata e non costituisce più il perno del sistema; inoltre anche l'introduzione della costituzione rigida rappresenta un elemento di perturbazione del sistema (20) stesso.

Il principio gerarchico è, quindi, fortemente integrato dal criterio della competenza proprio perché la legge non è più categoria unitaria, né è più atto normativo primario per eccellenza, vi sono altri atti, nel nostro caso i decreti-legge, che dovrebbero occupare uno spazio differenziato e distinto per modalità di intervento, preciso e circoscritto, e contenuto, provvedimentale, da quello propriamente conosciuto come appartenente alla legge.

Pertanto, al fine di comprendere il significato autentico del termine "crisi" è utile riferirsi all'originale greco, dove l'espressione prevede anche la traduzione come "scelta" (21).

Crisi della legge diviene dunque una problema di scelta della legge, di quale atto normativo primario sia meglio in grado (22), proprio per le sue caratteristiche intrinseche ed estrinseche, di fronteggiare in modo più appropriato la disciplina di una certa situazione, verificandosi il trasferimento dalla sede parlamentare ad altra sede del potere di produzione normativa. In questo senso il criterio di competenza diviene principio di organizzazione degli atti giuridici e, in particolare, degli atti costitutivi dell'ordinamento, trovando nella Costituzione il suo esclusivo ed esaustivo fondamento; gli atti posti gerarchicamente sullo stesso piano della legge formale, a maggior ragione dopo la riforma del Titolo V, non devono interferire reciprocamente, essendo rivolti a disciplinare

(19) Cfr. F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, cit., p. 32.

(20) Cfr. F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, cit., p. 59, il quale afferma che la costituzione rigida "introduce un elemento di complicazione aggiungendo un nuovo gradino allo schema gerarchico classico legge-regolamento-usi e pregiudica il carattere di fonte suprema che prima spettava alla legge. E poi, soprattutto, perché la costituzione si distingue dalla legge non solo per la *forma*, distinta e superiore, ma anche per il suo *contenuto*, proprio in quanto *legge fondamentale*, scaturigine ultima dell'*ordo ordinans*, principio ordinatore dell'ordinamento".

(21) Cfr. F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, cit., p. 61.

(22) C. MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 23. Inoltre cfr. A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto alla forma di governo*, in *Politica del diritto*, 1981, p. 303.

materie o ambiti, come il caso dei fatti emergenziali, separati tra loro dalle rispettive competenze (23).

Secondo questa impostazione, dunque, la legge formale non può, pena la illegittimità costituzionale, intervenire in materie o incidere su situazioni, la disciplina o la cura dei quali è costituzionalmente riservata ad altre tipologie di atti.

Il dato che emerge è quello di un sistema policratico in ricerca di un proprio equilibrio; i rapporti tra diritto e politica, il passaggio dal mondo del potere reale, dal pregiudiziale, al mondo della realtà giuridica ha bisogno di un nuovo inquadramento. Un assetto equilibrato del sistema delle fonti passa, necessariamente, per una ricomposizione dei rapporti tra i poteri dello Stato, con particolare riferimento ai soggetti dotati di potestà normativa, ordinati secondo criteri di competenza rigorosamente determinati secondo il canone *chi e come fa che cosa*.

Questa “razionalizzazione dei poteri” può essere in grado di produrre soluzioni normative capaci di riacquistare la loro qualità più importante: la stabilità. È dunque necessario ritornare, come già in passato si era prospettato (24), ad un sistema nel quale la norma riassuma come suo contenuto il “fatto” dedotto dalla realtà sociale attraverso la mediazione delle forze politiche, in modo che questo “fatto”, qualificato giuridicamente, sia obiettivizzato, immobilizzato dentro la sua “forma”.

Viceversa, la capillare negoziazione nel particolare dei contenuti degli atti normativi, favorita dalla dislocazione diffusa delle sedi della loro approvazione, finisce per rendere addirittura disponibile l’interpretazione e l’applicazione da parte degli stessi soggetti che ne sono gli autori. In questo modo, il diritto inteso come materiale giuridico perde progressivamente il proprio carattere impersonale ed obiettivo per assumere una connotazione convenzionale e, come tale, pienamente disponibile dai propri autori (25). Perde valore la certezza del diritto in termini di prevedibilità e di obiettività delle situazioni da disciplinare (26). La regolazione giuridica degli interessi generali, un tempo affidata al diritto obiettivo in linea con i valori sviluppatasi dal principio di le-

(23) Cfr. R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 365 ss.

(24) T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, p. 308.

(25) Cfr. F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., p. 357, dove si precisa che “la stessa applicazione del diritto diviene, così, politicamente oggetto di negoziazione”. Inoltre cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti*, Torino, 1987, p. 20 ss.

(26) Cfr. G. PITRUZZELLA, *Quali poteri normativi per l’autonomia locale?*, cit., p. 9, il quale afferma che “se il pluralismo delle fonti, la crisi dei tradizionali criteri di soluzione delle antinomie, la complessità dell’ordinamento e la difficoltà di mantenere il valore della certezza del diritto sono dati ineliminabili, sembra pure attendibile chiedersi se oltre un certo livello di complessità e di articolazione del sistema delle fonti non sia più possibile porre argini efficaci all’alluvione normativa. Con la conseguenza di determinare un grado talmente elevato di incertezza sul diritto vigente da porre in pericolo la stessa tutela dei diritti, che hanno trovato sempre la prima garanzia nella distinzione tra la posizione preventiva della norma giuridica e la sua concreta applicazione, in sede giudiziaria o amministrativa”.

galità, è oggi affidato a soluzioni normative nella disponibilità degli stessi interessi particolari regolati, e di conseguenza, risulta facile e politicamente conveniente ricorrere a strumenti rapidi come i decreti-legge.

La soluzione alla crisi della legge, quindi, non può consistere nella progressiva affermazione della capacità legiferante dell'Esecutivo, fenomeno che tende oggi ad assumere i connotati tipici di un inedito ed autonomo centro di produzione normativa, con conseguente drastica compressione della sfera di intervento costituzionalmente attribuita alle Camere (27). Il processo di alterazione delle dinamiche costituzionali si sta pericolosamente avvicinando ad un punto di non ritorno, sottoponendo a continue "prove di resistenza" (28) la forma di governo delineata dalla Costituzione.

La legge formale necessita di ritrovare la propria identità nella relazione specifica con un determinato contenuto prescrittivo, che costituisce, secondo i canoni di un ordinamento giuridico che davvero voglia essere positivo, la norma giuridica *stricto sensu*, differenziata dai contenuti propri di altri atti normativi, in grado di prescrivere regolarità di comportamenti e di predisporre astrattamente lo schema di essi.

2. La legge generale ed astratta.

Occorre quindi ricostruire brevemente i caratteri della legge per poterla distinguere (29) dagli altri atti che stanno sul suo medesimo piano gerarchico. L'alterazione del sistema e la mancanza di razionalizzazione tra le varie fonti del diritto hanno fatto perdere le caratteristiche che deve connotare la legge prodotta mediante il procedimento parlamentare, restituendole anche la sua dimensione storica.

Già i principi ispiratori della Rivoluzione francese consentivano la limitazione dei diritti individuali unicamente mediante la legge come "espressione della volontà generale", secondo il disposto dell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, oppure mediante la decisione individualizzante del giudice (30).

(27) Cfr. C. DE FIORES, *Trasformazioni della funzione legislativa*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 2001, p. 176. Inoltre cfr. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, p. 32 ss.

(28) Cfr. L. PALADIN, *Forma italiana di governo ed appartenenza dell'Italia all'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 403.

(29) Cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, p. 73, dove si ricorda che "nell'area continentale europea la tradizione del volontarismo esalta la volontà dell'autorità quale fonte degli atti giuridici e contribuisce all'affermazione nello Stato assoluto del concetto di legge quale *voluntas* del sovrano; quest'ultima è norma e giurisdizione. Inoltre, il potere del sovrano viene giustificato in virtù della finzione della volontaria scelta da parte dei consociati di affidare al potere politico, di natura artificiale, la propria sicurezza, non per *consenso* - come nel pensiero di Locke - ma sulla base di un *patto o contratto*".

(30) Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, 2001, Libro II, cap. 74, il quale afferma che "la volontà è generale o non esiste: essa è quella del corpo del popolo o non esiste: essa è quella del

Se la legge è davvero espressione della volontà generale, allora dovrà avere anche un carattere generale, e, in questo senso, la legge è tale a condizione che sia rivolta alla generalità e rechi un contenuto astratto. In un contesto caratterizzato dalla generalità ed astrattezza della legge, al potere esecutivo spettano solo atti particolari che non rientrano nella competenza della legge, con una netta separazione degli ambiti di intervento.

Si sottolinea dunque il concetto che la legge generale ed astratta è l'espressione della sovranità della nazione, antitetica al particolarismo (31).

Da questa affermazione emerge che l'azione concreta dello Stato deve essere preceduta da prescrizioni di ordine generale ed astratto, alle quali è tenuta a conformarsi. Uno dei pilastri dello Stato di diritto consiste proprio nel fatto che non può esserci una pena, un tributo o un altro onere qualsiasi fissato individualmente secondo il capriccio del momento di colui che detiene il potere. Sono infatti le norme generali che pongono in astratto i casi in cui ognuno è sottoposto a determinati obblighi, in modo che ciascuno abbia la garanzia che soltanto se si trova in quelle condizioni gli sarà richiesto l'adempimento di quell'obbligo, e che il medesimo adempimento sarà dovuto da parte di tutti coloro che verranno a trovarsi nella stessa situazione (32).

Si respinge, nell'ottica del presente lavoro, la teoria della legge in senso solo formale, la quale qualifica l'atto legislativo sulla base di criteri formali, come la deliberazione da parte dell'organo titolare della funzione legislativa di un atto predisposto attraverso il procedimento legislativo e avente forma di legge, anche se a contenuto sostanzialmente particolare; si vuole pertanto riaffermare il principio per cui solo un atto con forma di legge, o l'atto dell'Esecutivo a seguito di delega, può recare una norma giuridica dotata di generalità, astrattezza, innovatività al preesistente ordinamento, all'interno di un contesto di equiparazione tra normazione e legislazione (33). Non può essere

corpo del popolo o solamente una parte. Nel primo caso questa volontà dichiarata è un vero e proprio atto di sovranità e fa legge, nel secondo è soltanto una volontà particolare o un atto della magistratura; tutt'al più può essere un decreto".

(31) Cfr. A. AMORTH, *Dallo Stato assoluto allo Stato costituzionale*, (1948), ora in *Scritti giuridici, 1940-1948*, vol. II, Milano, 1999, p. 1010, il quale rileva che il principio della sovranità nazionale costituisce il contributo sostanziale dato dalla Rivoluzione francese all'ordinamento dello Stato costituzionale. Esso "segna il passaggio dall'appartenenza del potere politico dalla Dinastia alla Nazione e, per essa, in concreto, alla sua rappresentanza" e "va messo in relazione con quella enunciazione della dichiarazione dei diritti che definisce la legge come "espressione della volontà generale" (articolo sesto)".

(32) Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, p. 816.

(33) Cfr. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 239, il quale rileva che "nel quadro della tradizionale concezione statualistica del diritto, e identificandosi la norma giuridica con la norma posta, direttamente o indirettamente dallo Stato, la figura dell'atto normativo" trova "dapprima origine nella elaborazione dottrinale della figura della legge: di quell'atto dello Stato, cioè, che fuori di ogni dubbio ed a prima vista, si presenta, modernamente, come diretto a costituirne l'ordinamento, a dettare il sistema regolatore della condotta dei consociati, a definire e garantire le libertà individuali, e quindi come fonte del diritto, quasi per antonomasia". Cfr. F. MODUGNO, *Legge (Diritto costituzionale)*, cit., p. 890, il quale

ritenuto requisito della legge un comando emanato dagli organi legislativi ma non riferito ad una classe di comportamenti, non configurante, quindi, una tipicità astratta di essi (34).

La generalità, nel momento stesso in cui è considerata condizione della certezza del diritto, è giudicata fondamento delle garanzie di tutela dei diritti che dalla legge si attendono.

Come fonte principale del diritto oggettivo, la legge deve distinguersi dalle altre fonti come pronuncia solenne di una proposizione giuridica compiuta da organi a ciò destinati e in forme predeterminate. In tal modo, essa si mostra come il più elaborato prodotto della riflessione giuridica e manifesta, al massimo livello, i caratteri del diritto (35), evidenziandone l'astrattezza, che da un lato conferisce alla legge rigidità e una complessa applicazione alla realtà storica, e dall'altro le attribuisce certezza (36).

Questa impostazione con l'avvento dello Stato sociale e l'espansione dell'intervento pubblico nell'economia ha perso consistenza, producendo profonde alterazioni tanto nei rapporti tra Stato e società quanto nei meccanismi di produzione e regolazione normativa. La legge ha assunto un ruolo sempre più legato ad una funzione attributiva e regolativa di risorse economiche, compito incompatibile con la generalità ed astrattezza, fino a confondersi con l'amministrazione concreta delle esigenze dei consociati (37).

Settori della società civile penetrano nello Stato, rivendicando riconsoci-

afferma che "la funzione legislativa era sinonimo di funzione normativa, ossia della identificazione di legislazione e normazione, contrapposta all'esecuzione o amministrazione, propria e riservata al cosiddetto potere esecutivo, la legge sostanziale comprendeva qualsiasi atto di contenuto normativo, accomunando, sotto il profilo sostanziale, leggi e regolamenti. Essa [...] rappresentava cioè la più evidente delle deroghe ad una rigorosa separazione delle funzioni". Cfr. G. JELLINEK, *Legge e decreto*, a cura di FORTE, Milano, 1997, p. 206, dove si sottolinea che "leggi nel senso dell'ordinamento costituzionale sono quegli atti di volontà di uno Stato che il Governo, a seconda della forma di Stato, o non può affatto porre in essere ovvero lo può non senza la partecipazione di organi diretti costituzionalmente determinati. Nella repubblica costituzionale di oggi il Governo, con l'eccezione del diritto di iniziativa, non ha affatto una partecipazione positiva alla legislazione, che poggia piuttosto, a seconda del diritto e del suo esercizio, sulle Camere o sugli altri organi diretti dello Stato".

(34) S. SPUNTARELLI, *La ratio della legge regionale in sostituzione di provvedimento amministrativo: tre argomentazioni non condivisibili di una sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 849.

(35) Cfr. F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit. p. 324, il quale afferma che "tra i criteri sostanziali di identificazione degli atti normativi, infatti, la generalità ed astrattezza finiranno con l'occupare un posto di primo piano, proprio in virtù della loro valenza politica, per il fatto cioè di disporre in modo eguale per tutti e di garantire il rispetto di criteri oggettivi di razionalità e giustizia. La centralità della legge nel sistema politico, pertanto, ha condizionato - già prima dell'ingresso sulla scena politica delle costituzioni rigide - la sua sovranità in materia di produzione normativa".

(36) Cfr. G. FASSÒ, *Legge*, cit., p. 793. Inoltre cfr. A. SIMONCINI, *La legge senza valore (ovvero della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. Cost.*, 1999, II, p. 2029.

(37) Cfr. G. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 2001, p. 126.

menti economici e normativi perseguiti mediante procedimenti negoziali di decisione legislativa; in questo modo è proprio tale tendenza corporativa a favorire la frammentazione e la personalizzazione della legge, provocando la sua sostanziale riduzione a provvedimento (38).

La funzione originaria e tradizionale della legge parlamentare come garanzia delle libertà individuali ha ceduto il passo a favore di una legislazione settoriale (39), dalla prospettiva limitata, unicamente predisposta ad occuparsi della situazione contingente, ma priva di un disegno generale e di ampio respiro (40). Il fenomeno della negoziazione legislativa, pertanto, oltre a provocare la perdita della generalità, dell'astrattezza e della sovranità della legge, ridimensiona il ruolo delle Camere, le quali, rinunciando a disciplinare determinati rapporti sociali, finiscono per accettare la forte attenuazione del carattere imperativo delle proprie determinazioni legislative a vantaggio di nuovi modelli di decisione di tipo consensuali, procedurali e riflessivi.

Per ovviare a queste situazioni degenerative va nuovamente posta l'attenzione sulla struttura della norma che si evidenzia nello studio dei caratteri della prescrizione giuridica.

Si ricordi quanto la dottrina classica ha sostenuto sul concetto di norma intesa come giudizio di dovere, dove "il senso in cui la proposizione giuridica unisce una fattispecie come condizione con l'altra come conseguenza giuridica" è il dovere (41). Il comando generale non concerne una pluralità di persone o di azioni, determinato o determinabile, ma riguarda un ambito di persone o azioni indeterminato o indeterminabile (42).

L'elemento essenziale della legge consiste, dunque, nella novità del precepto, nell'effetto innovativo che questo produce, determinando una modificazione delle condizioni giuridiche esistenti, in quanto regola i rapporti in esse contemplati; siamo dinanzi ad un atto creativo di nuovo diritto nei confronti di una universalità di soggetti e di situazioni, in grado di far sorgere diritti ed

(38) Cfr. P. CAPOTOSTI, *Concertazione e riforma dello stato sociale*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 485.

(39) Cfr. N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 4/1987, p. 312, dove si sostiene che "nel momento in cui lo stato sociale, superando l'originaria tendenza compensativa verso le categorie più emarginate e sfruttate, si è venuto trasformando in Stato erogatore universale di garanzie economiche e di sicurezze esistenziali, il meccanismo ha inevitabilmente incentivato la spinta rivendicativa dei gruppi forti o meglio organizzati, anche in funzione della loro rilevanza politica, ed ha comunque indotto un effetto di moltiplicatore nei modi di produzione delle regole assunte come formale strumento di garanzie delle nuove conquiste".

(40) Cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 108.

(41) Cfr. H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di CARRINO, Napoli, 1991, p. 12, il quale afferma che "la norma, come giudizio di dovere si contrappone alla legge naturale" e, *ivi* p. 15, l'imputazione è "la legalità specifica del diritto [...] il legame esistente tra gli elementi racchiusi all'interno della proposizione giuridica [...] quel legame che viene posto grammaticalmente dal "deve"". In tal senso, *ivi*, p. 12, "nella proposizione giuridica ad una determinata condizione viene ricollegata una determinata conseguenza".

(42) Cfr. D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.* 1910, p. 299.

obblighi che in precedenza non sussistevano, costituendo l'ordinamento giuridico dello Stato. Il criterio della novità (43) della legge va compreso se si considera la relazione intercorrente tra l'effetto e il contenuto precettivo della legge, nell'ottica di una considerazione dinamica del sistema giuridico; si richiede, infatti, che l'effetto precettivo che ne deriva trovi nella legge la sua preventiva determinazione, in modo che sia dalla legge stessa costituito, previsto e disposto. In tal senso, la novità, intesa come costitutività della fattispecie, e la generalità, compresa come ripetibilità, insieme concorrono ad integrare la nozione di disporre, in contrapposizione al provvedere (44).

Nel campo del diritto, la generalità della norma risponde ad esigenze di certezza e di giustizia sostanziale (45). Secondo questa impostazione, la generalità va posta in relazione con l'efficacia costitutiva dell'ordinamento dello Stato, attribuita specificamente alla legge parlamentare così da rappresentare un riflesso dell'oggettività dell'ordinamento stesso, il quale, nel suo insieme ed in ogni sua parte, si impone indistintamente a tutti i soggetti che vi sono compresi.

Per quanto concerne l'astrattezza, essa va intesa nel senso di essere "astrante da tutto ciò che costituisce l'individualità, irriducibile a tipo, di ogni manifestazione di attività" (46), è sempre distaccata dall'azione che concretamente la realizza; si configura, dunque, come un precetto posto in ipotesi, in ordine a un caso possibile, anziché in ordine a un caso esistente. Questa impostazione, secondo autorevole dottrina (47), ha il pregio di rivelare la risoluzione dell'astrattezza nella generalità che rappresenta il punto centrale della questione: l'astrattezza come riferibilità della norma ad una classe di azioni conformi ad un tipo.

Viceversa, disposizioni temporanee ed eccezionali, come quelle che dovrebbero contraddistinguere la natura provvedimento della decretazione d'urgenza, rivolte a fronteggiare esigenze contingenti, prive di generalità, pur concorrendo a costituire il sistema del diritto statale, mantengono, all'interno di questo, una propria specifica individualità originaria e restano, pertanto, legate ai presupposti di fatto che ne determinano l'emanazione.

(43) Cfr. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 243.

(44) Cfr. A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e P.A.*, Milano, 2005, p. 56 ss.

(45) Cfr. F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 2001, p. 80, il quale afferma che "la certezza dei rapporti giuridici, dunque, ancor prima che la certezza (o la chiarezza, ad essa strumentale) delle norme, costituisce esigenza primaria della vita sociale. E tuttavia, il ruolo di stabilizzazione delle aspettative di comportamento cui il diritto in via di *medium* intersistemico deve assolvere non potrebbe ritenersi realizzato allorché fosse, per ipotesi, conseguita una totale prevedibilità delle decisioni assunte, e, con questa, la completa assimilazione tra legge giuridica e legge di casualità".

(46) A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica*, Catania, 1936, p. 36.

(47) Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 42, il quale sostiene che "poiché il precetto concreto non si pone se non per quel caso, che esiste ed esistendo ne provoca la posizione, si dice anche "specifico" o "speciale"; poiché, d'altra parte, il precetto astratto si pone per ogni caso, il quale sia conforme all'ipotesi (...), si dice anche precetto "generico" o "generale".

3. *Legis latio, legis executio ed amministrazione diretta.*

È la Costituzione stessa ad assegnare alla legge parlamentare il carattere di primarietà che le vale come elemento distintivo proprio (48); questa impostazione va ripresa per sottolineare la capacità rappresentativa del Parlamento, la sua struttura, il suo ruolo nel sistema politico-istituzionale, così come era stato pensato e voluto dai Costituenti.

Occorre rifarsi alla effettiva idoneità delle Camere a divenire il centro di determinazione dell'indirizzo politico nell'attività di predisposizione degli strumenti di innovazione dell'ordinamento, evidenziando la reale capacità del Parlamento di assumere su di sé il difficile compito di elaborare la sintesi degli interessi politici rilevanti nelle relazioni politico-sociali. Spetta al Parlamento controllare il Governo e chiederne il dovuto rendiconto del suo operato, secondo l'impostazione autentica del parlamentarismo, e non viceversa, come troppo spesso accade in un sistema politico che ormai ha smarrito il senso della giusta collocazione del proprio ruolo.

L'atto tipico parlamentare, la legge, è tenuto a produrre gli equilibri di valore che costituiscono il fondamento della convivenza civile, la *ratio* della funzione legislativa. L'elemento centrale è, dunque, quello della rappresentanza, come carattere proprio e non fungibile del Parlamento; la giurisprudenza costituzionale (49) ha fortemente insistito sul significato unico del rapporto di rappresentanza politico-parlamentare, sottolineando la relazione tra popolo ed unità politica della nazione. Quindi, è proprio questa "funzione di rappresentanza nazionale" (50), indicativa della originalità del nome proprio "Parlamento" che pone il concetto di "legge della Repubblica", affinché in capo ad essa sia mantenuta e salvaguardata la titolarità della funzione di selezione e di filtro degli interessi propri della collettività nazionale, tradotti nelle procedure legali idonee a concretizzare le soluzioni individuate in strumenti ed atti tipici dell'istituzione parlamentare, qualificati dai requisiti formali e, secondo l'impostazione accolta in questo lavoro, sostanziali che ad essi assegna l'ordinamento costituzionale.

È, quindi, la legge in senso forte, l'atto politico dell'istituzione più rappresentativa (51), ad assumere il compito di governare il conflitto politico-so-

(48) Cfr. F. BILANCIA, *Il paradigma della legge statale: i riflessi del nuovo art. 117, comma 2, sull'art. 70 Cost.*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, III.1, *Rilevanti novità in tema di fonti del diritto dopo la riforma del titolo V della II parte della Costituzione*, a cura di MODUGNO, Milano, 2003, pp. 26 e 32, dove si sottolinea che "legge e Parlamento hanno sempre assunto il medesimo ruolo e subito le stesse sorti nell'evoluzione degli ordinamenti e delle forme di Stato, procedendo di pari passo nell'alternarsi del primato e declino della rappresentanza, in una con le degenerazioni dei sistemi politici, i fenomeni di integrazioni inter e sovrastatale e, ora, con l'affermazione in Italia dei più accentuati caratteri del sistema delle autonomie politiche".

(49) Cfr. Corte cost., sent. n. 496/2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3798.

(50) Cfr. Corte cost., sent. n. 106/2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 873.

ziale che deve, poi, trovare una sua composizione nell'ordinamento giuridico generale. Questa legge, per volontà della stessa Carta costituzionale, vede giustapporre a sé altri atti normativi posti sul suo stesso livello gerarchico; da qui deriva un potenziale conflitto di funzioni, qualitativamente disomogenee, le quali possono trovare un ordine secondo i criteri della competenza. Il valore della rappresentanza (52), pertanto, svolge un ruolo importante nel segnare la distinzione tra l'istituzione che compete il disporre, le Camere, e l'istituzione che compete il provvedere, l'Esecutivo. In questa distinzione risiede l'articolazione tra produzione ed applicazione del diritto, dove già autorevole dottrina aveva rafforzato la concezione dell'amministrazione come esecuzione, intuendo inoltre le potenzialità dell'amministrazione diretta (53).

Questa impostazione è funzionale alla comprensione della concezione dell'ordinamento giuridico inteso come un sistema *genetico* di norme che “ha fatto scendere in campo con forza [...] questa *teoria dei gradi del diritto* come *teoria della dinamica del diritto*, relativizzando il contrasto, irrigidito quale contrasto assoluto, tra legge ed esecuzione, produzione del diritto e applicazione del diritto” (54).

In tal senso, il presunto contrasto tra *legis latio* e *legis executio* non ha ragione di sussistere, trasformandosi in una relazione ordinata tra due momenti distinti ma non distanti; questa relazione, quindi, evidenzia quanto il carattere provvedimentale dell'Amministrazione conduca ad un concretizzarsi della norma generale rispetto alla fattispecie condizionante, viene posta una norma individuale che concerne uno specifico e particolare accadimento o situazione, necessitante di un intervento regolativo. Siamo dinanzi al manifestarsi dell'amministrazione *diretta*, la quale pone direttamente i fini di cura civile e sociale che la norma generale ha individuato come ambiti ampi ed indeterminati.

L'affermazione dello Stato amministrativo esalta il ruolo di una “amministrazione statale diretta che guadagna importanza nella stessa misura in cui lo Stato diventa cosciente dei propri compiti sociali e interviene nella vita sociale con le sue funzioni assistenziali ed economiche” (55).

(51) Cfr. F. BILANCIA, *Il paradigma della legge statale: i riflessi del nuovo art. 117, comma 2, sull'art. 70 Cost.*, cit., p. 36.

(52) Cfr. F. BILANCIA, *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d'analisi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, *Vincoli alla funzione legislativa*, a cura di MODUGNO, Milano, 1999, p. 212, il quale precisa che “la legge deve il suo ruolo tuttora, formalmente, centrale nel sistema, al fatto di essere l'atto politicamente più rappresentativo della volontà dei cittadini, in una con la sua attitudine a prodursi secondo un procedimento quanto mai trasparente e partecipato dai più diffusi e variegati interessi”.

(53) Cfr. H. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *Il primato del parlamento*, a cura di GERACI, Milano, 1972, p. 84, dove si rileva che “l'idea guida che sola può costituire la spina dorsale della teoria delle funzioni” dello Stato consiste nella distinzione fra *legis latio* e *legis executio*; inoltre, “la dottrina dei tre poteri dello Stato è, giuridicamente, la dottrina dei diversi stadi della creazione e applicazione dell'ordinamento giuridico statale”.

(54) Cfr. H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di CARRINO, Napoli, 1991, p. 21.

Ricordando quanto in precedenza affermato in tema di norma generale e norma individuale, è possibile ora affermare che alle Camere spetta una funzione legislativa “più generale”, che sia, cioè, espressione dei valori incardinati nella nozione costituzionale di Repubblica. Questa impostazione intende anche prevenire il rischio che il ruolo della legge appaia sempre più spesso come strumentale alla realizzazione di finalità elaborate altrove e ad essa imposti in virtù dei vincoli derivanti dall’ordinamento giuridico italiano nel contesto dei processi di integrazione sovranazionali. Da questo si rafforza la posizione qui avanzata di comprendere e di impostare alla luce del criterio della competenza il sistema delle fonti del diritto, in modo particolare nel rapporto tra atti posti a livello di fonti primarie.

L’argomentazione, dunque, anche alla luce della riforma del Titolo V, assume una ampiezza rilevante e constata che il modello italiano delle fonti primarie ha ormai assunto il connotato della separazione delle competenze, protetto dal sistema di garanzie giurisdizionali di legittimità costituzionale. La legge parlamentare, dunque, in termini concreti e non in un ottica meramente formale o simbolica, è chiamata sempre più a facilitare il processo di integrazione politica al fine di coordinare il maggior numero di interessi particolari.

In questa direzione dovrà procedere la riflessione circa il ruolo della legge e del decreto-legge nell’attuale sistema delle fonti, secondo problematiche che implicino l’analisi dei ruoli e degli strumenti per la risoluzione di una complessa questione giuridica: la delimitazione e il contenuto delle sfere di intervento delle diverse fonti ritenute di volta in volta competenti.

4. Distinzione della funzione legislativa ed amministrativa nella costituzione.

Si è finora evidenziato quanto sia concreto il rischio di una rottura, poi difficilmente ricomponibile, dell’unità del sistema delle fonti; si nota, infatti, che ormai si va smarrendo la stessa natura di atto normativo in quanto tale, non più collocabile nello spettro delle categorie del *disporre* e del *provvedere* (56). Occorre, quindi, ripartire dalla Costituzione per rimarcare la distinzione tra la funzione legislativa e quella amministrativa, quale principio affermatosi nella cultura giuridica in chiave garantista, la quale pone come ineliminabile la considerazione che amministrazione e legislazione sono tenute distinte sulla base del concetto fondamentale per cui “l’azione dello Stato debba essere preceduta da statuizioni di ordine astratto e generale, e debba a queste conformarsi” (57). Il testo costituzionale sottolinea la distinzione organica tra potere legislativo ed esecutivo-amministrativo, e questo è testimoniato dall’articolazione prevista

(55) Cfr. Kelsen, *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del parlamento*, cit., p. 156, dove l’Autore teme l’amministrazione al di fuori del diritto quanto S. Romano teme una legislazione che intervenga illimitatamente sull’amministrazione, avvertendo entrambi la tensione tra legislativo ed esecutivo.

(56) Cfr. F. Bilancia, *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d’analisi*, cit., p. 215.

dagli artt. 70 e seguenti, da un lato, e dagli artt. 92 e 97, dall'altro. Emerge quindi una competenza generale del potere legislativo a disciplinare le modalità e gli spazi di intervento del potere amministrativo, ma senza entrare nel dettaglio di una attività che è riservata all'organo esecutivo; in questo modo, il potere legislativo non è tenuto a prendere provvedimenti in qualunque campo a tal punto da consentirgli di esercitare anche la funzione amministrativa.

Nel corso della prassi repubblicana, si è invece assistito ad un rovesciamento della prospettiva, fino a svilupparsi una progressiva confusione di ruoli tra il Parlamento che intende allargare il proprio intervento sull'amministrazione, in modo diretto tramite il fenomeno delle leggi-provvedimento, e il Governo che aumenta il ricorso alla decretazione d'urgenza (58).

Il problema dell'estensione di queste due diverse funzioni risulta centrale non solo per il corretto articolarsi del sistema delle fonti ma anche per il mantenimento di un adeguato equilibrio della forma di governo.

Risulta, dunque, necessario rifarsi a quella parte del pensiero giuridico (59) che vede nel rapporto tra legislativo ed esecutivo una subordinazione dell'amministrazione alla legge in modo che sia l'attività amministrativa stessa a trovare nella legge il proprio fondamento e limite. Una corretta relazione tra legislazione ed amministrazione ha bisogno di ritornare a porre al centro tematiche classiche, quali il principio di legalità (60), la divisione dei poteri, la riserva di legge e la generalità ed astrattezza della legge parlamentare.

Secondo questa impostazione, tra ciò che si prevede in via generale e ciò che si cura in concreto si instaura un rapporto che ha il suo punto di equilibrio nella garanzia che la costituzione, modificazione ed estinzione di situazioni giuridiche soggettive avvenga nello specifico grazie all'opera di un organo di esecuzione che proceda alla verifica della ricorrenza dei presupposti di applicazione della previsione legislativa alla situazione data, in modo da ottenere la raffrontabilità del provvedimento concreto rispetto alla previsione astratta che ne regola le modalità di adozione ed esercizio.

(57) Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, p. 815, il quale prosegue affermando che "uno dei pilastri del moderno Stato di diritto è senza dubbio questo: che non vi sia una pena, un tributo, un onere qualsiasi fissato individualmente per me o per altro cittadino secondo il capriccio del momento di colui che ha il compito di imporlo".

(58) Cfr. F. RUFFILLI, *Il governo parlamentare nell'Italia repubblicana dopo quarant'anni*, in *Dir. e Soc.*, 1987, p. 239.

(59) Cfr. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, p. 87; cfr. RANDELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. 269; cfr. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, p. 101; cfr. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 105.

(60) Cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, p. 105, dove si sottolinea che "in particolare, dalla regola per cui la validità dell'esercizio del potere si misura sulla legge deriva il principio di *preferenza di legge* che progressivamente assoggetta le manifestazioni di volontà del potere pubblico al principio di legalità".

L'impostazione qui affermata consente di ricollocare la legge formale nella sua dimensione consona, intendendola quale *ratio*, ordine, struttura razionale e coerente, alla quale il potere amministrativo deve ricondurre le proprie manifestazioni particolari (61). Lo Stato ha mezzi specifici per intervenire in settori particolari della vita economica e sociale, e questi strumenti sono dati all'interno della sua attività amministrativa, idonei a regolare situazioni precise e circoscritte, riservando alla legge il compito di perseguire interessi unitari.

Proprio sulla base di quanto riportato può affermarsi che è il sistema normativo, quale delineato dalla Carta costituzionale, a stabilire oggetto e confini tra legislazione ed amministrazione, e non la prassi, la realtà istituzionale o l'interpretazione giuridica. Le norme costituzionali sull'imparzialità e sulla responsabilità amministrativa assegnano all'amministrazione un ruolo tale da far sì che il legame istaurato tra attività amministrativa ed ordinamento generale permetta che la prima realizzi il secondo (62). Inoltre, la Costituzione pone una attenzione evidente per la collettività, e in questo senso l'amministrare è uno degli strumenti della democrazia e dell'esercizio della sovranità popolare "nelle forme e nei limiti della Costituzione" (63); pertanto, nello stesso momento in cui la Carta costituzionale impone compiti da realizzare riempie l'esercizio delle funzioni pubbliche di contenuti che diventano la misura della legittimità e della responsabilità del loro esercizio (64). La disciplina di queste funzioni pubbliche è rimessa alla legge, che ordina l'attività amministrativa proprio grazie alla sua supremazia su qualsivoglia altro atto dell'ordinamento in quanto

(61) Cfr. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., p. 85, il quale rileva che "generalmente parlando, "legalità" significa conformità alla legge. Si dice "principio di legalità" quel principio in virtù del quale "i pubblici poteri sono soggetti alla legge", di tal che ogni loro atto deve essere conforme alla legge, a pena di invalidità. Detto altrimenti: è invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia conforme alla legge".

(62) Cfr. G. MARONGIU, *Funzione amministrativa e ordinamento democratico*, (1992), ora in *La democrazia come problema, I. Diritto, amministrazione ed economia*, tomo II, Bologna, 1994, p. 461, il quale afferma che il legame diretto è istaurato "per il tramite di una situazione doverosa che rende l'intera attività amministrativa, in quanto tale, nel suo nucleo costitutivo, funzione dell'ordinamento generale"; inoltre l'Autore sostiene che "il punto dirimente rispetto alla spiegazione tradizionale è costituito dal fatto che l'amministrazione, prima di appartenere, di essere parte di un ordinamento parziale, appartiene, per così dire, all'ordinamento giuridico generale, proprio in quanto funzione, essenziale ai fini del pieno dispiegarsi e realizzarsi dell'ordinamento stesso". Quindi, il rapporto con la direzione politica "non è un rapporto di dipendenza privo di una sua qualificazione", ma si tratta di un rapporto che raccorda la funzione amministrativa alla funzione di governo che necessita di una "reciproca autonomia e di una specifica diversità funzionale".

(63) Cfr. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 205.

(64) Cfr. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, p. 20, il quale rileva che "costituzionale vuol dire ciò che è essenziale all'essere di un certo ordinamento e della vita associata di cui esso è la espressione giuridica, e ciò che è essenziale non è dato solo dall'organizzazione di vertice, dalle istituzioni di governo, né inoltre solo dai diritti e dalle situazioni soggettive fondamentali, ma anche da tutto quell'insieme di istituzioni e di funzioni che interessano i problemi vitali dell'uomo, la soddisfazione quotidiana dei bisogni".

essa è riferibile alla volontà popolare mediante l'istituto della rappresentanza.

A questo va aggiunto il ruolo peculiare che il Governo assume nell'esperienza del cosiddetto "Stato sociale" dove è richiesto un ripensamento delle forme attraverso le quali si esercitano i poteri normativi e si svolge l'intera attività politica statale (65).

Se si pone attenzione alle più rilevanti novità che contraddistinguono gli atti con forza di legge si può osservare che i cambiamenti importanti riguardano i contenuti e gli oggetti assunti dal decreto-legge. Mediante questo strumento, e sfruttando la ormai cronica situazione di instabilità economica, si cercano di introdurre, almeno teoricamente, effetti più immediati e concreti nella redistribuzione del reddito e nell'attribuzione di risorse. Interventi di questo genere operati dall'Esecutivo evidenziano la problematica compatibilità tra Stato di diritto e Stato sociale (66), dove emerge la questione della socialità posta in termini di una "ripartizione regolata dallo Stato, il quale corregge il meccanismo di ripartizione dei rapporti sociali a favore di determinate persone o gruppi di persone" (67).

In un tale contesto di delicato equilibrio di logica economica, la combinazione tra Stato di diritto e Stato sociale induce il Governo ad operare direttamente, mediante piani di ripartizione e di composizione degli interessi in contrasto adottati con il ricorso alla decretazione d'urgenza. Gli obiettivi che di volta in volta il Governo si pone se da un lato possono connotarsi per la loro natura concreta dall'altro pongono alcuni interrogativi non marginali: è infatti discutibile che misure di ampio respiro, atte ad incidere stabilmente nell'ordinamento, introducendo regole di comportamento sulla cui base i singoli poi saranno tenuti a modificare le proprie ricchezze, intenzioni e capacità, possano venire disciplinate dalla decretazione d'urgenza, ossia da uno strumento, per sua stessa definizione, provvisorio.

Ancora una volta, e a maggior ragione in situazioni di emergenza economica, l'intervento governativo nell'ambito dello Stato sociale dovrebbe attenersi a limiti precisi, e l'eventuale disuguaglianza di fatto che ne dovesse

(65) Cfr. P. BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Torino, 1994, p. 207 secondo il quale "le modificazioni connesse all'intervento pubblico e all'attribuzione allo Stato di compiti di *regolazione del ciclo economico* hanno inciso profondamente sulla funzione dell'*attività legislativa*".

(66) Cfr. E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, ora in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di AMIRANTE, Milano, 1973, p. 40, dove l'autore rileva che "per rispondere a questo interrogativo occorre tener presente che - per dirla in modo elementare - un mezzo Stato di diritto ed un mezzo Stato sociale non fanno uno Stato sociale di diritto. Con ciò intendiamo dire: non esiste nessuna soluzione di compromesso che possa realizzarsi in modo da minimizzare gli ostacoli da una parte e dall'altra. Si tratta piuttosto di considerare lo Stato di diritto nel suo pieno rigore e di controllare, sulla base dei suoi concetti, forme ed istituti, se ed in che misura esso si accordi con le esigenze ed i contenuti dello Stato sociale e conseguentemente possa accoglierli".

(67) Cfr. E. FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca come stato di diritto e stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 554.

derivare deve mantenere, come suo presupposto imprescindibile, l'intento di ristabilire, quanto più possibile, equilibri violati e pacificare conflitti sociali per sopperire, in un contesto circoscritto, ad incapacità o ritardi o assenze che la situazione di straordinaria necessità ha reso ineludibili.

Si profila dunque l'idea che il ricorso all'emanazione di decreti-legge, pur lasciandosi definire come un effetto o una concretizzazione dello Stato sociale, non è soltanto una conseguenza di quest'ultimo, e ne è testimone il fatto che i decreti-legge continuano ad essere emanati anche nel contesto odierno di crisi dello Stato sociale (68).

Gli argomenti sopra esposti sottolineano il tema di fondo di questo studio: continuare a considerare la sistematicità delle fonti (69) un elemento essenziale della certezza del diritto in modo tale che ogni variazione delle fonti deve essere riconducibile al sistema mediante interpretazioni certe e stabili (70).

5. Incidenza del ruolo del decreto-legge sulla forma di governo e riflessi sulla forma di Stato.

L'alterazione del sistema delle fonti causato dall'abuso del ricorso alla decretazione d'urgenza presenta una ricaduta negativa anche sulla forma di governo. La scelta del costituente per un sistema di governo parlamentare è intesa nel senso di considerare con particolare attenzione la delicata ripartizione dei poteri di adottare atti di rango primario, in modo che questi siano attribuiti in via permanente al Parlamento e solo in via eccezionale, dinanzi a situazioni non ordinarie o su delega, al Governo. Quest'ultimo, infatti, proprio per il suo carattere rappresentativo soltanto derivato, risulta, in via generale, assegnatario di poteri normativi di tipo secondario (71), in linea con la sua natura di organo amministrativo, seppur collocato nella posizione di vertice della Pubblica Amministrazione.

Di fronte alla difficoltà manifestata dalla funzione legislativa parlamen-

(68) Cfr. S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. e soc.*, 1999, p. 163.

(69) Cfr. M. DOGLIANI, *L'indirizzo politico*, Napoli, 1985, p. 23, il quale afferma che "le risposte alla domanda su quali siano state le cause che hanno provocato la crisi della fiducia nella autonomia capacità prescrittiva della Costituzione, e cioè nella rilevanza e nella efficacia giuridico-politica dell'attività di interpretazione, intesa come individuazione/enunciazione, delle regole costituzionali e costituzionalmente derivate, potrebbero dunque essere ritrovate in questo duplice ordine di considerazioni: nelle modificazioni strutturali conseguenti alla "complessificazione" dell'ordinamento ad opera della legislazione delle emergenze, e, fundamentalmente, nel disgregarsi del delicato equilibrio su cui era fondata la cultura della "costituzione da attuare", sotto l'urto di impostazioni che ripropongono come esclusivo lo schema della integrazione sostanziale".

(70) Cfr. P. CIARLO, *Parlamento, Governo e fonti normative*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 384.

(71) Cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge. I profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, p. 327, il quale rileva che "la forma di governo parlamentare disegnata dalla Costituzione del 1948, nei fatti, è riuscita ad essere applicata solo per una ventina d'anni, nei quali - non a caso - il decreto-legge è stato utilizzato in maniera conforme alla Carta costituzionale".

tare a gestire il sistema costituzionale nel suo complesso (72) si è ricorso ad altri strumenti di produzione giuridica, adattando, e distorto, istituti originariamente volti ad altri fini; in tal modo si è arrivati a ritenere il decreto-legge una forma di iniziativa legislativa rinforzata (73), flessibile, di facile utilizzo e di grandissima efficacia (74).

Questo fenomeno comporta un pericoloso capovolgimento di ruoli tra Governo e Parlamento e provoca una *doppia espropriazione sostanziale* (75) di prerogative proprie delle Camere, sia perché la sostituzione della disciplina governativa a quella parlamentare avviene in modo ordinario, ossia senza la sussistenza dei requisiti costituzionali della necessità e dell'urgenza, sia perché il fatto di dedicare una quota sempre più ampia del proprio tempo all'esame dei decreti-legge limita grandemente la possibilità del Parlamento di attendere alla legislazione corrente.

Così, la competenza normativa tra Camere e Governo non viene più ripartita secondo il disegno costituzionale, in quanto entrambi ormai dispongono del potere di emanare atti di rango primario in base ai medesimi criteri di opportunità, utilizzando due procedimenti che, vista la prassi, finiscono per divergere unicamente per aspetti formali e procedurali, la maggiore o minore celerità, e non per quelli contenutistici, tanto da rendere ordinaria la fonte straordinaria e straordinaria quella ordinaria (76).

Questo insieme di elementi incide profondamente sulla forma di governo e la conseguenza è quella di consentire all'Esecutivo di appropriarsi, di fatto

(72) Cfr. E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 513, dove si sottolinea, quale "causa tecnica" del più generale ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo, la lentezza dei procedimenti di formazione della legge e la scarsa attitudine della classe politica parlamentare ad affrontare la regolazione di materie di natura prevalentemente tecnica.

(73) Cfr. A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in CAZZOLA - PREDIERI - PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, p. XX.

(74) Cfr. C. CHIMENTI, *Addio prima Repubblica. Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di undici legislature*, Torino, 1995, p. 189, il quale evidenzia che il decreto-legge "ha completamente perso le sue connotazioni costituzionali di urgenza oggettiva, ed è diventato da un lato un manifesto dell'indirizzo politico che il Governo tenta di "imporre" al Parlamento (non solo all'opposizione ma anche ad una maggioranza sempre più riottosa), e dall'altro un "acceleratore" della sua azione amministrativa che pone alle Camere lo spiacevole dilemma fra ratificare o apparire come causa di vuoti normativi, e quindi di ingovernabilità". Cfr. M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, p. 1434, dove lucidamente si osserva che "l'abuso della decretazione d'urgenza, venendo a mutare esclusivamente in via di fatto i rapporti tra gli organi costituzionali in ordine all'attività legislativa..., generi anche una serie di inconvenienti pratici, che certamente ... non risolvono le difficoltà che rendono attualmente poco funzionale e produttiva l'attività del Parlamento, anzi sembrano aggravarle".

(75) Cfr. S. RODOTÀ, *L'abuso dei decreti-legge-Fenomenologia dei decreti*, in *Pol. del diritto*, 1980, p. 381.

(76) Cfr. S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica, organi e poteri: commento alla Legge 400/88*, Rimini, 1997, p. 162.

(77), della potestà legislativa parlamentare; la prassi vede sempre più spesso proporre una nuova tipologia di decretazione d'urgenza, riassunta nella formula "decreto-legge ordinario" (78), il quale rappresenta "il punto di emergenza più difettoso di una democrazia mediatrice e assembleare" (79), dove Governo, maggioranza ed opposizione, anche mediante un abbondante utilizzo di emendamenti, danno origine a vere e proprie "forme di colegislazioni governativo-parlamentari" (80).

Questo quadro sottolinea quanto l'istituto regolato dall'art. 77 Cost. abbia subito una vera e propria mutazione genetica (81). Attraverso la considerazione, affermatasi nella quotidianità istituzionale, che la decretazione d'urgenza sia una fonte ordinaria, continua (82), normalizzata, abitudinaria, concorrenziale rispetto alla legge parlamentare, e l'unico elemento eccezionale risiede nel procedimento di emanazione e conversione (83).

Si tratta di una progressiva e costante degenerazione che ha condotto ad una radicale trasformazione della natura dell'istituto, che, in via di fatto si è venuto a sdoppiare in due figure (84); accanto al decreto-legge conforme all'art. 77 Cost., che vuole delineare un atto avente forza di legge, indifferibile ma provvisorio, si è affermata una seconda tipologia di decretazione d'urgenza, che col tempo ha soppiantato la prima, fondata su una interpretazione estensiva finalizzata a riscontrare nel decreto-legge un atto di mera anticipazione legislativa, destinato ad introdurre nell'ordinamento una disciplina immediata e tendenzialmente stabile.

Si è dunque formata quasi una convenzione costituzionale (85), che ha riconosciuto come fonte, quantitativamente prevalente rispetto alla stessa legge

(77) Cfr. V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 248, il quale sottolinea quanto questa modifica sia fondata sulla "pura effettività politica e sociale".

(78) Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI edizione, Padova, 1993, p. 106, dove si configura l'ipotesi della creazione di una nuova forma di fonte, un decreto-legge "ordinario", distinto e differenziato da quello dell'art. 77.

(79) Cfr. A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996, n. 111, pp. 5-26.

(80) Cfr. G. PITRUZZELLA, *La lunga transizione: la forma di governo nell'XI e nell'XII legislatura*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 429.

(81) Cfr. A. RUGGERI, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti-legge*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, p. 251.

(82) Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, III edizione, Padova, 1994, p. 175, dove l'autore afferma che "la pratica della decretazione normativa è tanto ripetuta da apparire continua", per cui "è ancora più evidente che la previsione dell'art. 77 è nient'altro che la prefigurazione di un procedimento legislativo alternativo, in cui la iniziativa del governo non è diretta a rendere possibile o a promuovere il dibattito parlamentare su un disegno di legge, ma a precostituire una legge, obbligando il parlamento a pronunciarsi su di essa, approvandola o disapprovandola o modificandola nel termine di 60 giorni dalla pubblicazione".

(83) Cfr. L. PALADIN, *Atti legislativi e rapporti fra i poteri*, in *Quad. Cost.*, 1996, p. 14, il quale rileva che "di veramente straordinario ... non rimane null'altro che il procedimento seguito dal Governo, al di fuori delle vie normali della funzione legislativa".

(84) Cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., p. 310.

formale, un nuovo tipo di decreto-legge, di natura ordinaria, che costituisce un diverso procedimento di formazione della legge (86).

Come risulta da questa ricostruzione, l'effetto di una degenerazione di tale portata è devastante sul sistema delle fonti e, di conseguenza, la forma di governo ne esce modificata profondamente, superando l'assetto delineato e voluto dalla Costituzione formale (87).

Si è ampiamente perduta la centralità del Parlamento, il quale ha cooperato a codesta erosione del proprio ruolo di legislatore, "assecondando la conversione del decreto-legge e non reagendo innanzi alla loro reiterazione, delegando molto e a lungo, rinnovando le deleghe medesime, tollerando la prassi dei cosiddetti decreti correttivi" (88). La sopravvenuta centralità del decreto-legge, adottato senza i presupposti di straordinaria necessità ed urgenza (89) e privo, in gran parte, di un contenuto prettamente provvedimentale, provoca pericolosi squilibri nella separazione dei poteri forieri di disordine istituzionale e normativo (90), con forti impatti su valori costituzionalmente tutelati (91).

(85) Cfr. C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, p. 154, dove si sostiene che il consenso sul ricorso alla decretazione d'urgenza è inteso come "una sorta di svigorimento della forma, per la quale il decreto-legge, da strumento derogatorio ed eccezionale di produzione normativa, è divenuto una ordinaria fonte di produzione del diritto".

(86) Cfr. G.U. RESCIGNO, *Le tecniche legislative oggi in Italia*, in VISINTINI, (a cura di), *Analisi di leggi campione. Problemi di tecnica legislativa*, Padova, 1995, p. 739, il quale sottolinea come "oggi in Italia non si legifera più mediante leggi discusse e approvate in Parlamento, ma mediante decreti-legge del Governo, a cui segue talvolta e con molto ritardo, l'approvazione del Parlamento (il quale comunque delibera sopra decisioni già adottate e già applicate)".

(87) Cfr. A. PIZZORUSSO, *Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce dell'esperienza recente*, in *Pol. del diritto*, n. 3/1995, p. 373, il quale ricorda che "la difficoltà di conciliare il riconoscimento all'esecutivo del potere di decretazione d'urgenza con i principi del governo parlamentare si era manifestato già nel periodo della monarchia liberale quando i decreti legge venivano giustificati con argomentazioni di vario tipo".

(88) Cfr. V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del governo e giustizia costituzionale*, cit., p. 208.

(89) Cfr. S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in www.federalismi.it, 5 settembre 2007; cfr. A. CELOTTO, *Carlo Esposito, le "condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti" e il sindacato sui presupposti del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1502 ss.; cfr. R. ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e sugli effetti di alcune affermazioni della Corte*, in *Foro.it*, 2008, I, p. 3044 ss.; cfr. A. RUGGERI, *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost., n. 128 del 2008)*, *ivi*, p. 3048 ss.

(90) Cfr. P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge* (sent. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata, in *forum costituzionale.it*; cfr. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. del diritto*, 1996, p. 426.

(91) Cfr. L. PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quad. cost.* 1996, p. 7, dove si sottolinea che "la Costituzione formale non è stata affatto soppiantata da una incompatibile costituzione materiale; ma viene interpretata ed applicata, sul piano dell'effettività giuridica, nel senso di far salva - in larghissima misura - la decretazione legislativa d'urgenza, malgrado si tratti del fattore maggiormente anomalo e discutibile, se confrontato con qualsiasi altro tipo di atto o di fatto normativo".

Alcune considerazioni finali vanno poste anche per quanto riguarda i riflessi sulla forma di Stato, volendo sottolineare come tale degenerazione incide sulla relazione tra cittadino ed autorità pubblica. Il rischio concreto è quello di intaccare principi fondamentali dell'ordinamento, sanciti a livello costituzionale, come il principio di tutela delle minoranze e quello di legalità. Infatti, le minoranze possono partecipare all'*iter* della decretazione d'urgenza in maniera molto limitata, soltanto in sede di conversione, con una forte compressione dei loro spazi, dato anche il frequente ricorso alla questione di fiducia da parte dell'Esecutivo.

Il principio di legalità è sostanzialmente svuotato (92), a fronte dell'assenza di qualsivoglia esigenza di urgenza e in presenza di testi estremamente articolati ed eterogenei (93); questo determina effetti irreversibili, con grave nocimento alla certezza del diritto.

Ritorna quindi il tema della sovranità popolare: il principio di legalità per potersi realizzare compiutamente necessita che l'atto normativo prodotto provenga dall'organo più rappresentativo della volontà popolare (94). Il riequilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento non implica un aumento di poteri dell'Esecutivo; al contrario, nel caso dell'adozione di atti di rango primario è necessario un contenimento.

La mancata presa di coscienza di cosa effettivamente si intenda per "fatto emergenziale" ha finito per consentire al Governo di oltrepassare i limiti di elasticità che una Costituzione rigida può tollerare (95). In situazioni di emergenza il bisogno di rispondere in maniera rapida ed efficace alla "domanda di decisione" rischia di disarticolare il concetto stesso di diritto, inteso come "sistema razionale di statuizioni predeterminate" (96).

Infatti, l'insorgere dell'emergenza pone la questione della modificabilità dell'ordinamento giuridico e dell'esistenza di limiti assoluti a tale modifica-

(92) Cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., p. 345.

(93) Cfr. A. CELOTTO, *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2493; cfr. S.M. CICCONE, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2492; cfr. A. GHIRIBELLI, *I limiti al potere emendativo nel procedimento di conversione in legge alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 22/2012*, in *Rass. Parlam.*, 2012, p. 649; cfr. M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti-legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 292; cfr. V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *forumcostituzionale.it*; cfr. E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la "ridondanza"*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 298; cfr. R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti-legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 283.

(94) Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986, p. 220.

(95) Cfr. A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. del diritto*, 1995, p. 398, dove si sottolinea che non può essere consentita una dichiarata elusione di una norma, tale da rovesciare il senso di una disposizione costituzionale, a meno che non si voglia trasformare la Costituzione repubblicana da rigida a flessibile.

(96) Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 37.

zione. Il diritto, pertanto, si trova dinanzi alla sfida di predeterminare e disciplinare ciò che, per sua stessa natura, risulta essere frutto dell'imprevedibilità. E in questo senso il rapporto tra autorità chiamata ad intervenire e cittadini corre il pericolo di venire eccessivamente compromesso. I fatti emergenziali non possono avere il requisito della regolarità, eppure, più di altri accadimenti, richiedono un sistema di regole capace di guidare l'intervento dell'autorità secondo criteri e modalità costituzionalmente legittime.

Il tema dunque è la tutela della forma di Stato in tempo d'emergenza, e già in sede costituente era stato appropriatamente osservato che lo strumento del decreto-legge aveva come scopo preciso quello di "adeguare l'ordinamento giuridico alle repentine evoluzioni della situazione sociale. Esso fu proposto come un valido strumento tecnico al fine di garantire la certezza preventiva del diritto. I vantaggi propri della certezza preventiva del diritto vengono meno ogni qual volta un ordinamento giuridico non possiede gli strumenti operativi necessari a far fronte a nuove ed urgenti situazioni sociali da regolamentare" (97). La misura emergenziale prevista dall'art. 77 Cost. necessita di una interpretazione che consideri insieme i principi sia della forma di governo sia della forma di Stato: si corre infatti il rischio che questi tipi di interventi, invece di garantire la tutela di determinati valori e di interessi primari anche in circostanze straordinarie, siano impiegati strumentalmente per introdurre nuovi valori o per negare quelli fino ad allora garantiti. I poteri d'emergenza, proprio per la loro caratteristica di derogare il sistema ordinario delle fonti del diritto, possono avanzare la pretesa di non sottostare a limitazioni di sorta, ritenendo lecito sacrificare tutto ciò che la necessità impone (98).

(97) Cfr. G. TARANTINO, *Necessità e decreto legge nell'assemblea costituente: la posizione di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Milano, 1986, p. 27.

(98) Cfr. A. PACE, *Instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti tenuto a Torino il 25 e 26 ottobre 1996, ora in *Quad. cost.*, 1/1997, p. 17, dove si riflette sulla distinzione tra potere costituente (potere di mero fatto) e funzioni sovrane (poteri giuridici) e sulla insostenibilità della tesi che una costituzione possa istituzionalmente attribuire a chiunque il potere costituente.

RECENSIONI

GUGLIELMO BERNABEI (*), GIACOMO MONTANARI (**), Tributi Propri e Autonomie Locali. Difficile sviluppo di un sistema di finanza propria degli enti locali. Seconda edizione.

PRIMICERI EDITORE, 2016, P. 450

PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

Uno degli aspetti più critici di una indagine attenta sul sistema dei tributi propri e delle autonomie locali deriva dal fatto che, nel nostro ordinamento, permane una situazione di “complessiva indecisione” sul modello finanziario degli enti locali, soggetto a continue oscillazioni tra due poli antitetici, ossia quello della finanza propria e quello della finanza di trasferimento, tra i quali non è tuttora possibile tracciare una precisa linea di demarcazione. Ancora oggi, infatti, la Costituzione repubblicana, nonostante le revisioni intercorse in materia di finanza locale, prevede per gli enti locali entrambe le forme di provvista finanziaria, senza però precisarne il reciproco rapporto, ossia senza indicare elementi idonei a definire il concorso che ciascuna di essa deve avere nella struttura finanziaria locale.

In tal senso, i processi di federalismo fiscale, avviati e non conclusi, uniti all’asserita intenzione di rafforzare autonomia e decentramento non hanno concretamente determinato significativi rafforzamenti dello spazio di autonomia finanziaria locale.

Al contrario, è facilmente rilevabile che si è proceduto ad una semplice trasformazione delle modalità e degli strumenti attraverso i quali lo Stato esercita le proprie prerogative in materia di controllo finanziario sugli enti locali.

Il percorso di attuazione della riforma del Titolo V, avviata nell’ormai lontano 2001,

(*) Dottore di ricerca e cultore della materia in diritto costituzionale, diritto regionale e degli enti locali presso l’Università di Ferrara.

(**) Laureato in Giurisprudenza presso l’Università di Ferrara, specializzato presso la scuola di specializzazione per le professioni legali dell’Università di Padova ed esperto di diritto tributario degli enti locali e di finanza locale.

I due autori, oltre a numerose pubblicazioni sul tema della finanza locale, sono collaboratori delle riviste "Tributi Locali e Regionali", "Tributi & Bilancio" e "Innovazione e Diritto. Rivista di diritto tributario, dell'economia e del lavoro" dell'Università di Napoli Federico II.

non ha mai realmente trovato piena applicazione. I diversi decreti delegati che si sono susseguiti negli ultimi anni si sono mossi prevalentemente su un piano ancora troppo generale, rinviando ad altri provvedimenti, poi non adottati, di natura amministrativa e regolamentare, la disciplina di procedure di notevole rilevanza nell'ottica del raggiungimento delle finalità della riforma.

Inoltre, le rigorose misure di finanza pubblica, realizzate con atti di decretazione d'urgenza a partire dal 2011, in un contesto di grave crisi economica, hanno avuto un impatto negativo sul piano dell'attuazione della legge n. 42 del 2009, restringendo gli spazi di autonomia finanziaria e tributaria che faticosamente gli enti locali si erano ritagliati nel corso del decennio precedente. I decreti sulla cosiddetta *spending review* hanno, poi, rappresentato uno strumento di forte impatto sul controllo della spesa pubblica nei confronti di tutti gli enti territoriali. Tali provvedimenti, adottati da un legislatore incerto e spesso confuso, si sono posti in una logica opposta rispetto al modello prefigurato dal riformato Titolo V della Costituzione e dalla legge delega 42/2009, sulla spinta di una situazione emergenziale che non ha inteso valorizzare l'autonomia locale, preferendo muoversi secondo l'indirizzo di una ricentralizzazione dei poteri statali in tema di coordinamento della finanza locale. In questa direzione, gli interventi più significativi si sono avuti col decreto-legge n. 201/2011, "Salva Italia", convertito con modificazioni nella legge n. 214/2011, col decreto-legge n. 52/2012, Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica, convertito con modificazioni nella legge n. 94/2012, e dal decreto-legge n. 95/2012, Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica, convertito con modificazioni nella legge n. 135/2012. Tali provvedimenti hanno introdotto nel nostro ordinamento una serie di norme, poi rafforzate in sede di legge di Stabilità per gli anni 2013, 2014, 2015 e 2016, finalizzati a ridurre la spesa pubblica. Si è verificata una progressiva riduzione dei trasferimenti dallo Stato centrale agli enti locali. sottrazione di risorse economiche che hanno creato non poche difficoltà nel funzionamento dell'ente locale stesso e nella gestione del territorio da esso governato.

Non essendo pensabile per un Comune poter continuare a svolgere le proprie funzioni in assenza di risorse adeguate, il legislatore ha stabilito che quanto veniva a mancare nelle casse comunali, a seguito di tagli ai trasferimenti, doveva essere raccolto con l'imposizione fiscale locale. Pertanto, a partire dal 2012 con l'introduzione dell'Imu e, a seguire, con l'aggiunta della Tasi e della Tari, l'ente locale comunale deve soddisfare le proprie esigenze di gestione.

La diminuzione dei trasferimenti dallo Stato si è tradotta in un aumento della pressione fiscale sui cittadini ma non si è avuto un tangibile beneficio per il Comune, sempre teso tra una politica di mantenimento e di miglioramento dei servizi e l'attenzione a non procedere ad ulteriori aumenti della pressione fiscale locale.

In tema di tassazione immobiliare, il legislatore ha inteso perseguire due obiettivi: da un lato, il riequilibrio strutturale dei conti pubblici per ridurre rapidamente il peso del debito, dall'altro, una ricomposizione del prelievo da attuarsi riducendo il carico fiscale sulle imprese e sul fattore lavoro aumentando la pressione sul patrimonio immobiliare. Gli immobili sono stati visti come la materia ideale per individuare una imposta di tipo patrimoniale posta a base di una imposizione ispirata dal principio di territorialità.

Tuttavia, gli interventi normativi non hanno tenuto nella giusta considerazione le differenziazioni a livello dimensionale e territoriale degli enti locali. Il livello e la composizione delle entrate e delle spese dei Comuni presenta, infatti, una forte variabilità legata all'eterogeneità delle loro caratteristiche orografiche, demografiche, economiche e sociali.

Queste sono alla base di domande differenziate di servizi da parte dei cittadini e, nello stesso tempo, condizionano i costi della fornitura dei medesimi servizi. L'emergenza della crisi economica ha indotto il legislatore statale a considerare le autonomie locali come centri di spesa, fattori di espansione del deficit e del debito pubblico e non come enti portatori di interessi collettivi e dotati di una propria autonomia. Ne è derivato un forte impedimento per gli enti locali al reperimento di risorse aggiuntive con le quali esercitare la propria autonomia finanziaria e tributaria.

Anche le posizioni assunte dalla Corte costituzionale hanno sostanzialmente avallato l'indirizzo "accentratore" esercitato dallo Stato, sebbene i giudici costituzionali abbiano sottolineato la "temporaneità" di determinati interventi macroeconomici. In tal senso la Corte ha avuto modo di affermare, nella sentenza n. 193 del 2012, che "i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica possono certamente prevedere misure restrittive di contenimento della spesa pubblica indirizzate agli enti locali, ma trattandosi di misure eccezionali e adottate in un contesto emergenziale, il legislatore non può esprimersi come se tali norme dovessero trovare applicazione per un tempo indeterminato".

Questo dato conferma che la grave recessione economica è stata un fattore determinante nel frenare il cammino verso il federalismo fiscale, che già di per sé aveva mostrato tutti i caratteri di una partenza incerta, con scarse prospettive di compimento.

Questa seconda edizione del testo, mantenendo lo schema, peculiare della prima edizione, di una rassegna ragionata, ha inteso approfondire le innovazioni apportate dalla legge di Stabilità 2016, indagando più a fondo sulle strutturali lacune che il nostro ordinamento presenta in merito alla configurazione di un'autentica Local Tax, che ancora tarda a definirsi. La legge di Stabilità 2016, infatti, non apporta le novità sperate in tema di imposizione immobiliare locale. La definizione di una autentica forma di service tax sembra abbandonata e il tutto si conclude con l'abolizione del prelievo sull'abitazione principale e con l'abolizione dell'Imu agricola.

Non siamo dinanzi alla soppressione totale della Tasi, che si continua ad applicare sugli immobili diversi dall'abitazione principale, venendo meno quel collegamento con il costo dei servizi indivisibili forniti dai Comuni, i cui primi utilizzatori sono sicuramente i titolari di abitazione principale.

La presente edizione si propone, pertanto, di rileggere il percorso dei tributi locali immobiliari, fino a prospettare le caratteristiche di un vero modello di Service Tax. In quest'ottica si è posta particolare attenzione ai sistemi vigenti nelle Province autonome di Trento e Bolzano, oltre a confermare l'aspetto comparatistico, adottando come paradigma la Council tax inglese.

Una importante novità della seconda edizione consiste nel capitolo introduttivo.

Autorevoli e rinomati studiosi e operatori del settore, tra i massimi esperti in materia di finanza locale, hanno inteso apportare il loro contributo, arricchendo il testo con le proprie considerazioni e valutazioni sulle questioni aperte dal difficile sviluppo di un sistema di finanza propria degli enti locali.

A (in ordine alfabetico) Andrea Ferri, Luigi Lovecchio, Giorgio Macciotta, Pasquale Mirto, Giancarlo Pola e Francesco Tuccio, importanti interpreti del complesso ambito delle autonomie locali, porgiamo il nostro sentito ringraziamento per le argomentazioni esposte, il supporto offerto e le indicazioni suggerite nella redazione di questa nuova edizione.

Allo stesso modo un ringraziamento sentito va all'ANUTEL, Associazione Nazionale degli Uffici Tributi degli Enti Locali, e all'IFEL, Istituto per la Finanza e l'Economia Locale,

Fondazione istituita dall'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani (ANCI), per il contributo di sostegno e di promozione del testo.

Infine, un pensiero specifico va alla Fondazione ASTRID, Fondazione per l'Analisi, gli Studi e le Ricerche sulla Riforma delle Istituzioni Democratiche e sulla innovazione nelle amministrazioni pubbliche, e, in modo particolare, al suo direttore, Vittorio Campione, per la fiducia accordataci e l'attenzione con la quale è stata seguita la presente ricerca.

Tutti questi centri di studio sono stati preziosi compagni di viaggio nel complesso percorso di indagine delle autonomie locali.

Marzo 2016

Guglielmo Bernabei
Giacomo Montanari

INDICE

“TRIBUTI PROPRI E AUTONOMIE LOCALI
Difficile sviluppo di un sistema di finanza propria degli enti locali”

PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

INTRODUZIONE

Andrea Ferri *“Federalismo fiscale italiano: un cantiere ancora aperto”*.

Luigi Lovecchio *“Finanza locale e problemi applicativi”*.

Giorgio Macciotta *“Decentramento istituzionale: una via più dichiarata che tentata”*.

Pasquale Mirto *“Iuc: tributo o semplice acronimo?”*.

Giancarlo Pola *“Ruolo dei tributi immobiliari nel sistema locale italiano”*.

Francesco Tuccio *“Legge di Stabilità 2016 e la grande assente: la Local Tax”*.

I. EVOLUZIONE DEL SISTEMA DI AUTONOMIA LOCALE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

1. Stato federale, Stato regionale e Federalismo fiscale.
2. Evoluzione del sistema di autonomia locale.
3. Il sistema di finanza locale prefigurato dalla Riforma del Titolo V: tratti generali.
4. Il coordinamento della finanza pubblica nel processo di attuazione del Titolo V.

II. AUTONOMIA TRIBUTARIA E POTERE REGOLAMENTARE DEGLI ENTI LOCALI

1. Il Federalismo fiscale.
2. Finanza municipale: linee di sviluppo.
3. Potestà normativa in materia di tributi propri degli enti locali.
4. Condizione attuale del potere regolamentare degli enti locali.
5. Potestà regolamentare in materia di accertamento e Riscossione.
6. Osservazioni.

III. TRIBUTI IMMOBILIARI E AUTONOMIE LOCALI: UNA RIFORMA MANCATA

1. Premessa.
2. Cedolare secca sugli affitti.
3. Tasi-Imu e Service Tax: difficile sviluppo dei tributi locali.
 - 3.1 Il contesto di riferimento.
 - 3.2 Uno sviluppo difficile.
 - 3.3 Tasi-Imu, prima casa e Legge di Stabilità 2016.
 - 3.4 Tasi-Imu e immobili in comodato d'uso.
 - 3.5 Imu e immobili di lusso adibiti a prima casa.
 - 3.6 Imu e possibili rilievi di legittimità costituzionale.
 - 3.7 Una service tax mascherata.
 - 3.8 Corte Costituzionale sentenza n. 155/2015.
4. Tari.
 - 4.1 Premessa.
 - 4.2 La disciplina della Tari.
 - 4.3 Incerto fondamento della tassazione dei rifiuti solidi urbani.
5. Tari e natura giuridica.
 - 5.1 Premessa.

5.2 La nozione di tributo negli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

5.3 Sentenza della Corte di Cassazione n. 12035/2015 e natura della Tari.

6. Commento a Commissione tributaria provinciale di Lecce, sentenza n. 1891/2015.

6.1 Premessa.

6.2 Fatti di causa e la decisione.

6.3 Riflessioni a margine della pronuncia.

7. Imu agricola.

7.1 Tasi e terreni agricoli.

7.2 Imu agricola: imposizione e forme di esenzione.

7.3 Imposizione fiscale locale e settore agricolo.

8. Assetto della finanza locale e introduzione della Iuc: questione aperta.

IV. IL CONSOLIDAMENTO DELL'ASSETTO FINANZIARIO DELLA PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO

1. Premessa

2. Il consolidamento dell'assetto finanziario della Provincia autonoma di Bolzano.

3. La finanza propria.

4. Il caso Imi.

V. PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO E AUTONOMIA FINANZIARIA: IL CASO IMIS

1. Premessa.

2. Autonomia finanziaria.

3. La finanza propria.

4. Il caso Imis.

5. Tari e disciplina nel Comune di Trento.

5.1 Premessa.

5.2 Tariffa rifiuti e disciplina della Provincia autonoma di Trento.

5.3 Tari e Comune di Trento.

5.4 Natura corrispettiva Tari trentina.

VI. FEDERALISMO FISCALE E PROSPETTIVA COMPARATIVISTICA: COUNCIL TAX

1. Premessa.

2. Federalismo fiscale e prospettiva comparativistica.

3. L'esperienza del Regno Unito: la Council tax.

VII. MODELLI DI LOCAL TAX A CONFRONTO

1. Premessa.

2. Tassazione locale e teoria del beneficio.

3. Iuc e Local Tax.

4. Modelli di detrazione per Local Tax.

5. Local Tax e spazi di manovra dei Comuni.

5.1 Imposte sul patrimonio immobiliare e possibili nuove entrate per i Comuni.

5.2 Local Tax minimale.

5.3 Local Tax: verso l'aggregazione Imu e Tasi.

6. Obiettivo Local Tax.

APPENDICE NORMATIVA

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

Finito di stampare nel mese di maggio 2016
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma